
A DESAPOSENTAÇÃO E SUA VIABILIDADE CONSTITUCIONAL

Priscila Alves Rodrigues Durval
Procuradora Federal

SUMÁRIO: 1 Aposentação e desaposentação; 1.1 Natureza jurídica do ato concessivo da aposentação e do direito à aposentadoria; 1.2 Conceito de desaposentação e efeitos jurídicos; 1.2.1 Fundamentos constitucionais e legais contrários à desaposentação; 1.2.2 Fundamentos constitucionais e legais favoráveis à desaposentação; 1.3 A desaposentação na jurisprudência dos tribunais federais; 2. A desaposentação em âmbito constitucional; 2.1 A desaposentação sob a ótica do princípio da solidariedade; 2.2 O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial e sua incidência sobre a desaposentação; 2.3 Exigências constitucionais para legalização da desaposentação e os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional; 3 Conclusão; Referências

RESUMO: O presente trabalho trata da admissibilidade constitucional do instituto da desaposentação no ordenamento jurídico nacional. A desaposentação é o ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, em regra por ter permanecido em atividade laborativa e contribuído obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social, após a concessão daquela primeira aposentadoria. Diante da inexistência de regulamentação legal específica sobre o tema, não existe unanimidade na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Federais quanto à possibilidade de se reconhecer a desaposentação em nosso ordenamento, causando insegurança jurídica e o aumento exponencial de demandas judiciais sobre a matéria.

PALAVRAS-CHAVE: Regime Geral de Previdência Social. Aposentadoria. Desaposentação. Renúncia.

ABSTRACT: The present work deals with the constitutional admissibility of the institute to come out of retirement in national law. This institute is the act of undoing retirement by the will of the holder, for the purpose of using the time for new membership count in retirement, in the same or in another pension scheme, usually for staying in work activity and contributed compulsorily to the General Social Security after granting that first retirement. Due to the lack of specific legal regulations on this subject, there is no unanimity in doctrine and jurisprudence of the Federal Courts regarding the possibility of recognizing this institute in our legal system, causing legal uncertainty and the exponential increase of lawsuits on the matter.

KEYWORDS: General Social Security. Retirement. Act of Undoing Retirement. Disclaim

INTRODUÇÃO

Em razão da complexidade do sistema protetivo em âmbito social, que envolve a garantia de direitos fundamentais, cujo grau de efetividade está em constante alteração, novas demandas frequentemente surgem, muitas das quais causando expressivo impacto no gerenciamento do orçamento do regime geral de previdência social. A desaposentação é uma delas.

A desaposentação é, hoje, o tema mais polêmico envolvendo o direito previdenciário, haja vista que não está prevista expressamente em lei, mas é continuamente solicitada judicialmente por segurados já aposentados e que desejam reverter esse benefício, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, naturalmente mais vantajosa que a anterior, em regra por ter permanecido em atividade laborativa e contribuindo obrigatoriamente após a concessão daquela primeira aposentadoria.

A Lei nº 8.213/91 é totalmente omissa quanto ao assunto. A construção teórica da desaposentação nasceu da necessidade de se evitar a incidência do disposto no artigo 96, inciso III, da Lei de Benefícios, que veda a contagem por um sistema do tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro.

A multiplicação de demandas cujo pedido cinge-se à desaposentação tem gerado inúmeras discussões em âmbito doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de sua concessão, uma vez que não é admitida administrativamente pelo INSS, em virtude do disposto no art. 181-B do Decreto nº 3.048/99, o qual estabelece que as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial são irreversíveis e irrenunciáveis.

Em que pese a Autarquia Previdenciária entender que a aposentadoria é irrenunciável, dado o seu caráter alimentar, atribuindo-lhe o caráter de irreversibilidade, por considerá-la um ato jurídico perfeito e acabado, só podendo ser desfeito pelo Poder Público em caso de erro ou fraude na concessão, o fato é que os Tribunais têm decidido no sentido de que a renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, por tratar-se de um direito patrimonial disponível.

Referida posição é acompanhada também pela doutrina majoritária, que admite a renúncia à aposentadoria, por tratar-se de direito patrimonial disponível, de manifestação unilateral pelo detentor, sendo cabível à medida que não contraria nenhum dispositivo da legislação infraconstitucional.

Por outro lado, no tocante à devolução dos proventos de aposentadoria recebidos durante o período em que o beneficiário esteve jubilado, entendimentos divergentes têm surgido sobre a obrigatoriedade de sua devolução, alguns exigindo a devolução como condição para a desaposentação, outros a dispensando sobre o argumento de que não havendo irregularidade na concessão do benefício recebido, não há o que ser restituído.

Entrementes, a questão não é tão simples assim, pois envolve uma análise sistemática de todo o ordenamento sob o prisma dos direitos individuais

e coletivos garantidos constitucionalmente, bem como dos princípios constitucionais que norteiam o Regime Geral de Previdência Social.

A celeuma sobre o assunto está longe de encontrar um denominador comum. Tanto é assim que sobre a matéria está pendente de julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário – 661.256, no qual se discute, à luz dos arts. 5º, caput e XXXVI, 40, 194, 195, caput e §5º e 201, §1º, da Constituição Federal a possibilidade, ou não, de se reconhecer validade jurídica ao instituto da desaposentação. O STF reconheceu, recentemente, a repercussão geral da matéria, o que será detalhadamente abordado no desenvolvimento do presente trabalho.

Por outro lado, no Congresso Nacional, tramitam projetos de lei que regulamentam a concessão da desaposentação. Trata-se dos Projetos de Lei nº 2.567/2011, de autoria do Senador Rodrigo Rollemberg, nº 5.693/2009, do Deputado Arnaldo Faria de Sá, nº 6.552/2009, do Senador Rodrigo Rollemberg, nº 7.369/2010, do Deputado Eduardo Barbosa, nº 1.168/2011, do Deputado Dr. Ubiali, 6.951/2010, do Deputado Cleber Verde e 5.668/2009, de autoria do Deputado Celso Maldaner.

Referidos projetos têm como escopo alterar determinados dispositivos das Leis nº 8.213/91 e 8.212/91, em especial os artigos 18, § 2º e 12, § 4º, respectivamente, introduzindo em seus textos a possibilidade de serem computadas, na renda mensal da aposentadoria, as contribuições vertidas pelo aposentado após a concessão da jubilação.

Contudo, a inexistência de consenso na base parlamentar sobre o reconhecimento legal da desaposentação, bem como o desinteresse do Governo em sua aprovação, considerando o reflexo direto no déficit previdenciário, dificulta o andamento dos supramencionados projetos.

Todo esse cenário não só justifica como impõe o estudo da desaposentação, a fim de se estabelecer a sua real possibilidade frente ao ordenamento constitucional e legal, analisando os argumentos favoráveis e contrários, de forma sistemática.

É com base em aspectos principiológicos, legais e jurisprudenciais que o tema da desaposentação será abordado no desenvolvimento do presente trabalho.

Inicialmente, no capítulo I serão estudados a natureza jurídica do direito à aposentadoria, bem como a possibilidade, em âmbito infraconstitucional, de sua renúncia, dando enfoque à definição do instituto jurídico denominado desaposentação e as questões jurídicas que o permeiam na perspectiva do segurado, do INSS e da Jurisprudência.

No capítulo II, de posse de toda a base doutrinária e jurisprudencial desenvolvida no capítulo anterior, a desaposentação será estudada sob a luz das garantias e princípios constitucionais, verificando a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, a possibilidade de sua adoção legal e quais seriam seus limites.

CAPÍTULO I - APOSENTAÇÃO E DESAPOSENTAÇÃO

1.1 Natureza jurídica do ato concessivo da aposentação e do direito à aposentadoria

Antes de adentrarmos especificamente no instituto da desaposentação, é imperiosa a análise do ato da aposentação e do direito a ele adjacente, a aposentadoria, perquirindo sua natureza jurídica e os requisitos para sua formação, a fim de se prosseguir na análise da viabilidade constitucional e legal de seu desfazimento, a critério do beneficiário, para obtenção de benefício mais vantajoso.

A Previdência Social é um seguro público coletivo, no qual existe a necessidade de preenchimento de condições específicas para o gozo de cada benefício ou serviço. Sua finalidade é garantir o mínimo necessário para uma vida digna do trabalhador quando do advento de sua inatividade laborativa, estando inserida no rol dos direitos humanos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Dentro do sistema de proteção previdenciária contra os riscos sociais, a aposentadoria é a prestação por excelência da Previdência Social, juntamente com a pensão por morte, visto que ambas substituem, em caráter permanente, os rendimentos do segurado e asseguram sua subsistência e daqueles que dele dependem.

Assim, a própria Constituição capitulou o tema, ao estabelecer que a aposentadoria é um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, que tem como fim primeiro a melhoria de sua condição social, *in verbis*:

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

XXIV - aposentadoria;

No tocante ao Regime Geral de Previdência Social, a Constituição Federal disciplinou, minuciosamente, a concessão da aposentação ao determinar que:

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:

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de

economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

Da forma como estruturada em âmbito constitucional, a aposentadoria, em seu modelo majoritário, está intimamente ligada ao conceito de seguro social, posto tratar-se de benefício que demanda, para sua fruição, o recolhimento de certo número de contribuições.

Nesse aspecto, sob o prisma do trabalhador que contribui para a Previdência Social, a aposentadoria é um direito subjetivo público, na medida em que seu interesse é protegido pelo ordenamento jurídico através do poder atribuído à vontade individual em face do Estado, quando preenchidos determinados requisitos legais.

Verificada a hipótese de incidência da aposentadoria, o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo por seu titular, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário. Isso ocorre porque, para a formação do ato jurídico da jubilação, faz-se necessário o adimplemento de todas as condições estabelecidas para a incidência da proteção previdenciária conjugada com o desejo do segurado em obter tal benefício.

Uma vez externada a manifestação de vontade do requerente, preenchidos os requisitos legais para a aposentação, segundo avaliação da autoridade administrativa competente, será editado o ato concessivo, dele decorrendo, de imediato, efeitos concretos tanto para a Administração quanto para o administrado.

Para a Administração Pública, o efeito particular é deixar de ser o Regime Geral credor das contribuições previdenciárias, para ocupar a posição de devedor e mantenedor do benefício concedido, independentemente das circunstâncias sociais, econômicas, financeiras e atuariais do sistema, variáveis em cada momento histórico. Sob a ótica do administrado, sua posição jurídica frente ao RGPS muda de feição, passando da condição de segurado/contribuinte para a de beneficiário, titular de um direito subjetivo ao recebimento da prestação, até o advento de uma das hipóteses legais de extinção.

O ato concessivo da aposentação reveste-se, portanto, do *status* de ato jurídico perfeito, gerador de um direito subjetivo, personalíssimo e individual, consistente no recebimento dos proventos de aposentadoria, cujo sujeito passivo, devedor da prestação, é o Estado.

Nesse sentido é a posição de Fábio Zambitte Ibrahim, o qual defende que o ato de concessão da aposentadoria, quanto à natureza jurídica, é um ato administrativo declaratório que, após a devida tramitação do requerimento de aposentadoria, torna-se ato jurídico perfeito, dotado de segurança jurídica em proteção às futuras alterações legislativas:

O provimento da aposentadoria é um ato jurídico, praticado em observância aos ditames legais. Após seu perfeito trâmite, atinge o status de

pleno e acabado, alcançando a categoria de ato perfeito, apto a produzir efeitos, in casu, o início do pagamento da renda mensal do benefício.¹

O ato administrativo de concessão da aposentação apresenta natureza de ato jurídico perfeito, porque já realizado e acabado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, satisfazendo todos os requisitos formais para gerar a plenitude dos seus efeitos, tornando-se, portanto, completo ou aperfeiçoado.

O ato jurídico perfeito, juntamente com o direito adquirido e a coisa julgada, dispostos no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, constitui cláusula pétrea e garantia fundamental que tem por escopo resguardar os direitos individuais e coletivos de novas disposições legais.

No âmbito do Direito Previdenciário, essa prerrogativa é uma garantia ao segurado que já obteve o benefício de aposentadoria, fazendo com que as prestações devidas ao mesmo sejam mantidas e protegidas de qualquer revisão, propiciando ao beneficiário a necessária segurança jurídica.²

Questão mais tormentosa em âmbito administrativo, doutrinário e jurisprudencial, no entanto, se afigura a natureza jurídica da aposentadoria, enquanto direito subjetivo do beneficiário e, conseqüentemente, da possibilidade de seu titular dispor desse direito, como ocorre no caso da desaposentação.

Para a Autarquia Previdenciária, a aposentadoria é um ato jurídico perfeito, insuscetível de renúncia ou reversão, haja vista que haveria violação ao princípio da segurança jurídica. Tal entendimento encontra respaldo no disposto no art. 181-B do Decreto nº 3.048/99, que determina:

Art. 181-B As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.

Parágrafo único O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos:

I – recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou

II – saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social.

O INSS entende que a aposentadoria é irrenunciável, dado seu caráter alimentar, só se extinguindo com a morte do beneficiário, lhe atribuindo o caráter de irreversibilidade, por considerá-la um ato jurídico perfeito e acabado, que apenas pode ser desfeito pelo Poder Público em caso de erro ou fraude na concessão.

É importante observar que o posicionamento da Administração Pública se embasa, exclusivamente, no disposto no Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99), sendo a Lei nº 8.213/91

1 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: O caminho para uma melhor aposentadoria*. 2. ed. revista e atualizada. Niterói: Impetus, 2007. p. 34.

2 Ibidem, p. 47-48.

omissa a respeito, o que gera inúmeros questionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a legalidade e mesmo a constitucionalidade do disposto no art. 181-B do RPS.

Sob outro enfoque, a doutrina majoritária define a natureza jurídica da aposentadoria como um direito subjetivo de cunho patrimonial, que traz em seu bojo a possibilidade de disposição segundo o interesse de seu titular.

Wladimir Novaes Martinez³ entende que a aposentadoria é um direito patrimonial, pois pertence a uma determinada pessoa, dependendo meramente de sua volição em requerer o benefício. Para ele, aposentar-se ou não, é um direito do segurado após o preenchimento de todos os requisitos legais.

O autor defende o direito à renúncia da aposentadoria, acrescentando que:

A renúncia não põe fim ao direito à prestação, apenas suspende seu exercício como direito. Ela continuará produzindo efeitos jurídicos (o que é exatamente o que deseja o titular), entre os quais o seu arrependimento.⁴

Roberto Luis Luchi Demo se posiciona no mesmo sentido e defende que a aposentadoria, apesar de ser ato jurídico perfeito, pode ser renunciada, pois se trata de direito subjetivo patrimonial disponível decorrente da relação jurídico-previdenciária.⁵

No mesmo sentido, autores como Hermes Arrais Alencar⁶, José Paulo Baltazar Júnior e Daniel Machado Horta⁷, Ivani Contini Bramante⁸, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzarini⁹, Hamilton Antônio Coelho¹⁰, João Batista Damasceno¹¹ e Fábio Zambitte Ibrahim¹² são favoráveis à renúncia.

Destoando da posição majoritária da doutrina, o Professor Marco Aurélio Serau Júnior refuta a teoria de que a aposentadoria seria um mero direito patrimonial, em que pese considerar que referido entendimento favoreça a concessão da desaposentação. Segundo ele:

3 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 45.

4 *Ibidem*, p. 45.

5 DEMO, Roberto Luis Luchi. Aposentadoria – Direito Disponível – Desaposentação – Indenização ao Sistema Previdenciário, *Revista Síntese Trabalhista*, n. 163, jan. 2003. p. 23.

6 ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 2. ed. São Paulo: LEUD, 2006. p. 254.

7 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 276-277.

8 BRAMANTE, Ivani Contini. Desaposentação e nova aposentadoria. *Revista de Previdência Social*, São Paulo: LTr, v. 244, mar. 2001. p. 150-154.

9 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARINI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 669-678.

10 COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: um novo instituto? *Revista da Previdência Social*, São Paulo, LTr, v. 228, nov. 1999. p. 1130-1134.

11 DAMASCENO, João Batista. Renúncia voluntária à aposentadoria, desfazimento de ato administrativo vinculado e definitivo e direito de certidão de tal ocorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, jan./mar. 1998. p. 271-280.

12 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: O caminho para uma melhor aposentadoria*. 2. ed. revista e atualizada. Niterói: Impetus, 2007. p. 101-103.

É claro que a prestação previdenciária se materializa através do pagamento de um benefício, em espécie. Todavia, e no atual estágio de compreensão e desenvolvimento dos direitos sociais, não se pode entender que esta seja sua natureza, sua essência [...].

As aposentadorias são verdadeiros direitos fundamentais, por isso mesmo imprescritíveis, inalienáveis, de exigibilidade imediata e através do Poder Judiciário, irrenunciáveis; materializam-se, todavia, pecuniariamente, o que não se confunde, porém, com sua própria natureza.¹³

Na jurisprudência pátria, encontramos julgados que se alinham aos dois posicionamentos supramencionados, com prevalência da posição que define a aposentadoria como um direito subjetivo patrimonial, passível de renúncia pelo beneficiário.

No sentido de que a aposentadoria é um ato jurídico perfeito insuscetível de renúncia, encontramos os seguintes julgados recentes dos Tribunais Federais:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. DEMANDA QUE VERSA SOBRE O DIREITO À RENÚNCIA DO ATO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA (DESAPOSENTAÇÃO), COM O FIM DE OBTER NOVA JUBILAÇÃO QUE CONSIDERE O TEMPO DE SERVIÇO E AS CONTRIBUIÇÕES REFERENTES AO PERÍODO DE INATIVAÇÃO. I - Deve ser afastada a ocorrência da decadência prevista no artigo 103 da Lei nº 8.213-91, tendo em vista que a lide versa sobre a desaposentação, que não se confunde com a revisão, na medida em que nessas ações buscam os beneficiários a concessão de nova aposentadoria e não a revisão do benefício previdenciário que vem recebendo. II - *Inexiste previsão legal que autorize expressamente a renúncia requerida pela autora, autorização essa imprescindível em razão da natureza vinculada no ato de concessão de aposentadoria e diante da incidência do Princípio da Legalidade Estrita (caput do artigo 37 da CRFB) no âmbito da Administração Pública.* III - *O ato de concessão de aposentadoria é irrenunciável dada a evidente natureza alimentar dos proventos, a afastar a alegada disponibilidade desse direito, que decorre da lei e não de mero ato volitivo do beneficiário.* IV - O custeio do sistema previdenciário é norteado pelos princípios da universalidade, da solidariedade, do equilíbrio financeiro e atuarial (artigos 194, 195 e 201 da Carta da República), razão porque o recolhimento de contribuições posteriores à inativação, por ter retornado o aposentado ao mercado de trabalho, não gera, necessariamente, qualquer direito à prestação pecuniária por parte da Previdência Social ao segurado jubilado, ressalvadas a hipóteses legais, como previsto na parte final do § 2º do artigo 18 da Lei nº 8.213-91. V - O pronunciamento o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo (artigo 543-C do Código de Processo Civil), no sentido da possibilidade da renúncia do ato de concessão de aposentadoria,

13 SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 101-102.

não representa óbice a que este órgão fracionário da Corte Regional aprecie a questão e, segundo a sua convicção jurídica, pronuncie entendimento diverso do firmado por aquele Sodalício, tendo em vista que a eventual retratação deste órgão julgador quanto à questão apenas terá lugar na hipótese de futura interposição do recurso especial do acórdão prolatado nestes autos (§ 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil em interpretação conjunta com o § 8º do mesmo artigo). VI - Remessa necessária provida.¹⁴ (sem grifos e negritos no original)

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATO JURÍDICO PERFEITO. JULGADO STJ. QUESTÃO CONSTITUCIONAL. 1. Não é cabível o direito à renúncia de aposentadoria por tempo de serviço, ato jurídico perfeito, com intuito de posterior pleito de aposentadoria por tempo de contribuição, em virtude do disposto no artigo 18, parágrafo 2º, a Lei n.º 8.213/91. 2. Para fins de concessão do benefício de aposentadoria integral, deve o segurado aguardar o implemento de seus requisitos. 3. Apesar do recente julgado do STJ, REsp 1334488/SC, a matéria aqui discutida é constitucional, visto tratar-se de custeio. 4. Apelação não provida.¹⁵ (sem grifos e negritos no original)

No entanto, conforme mencionado acima, o entendimento de que a aposentadoria é um ato jurídico perfeito, irrenunciável e irreversível, é posição minoritária e isolada nos Tribunais Regionais Federais, prevalecendo o entendimento de que a aposentadoria tem natureza jurídica de direito subjetivo patrimonial e disponível, em alinhamento com a posição adotada pelo STJ no julgamento, pelo regime dos recursos repetitivos, do REsp 1.334.488/SC, o qual pedimos vênias para transcrever parte da Ementa:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os

14 TRF 2ª Região - REO - REMESSA EX OFFICIO - 576732 - Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Data da Decisão: 29.08.2013. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

15 TRF 5ª Região - AC - Apelação Cível - 559000 - Órgão Julgador: Terceira Turma. Relator: Desembargador Federal Marcelo Navarro. Data da Decisão: 23.07.2013. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. *Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubilatamento. Precedentes do STJ.*¹⁶ (sem grifos e negritos no original)

Da mesma forma, a Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU) comunga o entendimento de que a aposentadoria é direito patrimonial disponível, *in verbis*:

EMENTA PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. DESAPOSENTAÇÃO. EFEITOS EX TUNC. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES JÁ RECEBIDOS. DECISÃO RECORRIDA ALINHADA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA TNU. IMPROVIMENTO. 1. Cabe Pedido de Uniformização quando demonstrado que o acórdão recorrido contraria jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. 2. *A Turma Nacional de Uniformização já firmou o entendimento de que é possível a renúncia à aposentadoria*, bem como o cômputo do período laborado após a sua implementação para a concessão de novo benefício, desde que haja a devolução dos proventos já recebidos. Precedentes: PU 2007.83.00.50.5010-3, Rel. Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, DJ 29.09.2009 e PU 2007.72.55.00.0054-0, Rel. Juiz Federal Sebastião Ogê Muniz, DJ 15.09.2009; TNU, PU 2006.72.55.006406-8, Rel. Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann, j. 02.12.2010. 3. Pedido de Uniformização conhecido e não provido.¹⁷ (sem grifos e negritos no original)

Analisando os julgados acima transcritos, podemos inferir que o direito à Previdência Social e, conseqüentemente à aposentadoria, é um direito social fundamental, com assento no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que se destina basicamente à proteção patrimonial dos trabalhadores, além dos demais segurados e dependentes, visando ao bem estar e à justiça sociais (art. 193, CF/88).

