

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

JORGE ALBERTO DUARTE DA SILVA

DESAPOSENTAÇÃO

Porto Alegre
2011

JORGE ALBERTO DUARTE DA SILVA

DESAPOSENTAÇÃO

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Luciane Cardozo Barzotto

Porto Alegre

2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

JORGE ALBERTO DUARTE DA SILVA

DESAPOSENTAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação, apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof^a. LUCIANE CARDOSO BARZOTTO
Orientadora

Prof. GLÊNIO JOSÉ WASSERSTEIN HEKMAN

Prof. FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO

“A Seguridade Social é apenas uma parte da luta contra os cinco gigantes do mal: a miséria física, que o interessa diretamente; a doença, que é, muitas vezes, causadora da miséria e que produz ainda muitos males; a ignorância, que nenhuma democracia pode tolerar nos seus cidadãos; a imundice, que decorre principalmente da distribuição irracional das indústrias e da população; e contra o desemprego involuntário, que destrói a riqueza e corrompe os homens, estejam eles bem ou mal nutridos [...] Mostrando que a seguridade, pode combinar-se com a liberdade, a iniciativa e a responsabilidade do indivíduo pela sua própria vida”.

William Henry Beveridge,
Relatório Beveridge.

RESUMO

Este trabalho trata do instituto da desaposeñação no Direito Previdenciário Brasileiro. A desaposeñação é a possibilidade de o segurado do Regime Geral de Previdência Social, uma vez aposentado, renunciar a sua aposentadoria e contar o respectivo tempo de contribuição para outra aposentadoria mais vantajosa, no mesmo ou em outro regime. Para isso é necessário que o segurado, após aposentado, continue trabalhando e recolhendo as contribuições obrigatórias para a previdência social. Esse tempo de contribuição transcorrido após a aposentadoria poderá ser somado ao tempo que foi usado para a obtenção da mesma e usado para uma nova aposentadoria mais vantajosa. A legalidade desse instituto é discutida e há muita controvérsia sobre o tema.

Palavras-chave: Desaposeñação. Renúncia à aposentadoria. Previdência Social. Contribuição Previdenciária.

ABSTRACT

This work intends to analyze the institute of unretirement in Brazilian Welfare Law. Unretirement is the possibility of a person who is receiving social security retirement benefit from the Brazilian general regime of social security to resign his retirement benefit and to compute the period in which he paid its respective contributions to obtain a new benefit in more advantageous conditions, in the same regime or in a different one. For that, it is necessary that the person who is receiving the benefit continue working and paying compulsory social insurance contributions to the regime of social welfare. The period of time in which this contributions have been paid can be added to that used to obtain the previous benefit in order to obtain a more advantageous new retirement benefit. The legality of this institute is contested and there are many controversy about the subject.

Key words: Retirement. Unretirement. Welfare. Contribution. Social Security. Insurance.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC – Apelação Cível

ADC – Ação Direta de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

AMS – Apelação em Mandado de Segurança

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CTC – Certidão de Tempo de Contribuição

DJ – Diário de Justiça

DJU – Diário de Justiça da União

EIAC – Embargos Infringentes em Apelação Cível

IAMP – Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marinheiros

IAPB – Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários

IAPC – Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes

IAPAS – Instituto da Administração Financeira da Previdência Social

INPS – Instituto Nacional da Previdência Social

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

LOPS – Lei Orgânica da Previdência Social

RGPS - Regime Geral de Previdência Social

RPPS – Regime Próprio de Previdência Social

RPS – Regulamento da Previdência Social

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 SEGURIDADE SOCIAL.....	12
1.1 NATUREZA DO DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL.....	12
1.2 BREVE HISTÓRICO DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL.....	13
2 PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	16
2.1 FINALIDADE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	16
2.2 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	17
2.3 REGIMES PREVIDENCIÁRIOS.....	18
2.4 CONTRIBUINTES E SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA.....	20
3 APOSENTADORIA.....	22
3.1 CONCEITO DE APOSENTADORIA.....	22
3.1.1 Aposentadoria por tempo de contribuição.....	22
3.1.2 Aposentadoria por invalidez.....	24
3.1.3 Aposentadoria por idade.....	25
3.1.4 Aposentadoria especial.....	26
4 BENEFÍCIOS.....	28
4.1 DEFINITIVIDADE DA CONCESSÃO.....	28
4.2 TRANSIÇÕES POR EMENDAS	29
4.3 DEFASAGEM.....	31
5 DESAPOSENTAÇÃO.....	33
5.1 CONCEITO.....	33
5.2 MOTIVAÇÃO ESPECÍFICA.....	34
5.3 DIREITO AO TRABALHO.....	35
5.4 ATIVIDADE E CONTRIBUIÇÕES DO APOSENTADO.....	36
5.5 AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.....	37
5.6 POLÊMICA.....	39
5.7 RENÚNCIA.....	40

5.8 REVOGAÇÃO E ANULAÇÃO.....	42
5.9 DESPENSÃO.....	43
6 DESAPOSENTAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	45
6.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	45
6.2 ATO JURÍDICO PERFEITO.....	46
7 REVISÃO DE APOSENTADORIA.....	49
7.1 CONCEITO DE REVISÃO.....	49
7.2 DIFERENÇA ENTRE DESAPOSENTAÇÃO E REVISÃO.....	49
7.3 EFEITOS DA RENÚNCIA NA DESAPOSENTAÇÃO.....	50
8 PODER JUDICIÁRIO E A DESAPOSENTAÇÃO.....	52
8.1 RENÚNCIA NOS TRIBUNAIS.....	52
8.2 DEVOLUÇÃO DE VALORES.....	54
8.2.1 Desaposentação com devolução de valores.....	55
8.2.2 Desaposentação sem devolução de valores.....	57
8.3 TUTELA ANTECIPADA.....	58
9 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	60
CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar a desaposentação, tema de grande evidência no Direito Previdenciário atual.

Esse instituto surgiu a partir da possibilidade que tem o segurado que continuou trabalhando e contribuindo à previdência social de renunciar à aposentadoria que recebe e, agregando o período de contribuição obrigatória que fez quando na condição de segurado ao período de contribuição que usou para a primeira aposentadoria, obter uma nova, mais vantajosa, no mesmo sistema previdenciário ou em sistema diverso.

A falta de previsão legal para a desaposentação fez com que esse instituto fosse construído pela doutrina e pela jurisprudência e obriga que a sua compreensão seja feita sob a ótica das disposições legais do sistema previdenciário como um todo. Como consequência disso aumentam as divergências e controvérsias.

