

COMPREENSÃO DA (I)LICITUDE DO INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Fabiana de Carvalho Calixto¹

Orientação: Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. APOSENTADORIAS E O FATOR PREVIDENCIÁRIO 3. A TRAJETÓRIA DA DESAPOSENTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO. 3.1. DESAPOSENTAÇÃO E RENÚNCIA. 3.2. HISTÓRICO DO INSTITUTO. 3.3. REVERSIBILIDADE DO ATO JURÍDICO DA APOSENTADORIA. 3.3.1. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL AUTORIZATIVA. 3.3.2. EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL. 3.3.3. NECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. 3.4. TENTATIVA DE REGULAMENTAÇÃO DA MATÉRIA. 3.5. DESAPOSENTAÇÃO NOS TRIBUNAIS. 3.6. COMPREENSÃO DA (I)LICITUDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 4. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a situação dos segurados aposentados que optam por permanecer exercendo atividades laborativas e, por esta razão, desejam obter a majoração da sua aposentadoria, mediante o cômputo das contribuições obrigatoriamente vertidas ao Sistema Previdenciário em virtude da atividade laboral exercida posteriormente à concessão do benefício. O cerne da questão refere-se ao fato de que o instituto da desaposentação não possui previsão legal expressa, razão pela qual é reiteradamente negado pela via administrativa. O trabalho ora proposto é, portanto, de suma importância, tendo em vista as demandas que surgem constantemente nos tribunais, a exigir um tratamento definitivo por parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Seguridade Social. Renúncia de Benefício. Desaposentação. Equilíbrio Financeiro e atuarial.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a analisar, de forma minuciosa, a possibilidade de renúncia, pelo segurado, à aposentadoria previdenciária inicialmente percebida, com o propósito de obter benefício mais vantajoso, prática conhecida como “desaposentação”.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Salvador – UNIFACS.

A referida situação ocorre quando o trabalhador, após aposentado, decide permanecer em atividade laborativa, contribuindo para a Previdência Social por meio dos descontos mensais ocorridos na fonte. Assim, no momento em que, de fato, deixa de laborar, questiona a possibilidade de majorar o valor da aposentadoria percebida, mediante o cômputo das contribuições efetuadas posteriormente.

Ocorre que, em razão da ausência de previsão legal expressa acerca do referido instituto, a renúncia do benefício, com vistas à concessão de outro mais favorável, não é possível pela via administrativa, sendo necessário que os interessados se dirijam à via judicial para ter o seu “direito” garantido.

Contudo, ainda que optem por ingressar na via judicial, não é certo que os segurados obterão o deferimento do pedido efetuado, uma vez que os tribunais pátrios vêm divergindo em suas decisões, ora manifestando-se no sentido da vinculação da desaposentação à devolução de valores, ora denegando a sua prática, ou, por vezes, concedendo a renúncia, sem quaisquer exigências. A referida situação, inegavelmente, atenta contra a garantia de isonomia e de segurança jurídica, outorgadas a todos pela Constituição Federal.

Um dos argumentos mais utilizados por aqueles que defendem a desaposentação sustenta-se na ausência de lei que vede a referida possibilidade. Desta forma, não havendo vedação legal, e se tratando de um direito patrimonial e disponível, a renúncia, para essa parcela doutrinária e jurisprudencial, seria plenamente possível.

No entanto, para que haja um posicionamento adequado, há de se considerar, ainda, as consequências financeiras negativas que a desaposentação pode vir a gerar para o Sistema Previdenciário. Com efeito, a discussão acerca do tema não pode restringir-se, tão somente, à ótica do segurado, devendo ser estudada, igualmente, a possibilidade de ocorrência de um enorme desequilíbrio financeiro e atuarial no sistema previdenciário, circunstância que pode vir a prejudicar, justamente, os segurados da Previdência, sob uma perspectiva futura.

O objetivo do presente estudo, assim, é ponderar acerca da possibilidade jurídica do instituto, sendo estabelecidos requisitos e diretrizes para a sua eventual aplicação no Regime Geral de Previdência Social, de maneira a evitar as referidas consequências negativas para o Estado. Para tanto, serão apresentadas recentes discussões doutrinárias e jurisprudenciais, bem como esclarecidos conceitos legais e constitucionais imprescindíveis à compreensão do tema.

A abordagem do assunto foi realizada utilizando-se de um método dedutivo, por meio de análise doutrinária e literatura especializada, mediante aplicação da técnica de pesquisa bibliográfica, com utilização de referências físicas e eletrônicas.

2. APOSENTADORIAS E O FATOR PREVIDENCIÁRIO

O ordenamento jurídico pátrio prevê a existência de três regimes previdenciários principais em nosso país: o Regime Geral da Previdência Social (RGPS); os Regimes Próprios da Previdência Social (RPPS) e os Regimes Complementares.

Ocorre, contudo, que as aposentadorias pertencentes aos Regimes Complementares, por possuírem caráter facultativo, e aquelas vinculadas aos RPPS, por conterem especificidades próprias, se distanciam do objetivo ao qual se propõe o presente estudo, razão pela qual serão abordadas, tão somente, as espécies de aposentadorias concedidas pelo Regime Geral da Previdência Social (RGPS), que podem ser concedidas em razão da idade, do tempo de contribuição, de invalidez ou de forma especial.

No contexto das aposentadorias do Regime Geral, importante observar o chamado “fator previdenciário”, criado pela Lei 9.876/99 e consistente numa equação utilizada no cálculo dos benefícios previdenciários de aposentadoria por tempo de contribuição (incidência obrigatória) e aposentadoria por idade (incidência facultativa).²

O fator previdenciário, conforme determina a referida Lei, será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar.

Da análise da referida fórmula e suas variáveis (idade, expectativa de sobrevida e tempo de contribuição), observa-se que o escopo principal do referido fator é tentar diminuir o déficit do RGPS, razão pela qual, em comparação ao sistema anterior, a sua aplicação acaba por reduzir a renda mensal inicial, obrigando o contribuinte a aposentar-se com idade mais avançada ou maior tempo de contribuição, financiando o regime por mais tempo.

3. A TRAJETÓRIA DA DESAPOSENTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

O presente estudo propõe-se a esclarecer os aspectos relacionados ao instituto da desaposentação, cuja prática, a despeito de não encontrar regulamentação adequada no ordenamento jurídico brasileiro, vem despertando, no decorrer dos últimos anos, considerável

² BRASIL. *Lei 9.876*, de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, DF, 26 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9876.htm>. Acesso em: 22 abril. 2012.

interesse da doutrina e da jurisprudência, em razão, precipuamente, do crescente número de demandas judiciais relacionados ao tema.

3.1 DESAPOSENTAÇÃO E RENÚNCIA

A chamada “desaposentação” consiste na abdicação de aposentadoria obtida junto ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS) ou em Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos (RPPS), com o objetivo de possibilitar a obtenção de outro benefício de aposentadoria mais vantajoso, no mesmo ou em outro regime, em razão do novo tempo de contribuição a ser averbado àquele que embasou a concessão da aposentadoria inicial.