Não deixa, porém, de ter cunho individual naquilo que se refere à posição jurídica dos beneficiários. Por isso, cabe aos beneficiários a avaliação das vantagens e desvantagens na obtenção dos benefícios previdenciários, o que inclui a possibilidade de renúncia, em sentido amplo, ao recebimento e/ou manutenção de determinado benefício que, individualmente, seja reputado desvantajoso.

16 STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.488 - SC - Relator: MINISTRO HERMAN BENJAMIN. Data da Decisão: 08.05.2013. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

17 TNU - PEDILEF 200782005021332 - Relator: Juiz Federal José Antônio Savaris - Data da Decisão: 02.08.2011 - Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

A possibilidade de renúncia, ainda que recaia sobre direito fundamental, protegido pela garantia do ato jurídico perfeito, é expressão dos princípios constitucionais da liberdade individual, da autodeterminação e da dignidade da pessoa humana e se manifesta sob a forma de uma declaração unilateral, pela qual o indivíduo, livremente, dispõe, abdica de uma posição jurídica própria.

No entanto, como ensina Jorge Reis Novais¹⁸, é importante perceber que a renúncia a direitos fundamentais é diferente da renúncia que normalmente surge no direito privado ou nos casos relacionados a direitos subjetivos públicos que não sejam direitos fundamentais, pois raramente envolverá a extinção de um direito fundamental como um todo e em definitivo. Normalmente o que há é um compromisso individual e voluntário de um cidadão não invocar, temporariamente, uma determinada posição jurídica tutelada por norma de direito fundamental.

Nessa esteira, podemos afirmar que é plenamente admissível em nosso ordenamento jurídico a renúncia à aposentadoria pelo seu titular, o que torna a irrenunciabilidade inserta no art. 181-B, do Decreto nº 3.048/99, ilegal, por extrapolar as disposições da Lei nº 8.213/91, que nada disciplina a respeito, bem como inconstitucional, haja vista a afronta aos princípios constitucionais da liberdade individual e da dignidade da pessoa humana.

Assim, a renúncia à aposentadoria se traduz em um ato unilateral por parte do beneficiário, consistente no abandono do exercício de um direito, ou seja, do recebimento dos proventos da aposentação. Tal abdicação, por recair sobre um direito fundamental, é passível de retratação a qualquer tempo, podendo o titular reassumir novamente a sua posição jurídica e o exercício do direito tutelado no estado anterior ao ato de renúncia.

Por não influir na esfera dos interesses jurídicos da Autarquia Previdenciária, a renúncia à aposentadoria independente, em tese, para o seu aperfeiçoamento, do consentimento do INSS.

Em virtude dos argumentos supra analisados, é possível concluir que a aposentadoria é um direito do qual o titular pode abrir mão se assim o desejar.

Toda a discussão travada em torno da disponibilidade da aposentadoria se iniciou em virtude da pretensão de alguns beneficiários de abdicar de seu benefício de aposentadoria para a concessão de nova aposentadoria mais vantajosa, no regime geral de previdência social ou em regime próprio, em instituto batizado com o nome de desaposentação.

Seria a desaposentação efetivamente uma renúncia à aposentadoria? Há, tecnicamente, a abdicação de um direito ou mera revisão do ato de concessão para inclusão de novas contribuições vertidas após a jubilação? Seria juridicamente possível a desconstituição do ato de aposentação, em hipóteses diversas da revogação e da anulação do ato administrativo?

18 NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. v. I, p. 270-271.

O estudo da desaposentação não pode prescindir da reflexão sobre essas questões. Passemos, então, a analisar a desaposentação e sua relação com a renúncia à aposentadoria, bem como seus efeitos jurídicos para o beneficiário e para o Regime Geral de Previdência Social.

1.2 Conceito de desaposentação e efeitos jurídicos

A aposentadoria não impede o exercício de atividade laboral remunerada pelo aposentado, salvo a concedida por invalidez. Não é incomum, portanto, que aposentados permaneçam ou retornem ao trabalho após a jubilação, como forma de incrementar sua renda e melhorar sua condição social.

Ao exercer uma atividade remunerada, o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social, enquadra-se como segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito ao recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre sua remuneração, de que trata a Lei nº 8.212/91.

A Lei de Benefícios, em sua redação original, previa o pagamento de pecúlio ao segurado que voltasse a exercer atividade laborativa vinculada ao RGPS. Este pecúlio permitia ao segurado o recebimento, em única parcela, do valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições do segurado no exercício da nova atividade laboral desenvolvida após a aposentadoria:

Art. 81. São devidos pecúlios:

[...]

II – ao segurado aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo Regime Geral de Previdência Social que voltar a exercer atividade abrangida pelo mesmo, quando dela se afastar: (sem grifos e negritos no original)

[...]

Art. 82. No caso dos incisos I e II do artigo 81, o pecúlio consistirá em pagamento único de valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições do segurado, remuneradas de acordo com o índice de remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia primeiro. (sem grifos e negritos no original)

Ocorre que, com o advento das Leis nº 8.870/94 e 9.032/95 houve a extinção do pecúlio previdenciário, revogando os artigos 81 a 85 da Lei nº 8.213/91 e adicionando o § 4º ao art. 12 da Lei nº 8.212/91 (plano de custeio da seguridade social) explicitando a cobrança da contribuição anteriormente prevista genericamente na mesma lei.

§ 4º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando

sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28.4.95).

A alteração da disciplina legal significou a extinção de um benefício previdenciário que garantia ao segurado o retorno de suas contribuições compulsoriamente vertidas ao sistema, bem como a exigibilidade de continuar realizando essas contribuições, mesmo aposentado, sem a correspondente contrapartida¹⁹.

A partir de então, os aposentados passam a almejar a utilização das contribuições previdenciárias vertidas após a jubilação, para o fim de auferir acréscimo nos proventos de aposentadoria.

Foi neste momento que o instituto da desaposentação começou a se desenvolver, posto que a legislação possui vedações à utilização de tempo de contribuição já considerado para a concessão de aposentadoria, bem como à utilização de tempo de contribuição posterior para incremento da renda de benefício já concedido.

Sobre o conceito de desaposentação, assim o delinearão Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari²⁰:

Em contraposição à aposentadoria, que é o direito do segurado à inatividade remunerada, a *desaposentação é o ato de desfazimento da aposentadoria* por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, em regra por ter permanecido em atividade laborativa (e contribuído obrigatoriamente, portanto) após a concessão daquela primeira aposentadoria. (sem grifo e negrito no original)

Também no sentido de desfazimento do ato de aposentação, Martinez define a desaposentação como sendo “o ato administrativo formal vinculado, provocado pelo interessado no desfazimento da manutenção, que compreende a desistência com declaração oficial desconstitutiva”.²¹

De forma diversa, Fábio Zambitte Ibrahim, ao conceituar o instituto da desaposentação, leciona que se trata da²²:

[...] *possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria* com o propósito de obter benefício mais vantajoso no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu de [sic] tempo de contribuição. O instituto é utilizado colimando a melhoria do status financeiro do aposentado. (sem grifo e negrito no original)

19 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Desaposentação: Aspectos jurídicos, econômicos e sociais*. Disponível em: <http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=116:desaposentacao-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34> Acesso em: 21 nov. 2013.

20 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARINI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 669.

21 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 2. ed. São Paulo: Editora LTR, 2009. p. 28.

22 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 2. ed. revista e atualizada. Niterói: Impetus, 2007. p. 35.

Já para Ivani Contini Bramante Jorge²³ a desaposentação é conceituada de modo restrito, sendo caracterizada pelo desfazimento do ato administrativo concessivo da aposentadoria, no regime de origem, de forma a propiciar a contagem de tempo de contribuição prestado em outro regime.

Vê-se, da leitura das definições apresentadas pela doutrina, que ora a desaposentação é definida como desfazimento do ato administrativo de concessão, ora é apresentada como renúncia ao benefício e ora como uma renúncia que tem como consequência a desconstituição do ato de aposentação.

Contudo, conceitualmente, os institutos da renúncia e da desconstituição do ato jurídico de aposentação (desaposentação) não se confundem e apresentam efeitos distintos para os integrantes da relação jurídica previdenciária.

Tanto na renúncia como na desaposentação, o que o beneficiário pretende é uma desvinculação voluntária de sua aposentadoria concedida pelo Regime Geral de Previdência Social.

A desvinculação voluntária operada por via da renúncia propriamente dita significa a abdicação do recebimento dos proventos de aposentadoria pelo titular, envolvendo a impossibilidade de nova utilização do tempo de serviço e co-respectivos salários-de-contribuição para fins de obtenção de outro benefício previdenciário do Regime Geral da Previdência Social - RGPS ou de regime próprio (em contagem recíproca), em virtude da incidência do disposto no art. 96, inciso III, da Lei nº 8.213/91.

Tal abdicação, conforme dito no tópico anterior, por recair sobre um direito fundamental, é passível de retratação a qualquer tempo, podendo o titular reassumir novamente a sua posição jurídica e o exercício do direito tutelado no estado anterior ao ato de renúncia.

Por não abranger a concessão de nenhum outro novo benefício, a renúncia independe do desfazimento do ato de concessão, bem como da anuência da outra parte da relação jurídica previdenciária, *in casu*, o INSS, haja vista que possui efeitos *ex nunc*.

Renunciar um ato administrativo consiste no beneficiário não mais desejar a continuidade dos seus efeitos que lhe tragam vantagens, desonerando, por conseguinte, o devedor.

Diversamente, a desaposentação configura-se como uma revisão indireta, pois envolve a desconstituição do ato de aposentação, com o fim de aproveitamento do tempo de serviço e co-respectivos salários-de-contribuição para fins de obtenção de outro benefício, gerando uma nova oneração imediata aos cofres previdenciários.

Assim, por abranger a concessão de novo benefício do Regime Geral da Previdência Social - RGPS ou de regime próprio (em contagem recíproca), a desaposentação pressupõe o desfazimento do ato de concessão, operando efeitos *ex tunc*, isto é, desde a concessão da aposentadoria que se pretende

23 BRAMANTE, Ivani Contini. Desaposentação e nova aposentadoria, *Revista de Previdência Social*, São Paulo, LTr, v. 244, mar. 2001, p. 150-154.

desfazer, a fim de que seja recomposto o *status quo ante* para ambas as partes (beneficiário e INSS).

Dessa forma, se afigura imprópria a definição de renúncia adotada pela doutrina para defender a viabilidade da desaposentação, posto que não se pode olvidar que a renúncia opera com efeitos *ex nunc*, ou seja, ela preserva os atos e as relações jurídicas ocorridas no passado, evitando que seus efeitos sejam projetados para o futuro e, portanto, obsta que o beneficiário reutilize o tempo de serviço computado para a aposentadoria renunciada para a concessão de novo benefício.

É necessário, para que o beneficiário possa computar o tempo de serviço anterior e posterior à primeira jubilação, que este ato seja desfeito, restituindo o beneficiário ao *status quo* anterior, pelo que de rigor reconhecer que o melhor conceito para definir a desaposentação é o de desfazimento do ato de aposentação por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria mais benéfica.

A questão sobre a possibilidade de o segurado renunciar ou desconstituir sua aposentadoria regularmente deferida pelo INSS, longe de estar equacionada, ainda produz forte incerteza no âmbito da jurisprudência nacional.

Com efeito, a ausência de norma expressa sobre a matéria tem motivado os nacionais aposentados que seguem trabalhando a tentar utilizar as contribuições vertidas quando em gozo de aposentadoria para revisar o próprio benefício, em busca de uma renda que lhe proporcione uma vida mais digna.

A inexistência de previsão legal no ordenamento jurídico traduz-se em duas consequências, a saber: administrativamente, o INSS indefere qualquer pedido que tenha por objeto a desconstituição de aposentadoria já concedida, em razão do disposto no art. 181-B, do Decreto nº 3.048/99; judicialmente, a multiplicação exponencial de demandas cujo objeto é a desaposentação, ocasionando um universo de soluções diversas para idêntico problema.

O indeferimento, pelo INSS, dos pedidos administrativos de desconstituição do ato de aposentação para concessão de nova aposentadoria, mais benéfica, com o cômputo do tempo de serviço utilizado no primeiro benefício e acréscimo de novas contribuições vertidas ao sistema após a jubilação, é fundamentado no princípio da legalidade estrita que norteia a atuação da Administração Pública, a qual somente pode agir nos exatos termos disciplinados pela norma. Se não há norma autorizando, a Administração não pode conceder a desaposentação.

Por outro lado, há, ainda, a previsão inserta no art. 181-B do Decreto nº 3.048/99, que veda a reversão do ato de concessão da aposentadoria, nos seguintes termos:

Art. 181-B As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.

Parágrafo único O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos:

I – recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou

II – saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social.

É assente tanto na doutrina como na jurisprudência, que o Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99) ao prescrever a irreversibilidade e a irrenunciabilidade da aposentadoria, inovou na disciplina da matéria, estabelecendo restrição a direito não contemplada pela Lei de Benefícios, sendo, portanto, ilegal por extrapolar os limites da norma regulamentada, como afirma Fábio Ibrahim Zambitte:

Certamente o benefício previdenciário é direito inalienável do segurado e de seus dependentes, assegurado pela lei e pela Constituição, não podendo ser excluído pelo Poder Público, uma vez preenchidas as condições a seu implemento. Qualquer tentativa neste sentido será eivada do vício da inconstitucionalidade.²⁴

Em virtude do panorama acima narrado, o pedido de desaposentação ainda só se faz possível pela via judicial, já que na esfera administrativa esbarra no supracitado Regulamento da Previdência Social, que veda a reversão do ato de concessão.

É no âmbito doutrinário e judicial que se acirram os debates com argumentos favoráveis e desfavoráveis à desaposentação.

Aqueles que defendem a impossibilidade da desaposentação, dentre eles a Autarquia Previdenciária, utilizam, basicamente, como argumentos contrários a sua admissibilidade, a afronta aos princípios constitucionais da legalidade e do ato jurídico perfeito, a vedação de concessão de benefício previdenciário ao aposentado que volta a exercer atividade remunerada, inserta no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a burla ao fator previdenciário, a insegurança jurídica do sistema previdenciário, e, finalmente, violação aos princípios constitucionais orientadores do Regime Geral de Previdência Social, consubstanciados na solidariedade (repartição de receitas) e no equilíbrio financeiro e atuarial.

Por seu turno, os adeptos da desaposentação argumentam para justificar sua viabilidade, os princípios constitucionais da liberdade individual, da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, a máxima efetivação do direito fundamental social à previdência, a natureza jurídica da aposentadoria como direito patrimonial disponível, a inexistência de afronta aos princípios constitucionais da legalidade, da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial.

Passemos a expor os principais argumentos favoráveis e desfavoráveis à desaposentação.

24 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: O caminho para uma melhor aposentadoria*. 2. ed. revista e atualizada. Niterói: Impetus, 2007. p. 37.

1.2.1 Fundamentos constitucionais e legais contrários à desaposentação

O primeiro argumento utilizado pelos adeptos da corrente contrária à desaposentação é a inexistência de previsão legal a autorizar o seu deferimento. Nesse sentido entende Marisa Ferreira dos Santos ao lecionar que “à falta de norma específica, a desaposentação não tem guarida no direito brasileiro”.²⁵ Argumenta a Desembargadora que seria necessária previsão legal expressa da desaposentação a fim de não onerar o sistema previdenciário diante da criação de ônus sem previsão de custeio, o que ofenderia a regra da contrapartida.

Um segundo argumento, comumente levantado, entende que a desaposentação ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito. Conforme abordado no primeiro tópico deste capítulo, o ato de concessão da aposentação apresenta natureza de ato jurídico perfeito, porque já realizado e acabado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, satisfazendo todos os requisitos formais para gerar a plenitude dos seus efeitos, tornando-se, portanto, completo ou aperfeiçoado.

Como ato administrativo aperfeiçoado, entendem alguns doutrinadores que a desconstituição da aposentadoria somente poderia ocorrer legalmente nas hipóteses em que se admite o desfazimento do ato administrativo, ou seja, por meio da anulação ou revogação, cujos contornos não se adequam ao instituto da desaposentação.

É o que ensina Elsa Fernanda Reimbrecht Garcia, para quem:

Sendo a aposentadoria um ato administrativo, a desaposentação deverá ser admitida somente após o desfazimento deste ato. Conforme a teoria dos atos administrativos, os principais meios de desfazimento do ato são a anulação e a revogação. [...] A anulação do ato administrativo consiste na declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. [...] Já a revogação do ato administrativo pressupõe um ato legítimo e eficaz, mas inconveniente ao interesse público. É a extinção de um ato administrativo ou de seus efeitos por outro ato administrativo, efetuada por razões de conveniência e oportunidade da Administração.²⁶

Dessa forma, não havendo conveniência e oportunidade, ou seja, interesse público na revogação do ato de aposentação, bem como invalidade do ato administrativo de concessão, a justificar a sua anulação, não incidiria nenhuma hipótese admitida em nosso ordenamento jurídico de desconstituição do ato jurídico perfeito da aposentadoria.

25 SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário Esquemático*. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 332.

26 GARCIA, Elsa Fernanda Reimbrecht. *Da desconstituição do ato de aposentadoria e a viabilidade atuarial da desaposentação*. Disponível em: < <http://elsafernanda.adv.br/site/images/stories/pdf/daa.pdf>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

Outro óbice apontado à desaposentação pelo INSS e objeto de muita controvérsia acerca de sua interpretação, é o disposto no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, que assim preleciona:

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:

[...]

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

Nesse ponto, argumenta-se que, em razão do dispositivo supramencionado, seria inviável admitir a desaposentação, porque o jubilado que retorna ao trabalho não teria direito de receber prestação previdenciária alguma além do salário-família e da reabilitação profissional. Aduz-se, ainda, para justificar a vedação imposta pelo dispositivo citado, que a Previdência Social está organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória e que o retorno à atividade não afasta o pagamento de contribuição previdenciária, imperando o princípio da solidariedade, pelo que o recolhimento posterior à aposentadoria de contribuição não gera direito à desaposentação²⁷.

Há ainda a afirmação que ao se permitir a desconstituição do ato de aposentação, haveria burla a incidência do fator previdenciário, que considera, em sua fórmula, o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de sobrevivência do beneficiário, bem como acarretaria a instabilidade da relação jurídica previdenciária, haja vista que a cada nova contribuição, o segurado poderia solicitar o recálculo de seu benefício.

Nas palavras de Henrique Jorge Dantas da Cruz:

Já a harmonia atuarial é, sinteticamente, a manutenção da saúde financeira do sistema, levando-se em conta o que será arrecadado e as presentes e futuras despesas. Um dos responsáveis pelo êxito desse cálculo estatístico é, exatamente, o fator previdenciário, cuja fórmula possui duas partes: o fator atuarial (do interesse desse escrito) e o chamando bônus de permanência em atividade, que, em suma, premia quem contribui à previdência social por mais tempo.

Da análise do fator atuarial, chega-se a uma conclusão inarredável: o cálculo dos valores a serem recebidos da aposentadoria parte da premissa de o segurado não ter se aposentado antes, ou seja, é um ato voltado para o passado, no que

²⁷ Confirma o entendimento esposado no Acórdão proferido pelo TRF 3ª Região, no julgamento do REO - REEXAME NECESSÁRIO CÍVEL - 1860535. Relator: Desembargadora Federal Therezinha Cazerta. Data da Decisão: 04.10.2013. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

toça às contribuições vertidas, e para o futuro, quanto ao que será desembolsado pelos cofres públicos no pagamento do benefício concedido. Pelo visto acima, nossa legislação e o sistema de cálculo das aposentadorias não previram a desaposentação, em virtude de que não serão levados em conta os valores recebidos pelo aposentado por meio do seu benefício originário.