Ademais, a importância do tema também pode ser depreendida a partir do momento em que nos deparamos com o número de pessoas que poderiam ser beneficiadas com o desfazimento da aposentadoria para aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria. Segundo o Ministério da Previdência Social, existiria, no início de 2011, mais de quinhentos mil aposentados por tempo de contribuição que voltaram ao trabalho e que, em tese, poderiam solicitar a desaposentação.

Na realização desta monografia foi utilizado o exame da literatura jurídica através de pesquisa bibliográfica, além de pesquisa de âmbito jurisprudencial realizada em muitos dos nossos tribunais.

Tentou-se, de modo simples e objetivo, desenvolver cada capítulo dentro de uma ordem lógica e coerente, mostrando passo a passo os principais elementos envolvidos na criação e manutenção do instituto da desaposentação, deixando claro que ainda não existe um posicionamento definitivo e conclusivo para a matéria, e

tentando situá-la dentro de um contexto que apresenta duas condições bastante peculiares do nosso direito: a falta de uniformização dos tribunais e a necessidade que às vezes existe, de o Poder Judiciário “legislar” devido a inércia do Poder Legislativo.

1 SEGURIDADE SOCIAL

Seguridade Social é um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social aos indivíduos contra contingências que os impeçam de prover as suas necessidades pessoais básicas e de suas famílias. integrados por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, estes previstos no fundamento da Constituição Federal de 1988¹.

1.1 NATUREZA DO DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL

Os sistemas de seguridade social têm por objetivo único a erradicação das necessidades sociais, assegurando a cada um dos seus integrantes o mínimo essencial para a vida em comunidade, tendo seus recursos geridos por órgãos públicos. Sua legislação tem caráter cogente e natureza de ordem pública, uma vez que está intimamente ligada à estrutura do Estado e aos direitos do indivíduo como meio de assegurar a paz social².

O direito à seguridade social tem a natureza de um direito social, nos termos do artigo 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil, pois ela relaciona e resguarda o direito à saúde, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados, como garantias prestacionais sociais de índole positiva no rol dos direitos fundamentais³.

A Constituição Federal de 1988 também trouxe o conceito de seguridade social para o campo do direito positivo, nos termos de seu artigo 194, *caput*:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinada a

¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 19.

² HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 26.

³ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.1.

assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Assim, podemos depreender que a seguridade social é gênero do qual são espécies a previdência social, os serviços de saúde e a assistência social⁴.

1.2 BREVE HISTÓRICO DA SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL

No decorrer do tempo a Previdência Social Brasileira passou por diversas mudanças, algumas de caráter conceitual e outras em sua estrutura, ampliando, estendendo ou modificando riscos cobertos, bem como formas de proteção e o custeio do sistema. A familiarização com os textos que marcaram a história da proteção social no Brasil permite uma melhor compreensão do atual sistema, sendo estas as principais normas da Previdência Social no Brasil antes da publicação da Lei Eloy Chaves, através do Decreto Legislativo nº 4.682 de 24 de janeiro 1923, que visava amparar os trabalhadores em situações de doença, velhice, invalidez e morte⁵.

Durante o Regime Imperial o Decreto nº 9.912-A, de 26 de março de 1888 regulou o direito à aposentadoria dos empregados dos Correios, fixando requisito de idade mínima de sessenta anos, sendo que trinta anos deveriam ser de efetivo serviço; a Lei nº 3.397, de 24 de novembro do mesmo ano, criou uma Caixa de Socorros em cada uma das Estradas de Ferro do Império. Ressalta-se que menos de um ano depois das leis acima citadas, o Decreto nº 10.269, de 20 de julho de 1889, criou o Fundo de Pensões do Pessoal das Oficinas de Imprensa Nacional⁶.

No ano de 1892, após inúmeros acidentes que deixaram os trabalhadores sem condições de trabalhar ou se sustentar, foi instituída a aposentadoria por

⁴ FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Teoria e Prática do Direito Previdenciário**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 7.

⁵ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 23.

⁶ CLAUDINI, Andréa. **Revisão de Benefícios e Cálculos Previdenciários**. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2010, p.24.

invalidez e a pensão por morte para os operários do Arsenal da Marinha do Rio de Janeiro, através da Lei nº 217, de 29 de novembro⁷.

Na busca de uma maior uniformidade, os marítimos foram os primeiros a fundir suas Caixas no ano de 1933, dando origem ao Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Marinheiros (IAMP). A idéia cresceu e ganhou força entre os demais trabalhadores. Deste modo, no ano de 1934 surgiram o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciantes (IAPC) e dos Bancários (IAPB) e, desta forma, as demais categorias foram se desenvolvendo também para alcançar o direito de aposentadoria⁸.

Assim, segundo Fábio Lopes Vilela Berbel, em sua obra *Teoria Geral da Previdência Social*:

Os institutos de aposentadoria e pensões procediam de forma desuniformizada. Cada qual tinha uma forma de ação e um conteúdo normativo. O rol de prestação e a forma de cotização eram distintas entre os sistemas, fato que ensejava abismos entre iguais. Essa situação gerou desconforto jurídico, sendo posteriormente sanada com o início da fase de uniformização⁹.

Em 26 de agosto de 1960 a Previdência Social começou a contar com uma lei única, a Lei nº 3.807, conhecida como Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), que foi regulamentada pelo Decreto nº 48.959-A/60, e em 1966 foi criado o Instituto Nacional da Previdência Social – INPS, que além de unificar os institutos, também unificou os serviços integrados comuns a todos¹⁰.

Em 1988, com a atual Constituição, o conceito de seguridade que abrange o conjunto de ações nas áreas da Previdência, Assistência Social e Saúde foi integrado no capítulo da ordem social¹¹.

Em março de 1990 foi extinto o Ministério da Previdência e Assistência Social e criado o Ministério do Trabalho e Previdência Social, assim, por meio do Decreto

⁷ CLAUDINI, Andréa. **Revisão de Benefícios e Cálculos Previdenciários**. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2010, p.24.

⁸ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.23.

⁹ BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Teoria Geral da Previdência Social**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.125.

¹⁰ SOUZA, Leny Xavier de Brito e. **Guia Prático da Previdência Social**. São Paulo: LTr, 2011, p.17.

¹¹ OLIVEIRA, Lamartino França de. **Direito Previdenciário: Manuais para Concursos e Graduação**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005, p.24.

nº 99.350/90, surgiram o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e o Instituto da Administração Financeira da Previdência Social – IAPAS¹².

Em 24 de julho de 1991, ocorre a publicação das Leis números 8.212 e 8.213, as quais dispõem sobre o Plano de Custeio da Seguridade Social e Plano de Benefício da Previdência Social. Em abril de 1995 iniciou-se um movimento de reforma da Previdência Social, advindo a ser publicada a Lei nº 9.032, que alterou diversas normas nas referidas leis¹³.