Fábio Zambitte Ibrahim observa que:

A desaposentação pode existir em qualquer regime previdenciário, desde que tenha como objetivo a melhoria do *status* econômico do associado. O objetivo dela é liberar o tempo de contribuição utilizado para a aquisição da aposentadoria, de modo que este fique livre e desimpedido para averbação em outro regime ou para novo benefício no mesmo sistema previdenciário, quando o segurado tem tempo de contribuição posterior à aposentação, em virtude da continuidade laborativa.³

Neste diapasão, importante destacar que, em caso de mudança de regime previdenciário, a contagem recíproca entre regimes distintos é assegurada pela Constituição, em seu art. 201, § 9º, que determina que, na referida hipótese, os regimes previdenciários se compensarão financeiramente, segundo critérios determinados em lei.

Ademais, impede salientar que a renúncia é o abandono de um direito pessoal e disponível, sem que haja prejuízos a terceiros. Não seria, assim, sinônimo de desaposentação, que exige, necessariamente, uma nova aposentação. A qualquer momento, quem apenas renunciou poderá reaver aquele direito, uma vez que “a renúncia não coloca fim ao direito à prestação, apenas suspende o seu exercício como direito”⁴.

Adriane Bramante de Castro Ladenthin e Viviane Masotti esclarecem, ainda, que:

Na renúncia, o segurado opta em não receber mais os proventos de aposentadoria, bem como de não se utilizar do tempo de serviço computado para a concessão desta. Já na desaposentação, o segurado abdica apenas dos proventos de aposentadoria, mas não do direito de utilizar os períodos de trabalhos anteriores à aposentação para somá-los aos períodos posteriores. Neste caso, a renúncia seria parcial, pois a pretensão é renunciar à aposentadoria atual, mas somar todo o tempo de contribuição, a fim de obter nova contagem e novo cálculo de aposentadoria.⁵

³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 05.

⁴ *Ibidem*, loc. cit.

⁵ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. *Desaposentação – Teoria e Prática*. 1a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 69.

Esclarecidas as distinções terminológicas existentes, conclui-se que, após a ocorrência de diversos eventos legislativos sequenciais (os quais serão tratados no tópico seguinte), a desaposentação surgiu, fruto da doutrina e da jurisprudência, com vistas à obtenção de uma melhor aposentadoria para o segurado que tenha continuado a exercer alguma atividade laborativa durante o período de gozo do benefício concedido inicialmente.

3.2 HISTÓRICO DO INSTITUTO

A desaposentação encontra sua origem na extinção dos chamados “abono de permanência” e “pecúlio”.

Com efeito, historicamente, ao segurado aposentado não era dado o direito de continuar em atividade laborativa, razão pela qual fora criado o referido “Abono de Permanência em Serviço”, possibilitando que o indivíduo que preenchesse os requisitos da aposentadoria, mas optasse por continuar em atividade, pudesse gozar uma parcela do que seria o seu benefício, caso estivesse aposentado.

Posteriormente à instituição do abono de permanência, o ordenamento jurídico passou a permitir que o trabalhador aposentado pudesse retornar à ativa. Na referida hipótese, seria exigido que o segurado vertesse contribuições como filiado obrigatório, sendo-lhe garantido, no entanto, o direito à devolução dos valores pagos, na forma de pecúlio, quando, de forma definitiva, se afastasse da atividade.

Assim, o pecúlio, instituído pelo Decreto-Lei 66/1966, seria compreendido como “o montante em espécie devolvido ao aposentado que houvesse contribuído ao RGPS, por força da obrigatoriedade de filiação pelo exercício de atividade remunerada, quando este se desligasse do trabalho”.⁶

Ocorre que, anos mais tarde, a Lei 9.032/95 trouxe a determinação de que o aposentado que retornasse à atividade seria considerado filiado obrigatório da Previdência Social, devendo, então, verter contribuições para o sistema, no entanto, não contaria mais com o direito à restituição dos valores contribuídos, mediante o recebimento do pecúlio.

Desta forma, para aqueles que não podiam mais contar com o pecúlio, surgiu a pretensão de obter, judicialmente, a restituição das contribuições vertidas ao Sistema Previdenciário após a aposentação, ou, alternativamente, buscar a majoração do benefício de

⁶ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. *Desaposentação – Teoria e Prática*. 1a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 77.

aposentadoria percebido, considerando as contribuições previdenciárias efetuadas em momento posterior.

Acerca da possibilidade de devolução das contribuições vertidas à Previdência Social após a aposentadoria, as decisões da jurisprudência são majoritárias no sentido da sua impossibilidade, em observância ao “Princípio da Solidariedade”.

Por outro lado, no que concerne à possibilidade de alteração, e consequente majoração, do benefício de aposentadoria inicialmente percebido, a jurisprudência vem adotando posicionamentos diversos, ora defendendo a sua impossibilidade, ora condicionando-a a determinadas condutas e, por vezes, concedendo a chamada “desaposentação” sem quaisquer exigências acessórias, situação que será abordada detidamente em capítulo posterior.

3.3 REVERSIBILIDADE DO ATO JURÍDICO DA APOSENTADORIA

Conforme destacado em capítulos anteriores, o direito adquirido, ao lado do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, tem guarida constitucional, configurando-se como cláusula pétrea.⁷

Neste sentido, doutrina e jurisprudência discutem se a concessão de aposentadoria, caracterizada como um ato jurídico perfeito, poderia sofrer renúncia por parte do seu titular, para fins de obtenção de benefício mais vantajoso, ou se a referida hipótese feriria os princípios regentes do sistema previdenciário pátrio.

Segundo Wladimir Novaes Martinez,

Ainda que sofra restrições (como a prescrição de mensalidades), a aposentadoria de quem preencheu os requisitos legais não pode ser destruída por nenhum ato jurídico, mas o ato formal dinâmico da aposentação pode ser desfeito; o direito ao benefício fica potencialmente suspenso e é refeito, restabelecido por vontade do titular (no mesmo ou em outro regime protetivo). Em suma: quem pode se aposentar pode desaposentar-se.⁸

O referido autor defende que a reversão da aposentadoria seria ato pessoal, que dependeria, exclusivamente, da vontade do titular do direito, entendimento acompanhado por Fábio Zambitte Ibrahim, segundo o qual a segurança jurídica “não significa a imutabilidade das relações sobre as quais há a incidência da norma jurídica, mas, sim, a garantia da

⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988, art. 5º, XXXVI.

⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2011, p. 39.

preservação do direito, o qual pode ser objeto de renúncia por parte de seu titular em prol de situação mais benéfica”.⁹

Contudo, para que seja possível posicionar-se acerca da reversibilidade da aposentadoria concedida pela Previdência Social, situação que culminaria na chamada “desaposentação”, determinados aspectos relacionados ao tema devem ser analisados, sendo este o objetivo do presente capítulo.

3.3.1. Ausência de Fundamentação Legal Autorizativa

O chamado “Princípio da Legalidade” nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Segundo o referido princípio, “a Administração só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da ‘autonomia da vontade’, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe”.¹⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello destaca, ainda, que todo ato administrativo deve ser praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo, e, assim, a Administração só pode agir em obediência à lei. A regulação normativa seria, para o referido autor, “o lineamento de uma esfera legítima de expressão e, ao mesmo tempo, uma fronteira que não pode ser ultrapassada, sob pena de violação do Direito”¹¹.