Outro ponto merecedor de comentário é a intenção de se maquiar um dos componentes do fator previdenciário, como visto, no primeiro exemplo acima citado: basta o segurado avançar na idade que sua renda mensal eleva-se, porque a idade no momento da concessão da aposentaria é fator levado em conta na hora de se calcular a renda mensal inicial (RMI).²⁸

Por fim, mas não menos importante, alegam os defensores da impossibilidade constitucional e legal da desaposentação que, ao aceitá-la, em especial sem a devolução dos valores recebidos pela aposentadoria que se desfaz, estar-se-ia ferindo de morte os princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral de Previdência Social.

Segundo essa corrente, pelo princípio da solidariedade ou universalidade, as contribuições vertidas pelos contribuintes destinam-se ao financiamento do sistema de Seguridade Social. Desse modo, todos contribuem para um fundo comum, cujos recursos serão utilizados em prol de toda a seguridade, e não para o financiamento exclusivo do próprio benefício. Trata-se do chamado pacto entre gerações.

A existência de contribuintes para o sistema (e não para si) possuiria como base constitucional, os arts. 194, incisos V e VI, 195 e 40, todos da Constituição Federal, não havendo, portanto, uma necessária correspondência entre as contribuições vertidas ao regime e a contraprestação recebida dele, tanto no sentido de que um segurado poderia contribuir muito mais do que receberia de aposentadoria, como o contrário, na hipótese em que a aposentadoria é prematura, em virtude da ocorrência de incapacidade laboral.

Por outro lado, quanto ao equilíbrio financeiro e atuarial, aduzem, ainda, que o sistema previdenciário nacional baseia-se na causalidade custeio/benefício, sendo que a previsibilidade e a sustentabilidade orçamentárias do binômio receita/despesa têm por regra fundamental o fato de que a utilização das contribuições e do tempo de serviço para fins de aposentadoria ocorreria uma única vez.

Assim, em havendo percepção de proventos por um período devido ao recolhimento das contribuições (a, b, c, d ... z), e nova concessão de um novo benefício a partir das mesmas contribuições (a, b, c, d ... z) somadas a outras recolhidas mais recentemente (1, 2, 3 ...99), os pagamentos já efetuados reputar-se-ão indevidos, pois isso implicaria reclassificação atuarial do

28 CRUZ, Henrique Jorge Dantas. *A ilegitimidade constitucional da desaposentação*. Artigos CONJUR, 26.07.2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-26/ilegitimidade-constitucional-desaposentacao-desconstrucao>>. Acesso em 28 nov. 2013.

beneficiário perante a universalidade dos segurados, haja vista que, na desaposentação, uma mesma contribuição serviria para duas aposentadorias concedidas em sequência²⁹.

Por ora, sem adentrarmos no mérito dos argumentos desfavoráveis à desaposentação, o que será abordado no capítulo III, passemos a expor os contra-argumentos e as exposições doutrinárias que encontram respaldo à desaposentação no ordenamento nacional.

1.2.2 Fundamentos constitucionais e legais favoráveis à desaposentação

Os doutrinadores favoráveis à desaposentação iniciam a defesa do novel instituto ao caracterizá-lo como uma expressão dos princípios constitucionais da liberdade individual, da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da máxima efetivação do direito fundamental à previdência social.

Para eles, ao analisar os valores constitucionais inerentes à seguridade social, percebe-se que desde a antiguidade até os dias atuais, busca-se uma crescente evolução e melhoria na qualidade de vida dos cidadãos, a fim de garantir cada vez mais a dignidade da pessoa humana a estes.

Nas palavras de José Diego Martins de Oliveira e Silva:

Assim, fica claro e evidente que o dever do Estado, por meio da seguridade social, é promover uma melhoria contínua na vida de seus beneficiários, garantindo-lhes condições dignas de vida.

Dessa forma, verifica-se que o processo pelo qual o segurado renuncia a sua aposentadoria com a finalidade de obter um benefício mais vantajoso – Desaposentação – é tutelado constitucionalmente pelos princípios da liberdade, da dignidade da pessoa humana e da condição mais benéfica ao segurado.³⁰

No mesmo sentido assevera Cléria Maria Lobo Bittar Pucci Bueno:

A possibilidade de renunciar à aposentadoria que recebe para receber benefício melhor, mais justo, em conformidade com o “bônus” que verteu aos cofres previdenciários após a aposentadoria, trará, sem sombra de dúvida, a este segurado, sentimento de dever cumprido, mantendo sua autoestima em considerável patamar, onde a ação do tempo não a carcomerá, porque terá valido a pena tudo o que plantou, tudo o que construiu, as muitas alegrias vivenciadas.³¹

29 CRUZ, Henrique Jorge Dantas. *A ilegitimidade constitucional da desaposentação*. Artigos CONJUR, 26.07.2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-26/ilegitimidade-constitucional-desaposentacao-desconstrucao>>. Acesso em 28 nov. 2013.

30 SILVA, José Diego Martins de Oliveira e. A constitucionalidade do processo de desaposentação. *Revista Perspectiva Jurídica FGF*, 2013.1 - ISSN 1809-9459, p. 79.

31 BUENO, Cléria Maria Lobo Bittar Pucci. In: *Preparação para Aposentadoria*. Você já pensou sobre isso? Organização Juliana Presotto Pereira Netto. São Paulo: LTR, 2009. p. 101.

Por outro lado, entendem que, por ser a aposentadoria um direito subjetivo patrimonial do beneficiário, é possível a sua renúncia, para o fim de se obter novo benefício mais vantajoso. Sobre o tema, vale citar o ensinamento de Hamilton Antônio Coelho, *in verbis*:

[...] O Professor e Juiz de Direito João Batista Damasceno, reconhecendo o direito à desaposentação, dá-nos a seguinte e incontestável conclusão: “Se a aposentadoria é renunciável ante a indevida acumulação, não há fundamento jurídico para seu indeferimento quando se tratar de liberdade do aposentado. Assim, não há que se negar o reconhecimento à renúncia à aposentadoria apresentada voluntária ou necessariamente, bem como a certificação de tal ocorrência e do tempo de serviço prestado pelo aposentado”.

[...] Não vejo nenhuma incompatibilidade entre um ao que visa a aposentadoria e outro que objetiva o seu desfazimento, ou seja, a desaposentação do titular do benefício. O ato administrativo aposentadoria é constitutivo positivo de direito para o aposentado; já o de desaposentação é desconstitutivo negativo, consubstanciado em desobrigar a Administração Pública de continuar no custeio de um benefício previdenciário. Logo, a desaposentação libera o Estado de um compromisso pecuniário.

Assim, a manifestada vontade de desfazimento do ato de jubilação pelo titular do benefício impõe à Administração o seu pronto deferimento, sob pena de abuso de poder, posição intolerável num Estado Democrático de Direito.

Além do mais, o que se consegue através da desaposentação não é o retorno da situação anterior do inativo, mas apenas a contagem do tempo de serviço vinculado à antiga aposentadoria para fins de averbação em outra atividade profissional ou mesmo para dar suporte a uma nova e mais benéfica jubilação. Por isso, insurgir-se contra esse direito de renúncia do cidadão aposentado, sob o argumento de que a nova inativação será mais onerosa ao Poder Público é, no mínimo, perpetrar hermenêutica jurídica sem nenhum compromisso com os princípios fundamentais da República, insculpidos pelo nosso legislador maior no 1º artigo da Lei Básica Federal de 1988, tais como: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho do aposentado.³²

Ainda no tocante à natureza jurídica da aposentadoria e rebatendo o argumento de afronta ao ato jurídico perfeito, os defensores da admissibilidade da desaposentação concluem que o ato jurídico perfeito foi concebido pelo constituinte com a finalidade de resguardar direitos, não podendo ser usado como supedâneo para prejudicar o segurado, uma vez que se pode entender que o impedimento ao acesso de um benefício mais vantajoso se traduz como notório prejuízo.

32 COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: um novo instituto? *Revista de Previdência Social*, n. 228, nov. 1999. p. 1131.

Cita-se, por oportuno, mais uma vez, Fábio Ibraim Zambitte, em razão de suas lições que bem sintetizam o entendimento daqueles que rechaçam referido argumento:

O ato jurídico perfeito, questão central do debate sobre a desaposentação, é sabidamente resguardado pela Constituição, no Capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos, no art. 5º, inciso XXXVI, dispondo que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. No mesmo artigo, no caput, dispõe a Lei Maior que todos são iguais perante a lei [...], garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

Sem embargo, segundo regra comezinha de hermenêutica jurídica, todo inciso e parágrafo devem ser interpretados de acordo com o caput do artigo, o qual traz disposição geral sobre o assunto normatizado. Por isso injustificável a irreversibilidade absoluta do ato jurídico perfeito em favor do segurado, pois a própria constituição assegura o direito à liberdade, inclusive de trabalho.³³

Os adeptos da corrente favorável à desaposentação, no que respeita a ausência de autorização legal e da suposta vedação inserida no § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, argumentam que o princípio da legalidade somente representaria um óbice à desaposentação se houvesse uma vedação expressa no ordenamento jurídico à desconstituição do ato concessivo da aposentadoria, o que não se afigura na hipótese prevista no § 2º do artigo 18 da Lei de Benefícios, que apenas veda a cumulação da aposentadoria com outro benefício previdenciário da mesma natureza.

Para Wladimir Novaes Martinez a lacuna legal não pode ser obstáculo para a efetivação de direitos. Aponta o autor que

Se não há vedação legal para a desaposentação, subsiste permissão. Realmente, quando a norma pública pretende obstar determinado fato, deve discipliná-lo claramente; em princípio, se não está proibindo, enquanto convier ao titular do direito, é porque deseja que aconteça.³⁴

Por outro lado, interpretando a vedação inserta no § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, defende Adriane Bramante de Castro Ladenthin:

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais negou pedido de desaposentação, julgando improcedente o pedido de um segurado que pretendia renunciar à aposentadoria com proventos proporcionais para se aposentar com proventos integrais. A fundamentação baseou-se no artigo 18, § 2º da Lei 8.213/91, em que, para o magistrado, a desaposentação estaria expressamente vedada por este artigo em que autoriza somente os benefícios de salário-família e reabilitação profissional após a aposentadoria (quando

33 Ibidem, p. 39.

34 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2009. p. 73.

empregados) e, por este motivo, a lei estaria proibindo o recebimento de outra aposentadoria. Com o respeito à D. decisão, ela não faz o menor sentido. Não está sendo pedida a cumulação de benefícios, mas sim a renúncia de um para o recebimento de outro em melhores condições. Em nenhum momento houve a pretensão de receber duas aposentadorias, pois o segurado abre mão do benefício que percebe atualmente para que lhe seja concedido outro mais vantajoso.³⁵

Como se pode observar, o princípio da legalidade é utilizado como argumento tanto para os que defendem a desaposentação quanto por aqueles que não a admitem.

Por fim, relativamente à suposta afronta aos princípios constitucionais norteadores do Regime Geral de Previdência Social, consistentes na solidariedade e no equilíbrio financeiro e atuarial, os adeptos da corrente da admissibilidade da desaposentação argumentam que:

Não há que se falar em desequilíbrio financeiro e atuarial com a renúncia para concessão de benefício melhor. Muito pelo contrário! Os segurados realizaram suas contribuições e obtiveram a concessão da tão sonhada aposentadoria. Com a continuação da atividade laboral e, conseqüentemente, com pagamento compulsório das contribuições, eles verteram ao sistema valores que não foram previstos.

É sabido que o sistema é de solidariedade e que toda a sociedade contribui para a seguridade social, seja direta ou indiretamente. No entanto, não se trata de infringência a este princípio, pois que enquanto não aposentado, manteve-se filiado ao regime previdenciário normalmente.

Ocorre que as contribuições após a aposentadoria não estão atuarialmente previstas, principalmente no regime jurídico atual, com a utilização do fator previdenciário que diminui o valor do salário-de-benefício para garantir que o sistema permita ter recursos que lhe garantam a manutenção do benefício pelo previsto na sua expectativa de sobrevida.

Ao manter-se ativo (e aposentado), a previdência continua recebendo contribuições que não eram “necessárias” para a manutenção daquele benefício, pois que já houve contribuições suficientes para tanto.³⁶

No entanto, mesmo não vislumbrando ofensa aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, os doutrinadores divergem, neste ponto, sobre a necessidade de devolução ao regime previdenciário dos proventos da aposentadoria que se desfaz.

35 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Desaposentação: Aspectos jurídicos, econômicos e sociais*. Disponível em: <http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=116:desaposentacao-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34>. Acesso em: 21 nov. 2013.

36 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Desaposentação: Aspectos jurídicos, econômicos e sociais*. <http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=116:desaposentacao-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34> Acesso em 21 nov. 2013.

Dentre os que defendem a devolução dos proventos destacam-se: Marina Vasques Duarte, Wladimir Novaes Martinez, Fabio de Souza Silva, Roberto Luiz Luchi Demo e Roserval Rodrigues da Cunha Filho.

Referidos doutrinadores se filiam à tese da obrigatoriedade de ressarcimento de aposentadoria renunciada, sob o fundamento de que a desconstituição do ato de concessão da aposentação objetiva o retorno ao *status quo ante* e, para tanto, a devolução dos valores é condição para o desfazimento do ato jurídico perfeito da aposentadoria. Nas palavras de Wladimir Novaes Martinez:

Olvidando-se o regime financeiro de repartição simples, que permeia o RGPS e o RPPS, de regra, para que a desaposentação seja sustentável do ponto de vista técnico do seguro social e atenda o seus objetivos, é imprescindível o restabelecimento do status quo ante. De modo geral, não subsiste esse efeito gratuitamente; a relação jurídica aí presente não prescinde de fundamentos econômicos, financeiros e atuários de um plano de benefícios. Ainda que seja um seguro solidário, pensando-se individualmente se a Previdência Social aposenta o segurado, ela se serve de reservas técnicas acumuladas pelos trabalhadores, entre as quais as do próprio titular do direito ao benefício. Na desaposentação, conforme o caso, o órgão gestor teria de reaver parte dos valores pagos para estar econômica e financeiramente apto para aposentá-lo adiante ou poder emitir a CTC.³⁷

Em sentido diverso, advogam pela desnecessidade da devolução Carlos Alberto Pereira de Castro, João Batista Lazzari e Fabio Zambitte Ibrahim.

Para essa escola, a natureza alimentar do benefício de aposentadoria é o maior óbice à exigência de devolução das parcelas. A restituição aos cofres públicos somente seria justificável se houvesse alguma irregularidade. Essa linha de pensamento defende que a reversibilidade da desaposentação possui efeitos *ex nunc*, ou seja, os efeitos do desfazimento do ato de jubilação só ocorrerão dela em diante, como sustenta Fábio Zambitte Ibrahim:

Naturalmente, como visa benefício posterior, somente agregará ao cálculo o tempo de contribuição obtido a posteriori, sem invalidar o passado. A desaposentação não se confunde com a anulação do ato concessivo do benefício, por isso não há que se falar em efeito retroativo do mesmo, cabendo tão somente sua eficácia *ex nunc*. A exigência da restituição de valores recebidos dentro do mesmo regime previdenciário implica obrigação desarrazoada, pois se assemelha ao tratamento dado em caso de ilegalidade na obtenção da prestação previdenciária.³⁸

Expostos os argumentos favoráveis e contrários à desaposentação, faz-se necessário, portanto, valer-se das construções conceituais doutrinárias que ganharam corpo na jurisprudência dos Tribunais pátrios para que se

37 MARTINEZ, op. cit., p. 61.

38 IBRAHIM, op. cit., p. 60.

obtenha suporte teórico e prático que permita a conclusão sobre a viabilidade constitucional e legal da desaposentação em nosso ordenamento jurídico.

1.3 A desaposentação na jurisprudência dos Tribunais Federais

Na jurisprudência dos Tribunais Federais o entendimento sobre a possibilidade da desaposentação não é uniforme. Há julgados favoráveis e contrários, todos com grande diversidade de fundamentos constitucionais e legais.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou, no mérito, a respeito da desaposentação. No entanto, afetou ao Plenário, no regime processual da repercussão geral, o Recurso Extraordinário nº 381.367³⁹, que questiona a constitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, o qual ainda está pendente de julgamento.

O caso trata exatamente da questão da desaposentação de uma aposentada pelo RGPS que retornou à atividade e pleiteia novo cálculo de proventos, consideradas as contribuições de período referente a esse regresso, sob alegação de que o mencionado dispositivo legal estaria em confronto com o art. 201, § 11, da CF (“§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”), haja vista que, mesmo contribuindo como segurada obrigatória na qualidade de empregada, teria direito apenas às prestações de salário-família e de reabilitação profissional. (RE 381.367/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio, 16.09.2010).

De acordo com a publicação do Informativo 600 do STF, o Ministro Marco Aurélio proveu o recurso, entendendo pela possibilidade da desaposentação e recálculo do benefício com aproveitamento das contribuições posteriores à aposentadoria e pela desnecessidade de devolução das parcelas percebidas a título de aposentadoria. Em seguida, o Ministro Dias Toffoli pediu vistas, suspendendo o julgamento. Segundo o Informativo:

O Min. Marco Aurélio, relator, proveu o recurso. Consignou, de início, a premissa segundo a qual o trabalhador aposentado, ao voltar à atividade, seria segurado obrigatório e estaria compelido por lei a contribuir para o custeio da seguridade social. Salientou, no ponto, que o sistema constitucional em vigor viabilizaria o retorno do prestador de serviço aposentado à atividade. Em seguida, ao aduzir que a previdência social estaria organizada sob o ângulo contributivo e com filiação obrigatória (CF, art. 201, caput), assentou a constitucionalidade do § 3º do art. 11 da Lei 8.213/91, com a redação

39 O RE nº 381.367 foi afetado ao Plenário em decisão de 4 de abril de 2008, pelo Ministro Relator Marco Aurélio, ainda aguardando julgamento, cujo despacho assim dispôs: “Despacho: Aposentadoria – Volta à atividade – Cessação final do vínculo – Proventos. 1. Faz-se em jogo o alcance do artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991 presente o sistema previdenciário – artigo 201 da Carta Federal -, vindo o recurso com articulação sobre o conflito da norma ordinária com o texto constitucional. Visa a compelir o Instituto Nacional do Seguro Social a proceder ao novo cálculo dos proventos da aposentadoria, consideradas as contribuições do período referente ao retorno à atividade. 2. Afeto o julgamento ao Plenário. 3. Publiquem.”

conferida pelo art. 3º da Lei 9.032/95 (“§ 3º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social”). Assinalou que essa disposição extinguiria o denominado pecúlio, o qual possibilitava a devolução das contribuições implementadas após a aposentadoria. Enfatizou que o segurado teria em patrimônio o direito à satisfação da aposentadoria tal como calculada no ato de jubilação e, ao retornar ao trabalho, voltaria a estar filiado e a contribuir sem que pudesse cogitar de restrição sob o ângulo de benefícios. Reputou, dessa forma, que não se coadunaria com o disposto no art. 201 da CF a limitação do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91 que, em última análise, implicaria desequilíbrio na equação ditada pela Constituição. Realçou que uma coisa seria concluir-se pela inexistência da dupla aposentadoria. Outra seria proclamar-se, conforme se verifica no preceito impugnado, que, mesmo havendo a contribuição – como se fosse primeiro vínculo com a previdência –, o fenômeno apenas acarretaria o direito ao salário-família e à reabilitação profissional. Reiterou que, além de o texto do examinado dispositivo ensejar restrição ao que estabelecido na Constituição, abalaria a feição sinalagmática e comutativa decorrente da contribuição obrigatória. Em arremate, afirmou que o trabalhador que, aposentado, retorna à atividade caberia o ônus alusivo à contribuição, devendo-se à ele a contrapartida, os benefícios próprios, mais precisamente a consideração das novas contribuições para, voltando ao ócio com dignidade, calcular-se, ante o retorno e as novas contribuições e presentes os requisitos legais, o valor a que tem jus sob o ângulo da aposentadoria. Registrou, por fim, que essa conclusão não resultaria na necessidade de se declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91, mas de lhe emprestar alcance consentâneo com a Constituição, ou seja, no sentido de afastar a duplicidade de benefício, porém não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita. Após, pediu vista o Min. Dias Toffoli.

Recentemente, em 18.11.2011, o STF também afetou ao regime de repercussão geral o RE 661.256/SC, que trata especificamente da conversão de aposentadoria proporcional para aposentadoria integral no RGPS, com recálculo dos proventos a partir das novas contribuições previdenciárias recolhidas após a primeira jubilação⁴⁰.

Interposto pelo INSS, o referido Recurso Extraordinário tem como fundamentos as alegações de violação ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial (arts. 195, *caput* e § 5º, c.c. 201, *caput*, ambos da Constituição Federal) e ofensa ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI, também do texto constitucional).

40 Iniciado o julgamento, foi retirado o processo de pauta, em 27.11.2012, devido à aposentadoria do Ministro Relator, Ayres Britto, encontrando-se, atualmente, pendente de julgamento.