¹² SOUZA, Leny Xavier de Brito e. **Guia Prático da Previdência Social**. São Paulo: LTr, 2011, p 15.

¹³ *Ibidem*, p 15.

2 PREVIDÊNCIA SOCIAL

2.1 FINALIDADE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Através da relação jurídica previdenciária os segurados e dependentes possuem o devido amparo quando se deparam com eventos inesperados que no entanto são inerentes à natureza humana, como a idade avançada, que impossibilita o segurado de realizar atividades laborais e resguardar seu sustento; doenças ou outros fatores os quais os coloquem numa situação de necessidade social, sendo esta diretamente em virtude da impossibilidade de obtenção de sua própria subsistência, como já mencionado, ou do aumento das despesas, podendo ser estas de ordem médica ou alimentar.¹⁴

O objeto do direito previdenciário é organizar a Previdência Social, regendo a relação jurídica de benefício e de custeio previdenciário, além de disciplinar a relação jurídica de previdência complementar¹⁵.

Como define o artigo 201 da Constituição Federal, a Previdência Social foi instituída sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória a determinadas categorias de trabalhadores, observando critérios que preservem e resguardem o equilíbrio financeiro e atuarial, atendendo aos seus contribuintes nos termos da lei, conforme abaixo elencados:

- a) cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- b) proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- c) proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- d) salário família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- e) pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge, companheiro e dependentes¹⁶.

¹⁴ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 109.

¹⁵ *Ibidem*, p.111.

¹⁶ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.421.

Os itens acima mencionados foram eventos constitucionalmente analisados e eleitos, que podem futuramente levar um cidadão sem resguardo previdenciário a um estado de necessidade social que será superado por meio das prestações previdenciárias, expressas em benefícios e serviços, sem prejuízo do garantido em lei, no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, reforçando os direitos e garantias expressos na Constituição, que não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte¹⁷.

2.2 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, defende que princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce que se fortalece sobre diferentes normas, compondolhes o espírito e irradiando lógica e racionalidade¹⁸.

Sabe-se que os princípios representam a consciência jurídica da sociedade. Têm o elevado dever e obrigação de velar pelos valores eternos do homem¹⁹.

A Previdência Social rege-se pelos seguintes princípios e objetivos:

- a) universalidade de participação nos planos previdenciários;
 - b) universalidade e equivalências dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
 - c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios;
 - d) cálculo dos benefícios, considerando-se os salários de contribuição corrigidos monetariamente;
- o cálculo dos benefícios implica que, em períodos de inflação, a não correção dos salários de contribuição resulta em severa redução no valor do

¹⁷ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.421.

¹⁸ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.58.

¹⁹ *Ibidem*, p.58.

benefício, pois aqueles integram a base de cálculo deste, ainda mais se levarmos em conta o fator previdenciário, que considera os salários de contribuição, em alguns casos, a partir de 1994. Esse princípio decorre da previsão constitucional expressa no artigo 201, parágrafo 3º²⁰.

e) irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo;

f) valor da renda mensal dos benefícios substitutivos de salário de contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao salário mínimo;

- no regime anterior à Constituição Federal de 1988, a forma de cálculo dos benefícios poderia implicar valor inferior ao salário mínimo. Hoje não mais, por determinação constitucional prevista no artigo 301, parágrafo 2º²¹.

g) previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional;

- esta tem por finalidade suprir necessidades básicas, custeada por meio de contribuição adicional; entretanto, por força da nova redação do artigo 201, parágrafo 7º da Constituição Federal, conferida pela Emenda constitucional nº 20/98, que manteve a previsão legal da previdência complementar pública, perdeu o sentido, restando para os segurados do RGPS, apenas a previdência complementar privada.

h) caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados, nos três níveis de governo²².

2.3 REGIMES PREVIDENCIÁRIOS

No atual sistema previdenciário brasileiro encontramos regimes básicos e regimes complementares. Entre os primeiros, que são de filiação obrigatória e

²⁰ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.422/423.

²¹ Ibidem, p.423.

²² Ibidem, p.422.

caráter contributivo, encontramos o Regime Geral de Previdência Social, que protege a grande maioria dos trabalhadores, e os Regimes Próprios de Previdência, que abrangem a categoria dos servidores públicos, sejam estes integrantes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Os regimes complementares correspondem ao regime da previdência privada, regulados nos termos do artigo 202 da Constituição Federal²³.

O Regime Geral da Previdência Social é administrado pelo INSS e é o maior regime previdenciário do país, possuindo caráter residual. Possui como contribuintes os trabalhadores em geral, sendo que a filiação a ele se faz independentemente da vontade do segurado. Essa filiação obrigatória ocorre pela necessidade de assegurar a efetividade da proteção²⁴.

A Lei nº 9.717/98 dispõe sobre as regras gerais de organização e funcionamento dos regimes próprios de Previdência Social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos Militares dos Estados e do Distrito Federal.

O Regime Geral de Previdência Social, nos termos do artigo 9º da Lei 8.213/91, garante a cobertura de todas as situações expressas no artigo 1º daquela lei, exceto a de desemprego voluntário, que é regulada pela Lei nº 7.998/90. Cabe lembrar que nos termos do artigo 9º da Lei nº 8.213/91, a previdência social compreende, além do RGPS, o regime público facultativo complementar de previdência social, o qual nunca foi instituído²⁵.

Existe a possibilidade de um terceiro regime previdenciário, de natureza complementar, que é regulado pelo artigo 202 da Constituição Federal e pelas Leis Complementares nº 108 e nº 109/01, no entanto no Brasil esta disposição constitucional será sempre facultativa²⁶.

²³ BARRETO, Ana Carolina Rossi. "Comentários à Lei de Custeio". In: BALERA, Wagner. (Org.). **Previdência Social Comentada**. São Paulo: Quartien Latin, 2008, p.468.

²⁴ COIMBRA, J. R. Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001, p. 74.

²⁵ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011,, p.427/428.

²⁶ Ibidem, 428.

2.4 CONTRIBUINTES E SEGURADOS DA PREVIDÊNCIA

É recorrente confundir contribuintes e segurados. No entanto essas figuras são totalmente distintas, ou seja, o contribuinte do sistema de seguridade social, como o próprio nome indica, é aquele que contribui para a sua manutenção, sujeitos esses indicados no artigo 195 da Constituição Federal, já os segurados estão previstos no artigo 12 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99, que institui dentre suas normas o fator previdenciário²⁷.

Segurado sempre é a pessoa física, o trabalhador, que será também contribuinte. A pessoa jurídica jamais será segurada, pois não é beneficiária do sistema, não irá se aposentar, por exemplo. A pessoa jurídica será contribuinte, pois a lei determina que deverá pagar certa contribuição à seguridade social²⁸.