Assim, considerando a ausência de previsão legal no que concerne à prática da desaposentação, a Administração, por meio do INSS, entende não ser possível reconhecê-la e aplicá-la, agindo de forma a indeferir pedidos administrativos neste sentido.

A alternativa viável para o segurado aposentado, então, é a busca pela via judicial, uma vez que, em observância ao princípio da “Inafastabilidade da Jurisdição”, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹², ainda que decorrente de ato da Administração Pública.

Diante desta lógica, Fábio Zambitte Ibrahim defende que, malgrado não haja dispositivos legais expressos regulamentando o tema, a desaposentação haveria de ser concedida, tendo em vista que:

⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 49.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 64.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 904.

¹² BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988, Art. 5º, XXXV.

Não se pode alegar ausência de previsão legal para o exercício das prerrogativas inerentes à liberdade da pessoa humana, pois cabe a esta, desde que perfeitamente capaz, julgar a condição mais adequada para a sua vida, de ativo ou inativo, aposentado ou não aposentado. O princípio da dignidade da pessoa humana repulsa tamanha falta de bom senso, sendo por si só fundamento para a reversibilidade plena do benefício.¹³

Insta salientar, neste diapasão, que, em razão da omissão legal supramencionada, o entendimento aplicado às situações relativas à desaposentação costuma ser aquele disposto no art. 181-B, do Decreto 3.048/99, segundo o qual “as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela Previdência Social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis”.

Acerca da natureza do decreto supramencionado, esclarecedor o conceito apresentado por Maria Sylvia Zanella di Pietro, para quem, em comparação à lei, que é considerada um ato normativo originário, o decreto regulamentar seria um ato normativo derivado, uma vez que a lei cria direito novo “originário de órgão estatal dotado de competência própria derivada da Constituição”, ao passo que o decreto não inova no ordenamento jurídico, mas “apenas estabelece normas que permitam explicitar a forma de execução da lei.”¹⁴

A referida autora destaca, ainda, a figura do “decreto autônomo”, o qual, embora se afigure apto a disciplinar matéria não regulamentada em lei, aplica-se, a partir da Constituição de 1988, apenas em hipóteses excepcionais, taxativamente previstas no art. 84, VI, da CRFB/88, entre as quais não se encontra a desaposentação.

Desta forma, tomando por base o conceito ora tratado, que classifica os decretos, em regra, como normas subsidiárias, sem qualquer vinculação criativa hábil a inovar na esfera jurídica, expressiva parcela da doutrina defende que os artigos 181-B e 60, do Decreto 3.048/99, estariam, do ponto de vista legal, inaptos a restringir a aquisição de um direito do aposentado que pretende renunciar ao seu benefício previdenciário, com o escopo de obter outro que lhe seja mais vantajoso, uma vez que não existe lei expressa abordando o tema.

Neste sentido, Adriane Bramante de Castro Ladenthin e Viviane Masotti, ao afirmarem:

A recusa, pelo ente público, dos pedidos de desaposentação na via administrativa encontra amparo apenas no regulamento, o que não se pode permitir, pois a Administração Pública está adstrita ao Princípio da Legalidade. Se não há lei

¹³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 79.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 233.

expressa vedando a renúncia, não pode a autarquia fazê-lo com fundamento no regulamento que, neste sentido, é ilegal.¹⁵

Do mesmo modo é o posicionamento consubstanciado no seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESAPOSENTAÇÃO. ART. 18, §2º, DA LEI Nº 8.213/91. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - O art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97, veda, tão-somente, a concessão de novo benefício (excetuando salário-família e reabilitação profissional) ao segurado já aposentado, com fundamento no tempo de serviço/contribuição, decorrente de atividade profissional exercida após a concessão da primeira a aposentadoria, ou seja, quer dizer apenas que é vedado ao segurado aposentado pelo RGPS, que permanece ou volta a desempenhar atividade laborativa que lhe garantiria nova aposentadoria, obtê-la em cumulatividade com outra de que já usufruiu. - O Decreto nº. 3.048/99, com redação dada pelo Decreto nº. 3.265/99, estabelece que os benefícios concedidos pela Previdência Social são irreversíveis e irrenunciáveis, em face do seu caráter alimentar. Todavia, **não há falar em óbice legal ao exercício do direito de renúncia, eis que vedação constante do Decreto nº 3.048/99 (art. 181-B) não tem força para criar, extinguir ou modificar direito, dada sua natureza meramente regulamentadora, sendo certo que tal impedimento só ganharia força através de lei.** - Embargos de Declaração parcialmente providos para esclarecer os pontos suscitados, sem, contudo, atribuir efeitos infringentes ao recurso, mantendo-se o resultado do acórdão recorrido (grifo nosso).¹⁶

Revela-se, portanto, imperiosa a necessidade de edição de lei que admita expressamente ou proíba, definitivamente, a desaposentação, a fim de conferir segurança jurídica à questão, que se encontra, até o presente momento, amplamente controvertida. É certo, inclusive, que, caso o legislador resolva admitir, futuramente, a desaposentação, deverá cercar o instituto de uma série de condicionantes, com o escopo de impedir o seu uso abusivo pelos segurados do RGPS.

3.3.2. Equilíbrio Financeiro e Atuarial

O art. 201, *caput*, CRFB/88, estabelece que a Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, possuindo caráter contributivo e mediante filiação obrigatória, sendo considerados, ainda, critérios de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.

No mesmo sentido, o art. 202, CRFB/88, afirma que o regime de previdência complementar será organizado “baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado”.

¹⁵ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. *Desaposentação – Teoria e Prática*. 1a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 108.

¹⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (2. Região). *Apelação Cível n. 201151040002933*, Desembargador Federal Messod Azulay Neto, TRF2. Segunda Turma, E-DJF2R. Data: 12/06/2012. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 10 set. 2012.

Da análise dos referidos dispositivos, resta evidente que a técnica protetiva a ser aplicada pela Previdência Social deverá ser dotada de solvência e liquidez, promovendo o equilíbrio entre as fontes de custeio e as despesas operacionais, sem o qual o administrador não logrará o objetivo inicial a que se propôs, vale dizer, a segurança da ordem previdenciária.

Desta forma, o “Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial” determina que o conjunto normativo e técnico sejam ordenados para assumir as promessas efetuadas, o que ocorre mediante a previsão, a longo prazo, das despesas correntes, bem como a provisão dos meios necessários, para que os rendimentos auferidos pelo Sistema Previdenciário sejam garantidores dos benefícios por ele concedidos.