No âmbito do STJ, a questão sobre a possibilidade da desaposentação foi assentada no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.488/SC, Representativo de Controvérsia com fundamento no art. 543-C do CPC e no art. 2º, §1º, da Resolução STJ nº 8, de 2008, no qual foram delimitadas as seguintes teses controvertidas: possibilidade de renunciar à aposentadoria concedida (desaposentação) no Regime Geral de Previdência Social e necessidade de devolução dos valores recebidos pelo segurado para novo e posterior jubramento.

Em decisão proferida em 08.05.2013, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, o STJ firmou o entendimento de que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível, sendo suscetível, portanto, de renúncia para fins de concessão de novo benefício com computo do tempo de contribuição posterior ao primeiro jubramento, sendo prescindível, para a nova concessão, a devolução dos proventos da aposentadoria a que se renuncia, conforme se infere da ementa abaixo transcrita:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.
2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.
3. *Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preferir para a concessão de novo e posterior jubramento.* Precedentes do STJ.
4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reapresentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.
5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.⁴¹ (sem grifos e negritos no original)

Segundo o entendimento do STJ, se o segurado pode renunciar à aposentadoria, no caso de ser indevida a acumulação, inexistente fundamento jurídico para o indeferimento da renúncia quando ela constituir uma própria liberalidade do aposentado, sendo perfeitamente cabível a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência, posto que, caso contrário, o tempo trabalhado não seria computado em nenhum dos regimes, o que constituiria uma flagrante injustiça aos direitos do trabalhador.

Por outro lado, com relação à obrigatoriedade de devolução dos valores recebidos em virtude da aposentadoria a que se renuncia, considera o STJ que o ato de renunciar ao benefício tem efeitos *ex tunc* e não implica na devolução das parcelas, haja vista que enquanto estava aposentado o segurado fez jus aos seus proventos. Argumenta, ainda, que a irrepetibilidade dos valores recebidos pela primeira aposentadoria fundamenta-se na boa-fé dos beneficiários e na natureza estritamente alimentar dos benefícios previdenciários.

Interessante observar, no entanto, que a controvérsia no referido recurso cingia-se à questão da necessidade ou não de devolução dos valores recebidos pelo segurado a título de aposentadoria em razão da imperiosidade do retorno da relação jurídica ao *status quo ante*. Todavia, preferiram os Ministros que aderiram ao voto vencedor desviar o foco da discussão, debatendo a legalidade dos pagamentos efetuados ou a legitimidade do segurado recebe-los. Ora, tendo sido regular a concessão do benefício, indubitavelmente que os pagamentos das prestações eram devidos, bem como, estando aposentado o segurado, é certo que deve receber seus proventos nos termos da lei.

Por outro lado, o voto vencido no tocante à necessidade de devolução dos valores recebidos pela aposentadoria que se desfaz, proferido pelo Ministro Relator Herman Benjamin, ateu-se ao que realmente precisa ser analisado no tocante ao assunto desaposeção. Extraem-se os seguintes trechos do voto:

Nesse ponto é importante resgatar o tema sobre a possibilidade de renúncia à aposentadoria para afastar a alegada violação, invocada pelo INSS, do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991. Este dispositivo apenas veda a concessão de prestação previdenciária aos segurados que estejam em gozo de aposentadoria, não sendo o caso quando esta deixa de existir pelo seu completo desfazimento. Ou seja, se a aposentadoria deixa de existir juridicamente, não incide a vedação do indigitado dispositivo legal.

Tal premissa denota o quanto a devolução dos valores recebidos pela aposentadoria objeto da renúncia está relacionada ao objetivo de obter nova

41 STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.488 - SC - Relator: MINISTRO HERMAN BENJAMIN. Data da Decisão: 08.05.2013. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

e posterior aposentação. Primeiramente porque, se o aposentado que volta a trabalhar renuncia a tal benefício e não devolve os valores que recebeu, não ocorre o desfazimento completo do ato e, por conseguinte, caracteriza-se a utilização das contribuições para conceder prestação previdenciária não prevista (nova aposentadoria) no já mencionado art. 18, § 2º.

Além disso, ressaltado relevante aspecto no sentido de que o retorno ao estado inicial das partes envolve também a preservação da harmonia entre o custeio e as coberturas do seguro social.

Importante observar que a apreciação da desaposentação sob o prisma dos princípios constitucionais não foi realizada pelo STJ, que entende tratar-se de matéria reservada pela Carta Magna ao Supremo Tribunal Federal⁴².

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais também entende possível a desaposentação. Contudo, diferentemente do STJ, condiciona o seu deferimento à devolução dos proventos já recebidos, conforme acórdão abaixo, proferido em sede de Incidente de Uniformização Nacional, representativo de sua jurisprudência:

Pedido de uniformização nacional. Desaposentação. Efeitos ex tunc. Necessidade de devolução dos valores já recebidos. Decisão recorrida alinhada com a jurisprudência desta TNU. Improvimento.

[...]

2. A Turma Nacional de Uniformização já firmou o entendimento de que é possível a desaposentação desde que haja a devolução dos proventos já recebidos. Precedentes: 2007.83.00.50.5010-3 e 2007.72.55.00.0054-0⁴³.

Para a TNU a desaposentação sem a devolução dos proventos da primeira aposentadoria ensejaria desequilíbrio financeiro-atuarial para os cofres do INSS, assim como possível locupletamento ilícito dos segurados. Nesse sentido, o acórdão abaixo transcrito é esclarecedor quanto aos argumentos utilizados por esse órgão julgador:

[...] a desvinculação voluntária operada por via da desaposentação envolve a renúncia da aposentadoria pelo beneficiário, mas não do direito ao aproveitamento do tempo de serviço e co-respectivos salários-de-contribuição para fins de obtenção de outro(s) benefício(s) previdenciário(s). De sorte que, por abranger a concessão de novo(s) benefício(s) do Regime Geral da Previdência Social - RGPS ou de regime próprio (em contagem recíproca), a desaposentação pressupõe o desfazimento do ato de concessão, operando efeitos ex tunc, isto é, desde a concessão da aposentadoria que se pretende desfazer, e, por isso,

42 STJ - AgRg no REsp 1323628 - RS, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Data da Decisão: 08/08/2012. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

43 TNU - PEDILEF nº 200872580022693 - Relator: Juiz Federal José Antônio Savaris. Data da Decisão: 08.02.2010. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

dependendo da restituição de todos os proventos já recebidos, a fim de que seja recomposto o status quo ante para ambas as partes (beneficiário e INSS). Portanto, na desaposentação, a restituição dos proventos recebidos em virtude da aposentadoria em relação à qual se pretende a desconstituição, ou seja, dos proventos recebidos entre a concessão da primeira aposentadoria e o seu cancelamento, deve necessariamente ocorrer. Ora, por força do disposto no § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, o segurado aposentado que permanecer em atividade não faz jus a aposentadoria, in verbis: 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 [...]. 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 o desfazimento do ato jurídico perfeito que o ato de concessão da primeira aposentadoria encerrou. E isto é uma decorrência lógico-sistemática da aplicação combinada de dispositivos da Constituição Federal: o art. 5º, inc. XXXVI (quanto ao ato jurídico perfeito), o art. 194, parágrafo único, inc. IV (relativamente à equidade na forma de participação no custeio) e o caput e § 5º do art. 195 (que diz respeito ao 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 caso fosse admitida a desaposentação sem devolução dos valores já recebidos. 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 para se tornar um recebedor-contribuinte, recebendo benefício e recolhendo contribuição previdenciária apenas sobre a sua remuneração. Diferentemente, se não tivesse se aposentado proporcionalmente, mas aguardado o implemento dos requisitos para a aposentadoria integral, seria um simples contribuinte até então, e não um recebedor [...]⁴⁴

Em que pese a definição sobre a possibilidade da desaposentação pelo STJ, no julgamento do REsp nº 1.334.488/SC, os Tribunais Regionais Federais encontram-se divididos: há julgados que não admitem a desaposentação, outros em que ela é admitida, desde que haja devolução dos proventos da aposentadoria a que se renuncia, posição semelhante à adotada pela TNU, e outros que possuem entendimento alinhado ao do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, possibilidade da desaposentação sem a devolução dos valores recebidos na primeira aposentação.

44 TNU – PEDILEF nº 2007.83.00.505010-3 – Relatora: Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva. Data da Decisão: 04.08.2009. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

No âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região há a prevalência do entendimento da possibilidade da desaposentação sem a devolução dos proventos da aposentadoria a que se renuncia, adotando referido Tribunal o posicionamento consagrado na jurisprudência do STJ. A desaposentação é fundamentada em duas premissas: a possibilidade do aposentado de renunciar à aposentadoria, por se tratar de direito patrimonial, portanto, disponível, e a natureza sinalagmática da relação contributiva, vertida ao sistema previdenciário no período em que o aposentado continuou em atividade após a aposentação, sendo descabida a devolução pelo segurado de qualquer parcela obtida em decorrência da aposentadoria já concedida administrativamente, por consistir em direito regularmente admitido.⁴⁵

Já no Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a questão é bem mais controvertida entre os órgãos julgadores, haja vista que há julgamentos com entendimentos totalmente diversos, inadmitindo a desaposentação, admitindo com devolução de valores e admitindo sem a devolução dos proventos.

A 1ª Seção Especializada do TRF2 fixou o entendimento sobre a inadmissibilidade da desaposentação. Fundamentam suas decisões nos princípios constitucionais da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral de Previdência Social, bem como na proteção do ato jurídico perfeito da aposentação e no seu caráter alimentar, que impede a sua renúncia, de acordo com a ementa inframencionada, que bem elucida os argumentos utilizados por esse órgão julgador:

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPOSENTAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. MATÉRIA DE DIREITO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO PELO TRIBUNAL. MATÉRIA DE DIREITO. ARTIGO ART. 515, § 3º, C/C O ART. 285-A, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A via do mandado de segurança é adequada para julgar pedido de desaposentação, não dependendo de dilação probatória. Esta Corte vem apreciando feitos desta natureza, envolvendo desaposentação, postulada em sede de mandado de segurança, conforme os seguintes precedentes: AC 201251010351826, Rel. Des. Fed. Messod Azulay Neto, E-DJF2R de 06/02/2013; AC 201251010110574, Rel. Des. Fed. Liliane Roriz, E-DJF2R de 18/09/2012; AMS 200751050002276, 1ª Turma Especializada, Rel. JFC Márcia Helena Nunes, DJU de 19/06/2009, p. 188. 2. A causa envolve matéria eminentemente de direito, estando os fatos plenamente provados com prova pré-constituída, sendo possível o julgamento diretamente pelo Tribunal, nos termos do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, à luz dos princípios da celeridade e economia processual. (Precedente: STJ, REsp 1.030.597/

45 TRF1 - AC - APELAÇÃO CIVEL - 200934000370419 - Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. Data da Decisão: 10.07.2013. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3.11.2008). 3. *Reanalizando os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários e melhor refletindo a respeito do instituto da desaposentação, passo a alinhar-me ao entendimento de que é cristalino o caráter irrenunciável e irreversível do ato de concessão do benefício de aposentadoria no âmbito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, evidenciando seus efeitos ofensivos à ordem constitucional vigente.* 4. *À luz dos artigos 11, §3º e 18, §2º, da Lei 8.213/91 e 3, I, 40, 194 e 195 da CRFB, verifica-se que o instituto da desaposentação possui vedação legal expressa que se compatibiliza com o caráter solidário do sistema previdenciário, não sendo, portanto, permitida a utilização das contribuições dos trabalhadores em gozo de aposentadoria para a obtenção de nova aposentadoria ou elevação da já auferida, sob pena de subversão para um sistema individualista/patrimonialista que não se compatibiliza com os fundamentos da Seguridade Social.* Assim, o aposentado que retorna à atividade somente faz jus ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado (artigo 18, §2º, da Lei 8.213/91). 5. A aposentadoria é considerada um ato jurídico perfeito, cuja proteção mereceu respaldo constitucional (artigo 5º, XXXVI, da CRFB), sendo uma garantia ao direito fundamental da segurança jurídica. Ato jurídico perfeito é aquele já concretizado segundo a lei vigente ao tempo em que se aperfeiçoou, pois já satisfaz todos os requisitos para gerar a plenitude dos seus efeitos e a aposentadoria, como tal, deve ser respeitada pelos envolvidos na relação jurídica, estando ainda imune às alterações legislativas em virtude do já consagrado princípio *tempus regit actum*. Por derradeiro, *não há que se falar em modificação unilateral, diga-se, renúncia unilateral a este ato jurídico, dependendo a desaposentação necessariamente de requerimento e concordância da Administração Pública (órgão pagador e gestor do benefício), sob o pálio da lei.* 6. *A aposentadoria é também considerada um ato administrativo, cujo desfazimento volitivo se dá por meio da anulação ou revogação, cujos pressupostos lhes são próprios e inaplicáveis à desaposentação (aplicável, por exemplo, nas hipóteses de erro ou fraude na concessão do benefício).* E como qualquer outro ato administrativo, é regido pelo princípio da legalidade (artigo 37, caput, da CRFB), que conduz toda a conduta dos agentes da Administração Pública, no sentido de que qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei, sendo que não há lei permitindo a concessão da desaposentação. 7. Sob qualquer ótica, a renúncia ao benefício da aposentadoria não é juridicamente aceitável. A uma, sob pena de afrontar o princípio da segurança jurídica, consistente no respeito ao ato jurídico perfeito (artigo 5º, XXXVI, da CRFB) e ao princípio da legalidade (artigo 37, caput, da CRFB c/c artigo 18, §3º, da Lei 8.213/91). Isso sem falar no princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, caput, da CRFB), uma vez que a desaposentação confere tratamento mais benéfico ao segurado que se aposenta com proventos proporcionais e continua trabalhando para, posteriormente, obter nova aposentadoria em melhores condições, em detrimento daquele que continuou trabalhando até possuir um período contributivo maior para se aposentar com proventos integrais. 8. *A duas, porque se extrai a natureza alimentar da aposentadoria, que lhe confere o caráter de irrenunciável. Assim como a*

pensão alimentícia, no âmbito do direito civil, é possível a renúncia às prestações mensais, mas não ao benefício em si, que é intocável, intangível. A aposentadoria não é um direito patrimonial e, portanto, disponível, possuindo, outrossim, um caráter institucional, isto é, os direitos e obrigações não decorrem de ato de vontade, porém da lei. 9. E a três porque a pretensão de desaposentação não é livre e desembaraçada, gerando ônus a pessoa jurídica de direito público diretamente envolvida na constituição do ato, no caso, ao INSS, sendo claro que o desfazimento da aposentadoria repercute em ônus no sistema previdenciário, uma vez que o mesmo período e salários-de-contribuição seriam somados duas vezes, com o objetivo de majorar a renda mensal da nova aposentadoria, o que repercute diretamente no equilíbrio financeiro e atuarial do sistema (artigo 201, caput, da CRFB). 10. Ainda que se pretenda devolver os valores recebidos a título da aposentadoria que se pretende renunciar a desaposentação, mesmo assim, esbarra em obstáculos de ordem legal e constitucional. 11. *Mutatis mutandis, no que se refere à desaposentação, aplicam-se os mesmos fundamentos citados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 416827 - que concluiu a respeito da impossibilidade de aplicação da Lei nº 9.032/95 em benefícios de pensão por morte concedidos em momento anterior à sua vigência. Assim, ainda que o segurado pretenda renunciar à aposentadoria anterior para fins de obter outra mais benéfica, ainda que se trate de benefício de caráter alimentar, deve prevalecer o respeito ao ato jurídico perfeito (artigo 5, XXXVI, da CRFB) e ao princípio tempus regit actum e a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial.* 12. A 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento do AgRg no RESP 1.298.511/RS, adotou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei 8.213/91 se aplica às demandas em que se pleiteia a desaposentação, (2ª Turma, AgRg no REsp 1305914 / SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 27/08/2012). A conclusão a que se chega é a de que não é possível a renúncia à aposentadoria, uma vez que é ínsito do ato de renúncia - ato de liberalidade - o seu exercício a qualquer momento. Caso fosse admissível a renúncia ao benefício de aposentadoria, igualmente seria possível a renúncia ao prazo decadencial fixado na lei, o que é terminantemente vedado pelo artigo 201 do Código Civil. 13. Ressalva de entendimento anterior. 14. Apelação provida, para anular a sentença e, aplicando os artigos 515, § 3º, e 285-A, ambos do CPC, no mérito, denegar a segurança.⁴⁶ (sem grifos e negritos no original)

Por sua vez, a 2ª Seção Especializada do TRF2 admite a desaposentação desde que haja a devolução dos valores recebidos pela aposentadoria a que se renuncia, haja vista o seu entendimento de que a não restituição aos cofres públicos dos proventos recebidos acarretaria afronta aos princípios constitucionais da isonomia, da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema de seguro social, de acordo com o acórdão a seguir:

46 TRF2 - AC - APELAÇÃO CIVEL - 580588 - Relator: Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO. Data da Decisão: 22.05.2013. Órgão Julgador: 1ª Turma Especializada. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPOSENTAÇÃO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS PELO SEGURADO-RENUNCIANTE A TÍTULO DE APOSENTADORIA PROPORCIONAL. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA ENTRE SEGURADOS E DA SOLIDARIEDADE. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DO SISTEMA. 1. Inocorrência de decadência, por versar a lide sobre desaposentação, que não se confunde com a revisão do benefício previdenciário. 2. Não tendo sido manifestada, pela segurada, a intenção de devolver as parcelas que lhe foram pagas a título de aposentadoria proporcional anterior, não há que se falar em renúncia ao benefício para obtenção de nova aposentadoria em condições mais vantajosas. 3. *Afigura-se irrazoável que o exercício do direito à renúncia, ainda que admitido, somente surtisse os efeitos que viessem a favorecer ao segurado-renunciante, em prejuízo da Autarquia que, além de surpreendida com a novidade introduzida pela jurisprudência consagradora do instituto da desaposentação, de resto não expressamente previsto em lei, também viesse a arcar com todos os ônus do exercício desse direito por parte de seus milhares de segurados, inclusive no que tange ao não-ressarcimento dos valores mensalmente pagos de boa-fé, muitas vezes por longos anos, a título de proventos de aposentadorias.* 4. Permitir a “desaposentação” sem a exigência de devolução dos valores anteriormente recebidos pelo “desaposentado” criaria odiosa desigualdade em relação aos segurados que, embora reunindo as condições para obter a aposentadoria proporcional, deixaram de requerê-la e continuaram a trabalhar almejando a concessão do benefício integral, confiantes em que seria observada a letra da lei. A mudança das regras do jogo após o início da partida, na hipótese de “desaposentação”, significaria flagrante desrespeito ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da Constituição) e, de forma injusta, deixaria em desvantagem justamente aqueles segurados que se ativeram aos contornos mais estreitos da legislação previdenciária. 5. O modelo bismarckiano em que se apoia o direito previdenciário brasileiro tem por base o princípio da solidariedade (arts. 194 e 195 da CF/88), segundo o qual o segurado não contribui para custear o seu próprio benefício, mas, sim, a sua contribuição destina-se, na verdade, a viabilizar o pagamento dos benefícios devidos a todos os que reuniram as condições para o seu gozo e fruição. Neste sistema, eleito pelo legislador brasileiro, a manutenção de seu equilíbrio financeiro e atuarial depende, necessariamente, da existência de fonte de custeio para a concessão de novos benefícios. 6. A devolução dos valores pagos pela Autarquia ao segurado que percebia aposentadoria proporcional e se desaposenta constitui a fonte de custeio necessária ao pagamento de sua aposentadoria integral com o resguardo do direito dos demais aposentados, ou seja, sem o rompimento do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário. 7. Apelação do INSS e remessa necessária providas⁴⁷. (sem grifos e negritos no original)

47 TRF2 - APELRE - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 589640 - Relator: Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA. Data da Decisão: 23.07.2013. Órgão Julgador: 2ª Turma Especializada.

Ainda no âmbito do TRF da 2ª Região há, também, o entendimento consolidado na Quinta Turma Especializada, de que a desaposentação é plenamente admitida em nosso ordenamento, sendo prescindível a devolução dos valores recebidos pela primeira aposentadoria, haja vista que enquanto foi pago o primeiro benefício, seus valores eram devidos, ostentando os proventos natureza de verba alimentar e, portanto, irrepetível.⁴⁸

Situação semelhante ao TRF2 é encontrada no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no qual a 10ª Turma é favorável à desaposentação sem devolução dos valores e a 7ª e 8ª Turmas são desfavoráveis, com ressalva do posicionamento do Desembargador Federal Fausto de Sanctis, cujo entendimento é pela possibilidade da desaposentação, desde que os proventos da aposentadoria a que se renuncia sejam restituídos ao Regime Geral de Previdência Social.