Uma das características de grande relevância do nosso sistema previdenciário básico é a compulsoriedade. No Brasil, qualquer pessoa, nacional ou não, que venha exercer atividade remunerada em território nacional filia-se automaticamente ao Regime Geral de Previdência Social, sendo obrigado, conforme a lei, a efetuar recolhimentos junto ao sistema previdenciário. Somente excluem-se desta regra pessoas já vinculadas a regime próprio de previdência em razão de suas atividades, como, por exemplo, militares e alguns servidores públicos²⁹.

Caso o contribuinte deixe de realizar as devidas contribuições, ocorrerá a perda de qualidade de segurado, não fazendo jus a devida proteção. Salienta-se que o interessado não precisa somente estar laborando para ser contribuinte, pois existem outras opções para efetuar as contribuições, ou seja, poderá qualquer cidadão tornar-se contribuinte autônomo ou facultativo, tendo sido esta última possibilidade criada para que os estudantes acima de dezesseis anos de idade também possam se filiar e realizar contribuições.

²⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.143-145.

²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.79.

²⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.172.

O aposentado que retornar ao trabalho volta a contribuir para a Previdência Social, de acordo com a sua categoria de segurado e faixa salarial. Esses trabalhadores terão direito a salário-família, salário-maternidade e reabilitação profissional, caso a perícia médica da Previdência Social recomende³⁰.

³⁰ FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho; DESIDERI, Francisco Carlos. **Manual de Prática Previdenciária**. 2. ed. Leme/SP: Anhanguera Editora Jurídica, 2009, p.58.

3 APOSENTADORIA

O regime da Previdência Social prevê que todo trabalhador brasileiro ou estrangeiro, contribuinte, filiado ao regime previdenciário, tendo cumprido os requisitos essenciais exigidos pelas legislações previdenciárias brasileiras terá direito a concessão de benefício para recebimento de parcelas mensais com a natureza de prestações alimentares³¹.

3.1 CONCEITO DE APOSENTADORIA

Aposentadoria é a prestação previdenciária que visa garantir os recursos financeiros indispensáveis ao beneficiário e seus dependentes quando este não tiver mais condições de obtê-los por conta própria, seja em razão de idade avançada ou de incapacidade permanente para o trabalho. A aposentadoria tem, portanto, natureza alimentar³².

Para obtenção de qualquer aposentadoria existem fatores determinantes, sendo um deles a verificação da possibilidade de concessão, ou seja, há um fator primordial - a chamada carência - que é o período mínimo de contribuições, indicados em lei, para que o beneficiário tenha direito ao benefício³³.

3.1.1 Aposentadoria por tempo de contribuição

A antiga aposentadoria por tempo de contribuição era conhecida como “aposentadoria ordinária”. Para obtenção de sua concessão, no regime anterior à

³¹ SOUZA, Leny Xavier de Brito e. **Guia Prático da Previdência Social**. São Paulo: LTr, 2011, p.39.

³² HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.109.

³³ SOUZA, Leny Xavier de Brito e. *op cit.*, p.169.

Emenda Constitucional nº 20/98, o homem deveria completar trinta e cinco anos de trabalho, e a mulher completar trinta anos de trabalho, havendo situações especiais com redução do tempo em cinco anos, como por exemplo, ao professor por efetivo exercício da função de magistério. Além disso, era permitida a aposentadoria proporcional, após 30 anos de trabalho, ao homem, e após 25 anos de trabalho à mulher³⁴.

Para entender a possibilidade de obtenção da aposentadoria acima mencionada é inicialmente necessário entender que tempo de filiação é o gênero dos quais são espécies o tempo de serviço, o tempo de contribuição e o tempo de benefício³⁵.

Considera-se tempo de serviço o lapso desde o início até a data do requerimento ou do desligamento da atividade abrangida pela Previdência Social, descontando os períodos legalmente estabelecidos como suspensão do contrato de trabalho, de interrupção do exercício e do desligamento da atividade³⁶.

Importante lembrar que a aposentadoria proporcional foi extinta, podendo agora ser buscada e concedida somente para aqueles que se filiaram anteriormente à lei que a extinguiu, ou seja, apenas para aqueles que possuem direito adquirido, que é garantido na Constituição Federal³⁷.

Relativamente à situação de redução de tempo aos professores, estes, para obter a redução de período, necessitam comprovar exercício de efetivo magistério, sendo cada situação analisada pelo Poder Judiciário.

³⁴ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.497.

³⁵ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 169.

³⁶ *Ibidem*, p. 170.

³⁷ *Ibidem*, p. 172.

3.1.2 Aposentadoria por invalidez

No artigo 42 e seguintes da Lei nº 8.213/91 trata-se da aposentadoria por invalidez que é devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividades que lhe garanta a subsistência enquanto permanecer nessa condição³⁸.

A concessão da aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade, mediante exame médico-pericial a cargo da previdência social, e somente o profissional médico habilitado e registrado no INSS poderá opinar pela invalidez do segurado³⁹.

Doença preexistente não gera direito ao benefício, exceto se a invalidez superveniente for gerada por motivo de progressão ou agravamento da doença ou lesão anterior⁴⁰.

Existe a possibilidade do trabalhador aposentado por invalidez recuperar totalmente sua capacidade laboral. Nesse caso terá que voltar ao trabalho e, com isso, a concessão do benefício será automaticamente cancelada⁴¹.

O atual regramento legal da matéria não prevê mais o momento em que o benefício se torna definitivo⁴².

³⁸ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.485.

³⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 525.

⁴⁰ OLIVEIRA, Lamartino França de. **Direito Previdenciário: Manuais para Concursos e Graduação**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005, p.252.

⁴¹ GONÇALVES, Odonel Urbano. **Manual de Direito Previdenciário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.237.

⁴² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho para uma Melhor Aposentadoria**. 5. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011, p.29.

3.1.3 Aposentadoria por idade

O benefício previdenciário que tem por objetivo a proteção do inevitável e irreversível processo de envelhecimento passou a denominar-se, a partir da Lei nº 8.213/91, aposentadoria por idade⁴³.

Ao se atingir a idade prevista na legislação, sessenta anos a mulher e sessenta e cinco anos o homem, a previdência social resguarda o Direito de aposentadoria em virtude da redução da capacidade laboral ocasionada pela idade avançada.

A aposentadoria por idade é disciplinada no artigo 201, parágrafo 7º, inciso II, 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:

[...]

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

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 artesanal⁴⁴.

Está prevista a possibilidade de aposentadoria compulsória por idade para servidores públicos que completarem setenta anos de idade. Esse tipo de aposentadoria parte do pressuposto que o ocupante do cargo público, em virtude do desgaste de sua vitalidade, encontra-se incapaz para a continuidade do desempenho de suas tarefas⁴⁵.