Wladimir Novaes Martinez diferencia os dois institutos, esclarecendo que

Por equilíbrio financeiro, entende-se, literalmente, que as reservas matemáticas efetivamente constituídas sejam suficientes para garantir os ônus jurídicos das obrigações assumidas, presentes e futuras. Equilíbrio atuarial compreende as ideias matemáticas (v.g., taxa de contribuição, experiência de risco, expectativa média de vida, margem de erro, variações, etc.) e as relações biométricas que, de igual modo, tornem possível estimar as obrigações pecuniárias em face do comportamento da massa e o nível da contribuição e do benefício.¹⁷

Neste diapasão, importante destacar que a Lei 9.032/95, além de instituir a contribuição obrigatória para o aposentado que retornasse à ativa (retirando-lhe, contudo, o direito à restituição), majorou elementos de cálculo de vários benefícios, o que ensejou, em muitas situações, a elevação do coeficiente que seria aplicado, favorecendo os segurados em gozo das respectivas prestações.

Resta evidente, assim, que a contribuição instituída pela Lei 9.032/95 é destinada a custear a referida elevação de benefícios. Com efeito, a Lei 9.032/95 majorou determinadas prestações previdenciárias, razão pela qual, em observância ao mandamento constitucional supramencionado, teve que criar fontes de custeio, tendo sido a contribuição do segurado aposentado que retorna ao trabalho a única delas.

Ocorre que, nos dias atuais, os segurados aposentados que retornaram ao trabalho pretendem que as contribuições que verteram ao Sistema Previdenciário lastreiem, atuarial e financeiramente, a majoração de suas próprias aposentadorias, como se as referidas contribuições lhes pertencessem, quando, na verdade, em um regime de repartição simples, no qual incide o princípio da solidariedade, os valores contribuídos devem ser destinados ao

¹⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 5ª ed. São Paulo, LTr, 2011, p. 98.

custeio do sistema como um todo, e não à majoração da aposentadoria, individualmente considerada, do segurado que colaborou.

Neste sentido, dispõe Wladimir Novaes Martinez:

Um pressuposto da desaposentação é o equilíbrio atuarial e financeiro do regime. O titular sustentará não haver ofensa a esse princípio. O INSS, entretanto, poderá alegar exatamente isso, cabendo à autarquia provar essa ameaça. Na verdade, no que diz respeito ao alcance interno do RGPS, ou seja, por exemplo, passar da aposentadoria proporcional de 70% para a aposentadoria integral de 100%, sem devolução do recebido, implicaria diminuição do patrimônio da autarquia.¹⁸

Compartilhando de posicionamento semelhante, Frederico Augusto Di Trindade Amado considera ser “curial que seja previamente estudado o impacto no Fundo do RGPS das desaposentações, a fim de se atender ao Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial, sob pena de se colocar em risco todo o sistema”¹⁹.

Resta evidente, portanto, que, ao se admitir a desaposentação, o equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social fica, indiscutivelmente, ameaçado, sendo importante observar, neste contexto, que a essência do equilíbrio econômico é técnica, funcionando como pressuposto da efetividade da proteção.

3.3.3. Necessidade de Restituição dos Valores Recebidos

Admitindo-se a renúncia à aposentadoria, surge a questão de eventual restituição dos valores recebidos pelo segurado, englobando todo o período em que permaneceu como beneficiário. Há considerável divergência doutrinária acerca do tema, conquanto a maioria dos doutrinadores defenda a desnecessidade de restituição da aposentadoria, sob o fundamento de que não teria havido irregularidade na concessão do benefício a que se renuncia.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari²⁰ entendem que não haveria necessidade de devolução das parcelas, pois “não havendo irregularidade na concessão do benefício recebido, não há o que ser restituído. Como paradigma, podemos considerar a reversão, prevista na Lei 8.112/90, que não prevê a devolução dos proventos recebidos”.²¹

¹⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A prova no Direito Previdenciário*. 3ª ed. São Paulo, LTr, 2012, p. 50.

¹⁹ AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Direito Previdenciário Sistematizado*. Editora JusPodivm, Salvador, 2010, p. 325.

²⁰ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 14ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. , p. 490.

²¹ BRASIL. *Lei 8.112*, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília, DF, 11 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 12 set. 2012.

Neste sentido, insta esclarecer que, a despeito de o instituto da reversão não se vincular à desaposentação, muitos autores acreditam que a analogia seria válida, tendo em vista que a lógica seria a mesma para ambas as hipóteses – a restituição de valores, em tese, indevidos, em razão da renúncia do benefício.

Na esteira do pensamento acima, Fábio Zambitte Ibrahim pontua:

As reservas acumuladas pelo segurado foram dimensionadas com o intuito de sustenta-lo durante o restante de sua vida, período certamente abreviado já pelo tempo que permaneceu jubilado pelo regime de origem, restando de óbvia conclusão que o regime previdenciário a que se destina terá de arcar, naturalmente, com menor período de tempo, em razão da menor expectativa de vida do segurado. Em razão de tais premissas, além do evidente caráter alimentar do benefício previdenciário, não se deve falar em restituição dos valores recebidos no caso de desaposentação.²²

Adriane Bramante de Castro Ladenthin e Viviane Masotti também defendem a impossibilidade de devolução do montante recebido pelo segurado, sob o fundamento de que, além de o benefício haver sido concedido legitimamente, a contribuição respectiva corresponderia a um “excesso contributivo”, já que o natural seria que o beneficiário não exercesse atividade alguma e, portanto, não contribuísse.²³

Ao revés, porém, posiciona-se Wladimir Novaes Martinez, que preleciona:

A par de motivos técnicos, razões infundadas às vezes são apresentadas: a) não se deveria exigir nada de alguém beneficiado por uma solução libertadora do segurado; b) repor tornaria inviável a maior parte das intenções de desaposentar; natureza alimentar da prestação do benefício em manutenção; d) haver um cômputo do tempo de serviço constitucionalmente obrigatório. (...) Uma solução ser libertadora não deve prejudicar terceiros, carece pairar abaixo do interesse público. Pessoalmente, sendo financeiramente inviável a devolução, não haverá desaposentação e pronto. Além de mal institucionalizada e definida, a alimentaridade não justifica o raciocínio, isto é, cabe ao interessado eventualmente abdicar dela em favor de uma alimentaridade melhor. Restando difícil a apuração, o matemático fixará o montante mais adequado possível²⁴.

O mencionado autor defende, em verdade, que deva haver o restabelecimento do *status quo ante*, observados os parâmetros do equilíbrio financeiro e atuarial do Sistema Previdenciário, com o escopo de evitar o locupletamento ilícito do segurado.

Roseval Rodrigues da Cunha Filho, por sua vez, afirma que:

O disciplinamento da devolução de valores à seguridade deve ter como parâmetro o montante da prestação já recebido e o importe a ser compensado ao regime

²² IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 66.

²³ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. *Desaposentação – Teoria e Prática*. 1a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 101.

²⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 4ª ed. São Paulo: LTR, 2011, p. 144/145.

previdenciário que receberá o segurado, compensação que dependerá da expectativa remanescente da projeção de reajustamento do benefício.²⁵

Não obstante tais argumentos, o direcionamento que o Superior Tribunal de Justiça vem consagrando é no sentido da possibilidade de renúncia à aposentadoria, com eficácia *ex nunc* e sem a obrigação de restituição dos proventos já recebidos, hipótese que será abordada pormenorizadamente em tópico posterior.