A 10ª Turma utiliza como argumentos para embasar suas decisões a natureza patrimonial do direito à aposentadoria e, conseqüentemente, a possibilidade de sua renúncia, sem a devolução dos proventos, haja vista o seu caráter alimentar. Aduz, ainda, que a desaposentação não representa desequilíbrio atuarial ou financeiro ao sistema protetivo, posto que as contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício são atuarialmente imprevistas e não foram levadas em conta quando da verificação dos requisitos de elegibilidade para a concessão da primeira aposentadoria.⁴⁹

Por outro lado, a 7ª e 8ª Turmas do TRF3 são contrárias à desaposentação sob o fundamento de que renunciar ao benefício não se confunde com renunciar ao benefício e requerer outro mais vantajoso com aumento do coeficiente de cálculo, pelo que a opção pela aposentadoria requerida produz ato jurídico perfeito e acabado, passível de alteração somente diante de ilegalidade. Argumentam que, em virtude do caráter contributivo e de filiação obrigatória do regime geral, o retorno à atividade não afasta o pagamento de contribuição previdenciária, imperando o princípio da solidariedade, pelo que o recolhimento posterior à aposentadoria de contribuição não gera direito à desaposentação.⁵⁰

No Tribunal Regional Federal da 4ª Região a questão sobre a desaposentação encontra-se pacificada. Entende aquele Tribunal que é possível a renúncia à aposentadoria, ante sua natureza de direito patrimonial disponível, sendo admissível a concessão de nova aposentadoria mais vantajosa, com a

Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

48 TRF2 - AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 182120 - Relator: Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM. Data da Decisão: 09.07.2013. Órgão Julgador: 5ª Turma Especializada. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

49 TRF3 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1873381 - Relator: Desembargador Federal SÉRGIO NASCIMENTO. Data da Decisão: 17.09.2013. Órgão Julgador: 10ª Turma. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

50 TRF3 - APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO - 1857735 - Relator: Desembargadora Federal THEREZINHA CAZERTA. Data da Decisão: 29.07.2013. Órgão Julgador: 8ª Turma. TRF3 AC 00054721820124036183 - Relator: Juiz Convocado CARLOS FRANCISCO. Data da Decisão: 06.05.2013. Órgão Julgador: 7ª Turma. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>

inclusão do período de contribuição posterior à primeira jubilação, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos, o que, caso exigido, obstaría a efetivação da tutela jurisdicional dos direitos sociais.⁵¹

Por fim, no âmbito do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, encontramos julgados favoráveis e desfavoráveis à desaposentação, não existindo, ainda, um entendimento consolidado no referido Colegiado sobre a matéria.

Mesmo após a decisão do STJ no julgamento do REsp 1334488/SC, o Pleno do TRF5, ao apreciar a desaposentação, não a admitiu sob o argumento de que a discussão se trata de matéria constitucional, haja vista seu reflexo direto no custeio do Regime Geral de Previdência Social, sendo de rigor, para alinhamento do posicionamento do Tribunal, aguardar a decisão do STF no Recurso Extraordinário 661.256/SC, cuja repercussão geral foi reconhecida. Vejamos a ementa do julgamento realizado pelo Pleno do TRF5:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS INFRINGENTES. DESAPOSENTAÇÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 18, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 8.213/91. 1. Uma vez concedida a aposentadoria por tempo de serviço com proventos proporcionais, ainda que o segurado volte a contribuir para o sistema previdenciário, mesmo em outro regime, não poderá utilizar as contribuições anteriores para complementar o tempo necessário para obtenção de uma nova aposentadoria mais vantajosa. *O art. 11, parágrafo 3º, da Lei nº 8.213/91 estabelece que as novas contribuições efetuadas pelo aposentado do RGPS que retornar à atividade serão destinadas ao custeio da Seguridade Social. Precedentes desta Corte Regional.* 2. *O art. 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91, veda expressamente a percepção, pelo aposentado do RGPS, que permanecer contribuindo para a Previdência Social ou a ela retornar, de qualquer outra prestação, à exceção do salário-família e da reabilitação profissional, quando for o caso.* 3. *A despeito do recente julgado do STJ, REsp 1334488/SC, a matéria aqui discutida é constitucional, visto tratar-se de custeio, de sorte que é melhor deixar para se ajustar quando houver decisão vinculativa do STF sobre o tema.* 4. Embargos infringentes providos⁵². (sem grifos e negritos no original)

Não obstante a decisão do Pleno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, acima transcrita, há diversos julgados em que a Primeira Turma alinha-se à posição adotada pelo STJ, ora condicionando a desaposentação à devolução

51 TRF4 - AC 50095873020114047112 - Relator: ROGÉRIO FAVRETO. Data da Decisão: 07.02.2012. Órgão Julgador: 5ª Turma. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

52 TRF5 - EIAC - Embargos Infringentes na Apelação Cível - 510037/02 - Relator: Desembargador Federal MARCELO NAVARRO. Data da Decisão: 14.08.2013. Órgão Julgador: Pleno. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

dos valores recebidos pela aposentadoria a que se renuncia⁵³, ora dispensado a restituição dos proventos.⁵⁴

Analisando todo o apanhado da jurisprudência nacional sobre a desaposentação, é forçoso reconhecer que o tema tem estreita relação com a normativa constitucional.

No corpo dos acórdãos acima transcritos foram mencionadas, inúmeras vezes, as seguintes normas constitucionais: princípios da dignidade da pessoa humana, do equilíbrio financeiro e atuarial, da solidariedade, da segurança jurídica (proteção ao ato jurídico perfeito), da equidade na forma de participação do custeio, da legalidade, da isonomia, da prévia fonte de custeio, da seletividade e distributividade na concessão dos benefícios e serviços da seguridade social, da filiação obrigatória, do caráter contributivo, da universalidade do custeio, do valor social do trabalho.

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em duas oportunidades (RE 381.367 e RE 661.256), a repercussão geral da desaposentação, restando pendente o pronunciamento sobre o mérito dos recursos.

As questões previdenciárias, dentre elas a desaposentação, devem ser analisadas a partir dos princípios constitucionais que regem o sistema no Brasil, em especial, os princípios da solidariedade, do equilíbrio financeiro e atuarial, do caráter contributivo, da prévia fonte de custeio. Contudo, referida análise não pode ser efetuada de forma apartada dos demais princípios que formam o arcabouço constitucional de proteção dos direitos do homem, nem pode se descurar da imprescindível necessidade de se dar a máxima efetividade possível aos direitos sociais.

Ademais, o estudo racional dos reais objetivos desse instituto (revisão da aposentadoria com a inclusão do tempo de contribuição posterior à jubilação) à luz dos princípios e garantias constitucionais permitirá encontrar pontos de compatibilização e necessidade de adequação em outros aspectos, de modo que sua inserção no sistema se torne possível.

CAPÍTULO II - A DESAPOSENTAÇÃO EM ÂMBITO CONSTITUCIONAL

2.1 A desaposentação sob a ótica do princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade, conforme abordado no capítulo I, é comumente mencionado para fundamentar a inviabilidade constitucional da desaposentação, sendo, inclusive, uma das principais teses sustentadas pela

53 TRF5 - APELREEX - Apelação / Reexame Necessário - 23507 - Relator: Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA. Data da Decisão: 11.04.2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

54 TRF5 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 560247 - Relator: Desembargador Federal MANOEL ERHARDT. Data da Decisão: 22.08.2013. Órgão Julgador: Primeira Turma. Fonte: <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>.

Autarquia Previdenciária em juízo para afastar a admissibilidade do novel instituto.

De outra banda, os defensores da desaposentação argumentam, como forma de refutar as alegações do INSS nesse sentido, que o princípio da solidariedade não obsta a sua concessão, posto que o aposentado continua vertendo contribuições ao sistema.

Assim, diante da celeuma instalada nesse ponto, é imprescindível iniciar-se o estudo da compatibilidade ou incompatibilidade constitucional da desaposentação frente ao mencionado princípio.

Poder-se-ia sustentar que caberia ao trabalhador se proteger de infortúnios, seja pela assistência de seus familiares e amigos, seja por meio da realização de poupança, prevenindo-se contra um futuro no qual não possa mais ser considerado como economicamente ativo. Ocorre, todavia, que a dependência da caridade alheia importa considerar-se como certo o fato de que sempre há alguém capaz de dar assistência, quando tal noção não pode ser tida como minimamente razoável, mesmo nas sociedades nas quais a miséria atinge níveis ínfimos.

Por outro lado, transferir ao trabalhador a responsabilidade por sua subsistência futura, quando venha a deixar de ser capaz para o trabalho, esbarra em situações como daquele que, ainda no início de sua idade produtiva, venha a sofrer um acidente, tornando-se doravante incapaz para o trabalho. Logo, por mais precavido que possa ser o indivíduo, estará ele sempre sujeito à ocorrência de múltiplos infortúnios durante toda a sua vida profissional, e não somente com o advento de sua velhice.⁵⁵

Em virtude de todas essas contingências é que se concebeu um sistema de proteção de responsabilidade de toda a sociedade, baseado na noção fundamental de solidariedade social, caracterizado pela cotização coletiva em prol daqueles que, num futuro incerto, ou mesmo no presente, necessitem de prestações retiradas desse fundo comum.

Da análise do art. 194 da Constituição Federal de 1988, temos que a Seguridade Social foi sistematizada pelo constituinte como um conjunto integrado de ações de responsabilidade da sociedade, na sua missão de garantir em conjunto o que o indivíduo sozinho não poderia garantir frente às diversas eventualidades sociais, pelo que se impõe que esta sociedade participe do regime de seguro social, por meio de aportes que garantam recursos financeiros suficientes à aplicação da política de segurança social.

Nesse passo, o custeio é a expressão máxima da solidariedade que permeia toda a estrutura da Seguridade Social, visto que as prestações e serviços sempre estão relacionados a uma contrapartida consistente em uma obrigação, caracterizada pela arrecadação de recursos financeiros de toda a sociedade, ou seja, segurados (beneficiários), empresas, importadores, apostadores e Estado, este

55 CASTRO; LAZZARI, op.cit., p. 22.

por meio de seu orçamento fiscal, cuja receita principal é oriunda da arrecadação de impostos.

Aliás, o financiamento indireto, cujos recursos transferidos à Seguridade Social são retirados do orçamento fiscal da União, demonstra de forma efetiva como o princípio da solidariedade orienta o custeio do sistema, haja vista que todos pagam impostos, mesmo que não sejam beneficiários de suas prestações.

A solidariedade obrigatória criada pelos membros da coletividade para financiamento das prestações e serviços da Seguridade Social tem como finalidade a melhor repartição das cargas conforme a capacidade contributiva de cada um. Tal princípio está previsto como objetivo da Seguridade Social, no art. 194, inciso V, da CF, ao determinar que o legislador observe a equidade na forma de participação no custeio.

Há, portanto, um dever solidário de que todos contribuam para garantir os objetivos comuns de prestação de saúde, assistência e previdência social, posto que todos os membros da coletividade terão direito a referida proteção social.

A solidariedade social é verdadeiro princípio fundamental da Seguridade Social e permeia o âmago de todas as vertentes componentes do sistema de proteção social, de forma mais evidente na saúde e na assistência, mas não menos importante na previdência social, em que pese sua natureza de seguro, que demanda, a princípio, para incidência de sua garantia, a existência de contribuições individuais dos beneficiários do regime.

No tocante especificamente à previdência social, é fato que seu caráter constitucionalmente contributivo lhe dá a natureza de seguro, ou seja, para usufruir da proteção contra os infortúnios que lhe retiram a capacidade laborativa, é essencial que o segurado verta contribuições individuais ao regime.

Nesse aspecto poderíamos afirmar, então, que no que respeita à previdência não existiria aplicação do princípio da solidariedade, cabendo a cada qual financiar seu próprio benefício, que seria concedido numa proporção direta entre o montante das contribuições recolhidas pelo segurado durante sua vida economicamente ativa e os valores do benefício que irá receber durante a inatividade.

Tal afirmativa, entretanto, seria correta se a Constituição Federal de 1988 houvesse adotado no Brasil o regime de financiamento conhecido como capitalização, compondo as contribuições individuais contas específicas que seriam utilizadas, no futuro, para custeio das prestações previdenciárias do próprio contribuinte, havendo uma justa medida entre o total contribuído e o total recebido de benefício.

Por ele, adotam-se regras que estabelecem, como contribuição previdenciária, a cotização de cada indivíduo segurado pelo regime durante certo lapso de tempo, para que se tenha direito a benefícios. Assim, somente o próprio segurado – ou uma coletividade deles – contribui para a criação de um fundo – individual ou coletivo – com lastro suficiente para cobrir as necessidades

previdenciárias dos seus integrantes,⁵⁶ pressupondo, obviamente, a aplicação das contribuições nos mercados financeiros, de capitais e imobiliários a fim de adicionar valor à reserva que se está constituindo.

Ao passar para a inatividade o segurado terá de volta o que contribuiu acrescido dos rendimentos do capital, tudo mediante regras do mercado financeiro. A ideia fundamental do regime de capitalização é a formação de reservas de capital que garantirão as prestações devidas aos segurados futuramente, cujos valores variarão de acordo com os rendimentos obtidos com os investimentos feitos pelos administradores do fundo.

Nele não há que se falar em solidariedade ou em um “pacto intergeracional”, posto que cada geração suporta seus próprios riscos.

Ocorre que o regime de financiamento da Previdência Social brasileira adotado pelo constituinte caracteriza-se pela repartição simples de receitas, que flui do princípio da solidariedade, uma vez que as contribuições previdenciárias compõem um fundo único que financia os benefícios que estão sendo concedidos no presente, não existindo uma relação direta e necessária entre o montante efetivamente contribuído pelo segurado e o valor que irá receber, ao final, do regime.

A participação do segurado continua sendo importante, mas a ausência de contribuição em determinado patamar não lhe retira o direito a benefícios e serviços, salvo nas hipóteses em que se lhe exige alguma carência.

No regime de repartição de receitas há uma solidariedade “intra e intergeracional”, segundo a qual os contribuintes do presente é que irão custear as prestações dos beneficiários atuais, tratando-se de um pacto social entre gerações, a medida que os ativos financiam os inativos, de modo que todas as contribuições recolhidas formarão recursos a serem utilizados para o pagamento dos benefícios daquele ano, não existindo acumulação de reservas que possam ser utilizadas no futuro.

Quando os contribuintes do presente se tornarem inativos, seus benefícios serão custeados pelas contribuições das futuras gerações de segurados, tornando-se imprescindível a manutenção do equilíbrio entre o número de contribuintes e o número de beneficiários.

Analisando os benefícios que compõem o sistema de proteção previdenciária no regime geral, temos benefícios de caráter programado, para os quais se exige um número mínimo de contribuições (carência), aliado a outros critérios como tempo de contribuição ou idade, como ocorre com a aposentadoria por tempo de contribuição e a aposentadoria por idade, em que se procura estabelecer certo equilíbrio no binômio custeio-benefício, e benefícios de caráter imprevisível, como o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez, em que referido binômio não é observado.

56 CASTRO; LAZZARI, op. cit., p. 32.

Referidas prestações de diferentes naturezas (programada ou imprevisível) são financiadas por recursos oriundos do fundo do regime geral de previdência social, composto, basicamente, pelas contribuições previdenciárias cobradas dos segurados e pelas contribuições previdenciárias das empresas incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos, devidos ou creditados aos segurados que lhe prestem serviço mesmo sem vínculo empregatício, conforme se infere de uma leitura sistematizada do art. 167, inciso XI, art. 195, inciso I, alínea *a* e inciso II e art. 250, todos da Constituição Federal.

Além das contribuições previdenciárias, consideradas como recursos próprios da Previdência Social, o fundo do regime geral é integrado, segundo dispõe o art. 250 da CF, por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos benefícios concedidos pelo RGPS.

Trata-se aqui, da forma indireta de financiamento do RGPS, oriunda de recursos provenientes do orçamento fiscal da União, que é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras do regime, conforme expressamente determinado pelo art. 16 da Lei n. 8.212/91, *in verbis*:

Art. 16. A contribuição da União é constituída de recursos adicionais do Orçamento Fiscal, fixados obrigatoriamente na lei orçamentária anual. (sem grifos no original)

Parágrafo único. A União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social, quando decorrentes do pagamento de benefícios de prestação continuada da Previdência Social, na forma da Lei Orçamentária Anual. (sem grifos no original)

Note-se que a participação de toda a sociedade no custeio dos benefícios previdenciários e, portanto, o caráter de solidariedade do sistema, fica evidenciado pela natureza dos recursos que compõem o fundo do regime geral, ao se fazer aportes adicionais oriundos do orçamento fiscal da União que, juntamente com as contribuições previdenciárias, garantem o pagamento dos benefícios concedidos em determinado período.

No entanto, não é somente da composição do fundo do regime geral que se retira a conclusão de que nosso sistema de previdência é inspirado no princípio da solidariedade social.

No tocante as próprias contribuições, aquele que possui maior capacidade contributiva, ou seja, maior salário-de-contribuição, contribui para o regime com uma alíquota maior, ao passo que aquele que possui menores rendimentos, contribui para o financiamento do regime com alíquotas menores. É o que se observa nas contribuições dos segurados empregados, trabalhadores avulsos e empregados domésticos, cujas alíquotas variam de acordo com seu salário-de-contribuição, num percentual de 8%, 9% e 11%, de acordo com o art. 20 da Lei n. 8.212/91.

Assim, aquele que possui maior capacidade de pagar, por ostentar uma remuneração maior, paga mais contribuição para os fins gerais da comunidade, para financiar não só seu benefício, mas parte do custo da segurança social.

Por outro lado, àquele que contribui menos, por ausência de capacidade financeira, são asseguradas, por imperativo constitucional, prestações previdenciárias não inferiores ao salário mínimo, ou seja, ainda que as contribuições vertidas ao regime não proporcionem a concessão de benefício no patamar de um salário mínimo, este será, ainda assim, garantido, como expressão do mínimo existencial protegido pela Previdência Social.

Tem-se, assim, um sistema de Previdência Social estruturado sobre um regime de seguro, baseado no princípio contributivo, isto é, no princípio segundo o qual uma parte material do custo total do seguro deve ser custeada com dinheiro proveniente das contribuições dos beneficiários, qualificado pelo adjetivo **social**, uma vez que toda a sociedade garante a suficiência dos recursos necessários a uma indefinida proteção social, ou seja, ao pagamento de benefícios enquanto persistirem as hipóteses de incidência (velhice, doença, invalidez, acidente etc.), independentemente de o valor individual total contribuído ser suficiente para tal.

Conjugando-se a forma de financiamento do pagamento dos benefícios da Previdência Social, fundada na repartição simples, com a composição do fundo do regime geral, integrado por contribuições previdenciárias e recursos oriundos dos impostos, ao fato de não haver correspondência necessária entre o total contribuído e o total recebido, não há outra conclusão que não a de que nosso regime previdenciário tem como pilar principal o princípio da solidariedade social.

Sobre a importância do princípio da solidariedade no sistema previdenciário, assim se manifestou Luís Roberto Barroso, em parecer juntado aos autos da ADI 3105/DF, mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes:

Uma das principais características do direito constitucional contemporâneo é a ascensão normativa dos princípios, tanto como fundamento direto de direitos, como vetor de interpretação das regras do sistema. Dentre os princípios que vêm merecendo distinção na quadra mais recente está o princípio da solidariedade, cuja matriz constitucional se encontra no art. 3º, I. O termo já não está mais associado apenas ao direito civil obrigacional (pelo qual alguém tem direito ou obrigação à integralidade do crédito ou da dívida), mas também, e principalmente, à ideia de justiça distributiva. Traduz-se na divisão de ônus e bônus na busca de dignidade para todos. A solidariedade ultrapassa a dimensão puramente ética da fraternidade, para tornar-se uma norma jurídica: o dever de ajudar o próximo. Conceitos importantes da atualidade, em matéria de responsabilidade civil, de desenvolvimento sustentado e de proteção ambiental fundam-se sobre este princípio, inclusive no reconhecimento de obrigações com as gerações futuras⁵⁷. (sem grifos e negritos no original)

57 STF, Tribunal Pleno, ADI 3105/DF, Relatora Min. Ellen Gracie, julgamento em 18.08.2004, publicado no DJ de 18.02.2005. p. 4.

Após toda a explanação acima sobre o significado do princípio da solidariedade em âmbito previdenciário, seria correto afirmar que ele é incompatível com a desaposentação? Ou melhor formulado, o reconhecimento do direito à desaposentação, com a consequente concessão de nova aposentadoria com proventos maiores, fere o princípio constitucional da solidariedade em matéria previdenciária, por adotar um entendimento compatível com o regime de capitalização?

Os que vislumbram óbice à aceitação da desaposentação com fundamento na afronta ao princípio da solidariedade argumentam que a existência de contribuintes para o sistema (e não para si), impediria que o aposentado utilizasse o tempo de contribuição posterior à jubilação, posto que não haveria correspondência entre as contribuições vertidas ao regime e a contraprestação recebida dele, tanto no sentido de que um segurado poderia contribuir muito mais do que receberia de aposentadoria, como o contrário, na hipótese em que a aposentadoria é prematura, em virtude da ocorrência de incapacidade laboral.

Aduzem ainda que, diante do princípio da solidariedade, nem sempre as contribuições previdenciárias pressupõem alguma forma de contraprestação, ocupando o aposentado que exerce atividade laborativa a posição jurídica exclusiva de contribuinte e não de segurado, posto que já contemplado com a proteção previdenciária⁵⁸.