⁴³ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 182.

⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 18 de novembro de 2011.

⁴⁵ ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social na Perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.186.

No RGPS o empregador pode requerer a aposentadoria compulsória do empregado que completar setenta anos de idade, se homem, ou sessenta e cinco, se mulher, caso em que será garantida ao empregado a indenização prevista na legislação trabalhista⁴⁶.

Note-se que, enquanto o servidor público estará automaticamente aposentado no dia seguinte ao que completar setenta anos de idade, independentemente do sexo, não cabendo à administração pública julgar a conveniência da aposentação, no RGPS a aposentadoria compulsória por idade poderá ser requerida pela empresa, existindo distinção de idade para homens e mulheres⁴⁷.

3.1.4 Aposentadoria especial

Esta é uma espécie diferenciada de aposentadoria que proporciona a possibilidade de se aposentar mais cedo ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física⁴⁸.

A aposentadoria especial teve sua primeira situação prevista no artigo 31, Lei nº 3.807/60, para o segurado que completasse cinquenta anos de idade e quinze anos de contribuição, além de cumprir o período trabalhado de quinze, vinte ou vinte e cinco anos, pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que fossem considerados penosos, insalubres ou perigosos⁴⁹.

A exigência de idade mínima foi excluída pela Lei nº 5.440-A, de 23 de maio de 1968, e o período de carência foi alterado para cento e oitenta contribuições mensais pela Lei nº 8.213/91⁵⁰.

⁴⁶ BRAGANÇA, Kerlly Huback. **Direito Previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 98.

⁴⁷ Ibidem, p. 98.

⁴⁸ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.513.

⁴⁹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 202.

⁵⁰ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. "Comentários à Lei de Benefícios". In: BALERA, Wagner (Org.). **Previdência Social Comentada**. São Paulo: Quartien Latin, 2008, p. 598.

A edição da Lei nº 9.032/95, que alterou as Leis nº 8.212 e Lei nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, vedou a transformação de tempo de serviço comum em especial, mantendo-se somente a conversão do tempo de trabalho exercido sob condições especiais incomuns⁵¹.

Outra relevante alteração que ocorreu na aposentadoria especial refere-se a proibição de que o segurado que recebesse aposentadoria especial, pudesse continuar ou retornar ao exercício de atividade ou operações que o sujeitasse aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes⁵².

⁵¹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 202.

⁵² *Ibidem*, p. 202.

4 BENEFÍCIOS

Conforme a obra *Previdência Social, Aspectos Práticos e Doutrinários dos Regimes Jurídicos Próprios*, de Magadar Rosália Costa Briguet e Outros⁵³, o regime previdenciário é o conjunto de normas e princípios harmônicos que informam e regem a disciplina previdenciária de determinado grupo de pessoas⁵⁴.

Benefícios previdenciários, por sua vez, são prestações pecuniárias, devidas pelo Regime Geral de Previdência Social aos segurados, destinadas a garantir-lhes a subsistência no futuro ou em hipótese de eventualidades que os impossibilite de, por seu esforço, obter recursos para isso, ou assegurando-lhes os ganhos para enfrentar encargos da família, ou amparar, em caso de morte ou prisão, os que dele dependiam economicamente⁵⁵.

4.1 DEFINITIVIDADE DA CONCESSÃO

Quando a concessão da aposentadoria for deferida de forma legítima, legal e regular, a prestação do benefício se torna irreversível⁵⁶.

O benefício previdenciário é direito inalienável do segurado e de seus dependentes, assegurado pela lei e pela Constituição. Uma vez preenchidas as condições para seu implemento, não poderá ser excluído pelo poder público. Qualquer tentativa nesse sentido será inconstitucional⁵⁷.

⁵³ BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Previdência Social, Aspectos Práticos e Doutrinários dos Regimes Jurídicos Próprios**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 13.

⁵⁴ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposementação: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2010, p.25.

⁵⁵ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.113.

⁵⁶ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.577.

⁵⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposementação: O Caminho para uma Melhor Aposentadoria**. 5. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011, p.37-38.

O artigo 181-B, do Regulamento da Previdência Social, reafirma a definitividade, irreversibilidade e irrenunciabilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela Previdência Social:

Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. (Incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999).

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: (Redação dada pelo Decreto nº 6.208, de 2007)

I - recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou (Incluído pelo Decreto nº 6.208, de 2007)

II - saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social. (Incluído pelo Decreto nº 6.208, de 2007)⁵⁸.

Esse dispositivo, no entender de Wladimir Novaes Martinez, não ofende o fenômeno da desaposentação, uma vez que a definitividade não será afetada, mas transformada. A irreversibilidade diz respeito à autarquia e não à pessoa, e ninguém renuncia ao tempo de serviço ou à aposentadoria, mas à percepção de suas mensalidades⁵⁹.

4.2 TRANSIÇÕES POR EMENDAS

Após a reforma tributária de 1965 a matéria em exame foi mantida inalterada até a promulgação da Constituição Federal de 1967, quando recebeu tratamento no artigo 19, inciso III, parágrafo 3º, e da Emenda Constitucional nº 1/69⁶⁰.

Com as transições previdenciárias, a Emenda Constitucional nº 20/98 trouxe novas regras de aposentadoria para os servidores que ingressaram no serviço público a partir de 16 de dezembro de 1998, assim como para aqueles que ingressaram anteriormente e que optaram pelas regras novas. Além disso,

⁵⁸ BRASIL. **Decreto nº 3.048/99**. Brasília. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm> Acesso em 25 nov. 2011.

⁵⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.57.

⁶⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.125.

estabeleceu regras transitórias para os que já estavam no serviço público naquela data⁶¹.

A Emenda Constitucional nº 20/98 também pôs fim à aposentadoria proporcional, tendo direito a esta somente aqueles que comprovarem direito adquirido.

Além disso, a Emenda Constitucional nº 20/98 fixou limite etário mínimo para concessão da aposentadoria por tempo de contribuição para aqueles segurados que, por já estavam filiados ao sistema previdenciário na data de sua promulgação, e possuíam direito adquirido. Para aqueles que se filiaram após a emenda mencionada, não existe mais aposentadoria proporcional, como já mencionado, entretanto, não existe para aposentadoria integral o limite etário mínimo⁶².

Nesta emenda foram criadas regras de transição, com imposição de limite de idade e adicional de contribuição, chamado de “pedágio”, para aqueles filiados ao sistema antes de sua vigência⁶³.

A Emenda Constitucional nº 41/03 alterou a forma de cálculo das aposentadorias, eliminando a possibilidade de aposentadoria com vencimentos integrais, além de substituir a paridade entre ativos e inativos pelo reajustamento anual dos benefícios nos moldes previstos no RGPS⁶⁴.