O tecnicamente correto, em verdade, seria o advento de uma lei reguladora da matéria, sem a qual vão se formando diferentes correntes de pensamento que prejudicam a construção do instituto.

3.4 DESAPOSENTAÇÃO NOS TRIBUNAIS

As ações relativas à desaposentação costumam, em sua grande maioria, ter o seu pedido julgado improcedente nas decisões em primeira instância. Com efeito, os juízes de primeiro grau têm entendido ser incabível a desaposentação, sob o argumento de que a renúncia feriria a isonomia daqueles que optaram por continuar em atividade. Ademais, nas hipóteses, minoritárias, em que a desaposentação é admitida, os magistrados costumam condicioná-la à devolução dos valores recebidos pelo segurado enquanto aposentado.

Por outro lado, no que concerne aos Tribunais Regionais Federais, não se afigura possível definir, atualmente, se haveria uma posição majoritária em relação à outra, tendo em vista que as decisões costumam divergir entre as regiões e, até mesmo, internamente, em cada uma delas.

Neste sentido, insta trazer a lume os seguintes julgados, hábeis a comprovar a divergência de entendimento entre os cinco Tribunais Regionais Federais, relativamente à concessão da desaposentação:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO. DESAPOSENTAÇÃO. ATIVIDADE REMUNERADA EXERCIDA APÓS A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RENÚNCIA. RECÁLCULO DA RMI. OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA MAIS VANTAJOSA. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TERMO INICIAL. CORREÇÃO. JUROS. 1. **A renúncia à aposentadoria previdenciária com o objetivo de sua majoração, para que sejam consideradas novas contribuições vertidas após a concessão do benefício, é possível, tendo em vista tratar-se de direito patrimonial disponível e inexistir vedação legal a respeito.** 2. **Descabida a devolução pelo segurado de qualquer parcela obtida em decorrência da aposentadoria já concedida administrativamente, por**

²⁵ FILHO. Roseval Rodrigues da Cunha. *Desaposentação e nova aposentadoria*. In: *RPS*, São Paulo, LTr, n. 274/780).

consistir em direito regularmente admitido. 3. Precedentes: STJ: AgRg no REsp 1247651/SC, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 10/08/2011; 4. [...] (grifo nosso).²⁶

A decisão acima transcrita, proferida em 04 de julho de 2012, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região – Primeira Turma, apresenta-se no sentido da possibilidade de renúncia ao benefício previdenciário de aposentadoria. Contudo, em sentido diverso manifestou-se o mesmo tribunal em momento anterior, consoante abaixo transcrito:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. DESAPOSENTAÇÃO. ATIVIDADE REMUNERADA EXERCIDA APÓS A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RENÚNCIA. RECÁLCULO DA RMI. OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA MAIS VANTAJOSA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. **A renúncia à aposentadoria previdenciária com o objetivo de sua majoração, para que sejam consideradas novas contribuições vertidas após a concessão do benefício, encontra óbice no ordenamento jurídico e afronta a garantia do ato jurídico perfeito.** Precedentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Regionais Federais da 3ª, 4ª e 5ª Regiões. 2. Apelação não provida (grifo nosso).²⁷

Com efeito, os julgados supramencionados evidenciam a divergência de entendimento que existe, internamente, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, em março de 2011, entendeu por inadmitir a desaposentação, mas, em julho do ano seguinte, admitiu a sua possibilidade.

A referida situação, malgrado seja ensejadora de considerável insegurança jurídica, se repete nos demais Tribunais Regionais Federais, conforme restará demonstrado abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. **"DESAPOSENTAÇÃO". CÔMPUTO DO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO LABORADO APÓS A JUBILAÇÃO PARA FINS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE.** (ART. 18, § 2º, LEI 8.213/91. AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557, § 1º DO CPC. DECISÃO BASEADA EM JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL. AGRAVO PROVIDO.- O cômputo do tempo de contribuição laborado após a jubilação, para fins de revisão da renda mensal da aposentadoria, encontra óbice no artigo 12, § 4º, da Lei 8.212/91 e artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91, ao fundamento de que as contribuições recolhidas pelo aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, destinam-se ao custeio da Previdência Social, em homenagem ao princípio constitucional da universalidade do custeio, não gerando direito à nenhuma prestação da Previdência Social, em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação

²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). *Apelação em Mandado de Segurança*. Desembargadora Federal Ângela Catão. TRF1. Primeira Turma. E-DJF1. Data: 04/07/2012. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 22 set. 2012.

²⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). *AC 200638000338620*, Juiz Federal Miguel Ângelo de Alvarenga Lopes. TRF1. Primeira Turma. E-DJF1. Data: 15/03/2011. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 22 set. 2012.

profissional, quando empregado, entendimento assentado pela E. Terceira Seção desta [...] (grifo nosso).²⁸

A decisão acima exposta, datada de 13/09/2012, evidencia o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Sétima Turma), segundo o qual a desaposentação não seria admitida no ordenamento jurídico brasileiro, sendo permitida ao aposentado que permanecer em atividade, tão somente, a concessão das prestações previdenciárias de salário-família e à reabilitação profissional, nos termos do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91.

Ocorre que, em julgamento ocorrido em 19/09/2012, mesmo mês e ano, portanto, da decisão anterior, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região – Décima Turma, manifestou-se de forma diversa, entendendo pela possibilidade de renúncia à aposentadoria, conforme evidenciado abaixo:

PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO LEGAL. DESAPOSENTAÇÃO. **RENÚNCIA À APOSENTADORIA. CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS PROVENTOS. IMPLANTAÇÃO DO NOVO BENEFÍCIO.** DECISÃO DEFINITIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. EFEITO INFRINGENTE. 1. [...] 2. Observo não desconhecer que a matéria encontra-se em debate junto ao Colendo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 661256), com submissão à repercussão geral, nos termos da Lei nº 11.418/2006. 3. Pendente de decisão definitiva pelo Pretório Excelso, curvo-me, por prudência, ao entendimento de meus pares na 10ª E. Turma deste Tribunal, com vistas a prestigiar a respeitável orientação emanada do STJ, e adiro, com a ressalva já formulada, ao seu posicionamento, diante da hodierna homenagem rendida à força da jurisprudência na resolução dos conflitos trazidos ao Poder Judiciário, aguardando o final julgamento em nossa Suprema Corte de Justiça. 4. [Assim, o segurado pode renunciar a aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, com a utilização de todo o seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que esta Turma firmou posicionamento no sentido de que **o direito à desaposentação não fica condicionado à restituição aos cofres públicos do numerário despendido pela Administração Pública com o pagamento do benefício renunciado** (grifo nosso).²⁹

Merece atenção, ainda, o fato de que, até mesmo o entendimento que admite a desaposentação, não se apresenta uniforme, havendo julgados que a concedem independentemente de devolução, por parte do segurado, de qualquer parcela obtida em decorrência da aposentadoria já concedida, bem como julgados que condicionam a referida renúncia ao ressarcimento dos valores recebidos na vigência do benefício anterior.

²⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). AC 00017010920114036105, Desembargador Federal Roberto Haddad. TRF3. Sétima Turma. E-DJF3. Data:13/09/2012. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 22 set. 2012.

²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). AC 00046696920114036183, Desembargadora Federal Lucia Ursaia. TRF3. Décima Turma. E-DJF3. Data: 19/09/2012. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 24 set. 2012.

Com efeito, malgrado o julgado acima colacionado destaque a desnecessidade de restituição aos cofres públicos do numerário despendido pela Administração Pública com o pagamento do benefício renunciado, em outra oportunidade, a mesma turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, embora também tenha admitido a desaposentação, a condicionou ao ressarcimento dos valores já recebidos pelo segurado, conforme evidencia o julgado abaixo:

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. RENÚNCIA E CONCESSÃO DE OUTRA APOSENTADORIA MAIS VANTAJOSA. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI 8.213/91. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES JÁ RECEBIDOS. RECURSO IMPROVIDO.- O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal de que o tema sob análise possui repercussão geral (no caso, RE 381.367, da relatoria do Ministro Marco Aurélio), nos termos do art. 543-B do Código de Processo Civil, não implica em sobrestamento de outros processos que tratem da mesma matéria, sendo aplicável apenas aos recursos extraordinários eventualmente interpostos. [...] **A desaposentação enaltece a igualdade, o valor social do trabalho, o sistema previdenciário e outros valores decorrentes da dignidade humana, devendo haver devolução da importância recebida por conta do gozo da aposentadoria anterior, com a devida correção monetária pelos índices oficiais de inflação, sob pena de violar o princípio da isonomia e acarretar desequilíbrio financeiro e atuarial.**- Em face da natureza alimentar o desconto deverá ser de 30% do valor do novo benefício ou a diferença entre este e o benefício anterior, optando-se sempre pela operação que resultar em menor valor. Agravos a que se nega provimento (grifo nosso).³⁰

Insta salientar, neste contexto, que a acentuada imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica, circunstância que contribui para enfraquecer o regime democrático. É certo que a ausência de uniformidade nas decisões judiciais acaba por gerar intranquilidade, além de ofender aos princípios do regime democrático, do respeito à dignidade humana e da estabilidade das instituições, sendo, portanto, premente a necessidade de uniformização do entendimento aplicado pelos Tribunais Regionais Federais.

Observa-se, por outro lado, que, diferentemente do que ocorre nos Tribunais Regionais Federais, o entendimento do Superior de Justiça encontra-se pacificado no sentido da admissão da desaposentação, sem que seja exigido do segurado a devolução de quaisquer valores recebidos em razão da aposentadoria inicialmente concedida.

Destaca-se, ademais, que o referido posicionamento do STJ foi definido, inicialmente, através do julgamento do REsp. 692.628/DF, abaixo evidenciado:

STJ. REsp 692628/DF; RECURSO ESPECIAL. 2004/0146073-3.

³⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). AC 00089446620084036183, Juiz Helio Nogueira. TRF3. Sétima Turma. E-DJF3. Data: 06/09/2012. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 24 set. 2012.

Relator(a): Ministro NILSON NAVES (361). Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 17/05/2005. Data da Publicação/Fonte: DJ 05.09.2005 p. 515 Previdenciário. Aposentadoria. Direito à renúncia. Expedição de certidão de tempo de serviço. Contagem recíproca. Devolução das parcelas recebidas. 1. A aposentadoria é direito patrimonial disponível, passível de renúncia, portanto. 2. A abdicação do benefício não atinge o tempo de contribuição. Estando cancelada a aposentadoria no regime geral, tem a pessoa o direito de ver computado, no serviço público, o respectivo tempo de contribuição na atividade privada. 3. No caso, não se cogita a cumulação de benefícios, mas o fim de uma aposentadoria e o conseqüente início de outra. 4. **O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito ex nunc e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos.** 5. Recurso especial improvido (grifo nosso).³¹

Da análise do acórdão supracitado, verifica-se que, seja entre regimes iguais ou distintos, na visão do STJ, não deve haver devolução dos valores percebidos pelo segurado em razão da aposentadoria que lhe fora inicialmente concedida. Com efeito, o referido Tribunal entende que o caráter alimentar dos benefícios previdenciários, bem como a continuidade das contribuições, deve respaldar o direito à renúncia, com efeito *ex nunc*, sem a necessidade de devolução de valores ao Sistema Previdenciário.

Contudo, embora pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto à desaposentação, há considerável receio em relação ao que o Supremo Tribunal Federal decidirá sobre a questão.

Importante salientar, neste contexto, que a matéria encontra-se em debate junto ao Colendo Supremo Tribunal Federal, em razão do Recurso Extraordinário nº 661256, cuja repercussão geral da questão constitucional suscitada fora devidamente reconhecida, nos termos da Lei nº 11.418/2006, tendo o Ministro Ayres Britto como relator, conforme se depreende da Ementa abaixo colacionada:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. § 2º do ART. 18 DA LEI 8.213/91. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO QUE FUNDAMENTOU A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ORIGINÁRIA. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. MATÉRIA EM DISCUSSÃO NO RE 381.367, DA RELATORIA DO MINISTRO MARCO AURÉLIO. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA. **Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo se serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária para a obtenção de benefício mais vantajoso** (grifo nosso).³²

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 692628*. Ministro: Nilson Naves; Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Data Publicação: 05/09/2005. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 28 set. 2012.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 661256 RG/DF*; Repercussão geral no recurso extraordinário. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento: 17/11/2011; Recorrente: INSS;

A referida questão encontra-se, atualmente, pendente de decisão definitiva pelo Pretório Excelso, não se podendo afirmar, portanto, qual será o seu entendimento acerca da matéria objeto do presente estudo.

3.5 COMPREENSÃO DA (I)LICITUDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A desapontação pode ser considerada ilícita, principalmente, pelo fato de não se tratar de mero requerimento de revisão da renda mensal inicial do benefício do segurado, mas, sim, de concessão de nova aposentadoria, em substituição àquela a que se pretende renunciar.

Com efeito, entende o segurado que, por ter continuado a contribuir com o Sistema Previdenciário, mesmo depois de estar aposentado, teria o direito de se beneficiar dessas novas contribuições, ainda que, para tanto, seja necessário renunciar à aposentadoria atual, visando à obtenção de outra mais vantajosa.

O referido raciocínio não estaria equivocado, caso estivéssemos diante de um regime de previdência de capitalização, no qual o segurado financiaria o próprio benefício, para uma espécie de fundo de administração, cuja finalidade seria, justamente, a concessão de um benefício futuro, pautado em tais contribuições.

Ocorre que não foi esse o modelo previdenciário adotado pela Constituição de 1988, que optou por um regime de previdência baseado na solidariedade, no qual as contribuições não são destinadas à composição de um fundo privado de contas individuais, mas, sim, de um fundo de custeio geral do sistema. Desta forma, no referido regime, não há que se falar em contribuições vertidas pelos segurados com vistas à composição de cotas a serem utilizadas, posteriormente, em uma eventual aposentadoria, em seu próprio benefício.