As respostas às questões acima passam, necessariamente, por uma leitura do princípio da solidariedade conjugada com outros princípios constitucionais previdenciários, em especial, a filiação obrigatória e o caráter contributivo do regime geral.

Isso porque, sob as exigências da hermenêutica constitucional ínsita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete dos mandamentos constitucionais de forma sistematizada e coordenada, a fim de que não analise a questão apenas de um único ângulo, negando vigência a outras normas constitucionais igualmente aplicáveis ao caso concreto e que com ela se relacionam. Nos ensinamentos do Prof. Menelick de Carvalho Netto:

Não levar a sério os direitos, ou seja, simplificar uma situação de aplicação de modo a simplesmente desconhecer direitos dos envolvidos por se focar a questão do ângulo de um único princípio aplicado ao modo do tudo ou nada, típico das regras, termina por subverter o próprio valor da segurança jurídica que se pretendia assegurar. Por isso mesmo, afirmamos a mera aparência de consistência de uma decisão deste tipo, ainda que com apenas um único princípio jurídico. Os princípios não podem, em nenhum caso, ganharem

58 ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JR., José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 10. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 104-105.

aplicação de regra, ao preço de produzirem injustiças que subvertem a crença na própria juridicidade, na Constituição e no ordenamento.⁵⁹

Pelo princípio da filiação obrigatória, todo trabalhador que exerce alguma atividade remunerada abrangida pelo RGPS será obrigatoriamente filiado a este regime previdenciário, desde que não esteja amparado por outro regime próprio.

Dessa forma, o segurado que após a aposentadoria permanece exercendo atividade remunerada ou a ela retorna, é filiado ao RGPS na qualidade de segurado obrigatório, devendo verter contribuições para o custeio da Seguridade Social, nos termos disciplinados pelo art. 12, § 4º, da Lei 8.212/91.

Assim, o aposentado não opta em integrar ou não o Regime Geral de Previdência Social. Se exercer uma atividade remunerada lícita não abrangida por regime próprio de previdência, participará obrigatoriamente do regime geral, contribuindo e devendo, necessariamente, auferir benefícios decorrentes dessas contribuições, dentro dos limites legais.

Tal afirmação resulta do *caráter contributivo* da Previdência Social, que vincula a concessão dos benefícios previdenciários à existência de certo número de contribuições individuais do segurado ao regime, aliado a natureza de seguro das prestações previdenciárias, que estabelecem uma relação sinalgmática entre o Regime Geral e seus beneficiários/segurados, à medida que havendo contribuição faz-se imprescindível a respectiva contraprestação.

Não se olvida que o regime geral é estruturado em um sistema cujas contribuições compõem um fundo único que financia os benefícios que são concedidos contemporaneamente, bem como a existência de contribuintes que não recebem qualquer contraprestação do Regime Geral, como é o caso dos empregadores, dos apostadores de concursos de prognósticos e do importador de bens e serviços.

No entanto, em que pese o regime geral ser financiado por toda a sociedade, não há a dispensa da contribuição direta do segurado, por determinado período de tempo, dependendo da espécie de benefício a ser usufruído, para que possa ter direito ao recebimento das prestações previdenciárias, como corolário do caráter contributivo da Previdência Social e de sua natureza de seguro.

E como seguro que é para os contribuintes que ostentam a condição de segurados/beneficiários do regime, é imperativo constitucional que as contribuições vertidas ao sistema reflitam no valor dos seus benefícios, conforme se infere da determinação contida no art. 201, § 11, da Constituição Federal:

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)

59 CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: UnB, 2º semestre de 1998. p. 14.

[...]

§11. *Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.* (sem grifos e negritos no original)

Poderia se argumentar, para obstar a desaposentação, que o § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91 estaria disciplinando, nos termos determinados pelo § 11 do art. 201 da Constituição Federal, a forma de repercussão das contribuições previdências vertidas pelo aposentado, após sua jubilação, nos benefícios previdenciários, ao limitar as concessões apenas ao salário-família e à reabilitação profissional.

No entanto, a melhor exegese de referido artigo é no sentido de que este apenas proibiu a concessão de novos benefícios, substitutivos do salário-de-contribuição, ao segurado que já obteve a proteção previdenciária pelo deferimento e pagamento de aposentadoria, em observância ao princípio constitucional da seletividade e distributividade na concessão dos benefícios e serviços da seguridade social.

O § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91 não possui a extensão que se pretende lhe dar e não tem o condão de obstar a legítima pretensão do aposentado de ver refletir em seu benefício previdenciário o valor das contribuições recolhidas após a aposentação, de acordo com o imperativo constitucional inserto no § 11 do art. 201, acima transcrito.

Efetuar uma interpretação do princípio da solidariedade que autorize o recolhimento compulsório de contribuições pelo aposentado, sem qualquer repercussão em seu benefício, desconsiderando sua qualidade de segurado do regime e de sujeito da incidência da proteção previdenciária, subverte a lógica de garantia dos direitos sociais e vai em direção oposta ao mandado de otimização de sua eficácia insculpido no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, é a posição do Prof. Marco Aurélio Serau Júnior:

Também pode ser considerada essa situação como uma forma de incidência do princípio da solidariedade social, no seu aspecto que impõe o dever de contribuir, tão somente sobre a pessoa física (segurado já aposentado), parte da relação jurídico-previdenciária que deveria merecer, precipuamente, a proteção social, não os maiores ônus contributivos.⁶⁰

O princípio da solidariedade representa a busca de melhor amparo previdenciário aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, garantindo-lhes, quando de sua inatividade, uma vida com maior dignidade, haja vista que propicia o pagamento de benefícios com valores superiores aos devidos se nosso sistema fosse o de capitalização, justamente porque preconiza a participação de toda a sociedade no custeio de suas prestações.

60 SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33.

Nesse diapasão, o reconhecimento da possibilidade ao aposentado que verte contribuições após a sua jubilação de melhoria do valor de seu benefício, seja pela desaposentação, ou por mera revisão do benefício já concedido, ao contrário de ferir o princípio da solidariedade, representa a concretização de seu objetivo de garantir melhor proteção previdenciária, conjugada com a observância do caráter contributivo, da filiação obrigatória e da natureza jurídica de seguro da Previdência Social para seus beneficiários.

Homenageia, ainda e especialmente, o axioma fundamental e estruturante de nossa ordem jurídica constitucional, consistente no princípio da dignidade da pessoa humana, ao propiciar que o aposentado possua maior capacidade de se autodeterminar e de satisfazer suas necessidades básicas, promovendo a justiça social.

Sobre a importância de se interpretar os princípios constitucionais da previdência social a luz do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais, assim leciona Jediael Galvão Miranda:

Portanto, a dignidade da pessoa humana é valor fundamental que dá suporte à interpretação de normas e princípios da seguridade social, de molde a situar o homem como o fim de seus preceitos, e não como objeto ou instrumento.

Em tema de seguridade social, garantir o mínimo existencial (um dos núcleos do princípio da dignidade humana) para assegurar subsistência digna e vida saudável ao indivíduo atingido por diversas contingências sociais.⁶¹

Por todo o acima exposto, é forçoso concluir que sob a ótica do princípio da solidariedade social não há qualquer óbice ao reconhecimento do instituto jurídico da desaposentação que, conforme visto, está em consonância com sua finalidade constitucional, harmonizada com os princípios da filiação obrigatória e do caráter contributivo.

No entanto, outros princípios constitucionais são invocados para obstar a sua concessão. Prossigamos, então, com nossa investigação sobre a constitucionalidade da desaposentação.

2.2 O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial e sua incidência sobre a desaposentação

O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, expressamente previsto no *caput* do art. 201 da Constituição Federal, como um dos quatro pilares fundantes da Previdência Social no Brasil, juntamente com o regime geral, o caráter contributivo e a filiação obrigatória, é frequentemente apontado como o principal obstáculo à desaposentação, com conseqüente concessão de novo

61 MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da Seguridade Social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 24.

benefício mais vantajoso, especialmente quanto se admite tal possibilidade sem a restituição dos valores até então recebidos.

Ele é utilizado como argumento tanto para se negar a concessão da desaposentação, por inconstitucionalidade, pelos adeptos da corrente contrária a esse instituto, como para condicionar a sua concessão à devolução dos valores recebidos pela aposentadoria que se desfaz, por parcela significativa dos partidários da doutrina que considera a desaposentação compatível com nosso ordenamento jurídico.

Há, ainda, aqueles que não vislumbram qualquer mácula ao princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial ao se admitir a desaposentação, sem a restituição dos valores percebidos pela primeira jubilação a que se renuncia.

Referida indefinição se reflete também na jurisprudência, conforme abordado no capítulo I, sendo proferidas decisões em todos os sentidos. De fato, a questão somente será pacificada após o pronunciamento do STF nos Recursos Extraordinários 381.367/RS e 661.256/SC.

Pelo princípio do equilíbrio financeiro e atuarial a Previdência Social deverá atentar sempre para a relação entre custeio e pagamento de benefícios, a fim de manter o sistema em condições financeiras positivas.

Embora se possa considerar que o equilíbrio financeiro e atuarial já existia anteriormente como princípio implícito da previdência social e de toda a seguridade, na forma estabelecida pelo § 5º do artigo 195 da Constituição Federal, segundo o qual “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”, o fato é que historicamente tal previsão nunca foi de fato observada com seriedade, seja pelo regime geral de previdência social, seja pelos regimes de previdência dos servidores públicos.

Somente a partir da reforma proporcionada pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998 o equilíbrio financeiro e atuarial passou a ser considerado um princípio essencial e estruturante da previdência social.

Por ter sido introduzido recentemente no ordenamento previdenciário, o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial não está completamente caracterizado pela doutrina e pela jurisprudência, necessitando de definição de seus contornos e alcances. Nas palavras de Wladimir Novaes Martinez:

[...] o princípio carece ser equacionado apropriadamente, conceituado e bem definido, resultando circunscrito pela norma legal, a experiência da jurisprudência e o bom senso da doutrina especializada.⁶²

O artigo 2º da Portaria MPS nº 403/2008 apresenta a definição dos conceitos de equilíbrio financeiro e equilíbrio atuarial, nos seguintes termos:

62 MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2001. p. 91.

- I - Equilíbrio Financeiro: garantia de equivalência entre as receitas auferidas e as obrigações do RGPS em cada exercício financeiro;
- II - Equilíbrio Atuarial: garantia de equivalência, a valor presente, entre o fluxo das receitas estimadas e das obrigações projetadas, apuradas atuarialmente, a longo prazo.

Portanto, a partir dessas definições, deve-se entender a expressão “equilíbrio financeiro e atuarial” como a garantia de que os recursos do Regime Geral de Previdência Social serão suficientes para o pagamento de todas suas obrigações, tanto no curto prazo, a cada exercício financeiro, como no longo prazo, que alcança todo o seu período de existência.

A efetivação do equilíbrio financeiro e atuarial passa necessariamente pela utilização da Atuária, ciência que utiliza ferramentas desenvolvidas pela Matemática, Estatística e Economia para criar modelos de previsão do comportamento dos eventos probabilísticos, buscando proteção contra perdas de natureza econômica.

Sua introdução no sistema previdenciário brasileiro demonstra a preocupação do constituinte reformador em garantir a higidez financeira do Regime Geral de Previdência Social e, assim, evitar um futuro colapso das contas, a ensejar a sua extinção, como ocorreu em vários países. Nesse sentido, assim escreveu Daniel Machado da Rocha⁶³:

Sendo a previdência social um método da gestão da economia coletiva destinada ao enfrentamento dos riscos sociais, a ideia reitora desse princípio é que as prestações previdenciárias contempladas pelo sistema de previdência possam ser efetivamente honradas, no presente e no futuro, em razão do sistema de financiamento e suas fontes estarem dimensionadas de forma a permitir o cumprimento dos compromissos assumidos ao longo do tempo.

O INSS, assim como parte da doutrina e da jurisprudência, entendem que a desaposentação, sem a devolução dos valores percebidos pela aposentadoria que se desfaz, afronta o princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial, a medida que fere a harmonia entre o custeio e as coberturas do seguro social, ao permitir que as mesmas contribuições financiem duas aposentadorias (a primeira que se desconstitui e a nova jubilação).

Argumentam, também, a impossibilidade de simples revisão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição já concedida para inclusão das contribuições recolhidas após a jubilação, sendo necessária a desconstituição do ato, desde que desfeitas todas as consequências jurídicas que ele havia trazido (efeitos *ex tunc*), inclusive com a devolução das parcelas recebidas a esse título, ainda que tenham natureza alimentar, sob pena de se admitir enriquecimento

63 ROCHA, op. cit., p. 157.

ilícito e prejuízo para o universo previdenciário, em que vigora o princípio da solidariedade social.⁶⁴

Por outro lado, sob o prisma do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, os doutrinadores que entendem ser a desaposentação com ele compatível, não vislumbrando qualquer afronta à determinação constitucional, assim argumentam:

No plano atual, e a partir das regras jurídicas vigentes, a desaposentação é plenamente justificável do ponto de vista atuarial, pois, se o segurado já goza de benefício, jubilado dentro das normas vigentes, estas também atuarialmente definidas, presume-se que o sistema previdenciário somente fará, em relação a este beneficiário, desembolsos, não mais recebendo qualquer cotização, esta já ocorrida em períodos pretéritos. Todavia, caso o beneficiário continue a trabalhar e contribuir, esta nova cotização gerará excedente atuarialmente imprevisto, que certamente poderia ser utilizado para a obtenção de novo benefício, abrindo-se mão do anterior de modo a utilizar-se do tempo de contribuição passado.⁶⁵

Aduzem, ainda, para sustentar seu entendimento, que durante a vigência da primeira aposentadoria, os proventos eram legitimamente devidos, pelo que não há fundamento legal para a sua devolução. Nesse sentido:

O correto seria que houvesse uma legislação que permitisse aos segurados melhorar sua aposentadoria com as contribuições posteriores à jubilação, mas como não há, o único mecanismo capaz de corrigir esta distorção é a desaposentação. A devolução, portanto, dos valores recebidos pelo segurado enquanto aposentado, não deve ocorrer, pois o benefício foi concedido legitimamente. A concessão ocorreu por um ato do ente administrativo, válido, sem vícios que permitisse anulá-lo. O ônus gerado ao sistema pós-aposentadoria deve garantir ao segurado um recálculo do seu benefício.⁶⁶

Analisando os argumentos que condicionam a desaposentação à devolução dos proventos recebidos pela primeira aposentadoria e os que dispensam tal exigência, a luz do princípio constitucional do equilíbrio financeiro e atuarial, entendemos que a primeira interpretação com ele melhor se coaduna, senão vejamos.

Em primeiro lugar, a questão do equilíbrio financeiro e atuarial não é maculada pela utilização das contribuições vertidas após a primeira aposentação. Isso porque há o efetivo recolhimento de novas contribuições que devem,

64 DUARTE, Marina Vasques. Desaposentação e revisão do benefício no RGPS. In: ROCHA, Daniel Machado (Org). *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 81-89.

65 SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 35.

66 LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Desaposentação: Aspectos jurídicos, econômicos e sociais*. Disponível em: <http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=116:desaposentacao-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34> Acesso em: 21 nov. 2013.

necessariamente, repercutir de alguma forma no benefício do aposentado, por imperativo constitucional inserto no art. 201, §11, da Constituição Federal.

Toda a questão centra-se, efetivamente, na utilização, para cálculo da nova aposentadoria, das contribuições anteriores à primeira jubilação e já utilizadas no cálculo da aposentadoria a que se renuncia, bem como na adequada compreensão e aplicação do instituto da desaposentação.

Em primeiro lugar, a desaposentação, da forma como vem sendo pleiteada nos tribunais pátrios, não se trata de uma verdadeira renúncia à aposentadoria, já que o segurado pretende continuar aposentado.

Trata-se, na realidade, de uma desconstituição do ato administrativo de aposentação para concessão, logo em seguida, de nova aposentadoria, com uma renda melhor do que a percebida até então, haja vista a inclusão das contribuições vertidas após a jubilação inicial e o recálculo do fator previdenciário, considerando o avançar da idade e a alteração do tempo de contribuição.

Como mencionado acima, o equilíbrio financeiro consiste na equivalência entre as receitas e as despesas em cada exercício financeiro. Ele é atendido pelas fontes de receita estabelecidas para cobrir os gastos, ganhando força ao se instituir um orçamento da seguridade social (art. 165, § 5º, III, da CRFB), apartado do orçamento fiscal da União, cujos recursos ficam alocados para atender, especificamente, às respectivas necessidades de pagamento de benefícios no RGPS (art. 167, VIII, da CRFB).

Já a harmonia atuarial é, sinteticamente, a correlação entre o tempo de contribuição para o sistema e o lapso em que o segurado estará aposentado, recebendo seus proventos. Tal relação é feita por meio da fórmula do fator previdenciário. Nessa esteira caminhou o voto condutor do Min. SYDNEY SANCHES, na ADI 2.111 (DJ 05/12/2003):

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º [NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, “CAPUT”, INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR. [...] 3. *Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no “caput” do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o*

previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. (sem grifos e negritos no original)

Assim, intrinsecamente relacionado ao equilíbrio financeiro e atuarial do regime geral, após a Emenda Constitucional 20/98, o fator previdenciário, cuja constitucionalidade já foi declarada por pelo STF nas Medidas Cautelares em ADIn 2.110 e 2.111, leva em conta a idade, o tempo de contribuição na data da aposentadoria e a expectativa de sobrevida do segurado. Tal critério tem, como nítido propósito, estimular as pessoas a se aposentarem mais tarde, sendo que quanto maiores o tempo de contribuição e idade, maior será o valor do benefício auferido.

A fórmula do fator previdenciário é composta por duas partes: o fator atuarial e o bônus de permanência em atividade, que, em suma, premia quem contribui à previdência social por mais tempo.

A multiplicação entre o tempo de contribuição e a alíquota corresponde à apuração da parcela de anos da vida laborativa que o segurado destinou para os fundos da previdência social representa, segundo a exposição de motivos do projeto de lei nº 1.527/1999, o esforço contributivo realizado pelo segurado. O resultado dividido pela expectativa de vida do cidadão, através das tabelas fornecidas pela Fundação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, tem como finalidade estabelecer uma relação entre o número de anos trabalhados e o tempo em que perceberá a aposentadoria.

A partir da fórmula do fator previdenciário chega-se a uma conclusão inarredável: o cálculo dos valores a serem recebidos da aposentadoria parte da premissa de o segurado não ter se aposentado antes, ou seja, é um ato voltado para o passado, no que toca às contribuições vertidas, e para o futuro, quanto ao que será desembolsado pelos cofres públicos no pagamento do benefício concedido.

Em matéria previdenciária considera-se o tempo de contribuição e não apenas o tempo, o que significa dizer que o tempo a ser considerado como requisito para a concessão de benefícios não é uma mera soma de dias, meses e anos, mas de períodos de efetivo recolhimento de contribuições pelo segurado ao sistema.

Assim, se a desaposentação importa em restituir ao segurado todo o tempo de contribuição utilizado para a concessão do benefício ao qual está renunciando, ou seja, retornar ao *status quo ante* no que se refere ao “banco do tempo de contribuição”, imprescindível que essa restituição seja integral, isto é, que não se devolvam ao segurado apenas os dias, meses e anos, mas também as contribuições, de modo que efetivamente tenha direito de usufruir o tempo de contribuição para a obtenção de outra prestação.

Vejamos interessante asserto extraído de parecer do então Consultor da União Wilson Teles de Macedo que aduz:

A maioria dos doutrinadores entende que a renúncia implica extinção dos efeitos dos atos administrativos, o que equivale a afirmar que, se fosse cabível a renúncia ao direito de aposentadoria, subsistiria o correspondente ato, tido e havido como perfeito e acabado e adstrito à contagem do tempo de serviço, que ensejou a inativação. Desvincular este tempo da sua consequência (a aposentadoria) e conferir o direito de novo cômputo, para o mesmo efeito noutra regime jurídico, só é factível com a edição de lei.⁶⁷

Ocorre que, para se devolver ao segurado o tempo de contribuição, imprescindível que ocorra o ressarcimento dos valores por ele recebidos durante o período em que esteve aposentado, de modo que as contribuições consideradas para o cálculo do referido benefício possam ser novamente utilizadas, sob pena de, caso contrário, utilizarmos o mesmo tempo de contribuição para a concessão de duas aposentadorias, o que é expressamente vedado por nosso ordenamento jurídico, seja em âmbito constitucional pelo princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, seja no plano legal pelos arts. 18, § 2º (referente ao RGPS) e 96, inciso III (contagem recíproca), ambos da Lei nº 8.213/91.

Dessa forma, somos partidários das colocações de Marina Vasques Duarte que, enfrentando o tema, concluiu:

Uma vez permitida a desaposentação em virtude da alteração da manifestação de vontade do segurado que deu ensejo à aposentadoria, deve ser reconstituída a situação anterior, devolvendo-se todas as quantias percebidas como consequência do ato que se quer desconstituir.⁶⁸

No mesmo sentido, Hermes Arrais Alencar aduz:

Ressaltamos, contudo, que concedido o cancelamento da jubilação na via judicial, deve o ex-aposentado, sob pena de desequilíbrio atuarial, restituir aos cofres da Previdência todos os valores, devidamente corrigidos, auferidos a título de aposentadoria.