Por fim, a Emenda Constitucional nº 47/05, também trouxe novas normas transitórias as quais restabeleceram a possibilidade de paridade somente para casos específicos⁶⁵.

Das três emendas acima mencionadas, há um complexo sistema de regras transitórias, definidas pela possibilidade de opção do segurado, devendo comprovar a existência de direito adquirido.

⁶¹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 170.

⁶² Ibidem, p. 170.

⁶³ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposentação: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2010, p.20.

⁶⁴ Ibidem, 26

⁶⁵ Ibidem, 26.

4.3 DEFASAGEM

Com o passar do tempo, devido às alterações de moeda e à inflação, o valor real dos benefícios concedidos sofrem defasagem. Essa redução de valor pode comprometer a finalidade do benefício, qual seja, como já mencionado, o resguardo alimentar do segurado.

Destarte que os benefícios concedidos desde a promulgação da Constituição Federal até a data de 5 de março de 1991 passaram pelo período conhecido como “buraco negro”, momento em que os benefícios foram “supostamente” revistos, contudo, os reajustes tiveram sua aplicação somente a partir de junho de 1992⁶⁶.

Antes dessa fase chamada de “buraco negro” ocorreu a previsão de reajustes, no artigo 58 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, o qual determinou:

Art. 58. Os benefícios de prestação continuada, mantidos pela previdência social na data da promulgação da Constituição, terão seus valores revistos, a fim de que seja restabelecido o poder aquisitivo, expresso em números de salários mínimos, que tinham na data de sua concessão, obedecendo-se a esse critério de atualização até a implantação do plano de custeio e benefícios referidos no artigo seguinte.

Parágrafo único. As prestações mensais dos benefícios atualizados de acordo com este artigo serão devidas e pagas a partir do sétimo mês a contar da promulgação da constituição⁶⁷.

A revisão da qual trata o artigo 58 do ADCT, não possui previsão para aplicação aos benefícios previdenciários concedidos após a promulgação da Constituição de 1988⁶⁸.

Ainda, cabe registrar que nunca houve equivalência salarial que relacionasse custeio e benefício. Assim, se o segurado contribuiu durante toda a sua vida laboral sobre uma base de cálculo equivalente a dez salários-mínimos, por exemplo, não há

⁶⁶ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.477.

⁶⁷ BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm#adct> Acesso em 22 nov. 2011.

⁶⁸ VIANNA, *op cit.*, p.476.

qualquer garantia no sentido de que o seu benefício será equivalente a dez salários-mínimos, principalmente depois da instituição do fator previdenciário, o qual considera uma série de variáveis⁶⁹.

⁶⁹ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.477.

5 DESAPOSENTAÇÃO

A desaposentação tem como foco a possibilidade do segurado, após obtenção da concessão de aposentadoria, renunciar ao benefício para posteriormente buscar outra aposentadoria em regime previdenciário diverso, ou simplesmente revisar aquela antes concedida⁷⁰.

5.1 CONCEITO

Desaposentação seria a reversão do ato que transmudou o segurado em inativo, encerrando, conseqüentemente, a aposentadoria. Tal conceito é utilizado em sentido estrito, como é tratado pela doutrina e jurisprudência, significando tão somente o retrocesso do ato concessivo de benefício, visando outro mais vantajoso⁷¹.

Esse instituto não apresenta disciplina jurídica expressa e específica, devendo ser compreendido à luz das disposições legais do sistema previdenciário como um todo. É, ademais, um conceito “construído” pela doutrina e pela jurisprudência⁷².

A desaposentação cabe ao segurado que após ter obtido aposentadoria proporcional ou até mesmo integral, permanece ou volta a exercer atividade que o vincula obrigatoriamente, de tal maneira que se tivesse esperado mais alguns anos para requerer o benefício sua renda mensal seria superior àquela já concedida, seja porque a média dos salários de contribuição é maior se considerados os valores sobre as quais incidiu a contribuição previdenciária após a aposentadoria, seja porque soma mais tempo de serviço, alcançando um coeficiente de cem por cento,

⁷⁰ DUARTE, Marina Vasques. “Desaposentação e revisão do benefício no RGPS” In: ROCHA, Daniel Machado da et al. (Org.). **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.73.

⁷¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho para uma Melhor Aposentadoria**. 5. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011, p.35.

⁷² SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação: Novas Perspectivas Teóricas e Práticas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.44.

ou, seja porque terá uma idade superior que o beneficiará no cálculo do fator previdenciário⁷³.

A desaposentação pode existir em qualquer regime previdenciário, contanto que tenha como objetivo a melhoria do *status* econômico do associado. O propósito 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 do prosseguimento laboral⁷⁴.

Ressalta-se que o INSS administrativamente não reconhece a possibilidade da desaposentação, assim nega esta possibilidade, tanto que o artigo 58, parágrafo 2º, do Decreto nº 2.172/97, e o artigo 60, parágrafo 2º, do Decreto nº 3.048/99, proibiam expressamente a renúncia das aposentadorias por idade, tempo de serviço/contribuição e especial⁷⁵.

5.2 MOTIVAÇÃO ESPECÍFICA

Quanto à motivação que leva o segurado a desaposentar-se, Wladimir Novaes Martinez esclarece:

O escopo da desaposentação é amplo: a) *a priori*, sociologicamente, deixar de ser aposentado, importando o que isso signifique pessoalmente; b) voltar a trabalhar, contribuir e novamente se aposentar no mesmo regime; c) renunciar, obter a CTC e se jubilar logo ou depois em outro regime. Em suma, em todos esses casos, melhorar de situação.

Moralmente não se admite que um aposentado, querendo se prejudicar, receba menos, exceto, num raríssimo caso, se isso lhe trouxer alguma forma de felicidade.[...]

Contraria o interesse público da norma previdenciária um masoquista querer se prejudicar. Pelo menos em termos jurídicos,

⁷³ DUARTE, Marina Vasques. "Desaposentação e revisão do benefício no RGPS" In: ROCHA, Daniel Machado da et al. (Org.). **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.74.

⁷⁴ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho para uma Melhor Aposentadoria**. 5. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011, p.35.

⁷⁵ DUARTE, Marina Vasques. *Op sit.*, p.73.

porque nada impede que ele, depois de recebidas, doe as mensalidades⁷⁶.

Desaposentar para não fazer nada não significa desmotivação; nos excepcionais casos em que isso acontece o que o desaposentante procura é um ócio garantido por uma outra fonte de subsistência, portanto está presente o motivo⁷⁷.