Neste contexto, especial atenção merece o art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91, que evidencia não haver possibilidade de o segurado aposentado que permanece em atividade obter do Sistema Previdenciário qualquer prestação diferente do salário-família ou da reabilitação profissional, sendo-lhe vedado, ainda, valer-se do período laboral utilizado anteriormente, quando da concessão do benefício no RGPS, para utilização em outro regime.

Uma análise mais superficial do tema poderia levar à conclusão de que as contribuições vertidas ao Sistema Previdenciário após a aposentadoria seriam

inconstitucionais, uma vez que os segurados jamais seriam beneficiados por elas. Contudo, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3105-DF, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca do tema, decidindo pela constitucionalidade das referidas contribuições.

Dispõe o referido julgado, *in verbis*:

Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações.³³

Com efeito, entendeu a Suprema Corte que, considerando o Sistema Previdenciário eleito pelo constituinte, no qual prevalece a lógica da solidariedade, o objetivo das contribuições efetuadas pelos aposentados não seria lhes garantir benefícios futuros (a exemplo do incremento de sua aposentadoria no RGPS ou o acréscimo de tempo de serviço a ser levado a outro regime de previdência), sendo destinadas, em verdade, ao financiamento de todo o Sistema.

Em outros termos: as contribuições obrigatoriamente vertidas pelo segurado que opta por permanecer em atividade laborativa não se propõem a compor um fundo próprio e exclusivo em seu favor, sendo destinadas, em verdade, à composição de todo o sistema, razão pela qual seria impróprio falar em “desaposentação” ou “aproveitamento das contribuições para obtenção de benefício mais vantajoso”.

Neste sentido, imperioso observar que a ausência de previsão legal reflete, justamente, uma proibição, e não, como alegam os defensores da desaposentação, uma permissão para que seja efetuada a contagem do tempo, já que o aposentado que retorna ou permanece em atividade laborativa contribui para o regime como um todo.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. ADI 3105 / DF. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 18/08/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-02 PP-00123. Disponível em: <https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/39/jurisprudencia_prevsoc-stf.pdf>. Acesso em: 02 out. 2012.

A referida vedação legal se aplica, inclusive, para a hipótese em que o segurado manifesta interesse em devolver os valores recebidos em virtude da aposentadoria a que pretende renunciar. Isto porque, não havendo legislação adequada tratando do assunto, não há critério para a apuração do *quantum* a ser devolvido, circunstância que impede, como abordado anteriormente, a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do Sistema Previdenciário.³⁴

Ademais, é necessário lembrar que a Lei 9.876/99, ao instituir o fator previdenciário, o fez com o objetivo precípuo de tentar diminuir o déficit do RGPS, razão pela qual a sua aplicação acaba por reduzir a renda mensal inicial, obrigando o contribuinte a aposentar-se com idade mais avançada ou maior tempo de contribuição, evitando, portanto, a aposentadoria precoce.

Partindo-se do referido raciocínio, observa-se não haver sentido na concessão da desaposentação, uma vez que tal prática equivaleria a permitir, justamente, o que se quer evitar, mediante o aproveitamento do tempo de serviço trabalhado após a aposentadoria, para fins de majoração do valor do benefício inicialmente percebido pelo segurado.

Destaca-se, outrossim, que a suposta ausência de proibição legal, utilizada como defesa para a desaposentação, não pode ser admitida, por consolidar, de forma definitiva, a autorização para a aposentadoria precoce. Com efeito, trabalhador algum deixaria de se aposentar mais cedo, caso houvesse a possibilidade de recebimento, simultâneo, da aposentadoria e do salário ou remuneração decorrente da atividade exercida, havendo, ainda, o direito de acrescer mais tempo de serviço àquele considerado à época da concessão do benefício inicial.

Desta forma, sem a existência de qualquer previsão legal mínima, não pode a desaposentação ser concedida aos segurados que a pleiteiam, administrativa ou juridicamente. Não há que se falar, ainda, que uma interpretação a seu favor decorreria do Sistema, por ser, justamente, a partir de uma interpretação sistemática do Ordenamento Jurídico que se conclui pela impossibilidade de majoração do valor do benefício por conta de um tempo de serviço laborado posteriormente à concessão da aposentadoria, já que o único benefício pecuniário permitido (pecúlio) foi revogado, e os coeficientes de cálculo das aposentadorias concedidas prematuramente têm sido cada vez menores, por conta da incidência do fator previdenciário,

³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). AC 00055795220104036112, Desembargadora Federal Marisa Santos. TRF3. Nona Turma. E-DJF3. Data: 27.02.12. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 02 out. 2012.

que leva em conta o tempo de contribuição, a idade e a expectativa de vida do segurado ao se aposentar.³⁵

Acerca do pecúlio, insta salientar, novamente, que a Lei 9.032/95, ao prever a sua extinção, não trouxe novas formas de compensação aos aposentados que retornavam ao labor, circunstância que evidencia o interesse do Sistema de captar recursos para financiar o pagamento de outros benefícios previdenciários, aplicando-se, neste sentido, o princípio da solidariedade.

Argumentam, então, os defensores da teoria da desaposentação, que não seria adequado impor contribuições ao segurado aposentado que permanecesse em atividade laborativa, já que não haveria a possibilidade de concessão de benefícios previdenciários em seu favor (excetuadas as prestações de salário-família ou da reabilitação profissional, nas hipóteses previstas).

À referida parcela doutrinária impressiona, em verdade, o fato de serem exigidas contribuições sem qualquer possibilidade de contraprestação ao segurado contribuinte, razão pela qual sustentam a tese do direito à renúncia ao benefício, e conseqüente concessão de outro, com aumento de idade, tempo e salários-de-contribuição.

Sobre o referido argumento, o Ministro Eros Grau afirma não ser correta a suposição de que a relação previdenciária seja dotada de caráter sinalagmático, tendo em vista que contratos da referida espécie caracterizam-se pela circunstância de a prestação de cada uma das partes encontrar sua justificativa e fundamento na prestação da contraparte, sendo certo que o Estado, no caso da relação previdenciária, encontra-se, apenas, em situação de dever, sem titularidade de qualquer direito.³⁶

O Ministro prossegue, afirmando que a relação previdenciária decorre da lei, sem uma vontade a caracterizá-la, ainda que nela sejam apontados traços similares aos de um contrato. Sinalagma, diferentemente, seria o liame entre “obrigação” e “obrigação”, não havendo que se falar em sinalagma entre “dever” e “obrigação”, como ocorre nas relações firmadas entre o segurado e a Previdência Social.

³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). AC 00055795220104036112, Desembargadora Federal Marisa Santos. TRF3. Nona Turma. E-DJF3. Data: 27.02.12. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 02 out. 2012.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3105 – DF; Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Cezar Peluso. Julgamento em: 18.08.2004, DJ 18.02.2005. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 02 out. 2012.

Assim, por não haver, no texto constitucional, determinação no sentido de que cada contribuição deva ter um determinado benefício correspondente, a tese da quebra de sinalagma na relação previdenciária é insustentável.