Ademais, ao não se exigir a devolução dos proventos da aposentadoria que se desconstitui restaria comprometida a preservação da causalidade custeio/benefício, importando afronta aos arts. 195, § 5º, e 201, caput, da Constituição Federal, pois se romperiam os parâmetros mínimos de correspondência entre o que se paga e o que se recebe.

67 Parecer GQ 130, Consultor da União Wilson Teles de Macedo, publicado na *Revista de Direito Administrativo*, n. 210, p. 309-330.

68 DUARTE, Marina Vasques. Desaposentação e revisão do benefício no RGPS. In: *Temas atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 93.

Em virtude da relevância dos argumentos acima é que, de um modo geral, a jurisprudência e a doutrina condicionam a desaposentação à devolução integral dos valores recebidos em razão do primeiro benefício, cuja renúncia se pretende, já que de outra forma ficaria evidenciada a quebra das regras fundamentais concernentes ao equilíbrio financeiro-atuarial. Nesse sentido, convém transcrever parte esclarecedora do voto do Ministro Herman Benjamin, no julgamento do Recurso Especial nº 1.334.488 – SC:

É princípio básico de manutenção do RGPS o equilíbrio atuarial entre o que é arrecadado e o contexto legal das prestações previdenciárias. Não é diferente para o benefício de aposentadoria, pois, sob a visão do segurado, ele contribui por um determinado tempo para custear um salário de benefício proporcional ao valor da base de cálculo do período contributivo. Evidentemente que o RGPS é solidário e é provido por diversas fontes de custeio, mas a análise apartada da parte que cabe ao segurado pode caracterizar, por si só, desequilíbrio atuarial. Basta que ele deixe de contribuir conforme a legislação de custeio ou lhe seja concedido benefício que a base contributiva não preveja. Enfim, um período determinado de contribuições do segurado representa parte do custeio de uma aposentadoria a contar do momento de sua concessão. Se este mesmo benefício é desconstituído para conceder um novo, obviamente mais vantajoso, o período contributivo deste último (em parte anterior e em parte posterior à aposentadoria renunciada) serve para custear o valor maior a partir da nova data de concessão. Pois bem, se na mesma situação acima o segurado for desobrigado de devolver os valores recebidos do benefício renunciado, ocorrerá nítido desequilíbrio atuarial, pois o seu “fundo de contribuições” acaba sendo usado para custear duas aposentadorias distintas. Essa construção baseada no equilíbrio atuarial decorre de interpretação sistemática do regime previdenciário, notadamente quando é disciplinada a utilização de tempo de contribuição entre regimes distintos. Transcrevo dispositivo da Lei de Benefícios:

Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:
[...] III - não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro;

Assim, se o pedido da presente ação fosse para se desaposentar no RGPS para utilizar o tempo de contribuição em regime próprio, a não devolução dos valores recebidos do benefício renunciado caracterizaria a vedação do art. 96, III, da Lei 8.213/1991, pois o citado tempo foi utilizado para conceder/pagar aposentadoria do regime de origem. Mutatis mutandis, não poderá ser utilizado tempo de contribuição já considerado para conceder um benefício (aposentadoria renunciada) para a concessão de nova e posterior prestação (aposentadoria mais vantajosa) no mesmo regime de previdência. Nessa situação incidem as vedações dos arts. 11, § 3º, e 18, § 2º, da LB. Isso porque, como já ressaltado, se a aposentadoria não deixa de existir completamente, as contribuições previdenciárias

posteriores são destinadas ao custeio da Seguridade Social, somente sendo cabíveis as prestações salário-família e reabilitação profissional. Ressalto que, embora não haja cumulação temporal no pagamento das aposentadorias, há cumulação na utilização de tempos de contribuição, concernente à fração da mesma base de custeio. É que as contribuições anteriores à aposentadoria renunciada seriam utilizadas para pagar esta e o novo jubramento. Dentro desse contexto interpretativo, a não devolução de valores do benefício renunciado acarreta utilização de parte do mesmo período contributivo para pagamento de dois benefícios da mesma espécie, o que resulta em violação do princípio da precedência da fonte de custeio, segundo o qual “nenhum benefício pode ser criado, majorado ou estendido, sem a devida fonte de custeio” (art. 195, § 5º, da CF e art. 125 da Lei 8.213/1991). Sobre o mencionado princípio, cito julgado do Supremo Tribunal Federal: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - MAJORAÇÃO PERCENTUAL - CAUSA SUFICIENTE - DESAPARECIMENTO - CONSEQUENCIA - SERVIDORES PUBLICOS FEDERAIS. O disposto no artigo 195, PAR. 5., da Constituição Federal, segundo o qual “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio”, homenageia o equilíbrio atuarial, revelando princípio indicador da correlação entre, de um lado, contribuições e, de outro, benefícios e serviços. [...] (ADI 790, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ 23-04-1993 PP-06918 EMENT VOL-01700-01 PP-00077 RTJ VOL-00147-03 PP-00921.)

Os cálculos atuariais que embasam o regime de custeio tomam como base uma previsão determinada de contribuições para pagar aposentadoria em período estimado pela expectativa de vida média dos segurados. A parte que incumbe ao segurado é recolher os aportes por determinado tempo para cobrir o pagamento da aposentação a contar da concessão. Como já exaustivamente demonstrado, a não devolução dos valores da aposentadoria a que se pretende renunciar, com o intuito de utilização do período contributivo para novo jubramento, quebra a lógica atuarial do sistema. Isso porque a primeira aposentadoria é concedida em valor menor do que se fosse requerida posteriormente, mas é paga por mais tempo (expectativa de vida). Já se o segurado optar por se aposentar mais tarde, o “fundo de contribuições” maior financiará uma aposentadoria de valor maior, mas por período menor de tempo. A renúncia à aposentadoria sem devolução de valores mescla essas duas possibilidades, impondo aos segurados uma aposentadoria o mais prematura possível, para que mensal ou anualmente (fator previdenciário e coeficiente de cálculo) seja majorada. Tais argumentos já seriam suficientes, por si sós, para estabelecer a devolução dos valores da aposentadoria como condição para a renúncia desta, mas adentro ainda em projeções de aplicação do entendimento contrário que culminariam, data vênica, em total insegurança jurídica, pois desestabilizariam e desvirtuariam o sistema previdenciário. Isso porque todos os segurados passariam a se aposentar com os requisitos mínimos e, a cada mês de trabalho e nova contribuição previdenciária, poderiam pedir nova revisão, de forma que a aposentadoria fosse recalculada para considerar a nova contribuição. Exemplificando: o segurado se aposenta

em abril/2012 e continua trabalhando e contribuindo. Em maio/2012 pediria a desaposentação de abril/2012 e nova aposentadoria para incluir o salário de contribuição de abril. Em junho/2012 pediria a desaposentação de maio/2012 e nova aposentadoria para incluir o salário de contribuição de maio e assim sucessivamente. A não devolução dos valores do benefício culminaria, pois, na generalização da aposentadoria proporcional. Nenhum segurado deixaria de requerer o benefício quando preenchidos os requisitos mínimos. *A projeção do cenário jurídico é necessária, portanto, para ressaltar que autorizar o segurado a renunciar à aposentadoria e desobrigá-lo de devolver o benefício recebido resultaria em transversa revisão mensal de cálculo da aposentadoria já concedida. Considerando ainda que essa construção jurídica, desaposentação sem devolução de valores, consiste obliquamente em verdadeira revisão de cálculo da aposentadoria para considerar os salários de contribuição posteriores à concessão, novamente está caracterizada violação do art. 11, § 3º, e 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, pois este expressamente prevê que as contribuições previdenciárias de aposentado que permanece trabalhando são destinadas ao custeio da Seguridade Social e somente geram direito às prestações salário-família e reabilitação profissional. Indispensável, portanto, o retorno ao status quo ante para que a aposentadoria efetivamente deixe de existir e não incidam as vedações legais citadas. Assim, é bom frisar que a devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado pretende renunciar é condição para que as contribuições possam ser utilizadas para novo benefício da mesma espécie, inclusive de outro regime. Nada impede, por outro lado, que o segurado renuncie com efeito ex nunc, o que o desoneraria da devolução dos valores, mas não ensejaria o direito de utilizar as contribuições já computadas.* (sem grifos e negritos no original)

De fato, não há outra forma de preservar o equilíbrio financeiro-atuarial senão mediante a devolução integral das parcelas de benefício referentes à aposentadoria renunciada. Com efeito, nosso sistema previdenciário baseia-se na causalidade custeio/benefício, sendo certo que a previsibilidade e a sustentabilidade orçamentária do binômio receita/despesa têm por regra fundamental o fato de que a utilização das contribuições e do tempo de serviço para fins de aposentadoria ocorrerá, como já ressaltado, uma única vez.

Desse modo, havendo percepção de proventos por um período e posterior concessão de um novo benefício a partir de novas contribuições, com a utilização do mesmo tempo de serviço anterior, os pagamentos já efetuados reputar-se-ão indevidos, pois isso implica uma reclassificação atuarial do requerente perante a universalidade dos segurados. Esse novo status, assim como a correspondente prestação previdenciária, pressupõe, com base na relação de causalidade custeio/benefício, que não houve qualquer espécie de contraprestação anterior por parte da Previdência Social, tendo em vista a aposentação ser ato único.

Para ser plenamente compatível com nosso ordenamento constitucional e legal vigente, a desaposentação deve ser compreendida como desconstituição do ato de concessão da primeira jubilação, para concessão de nova aposentadoria, com aproveitamento do tempo de contribuição anterior e posterior à

aposentadoria que se desfez, e aplicação de novo fator previdenciário que considera a idade, expectativa de sobrevida e tempo total de contribuição na data do cálculo da nova aposentadoria⁶⁹.

É imprescindível, nessa hipótese, que ambas as partes sejam reconduzidas ao *status quo ante*, recompondo-se ao Regime Geral de Previdência Social os valores despendidos com a aposentadoria cancelada, a fim de que o segurado possa utilizar o tempo de contribuição anterior a sua primeira aposentadoria, para concessão de novo benefício mais vantajoso, com o que estariam observados os princípios constitucionais do equilíbrio financeiro e atuarial, da solidariedade social e da prévia fonte de custeio dos benefícios da seguridade social, bem como não incidiriam as vedações legais insertas nos arts. 18, § 2º e 96, III, da Lei nº 8.213/91 e art. 11, § 4º, da Lei nº 8.212/91.

Há ainda, como argumento para se dispensar a devolução dos valores da aposentadoria que se desconstitui, o fato de seus proventos terem natureza de verba alimentar, sendo, portanto, irrepetíveis. Nas palavras de Fábio Zambitte Ibrahim:

Em razão de tais premissas, além do evidente caráter alimentar do benefício previdenciário, não se deve falar em restituição de valores recebidos no caso de desaposentação, sendo tal desconto somente admissível em regimes de capitalização individual pura, o que inexistente no sistema previdenciário público brasileiro, seja no RGPS ou em regimes próprios de previdência. [...] Em verdade, a restituição dos valores recebidos pelo segurado é usualmente apresentada como mais um subterfúgio dos que recusam a admitir a desaposentação, sendo mera tentativa de dissipar as pretensões dos segurados interessados no instituto ora desenvolvido.⁷⁰

Não podemos concordar, no entanto, com referida posição. Deveras, não que há que se falar na não devolução dos valores recebidos como colocado, pois o princípio da irrepetibilidade dos alimentos foi concebido para proteger a pessoa. Se parte dela, pessoa, a vontade de desconstituir um direito em busca de outro que lhe é mais vantajoso, a justificativa da não devolução das parcelas dantes recebidas não merece vingar.

Por outro lado, com relação àqueles que afirmam que em função da regularidade na concessão do benefício, justifica-se a tese da não devolução dos valores já recebidos, conforme lecionam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari⁷¹, temos que olvidam que na desaposentação o que se objetiva é a desconstituição do ato administrativo de aposentação, por vontade

69 O Projeto de Lei nº 3.299/2008 busca revogar o fator previdenciário, sendo apoiado pela classe trabalhadora em geral e por diversas Centrais Sindicais. Contudo, além disso, o PL pretende introduzir a idade mínima para a aposentadoria por tempo de contribuição, o que, aliás, deveria ter sido feito já com a reforma do RGPS promovida em 1998, por meio da Emenda Constitucional nº 20, ao invés da criação do tão criticado fator que, sem dúvida, foi o grande impulsionador da desaposentação.

70 IBRAHIM, op. cit., p. 69-70.

71 CASTRO; LAZZARI, op. cit., p. 672.

de seu titular, sendo totalmente imprópria e deslocada a discussão sob a ótica da regularidade da primeira concessão.

É evidente que o primeiro benefício foi regularmente concedido. Contudo, se o que se pretende é a sua desconstituição, não pode esta ser apenas parcial, com relação exclusiva à posição jurídica do beneficiário em relação ao Regime Geral, afigurando-se imperioso que ambas as partes sejam reconduzidas ao estado anterior, conforme exaustivamente abordado nesse trabalho.

Nada impede e, aliás, recomenda-se, em nome dos princípios constitucionais da solidariedade social e do caráter contributivo da Previdência Social, bem como da determinação contida no § 11 do art. 201 da Constituição Federal, que o legislador ordinário preveja uma alternativa à desaposentação, implementando uma espécie de revisão da renda mensal da aposentadoria, nos casos em que houve contribuição após a jubilação.

Referida revisão, por não implicar o desfazimento do ato de concessão da aposentadoria, não exigiria a devolução ao Regime Geral dos valores já recebidos, operando-se apenas um recálculo da renda mensal do benefício com a inclusão do novo tempo de contribuição, após a jubilação, deixando-se inalterados os componentes idade e expectativa de sobrevivência do fator previdenciário, que continuariam a estabelecer a necessária correlação entre o tempo de contribuição e o tempo de recebimento da aposentadoria pelo beneficiário, ou seja, preservar-se-ia a harmonia atuarial do sistema.

No entanto, para aplicação da revisão que acima se propõe, é necessário que haja a publicação de lei que permita a sua aplicação, considerando a impossibilidade, pelo ordenamento atual, de se revisar o ato de concessão para inclusão de contribuições posteriores.

Tramitam na Câmara dos Deputados alguns projetos de leis cujo intuito é a inclusão da desaposentação no sistema previdenciário brasileiro, assim como da opção pelo recálculo do benefício para inclusão de contribuições posteriores à jubilação.

Passemos a analisar o conteúdo desses projetos e sua compatibilidade com a sistemática constitucional da Previdência Social.

2.3 Exigências constitucionais para a legalização da desaposentação e os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional

O princípio da legalidade, conforme abordado no capítulo I, é comumente mencionado como fundamento tanto para embasar a negativa de concessão, como para se permitir a desaposentação.

É certo que, a partir da adoção pela Constituição Federal de 1988 de um Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade ganhou nova amplitude ao submeter o Estado ao Direito e não exclusivamente à lei em sentido puramente formal, significando a observância, pela Administração Pública, dos valores e princípios que estão na base do

ordenamento jurídico e agasalhados implícita ou explicitamente na Constituição.

Sobre a noção do princípio da legalidade à luz do Estado Democrático de Direito, assim se pronunciou a Profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Na Constituição brasileira de 1988 não se encontra norma semelhante, porém não há dúvida que ela consagra a mesma ideia, pela referência a valores e princípios, seja no preâmbulo, seja em inúmeros dispositivos esparsos. Isto teve grande reflexo sobre a própria compreensão do princípio da legalidade, pois ele passou a abranger não apenas o direito positivo, como também todos os valores e princípios acolhidos pelo ordenamento jurídico. Hoje, quando se fala que o Estado, pelos seus três Poderes, está sujeito ao princípio da legalidade, é nesse sentido mais amplo que há de ser entendido.⁷²

Nesse diapasão, o princípio da legalidade não representa óbice à concessão da desaposentação, a uma porque nosso Direito não é com ela incompatível, como exaustivamente exposto no corpo deste trabalho, não podendo a Administração Pública impor restrições a direitos não previstas em lei, a duas porque ao administrado tudo é possível, desde que não vedado pela lei.

Assim, a vedação no sentido da impossibilidade da desaposentação é que deveria constar de lei, posto que sua autorização é presumida, desde que não sejam violados outros preceitos constitucionais e legais. Nesse sentido, posiciona-se Hamilton Antônio Coelho:

Não bastasse, invocar o princípio da legalidade para deixar de reconhecer um direito público individual (à desaposentação) é relegar a um segundo plano os interesses do administrado; é elevar o referido princípio a um patamar que não ostenta o de sobrepor os direitos e garantias fundamentais outorgados pelo soberano Poder Constituinte de 1988 ao cidadão brasileiro, como, *exempli gratia*, o de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, inscrito no inciso II do art. 5º da Lei Maior da Federação Brasileira.

Nesse passo, inexistindo em nosso ordenamento jurídico vigente lei que proíba o desfazimento de aposentadoria regularmente deferida, impossível cogitar de indeferimento por conveniência e oportunidade da administração ou mesmo em razão de ausência de autorização legal, pois a renúncia de um direito que integrou o patrimônio de seu titular não clama por ilógicos e injurídicos pressupostos.⁷³

Não obstante, é fato que a Autarquia Previdenciária nega os pedidos administrativos de desaposentação com fundamento em uma interpretação

72 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo, *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5 – jan./fev./mar. 2006, Salvador, p. 20. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-5-janeiro-2006-maria%20sylvia%20zanella.pdf>>.

73 COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: “Um Novo Instituto?” *Revista da Previdência Social*, São Paulo, LTr, v. 228, nov. 1999.

mais estreita do princípio da legalidade, ao entender que, não havendo previsão expressa na lei, é inadmissível o seu reconhecimento e seu deferimento pelo INSS.

Há, ainda, a previsão contida no art. 181-B do Decreto nº 3.048/99 que, a par de ser ilegal, por estabelecer restrição a direito não autorizada por lei, quando prevê que as aposentadorias por tempo de contribuição, idade e especial são irreversíveis e irrenunciáveis, não deixará de ser observada pelos agentes administrativos responsáveis pela análise dos benefícios previdenciários, se não houver sua revogação ou alteração por um mesmo ou outro instrumento normativo.

Ademais, ainda paira sobre a desaposentação, o problema da violação ao princípio da segurança jurídica, à medida que o segurado aposentado em atividade poderia, a cada ano, ou mesmo, a cada mês, apresentar pedido de desaposentação com conseqüente prestação majorada, devido ao novo tempo contributivo, acarretando uma indefinida e indesejada instabilidade na relação jurídica previdenciária.

Todo esse panorama não só justifica, mas fundamenta a necessidade de que a desaposentação seja regulada em lei, com o estabelecimento das exigências mínimas para a admissão da renúncia ou do recálculo da aposentadoria, de acordo com as normas constitucionais, bem como para que ela seja deferida administrativamente pelo INSS, desafogando o Poder Judiciário do tema em direito previdenciário que mais gera, atualmente, o ajuizamento de novas demandas, ocasionando a tão desejada pacificação social.

Tramitam na Câmara dos Deputados alguns projetos de leis cujo intuito é a inclusão da desaposentação no sistema previdenciário brasileiro. Trata-se dos Projetos de Lei nº 2.567/2011, de autoria do Senador Rodrigo Rollemberg, nº 5.693/2009, do Deputado Arnaldo Faria de Sá, nº 6.552/2009, do Senador Rodrigo Rollemberg, nº 7.369/2010, do Deputado Eduardo Barbosa, nº 1.168/2011, do Deputado Dr. Ubiali, 6.951/2010, do Deputado Cleber Verde e 5.668/2009, de autoria do Deputado Celso Maldaner.

Dentre eles, destacam-se o Projeto de Lei nº 1.168/2011, que se propõe a estabelecer os critérios para a desaposentação (renúncia à aposentadoria pelo seu titular) e dispensação (renúncia à pensão pelos dependentes do segurado falecido). Esse PL foi apensado ao PL nº 5.668/2009, que objetiva alterar a Lei nº 8.213/91, para permitir o recálculo da renda mensal do benefício do segurado que permanece ou que retorna à atividade.

Referidos projetos encontram-se na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados, havendo parecer favorável do Relator, Deputado André Zacharow, apresentado em 05.09.2013, pela aprovação.

Vejamos o inteiro teor dos Projetos de Lei nº 1.168/2011 e 5.668/2009:

PL 1.168/2011

Artigo 1º. A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social do RGPS, passa a vigorar com alteração na redação do art. 18, § 2º, acrescentando o art. 37-A, acrescenta o parágrafo único ao art. 54 e modifica o inciso III do artigo 96, acrescentando o parágrafo único conforme a seguinte redação:

Art. 18. [...]

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, fará jus ao salário família, ao auxílio-doença, ao auxílio-acidente, ao serviço social e à reabilitação profissional, quando empregado, bem como terá direito ao recálculo de seu benefício com base no tempo e no valor das contribuições realizadas em função do exercício dessa atividade.