5.3 DIREITO AO TRABALHO

O ordenamento jurídico subordina-se à Constituição Federal, e essa garante a liberdade de trabalho, ou seja, a liberdade de permanecer prestando serviços, ou não, até após a aposentação e, possivelmente, a de desfazer esse ato⁷⁸.

A doutrina frequentemente fundamenta a desaposentação no âmbito do direito ao trabalho, por isso é que há a necessidade obrigatória de recolhimento de contribuições e somente a seguir é que se consegue o direito à desaposentação⁷⁹.

Entretanto, segundo Marco Aurélio Serau Júnior, trata-se de concepção equivocada de análise dos institutos previdenciários, pois desde a Emenda Constitucional nº 20/98 a Previdência Social passou a adotar um modelo essencialmente contributivo para todos os fins, ignorando em parte o caráter protetivo que a caracterizou desde o início da história previdenciária brasileira⁸⁰.

Os fundamentos contributivo e laboral não se excluem mutuamente. Ao contrário, se combinam e se inter-relacionam. No entanto, pretendeu-se mais exatamente indicar que o centro da fundamentação da desaposentação reside no

⁷⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.81.

⁷⁷ Ibidem, p.81.

⁷⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2010, p.960.

⁷⁹ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação: Novas Perspectivas Teóricas e Práticas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.83.

⁸⁰ Ibidem, p.84.

modelo contributivo da Previdência Social, embora também seja importante o argumento do direito fundamental ao trabalho⁸¹.

5.4 ATIVIDADE E CONTRIBUIÇÕES DO APOSENTADO

A contribuição do aposentado que retorna a exercer atividade incide somente nos seus proventos na atividade laborativa, e não sobre os ganhos de aposentadoria. Isso ocorre em virtude da expressa proibição contida no artigo 195, inciso II, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98. No entanto, em sessão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 02 de outubro de 2001, na Apelação Cível nº 2000.71.05.001320-1/RS, o Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, assim posicionou-se:

[...] no atual regime da Previdência Social o aposentado que permanece ou retorna ao trabalho deve continuar contribuindo para o INSS, segundo teor do parágrafo 3º do artigo 11 da Lei nº 8.213/91, com a redação que lhe foi dada pela Lei 9.032/95, não sendo inconstitucional tal dispositivo⁸².

Relativamente à atividade, o enquadramento do aposentado que volta a trabalhar será feito de acordo com a atividade que ele passar a exercer depois de aposentado. Se retornar ao trabalho como empregado será filiado como empregado; se retornar como empresário, autônomo, ou equiparado será enquadrado como contribuinte individual; se retornar na atividade de empregado doméstico, trabalhador avulso, ou segurado especial, será enquadrado na categoria especial⁸³.

⁸¹ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação: Novas Perspectivas Teóricas e Práticas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.85.

⁸² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.203.

⁸³ *Ibidem*, p. 203.

5.5 AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL

Aqueles que se opõem à desaposentação costumam sustentar que se não há vedação legal que a proíba, também não há lei que a autorize, e, portanto, a possibilidade de desaposentação iria de encontro ao princípio da legalidade.

Segundo Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”⁸⁴.

A Constituição Federal em seu artigo 201, parágrafo 9º, não veda a desaposentação; ao contrário, assegura a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana:

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)

[...]

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei. (Incluído dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)⁸⁵.

A legislação básica da previdência nada prevê sobre o assunto, vedando apenas a contagem simultânea do tempo de contribuição e a utilização de tempo já aproveitado em outro regime. Apenas artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99 parece se opor ao determinar que os benefícios concedidos pela Previdência Social são irreversíveis e irrenunciáveis⁸⁶.

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.89.

⁸⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em 18.11.11.

⁸⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.545.

Entretanto, apesar de não existir expressa fundamentação jurídica para a desaposentação, este conceito ou instituto pode ser construído com base em vários argumentos jurídicos.

De fato, a doutrina sobre a interpretação das normas de Direito Previdenciário admite expressamente a possibilidade de integração de lacunas, principalmente no que se refere aos benefícios previdenciários. No âmbito do Direito Previdenciário há reserva de lei, por exemplo, no que diz respeito à instituição e à exigência de contribuições, não se justificando, portanto, a aplicação da atividade integradora nessa matéria. Entretanto, em relação à concessão de benefícios, prevalece somente a legalidade, motivo pelo qual essa questão pode ser objeto de uma das formas de integração do direito, contanto que não exista ofensa ao artigo 195, parágrafo 5º da Constituição Federal, que estabelece que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total⁸⁷.

Essa eventual afronta à regra da contrapartida não ocorre no caso da desaposentação visto que a mesma opera a partir de contribuições previdenciárias originariamente não previstas. Além disso, deve ser assinalado que as lacunas do Direito Previdenciário deverão/poderão ser preenchidas a partir dos princípios que podem ser descobertos nas normas de direito social, tal como o da solidariedade⁸⁸.

Assim, há um aparente conflito: de um lado, os particulares (cidadãos-segurados), que não estão impedidos de renunciar à aposentadoria, requerendo de imediato outra mais vantajosa; de outra parte, tão pouco o INSS está obrigado a realizar a desaposentação, ao contrário, existe uma norma, o artigo 181-B, do Decreto nº 3.048/99, a proibi-lo⁸⁹.

Embora o argumento seja aparentemente frágil, convém examina-lo. Se não há vedação legal, como já mencionado, subsiste permissão. Ademais, como não

⁸⁷ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação: Novas Perspectivas Teóricas e Práticas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.80.

⁸⁸ Ibidem, p.80.

⁸⁹ Ibidem, p.81.

existe observação a respeito nos anais da legislação, torna-se impossível conhecer a intenção do legislador, restando ao interprete tentar alcançar a *mens legis*⁹⁰.

Ademais, na busca da desaposentação, não é possível dar crédito a alegação de inconstitucionalidade dos artigos 11 da Lei de Benefícios ou do artigo 12 da Lei de Custeio, pois o segurado contribuiu para o sistema e não para si. Nas palavras de Marina Vasques Duarte: “O direito à prestação é uma consequência da ocorrência de fato posterior à relação vinculativa, em regra alheia à consequência jurídica de custeio”⁹¹.

5.6 POLÊMICA

A discussão do rompimento do vínculo de emprego em função da aposentadoria é polêmica, e existe há muito tempo. Muito é discutido sobre a impropriedade técnica de se permitir que o segurado requeira aposentadoria e continue trabalhando como permite a norma vigente atualmente.

Em sua obra *Reforma da Previdência sem Segredos*, o ex-Ministro da Previdência e Assistência Social, Reinhold Stephanes entende que é uma grave falha doutrinária do regime a possibilidade de continuidade da atividade do segurado após a concessão de aposentadoria⁹².