Importante salientar que a argumentação acima exposta não defende, por óbvio, que qualquer ônus a ser instituído para os segurados da Previdência Social possam ser fixados, arbitrariamente, pelo legislador, até mesmo porque o princípio do "equilíbrio financeiro e atuarial" impõe uma correlação entre os montantes relativos à contribuição e o benefício respectivo.

Em verdade, o que se argumenta é que, a par do caráter contributivo, vigora no ordenamento jurídico o "Princípio da Solidariedade", a evidenciar que o modelo de repartição simples estabelece um regime por meio do qual os trabalhadores ativos financiam os inativos, acreditando que o mesmo será feito por eles futuramente, pela geração seguinte. Desta forma, percebe-se que a contribuição previdenciária não está relacionada, diretamente, a benefícios próprios, mas à solvabilidade do sistema como um todo.³⁷

Assim, conclui-se que o Sistema Previdenciário é contributivo, mas baseado na solidariedade, princípio que determina a participação de todos os segurados no financiamento do Sistema, razão pela qual é afastada a necessidade de correspondência direta entre "custeio" e "benefício", peculiaridade dos sistemas eminentemente contributivos.

4. CONCLUSÕES

Finalizada a análise da desaposentação e seus aspectos adjacentes, cumpre tecer algumas importantes conclusões acerca dos mais importantes temas tratados ao longo do presente estudo.

1. A aposentadoria é um direito patrimonial disponível e, portanto, pode ser objeto de renúncia. Contudo, a renúncia não se confunde com a desaposentação, já que, ao renunciar, o segurado opta por não mais receber os proventos de aposentadoria, bem como de não se utilizar do tempo de serviço computado para a concessão desta.

Por outro lado, na desaposentação, cuja origem se deu com a extinção do pecúlio, o segurado, embora abdique dos proventos da aposentadoria, não abdica do direito de

³⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (3. Região). AC 00055795220104036112, Desembargadora Federal Marisa Santos. TRF3. Nona Turma. E-DJF3. Data: 27.02.12. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/?>>. Acesso em: 02 out. 2012.

utilizar os períodos de trabalho anteriores à desaposentação, para somá-los aos períodos posteriores e obter benefício mais vantajoso.

2. São óbices à concessão da desaposentação: a ausência de fundamentação legal autorizativa; a possibilidade de desequilíbrio financeiro e atuarial do Sistema Previdenciário; necessidade de restituição dos valores recebidos em virtude da concessão da aposentadoria inicial.

Em virtude da ausência de previsão legal, o INSS entende não ser possível reconhecer a desaposentação, razão pela qual apenas o poder judiciário pode vir a concedê-la, em nome do princípio da “inafastabilidade de jurisdição”.

O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, por sua vez, determina que o conjunto normativo e técnico sejam ordenados para assumir as promessas efetuadas, o que ocorre mediante a previsão, a longo prazo, das despesas correntes, bem como a provisão dos meios necessários para que os rendimentos auferidos pelo Sistema Previdenciário sejam garantidores dos benefícios por ele concedidos. Ocorre que, ao se admitir a desaposentação, o equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social fica, indiscutivelmente, comprometido, já que, em um regime de repartição simples, os valores contribuídos devem ser destinados ao custeio do sistema como um todo, e não à majoração do benefício de cada segurado que contribuiu após instituída a sua aposentadoria.

Por fim, destaca-se que, sendo admitida a desaposentação, surge a questão relativa à eventual restituição dos valores recebidos em virtude da aposentadoria inicialmente recebida pelo segurado. Doutrina e jurisprudência não se encontram pacificadas, mas o Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando no sentido da desnecessidade de ressarcimento à Previdência Social, tendo em vista o caráter alimentar e a regularidade do pagamento à época da concessão do benefício de aposentadoria. O Supremo Tribunal Federal, contudo, não se manifestou expressamente acerca do tema.

3. Do exposto, conclui-se que, em virtude da ausência de fundamentação legal e do comprometimento do equilíbrio financeiro e atuarial do Sistema Previdenciário, a desaposentação não pode ser admitida, sendo considerada ilícita.

Com efeito, embora entenda o segurado que, por ter permanecido em atividade laborativa após a sua aposentadoria, teria o direito de se beneficiar das contribuições obrigatoriamente vertidas ao Sistema Previdenciário, o princípio da solidariedade impede que o referido objetivo se consuma, uma vez que as contribuições

mencionadas não são destinadas à composição de um fundo privado de contas individuais, mas, sim, de um fundo de custeio geral do Sistema.

Ademais, ainda que o segurado tenha interesse em devolver os valores recebidos em virtude da aposentadoria a que pretende renunciar, a referida vedação legal se aplica, eis que, não havendo legislação adequada tratando do assunto, não há critério para a apuração do *quantum* a ser devolvido, circunstância que prejudica, decerto, a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do Sistema Previdenciário, o que não deve ser admitido.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Direito Previdenciário Sistematizado*. Editora JusPodivm, Salvador, 2010.

ARAÚJO, Isabella Borges de. *A desaposentação no direito brasileiro, 2006*. Monografia (Graduação). Curso de Direito. Universidade Salvador – UNIFACS. Salvador, 2006.

CARREIRO, Luciano Dórea Martinez; KERTZMAN, Ivan. *Guia Prático da Previdência Social*. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 14ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

_____, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FILHO, Roseval Rodrigues da Cunha. *Desaposentação e nova aposentadoria*. In: *RPS*, São Paulo, LTr, n. 274/780).

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 17ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

_____. Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

_____, Fábio Zambitte. *Resumo de Direito Previdenciário*. 10ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2009.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. *Desaposentação – Teoria e Prática*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MARTINEZ. Wladimir Novaes. *A prova no Direito Previdenciário*. 3ª ed. São Paulo, LTr, 2012.

_____, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2011.

_____, Wladimir Novaes. *Direito Adquirido na Previdência Social*. 2ª ed. São Paulo: LTR, 2003.

_____, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Fundamentos de Direito da Seguridade Social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDONÇA. Gismália Marcelino. *Manual de Normalização para Apresentação de Trabalhos Acadêmicos*. 2. Ed. Salvador: UNIFACS, 2011.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Aposentadoria Especial*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=14>>. Acesso em: 24 mai. 2012.

_____. *Como requerer a aposentadoria por idade*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=15>>. Acesso em: 10 mai. 2012.

_____. *Previdência Complementar*. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/sppc.php?id_spc=915>. Acesso em: 13 abr. 2012.

_____. *Previdência no Serviço Público – RPPS*. Disponível em: <<http://www.inss.gov.br/conteudoDinamico.php?id=36>>. Acesso em: 12 abr. 2012.

_____. *Aposentadoria por Tempo de Contribuição*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/conteudoDinamico.php?id=19>>. Acesso em: 24 mai. 2012.

RODRIGUES. Pedro Felipe Santana. *A (im)possibilidade do instituto da desaposentação no Regime Geral de Previdência Social – RGPS, 2011*. Monografia (Graduação). Curso de Direito. Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: Regime Geral de Previdência Social e Regras Constitucionais dos Regimes Próprios de Previdência Social*. 13 ed. Salvador: Impetus, 2011.