Art. 37-A. O recálculo da renda mensal do benefício do aposentado do Regime Geral de Previdência Social - RGPS se dará por requerimento do interessado ou de seu dependente, desde que beneficiário da pensão por morte, na própria Agência da Previdência Social e contemplará todo o tempo de contribuição e os valores dos salários de contribuição correspondentes a atividade exercida pelo Segurado.

Parágrafo único. Ao aposentado será assegurado o direito de opção pelo valor da renda mensal que for mais vantajoso.

Art. 54. [...]

Parágrafo único. As aposentadorias por tempo de contribuição, especial e por idade, concedidas pela Previdência Social do RGPS (Regime Geral de Previdência Social) na forma da lei, poderão ser renunciadas a qualquer tempo pelo próprio Segurado ou por seu dependente beneficiário da pensão por morte, assegurada a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício.

Art. 96. [...]

III - Não será contado por um regime previdenciário o tempo de contribuição utilizado para fins de aposentadoria concedida por outro, salvo na hipótese de renúncia ao benefício, prevista no parágrafo único do artigo 54 desta lei; [...]

Parágrafo único. Na hipótese de renúncia à aposentadoria devida pelo Regime Geral da Previdência Social, será contado o tempo correspondente a sua percepção, para fins de obtenção de novo benefício previdenciário em qualquer regime, sem devolução de verba de natureza alimentar.

PL 5.668/2009

Art. 1º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com alterações em seu art. 18, § 2º, e com acréscimo de § 5º ao art. 55 e de art. 37-A, conforme a seguinte redação:

Art. 18. [...]

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a outro benefício da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, sendo-lhe, porém, garantido o direito à percepção do salário-família, à reabilitação profissional, quando empregado, bem como ao recálculo de sua aposentadoria tomando-se por base os seus salários de contribuição correspondentes a esse período de atividade.

Art. 55. [...]

§ 5º Será computado como tempo de contribuição aquele correspondente ao exercício de atividade desenvolvida pelo aposentado do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Art. 37-A. Deverá ser recalculada, mediante requerimento do segurado, a renda mensal da aposentadoria por ele recebida do Regime Geral de Previdência Social - RGPS caso permaneça em atividade sujeita a esse Regime ou a ele retorne, devendo-se, para tanto, considerar os salários de contribuições correspondentes a esse período de atividade.

Dos Projetos de Lei em tramitação, verifica-se que se propõem a garantir o direito de renúncia às aposentadorias por tempo de contribuição, idade e especial, concedidas pelo RGPS, assegurando a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a sua concessão para a obtenção de novo benefício previdenciário em qualquer regime, sem necessidade de devolução dos valores recebidos a título de aposentadoria.

Além da renúncia, objetiva-se também conferir ao aposentado pelo RGPS que permanecer em atividade sujeita ao regime geral ou a ele retornar, o direito ao recálculo de sua aposentadoria com base no tempo e no valor das contribuições realizadas em função do exercício dessa atividade.

Tanto a renúncia quanto o recálculo poderiam ser feitos a requerimento do interessado, a qualquer tempo, por quantas vezes quisesse, sem quaisquer exigências de intervalos mínimos entre os pedidos, contemplando, sempre, todo o tempo de contribuição do segurado, anterior e posterior à data de início do benefício ou das revisões processadas.

Tais propostas, salvo melhor juízo, confrontam parcialmente as exigências constitucionais de organização da previdência social no Brasil, em especial, os princípios da precedência da fonte de custeio e do equilíbrio financeiro e atuarial, além de propiciar brechas para eventuais burlas à legislação, como por exemplo, a aplicação de novas leis mais benéficas, ferindo o princípio do *tempus regit actum*, que norteia a relação jurídica previdenciária.

A fim de sanar referidas violações à sistemática constitucional do RGPS, é imperiosa a adequação dos projetos de lei supramencionados, estabelecendo-se a fixação de algumas exigências mínimas para a admissão

da desconstituição do ato da aposentação, diferenciando-o, em seus efeitos jurídicos, da renúncia propriamente dita, além de estabelecer os critérios para o recálculo dos proventos da aposentadoria, quando o aposentado optar pela mera revisão dos seus proventos, para inclusão de novo tempo de contribuição vertido após a jubilação, com a fixação de um número mínimo de contribuições necessário para se proceder à revisão.

Em primeiro lugar, permitir a desaposentação sem a devolução dos valores recebidos pela aposentadoria a que se renuncia, como previsto no PL nº 1.168/2011, ao acrescentar os parágrafos únicos aos artigos 54 e 96 da Lei nº 8.213/91, fere, conforme amplamente abordado no tópico anterior, os princípios constitucionais do equilíbrio financeiro e atuarial e da prévia fonte de custeio, haja vista que um mesmo grupo de contribuições será utilizado para custeio de aposentadorias diferentes.

Além disso, da forma como permitida a desaposentação no projeto de lei em questão, sem qualquer requisito ou limitação para o seu exercício, aliada a desnecessidade de devolução dos proventos da aposentadoria a que se renuncia, estar-se-ia criando uma permissão na legislação previdenciária, que implicaria em qualquer tipo de renúncia, nas mais diversas situações, em que o aposentado não visa agregar novo tempo de contribuição, mas, por exemplo, postular nova aposentadoria dentro de novas regras legais mais vantajosas ou recalcular o fator previdenciário, em virtude de maior idade.

Sobre referida problemática, manifestou-se com preocupação Fabio Zambitte Ibrahim, em seu livro sobre a desaposentação:

Esse ponto me parece o principal dentro do atual debate sobre a desaposentação. Tenho visto, com preocupação, situações das mais diversas em que o segurado, ao postular a desaposentação com conseqüente novo benefício, não visa, tão somente, agregar novo tempo de contributivo a sua prestação, mas, em verdade, postular prestação previdenciária dentre novas regras legais existentes, desde que mais vantajosas.

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

*Tais situações são, em minha opinião, patologias desenvolvidas a reboque do instituto da desaposentação. [...] 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 tempo de contribuição, como maior idade, me parece indevida.*⁷⁴ (sem grifos e negritos no original)

74 IBRAHIM, op. cit., p. 109.

O benefício previdenciário do segurado é regido pela lei vigente à época do jubramento, não podendo o beneficiário, sob pretexto de desaposentar-se, criar instrumento de burla à lei. A prestação previdenciária, como já apontou o STF em diversas oportunidades⁷⁵, deve submeter-se ao princípio *tempus regit actum*.

Condicionar a desconstituição da aposentadoria à devolução dos valores percebidos, para liberação e utilização do tempo de contribuição considerado para sua concessão em outra aposentadoria, além de ser imperativo constitucional ínsito aos princípios do equilíbrio financeiro e atuarial e da prévia fonte de custeio, obstará pretensões que buscam exclusivamente lesar o Regime Geral de Previdência Social.

Por outro lado, o aposentado que verteu contribuições após a jubilação e que pretende majorar seu benefício pelo novo aporte de recursos efetivamente recolhido ao RGPS, estará amparado pela opção de revisão de sua aposentadoria, por meio de recálculo da renda mensal para inclusão das novas contribuições, previsto nos Projetos de Lei nº 1.168/2011 e 5.668/2009, por meio da nova redação atribuída ao § 2º do art. 18 e pela inclusão do art. 37-A, ambos da Lei nº 8.213/91.

O recálculo diferencia-se da desaposentação, uma vez que não será concedida nova aposentadoria, mas apenas revisão da renda mensal do benefício em manutenção para inclusão de novas contribuições recolhidas após a sua concessão.

No entanto, seria necessário que os projetos de lei previssem um tempo mínimo de contribuição após a aposentadoria ou o recálculo anterior para o beneficiário poder requerer a primeira ou as sucessivas revisões do benefício, além de consignar que somente o tempo de contribuição do segurado posterior à data de início do benefício ou das revisões anteriormente processadas é que poderá ser computado para efetuar o recálculo da renda mensal do benefício, o que evitaria pedidos frequentes de recálculo.

Cirlene Luiza Zimmermann, em artigo sobre o tema, sugere as seguintes modificações na redação dos Projetos de Lei 1.168/2011 e 5.668/2009, em consonância com os apontamentos acima, nos seguintes termos:

Art. 37-A. O recálculo da renda mensal do benefício do aposentado do Regime Geral de Previdência Social - RGPS se dará por requerimento do interessado ou de seu dependente, desde que beneficiário da pensão por morte, na própria Agência da Previdência Social e *contemplará apenas o tempo de contribuição e os valores dos salários de contribuição correspondentes à atividade exercida pelo segurado após a aposentação.*

§ 1º O recálculo previsto no caput poderá ser requerido uma única vez, desde que o tempo de contribuição posterior à aposentadoria seja de, no mínimo, cinco anos.

75 RE 597.389, Ministro Gilmar Mendes. *O tema foi objeto de repercussão geral.* Ver http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralMeritoJulgado/anexo/01_RG_ReafirmaacaoJurisprudencia.pdf.

§ 2º O recálculo observará a forma de cálculo prevista no art. 29, I, utilizando apenas o tempo de contribuição e os valores dos salários de contribuição correspondentes à atividade exercida pelo segurado após a aposentação, sendo, ao final, o salário de benefício apurado somado à renda mensal atual.

§ 3º Ao aposentado será assegurado o direito de opção pelo valor da renda mensal que for mais vantajoso.

Art. 54. [...]

Parágrafo único. As aposentadorias por tempo de contribuição, especial e por idade, concedidas pela Previdência Social do RGPS (Regime Geral de Previdência Social) na forma da lei, poderão ser renunciadas a qualquer tempo pelo próprio Segurado ou por seu dependente beneficiário da pensão por morte, assegurada a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício *mediante restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria, devidamente corrigidos*.

Art. 96. [...]

III - Não será contado por um regime previdenciário o tempo de contribuição utilizado para fins de aposentadoria concedida por outro, salvo na hipótese de renúncia ao benefício, prevista no parágrafo único do artigo 54 desta lei; [...]

Parágrafo único. Na hipótese de renúncia à aposentadoria devida pelo Regime Geral da Previdência Social, será contado o tempo correspondente a sua percepção, para fins de obtenção de novo benefício previdenciário em qualquer regime, *desde que restituídos os valores recebidos a título da aposentadoria renunciada, devidamente corrigidos*⁷⁶. (sem grifos e negritos no original)

Não concordamos com a autora na parte de seu projeto em que permite apenas um único pedido de recálculo, condicionado, ainda, a existência de contribuições posteriores à aposentação por um período de 05 anos. Referida limitação não se encontra consentânea com o fim de máxima efetivação dos direitos sociais buscado pela Constituição Federal, além de afrontar o disposto no art. 201, § 11 da Carta Magna, que determina que os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios.

A fim de coibir excessos, mas sem se descuidar da proteção social ao aposentado, os projetos de lei poderiam prever recálculos sucessivos, desde que o aposentado possuísse, ao menos, um grupo de 12 contribuições após a primeira aposentadoria ou da última revisão processada.

Os projetos, salvo melhor juízo, estariam compatíveis com toda a sistemática constitucional de proteção aos direitos sociais e da organização do regime geral de previdência social, prevendo uma real revisão da renda

76 ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. Desaposentação: A vedação constitucional. *Juris Plenum Previdenciária*, Ano I, N. 1. Caxias do Sul: Plenum Ltda., fev. 2013. p. 51-52. disponível em: http://www.plenum.com.br/rev_prev/JPP_AI_N01_FEV2013.pdf.

mensal, sem desconsiderar por completo o fato de já existir uma aposentadoria anterior, o que dispensaria a devolução dos valores já percebidos, pois o benefício não seria desconstituído, mas apenas revisado para inclusão de novas contribuições após a jubilação.

Por outro lado, seria disciplinada a figura da desaposentação, entendida como desconstituição da aposentadoria, para utilização do tempo de contribuição na concessão de novo benefício, possibilidade permitida em qualquer hipótese (não apenas para inclusão de contribuições posteriores ao primeiro jubramento), condicionada à devolução dos valores já percebidos, a fim de que as partes sejam recompostas ao status quo ante.

Nesse caso, o novo benefício será calculado de acordo com a legislação vigente na data da nova concessão, com aplicação de novo fator previdenciário, que leva em conta a idade, tempo de contribuição e expectativa de sobrevivência atual do beneficiário.

4 CONCLUSÃO

O termo desaposentação tem sido utilizado no âmbito do Direito Previdenciário para designar a situação em que o beneficiário de uma aposentadoria concedida pelo Regime Geral de Previdência Social que continuou trabalhando e recolhendo contribuições previdenciárias após o jubramento renuncia ao benefício para recuperar o tempo de contribuição computado para a sua concessão.

O objetivo da desaposentação é a nova utilização do mesmo tempo de contribuição para a obtenção de um novo benefício de aposentadoria pelo RGPS, cujo cálculo da renda mensal inicial levará em conta o tempo de contribuição recuperado mais o tempo de contribuição posterior ao início do benefício renunciado; ou de uma certidão de tempo de contribuição (CTC) para ser utilizada na concessão de aposentadoria em algum regime próprio de previdência.

Por tratar-se de uma aposentadoria de um direito patrimonial disponível, não cabe à Autarquia Previdenciária definir acerca de como o beneficiário vai dispor desse direito, sendo perfeitamente cabível a renúncia, o que é reforçado pelo fato de inexistir disposição legal em sentido contrário, motivo pelo qual a previsão constante do art. 181-B do Decreto nº 3.048/99 claramente extrapolou a função regulamentadora da Lei de Benefícios, já que não complementou nem explicitou nenhuma norma, mas criou regra, o que não é admitido pelo ordenamento constitucional vigente em nosso país.

No entanto, renunciar à aposentadoria não é o mesmo que renunciar ao benefício para utilização do tempo de contribuição na concessão de nova aposentadoria mais vantajosa, pelo que se afigura imperiosa uma adequada compreensão e aplicação do instituto da desaposentação, termo que não traduz fielmente o real objetivo de quem busca a sua aplicação.

A pura e simples renúncia à aposentadoria não teria motivos para ser vetada, uma vez que o beneficiário abdica dos seus efeitos que lhe tragam vantagens, desonerando, por conseguinte, o devedor.

Ocorre que na desaposentação não há desoneração do Regime Geral, posto que a renúncia à aposentadoria visa a restituição do tempo de contribuição para a concessão, logo em seguida, de nova aposentadoria, paga pelo mesmo regime ou na emissão de CTC para ser averbada em regime próprio, que deverá ser compensado no valor das contribuições pelo RGPS.

Portanto, a desaposentação deve ser entendida como a desconstituição do ato jurídico de aposentação, com o objetivo de liberação do tempo de contribuição utilizado na concessão da aposentadoria que se desfaz para, somado a novas contribuições vertidas pelo aposentado, ser deferida nova aposentadoria com valor maior, pelo acréscimo de contribuições e aplicação de novo fator previdenciário.

Em que pese sua admissibilidade em nosso ordenamento jurídico ser contestada pela aplicação do princípio da solidariedade social, o fato é que referido princípio deve ser interpretado em harmonia com os demais princípios e garantias constitucionais, em especial com a determinação de repercussão das contribuições nos benefícios dos segurados do RGPS (Art. 201, § 11, CF), o que demonstra o caráter de contraprestatividade que se reveste a previdência social aos seus beneficiários.

Assim, sob a ótica do princípio da solidariedade social não há qualquer óbice ao reconhecimento do instituto jurídico da desaposentação, que está em consonância com sua finalidade constitucional, harmonizada com os princípios da filiação obrigatória e do caráter contributivo da previdência social.

Para a desconstituição da aposentadoria e o aproveitamento do tempo de contribuição para a concessão de benefício no RGPS é imprescindível conferir efeito *ex tunc* à renúncia, a fim de que o segurado retorne à situação originária, inclusive como forma de preservar o equilíbrio atuarial do sistema previdenciário. Já tendo o segurado usufruído da aposentadoria do regime geral por lapso de tempo considerável, deverá restituir aos cofres públicos o numerário despendido pela Administração Pública com o pagamento de benefício, para readquirir a plena utilização daquele tempo de contribuição.

A fim de garantir o interesse do segurado em obter uma situação mais favorável a ele, bem como para afastar qualquer prejuízo financeiro ao Regime Geral de Previdência Social e a sua universalidade de segurados, imprescindível o ressarcimento para os cofres públicos, para a efetivação da desaposentação, dos valores

já recebidos pela aposentadoria a que se desconstitui, possibilitando o pleno aproveitamento do tempo de contribuição na concessão de novo benefício.

Assim, após a análise dos principais aspectos da desaposentação, é inevitável concluir-se pela sua legitimidade, seja perante a Constituição, seja sob o aspecto legal, inexistindo qualquer vedação expressa à opção pelo segurado em desfazer seu ato concessório do benefício de aposentadoria, desde que visando à prestação melhor, seja no mesmo ou em outro regime previdenciário.

Urge, no entanto, a necessidade de regulamentação legislativa do tema da desaposentação, como forma de se evitar a judicialização da questão, que gera toda sorte de decisões, favoráveis e contrárias, estabelecendo insegurança jurídica e tratamento desigual entre os beneficiários da previdência social.

As propostas de lei em tramitação que visam à legalização da renúncia à aposentadoria e à criação do instituto do recálculo possuem, da forma como elaboradas, algumas afrontas aos princípios constitucionais norteadores da Previdência Social no Brasil.

Entretanto, se fixados alguns critérios, no tocante à desaposentação, como a devolução dos valores recebidos pela aposentadoria desconstituída, e no que respeita ao recálculo, como o estabelecimento de um número mínimo de contribuições após a aposentadoria para permitir a revisão do benefício, a viabilidade constitucional desses projetos será plenamente justificável, representando um passo importante para sua aprovação no Congresso Nacional.

Até lá, cumpre ao Poder Judiciário zelar pelos direitos fundamentais dos segurados, assegurando-lhes a desaposentação, mediante uma interpretação harmoniosa de nosso ordenamento constitucional, que assegure a necessária contraprestação entre o RGPS e seus beneficiários e a observância dos princípios constitucionais da Previdência Social no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 2. ed. São Paulo: LEUD, 2006.

AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/61102961/Luis-Roberto-Barroso-A-Nova-Interpretacao-Constitucional-e-o-Papel-dos-Principios-no-Direito-Brasileiro>.

BRAMANTE, Ivani Contini. Desaposentação e nova aposentadoria. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, LTr, v. 244, mar. 2001.

BUENO. Cléria Maria Lobo Bittar Pucci. In: *Preparação para Aposentadoria. Você já pensou sobre isso?* Organização Juliana Presotto Pereira Netto. São Paulo: LTR, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, nº 6. Brasília: UnB, 2º semestre de 1998.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARINI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: um novo instituto? *Revista da Previdência Social*, São Paulo, LTr, v. 228, nov. 1999.

CRUZ, Henrique Jorge Dantas. *A ilegitimidade constitucional da desaposentação*. Artigos CONJUR, 26.07.2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-26/ilegitimidade-constitucional-desaposentacao-desconstrucao>.

DAMASCENO, João Batista. Renúncia voluntária à aposentadoria, desfazimento de ato administrativo vinculado e definitivo e direito de certidão de tal ocorrência. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 211, jan./mar. 1998.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Aposentadoria – Direito Disponível – Desaposentação – Indenização ao Sistema Previdenciário. *Revista Síntese Trabalhista*, n. 163, Jan. 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, jan./fev./mar. 2006, Salvador. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-5-janeiro-2006-maria%20sylvia%20zanella.pdf>.

DUARTE, Marina Vaísques. Desaposentação e revisão do benefício no RGPS. In: ROCHA, Daniel Machado (Org.). *Temas atuais de direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GARCIA, Elsa Fernanda Reimbrecht. *Da desconstituição do ato de aposentadoria e a viabilidade atuarial da desaposentação*. Disponível em: <http://elsafernanda.adv.br/site/images/stories/pdf/daa.pdf>.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: O caminho para uma melhor aposentadoria*. 2. ed. revista e atualidade. Niterói: Impetus, 2007.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. *Desaposentação: Aspectos jurídicos, econômicos e sociais*. Disponível em: <http://www.bramanteprevidencia.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=116:desaposentacao-aspectos-juridicos-economicos-e-sociais&catid=4:artigos&Itemid=34>.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2009..

Princípios de Direito Previdenciário. 4. ed. São Paulo: LTR, 2001..

MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da Seguridade Social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Renúncia a Direitos Fundamentais*. In: MIRANDA, Jorge (org.). *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. Vol. I.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JR., José Paulo. *Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social*. 10. ed. revista e atualidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário Esquemático*. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação*. 3. ed. revista e atualidade. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, José Diego Martins de Oliveira e. A constitucionalidade do processo de desaposentação. *Revista Perspectiva Jurídica FGF* – 2013.1/ISSN 1809-9459.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. *Desaposentação: A vedação constitucional*. Juris Plenum Previdenciária. Ano I, n. 1. Caxias do Sul: Plenum Ltda., Fevereiro de 2013. Disponível: http://www.plenum.com.br/rev_prev/JPP_AI_N01_FEV2013.pdf.