Grave falha doutrinária ou não, o caso é na que lei vigente no âmbito previdenciário não há dúvidas de que o segurado pode requerer a aposentadoria por idade ou por tempo de serviço - e a por tempo de contribuição, se as regras permanecerem as mesmas - e continuar trabalhando para o mesmo empregador ou

⁹⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.959.

⁹¹ DUARTE, Marina Vasques. “Desaposentação e revisão do benefício no RGPS” In: ROCHA, Daniel Machado da et al. (Org.). **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.77.

⁹² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2006, p.548.

para outro, sem interrupção de continuidade. A lei assim dispõe: “não há obrigação do trabalhador romper o vínculo de emprego para se aposentar voluntariamente”⁹³.

No entanto, no âmbito trabalhista, a discussão se limita a considerar que a aposentadoria extinguiu o primeiro contrato de trabalho, surgindo, a partir daí, um segundo contrato entre as mesmas partes, ou se, no caso de não haver ruptura do vínculo, deve-se considerar o contrato como sendo único, desde a admissão até a real extinção da relação contratual entre as partes⁹⁴.

5.7 RENÚNCIA

Renunciar é abrir mão de um direito, ato que não depende da aceitação da parte adversa. Quando o interessado voluntariamente desiste de seu direito, a consequência é a extinção desse direito, que não poderá ser readquirido por arrependimento. A visão impeditiva de arrependimento é inata à renúncia, tal como ocorre, por exemplo, com o credor que, no curso da ação de cobrança, apresenta em juízo a renúncia ao direito que sobre o qual se funda a ação e, com esse proceder, declina, enquanto parte autora, do direito material avocado na exordial.⁹⁵

No teor de renúncia existe grande divergência de opiniões no sentido de questionar se o segurado que renuncia deve ou não devolver os valores recebidos desde o momento da concessão do benefício.

Conforme Wladimir Novaes Martinez define:

A desaposentação é uma renúncia expressa, oficial e formal por parte do aposentado que está recebendo um benefício legitimamente concedido, com a preservação do tempo de contribuição (que é indisponível), para cessar a manutenção desse benefício e ser requerido outro, no mesmo regime ou num outro regime da

⁹³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2006, p.549.

⁹⁴ Ibidem, p.549.

⁹⁵ ALENCAR, Hermes Arrais. **Desaposentação e o Instituto da Transformação de Benefícios Previdenciários do Regime Geral de Previdência Social**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.81-82.

previdência social. Filosoficamente, ela pretende que ninguém em hipótese alguma seja prejudicado⁹⁶.

Nesses casos, o pedido de renúncia da aposentadoria é feito apenas porque o aposentado não tem como acumular dois benefícios, já que para tê-lo revisado e majorado precisaria dos requisitos que levaram à concessão do primeiro. Deste modo, o requerente não pretende de fato renunciar a sua aposentadoria, mas apenas revisá-la, utilizando tempo de serviço e/ou contribuições feitas posteriormente ao júbilo⁹⁷.

Ocorre que, sendo a aposentadoria um benefício de prestação continuada, de trato sucessivo, ao renunciá-la desfaz-se a relação jurídica prestacional estabelecida pela concessão do benefício, passando o aposentado à situação de desaposentado. A consequência é o imediato bloqueio das prestações que vinham sendo normalmente pagas pela Previdência Social⁹⁸.

Entretanto, quando o segurado realiza a renúncia à aposentadoria, o bloqueio das prestações pode ou não acontecer, pois é juridicamente possível realizar a desaposentação e nova aposentação sem “punir” o segurado para que devolva o dinheiro recebido pela previdência⁹⁹.

A renúncia não termina com o direito à prestação, apenas suspende o seu exercício como direito. Ela continuará produzindo efeitos jurídicos, que é o que espera o titular. Não podemos entender que a renúncia destrói esse direito uma vez ela somente suspende o seu exercício. Quando o desaposentado transfere o tempo de serviço para outro regime o tempo é integralizado na Certidão de Tempo de Contribuição - CTC, havendo, portanto, o reconhecimento desse direito¹⁰⁰.

Em sua contestação na Apelação Cível nº 92.5069-7, o INSS, utilizando-se da Súmula nº 379 do Supremo Tribunal Federal, alegou a tese da impossibilidade de renúncia da aposentadoria por ser de natureza alimentar. Mesmo conhecendo o

⁹⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.224.

⁹⁷ DUARTE, Marina Vasques. “Desaposentação e revisão do benefício no RGPS” In: ROCHA, Daniel Machado da et al. (Org.). **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.75.

⁹⁸ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposentação: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2010, p.64.

⁹⁹ Ibidem, p.65.

¹⁰⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *op cit.*, p. 51.

argumento da Instituição, a Juíza Federal da 17ª Vara opôs-se a essa tese, considerando válida a possibilidade do autor da ação vir a desaposentar-se, conforme Sentença nº 1.215/1994, de 17 de outubro de 1994¹⁰¹.

A magistrada se referiu à decisão do Tribunal de Contas da União, no Processo TC 002.392/81-0, Rel. José Antônio B. de Macedo, cuja ementa:

1. Aposentadoria. A concessão da aposentadoria em favor de Elena Maria Castro de Souza, a partir de 6.6.80, já foi considerada legal em sessão de 26.1.82 (fls. 15-v). 2. Trata-se, agora, da renúncia à aposentadoria em causa, tendo em vista estar a servidora trabalhando em empresa privada, e desejar computar o tempo de serviço público para futura aposentadoria previdenciária. 3. O Diretor-Geral do Departamento de Pessoal do Ministério das Comunicações, através da Portaria nº 1.861/87 (fls. 19) homologou a mencionada renúncia, com efeitos a contar de 1.1.88.

Na renúncia não se trata de anulação nem de nulidade, pois a concessão seguiu as regras legais e caracterizou o ato jurídico perfeito. Está-se diante de uma nova situação jurídica, a de desaposentado. Assim, se regulada, esta situação poderá corresponder a um título formal¹⁰².

5.8 REVOGAÇÃO E ANULAÇÃO

Conforme abaixo transcrito, de sua obra *Direito Administrativo Moderno*, Odete Medauar considera a anulação e a revogação os principais meios de desfazimento do ato realizado pela administração, advindo a diferenciá-los da seguinte forma:

No Direito Administrativo Brasileiro a diferença entre as duas figuras é fixada pela conjugação de três critérios. Conforme o critério objetivo ou do fundamento, a anulação ocorre por razões de ilegalidade, enquanto que a revogação se baseia em motivos de mérito, atinente, por tanto, à conveniência e oportunidade. Segundo o critério do poder competente, também denominado critério subjetivo, a anulação consiste na supressão do ato administrativo ou pela própria Administração ou determinada pelo Poder Judiciário; a

¹⁰¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2010, p.960.

¹⁰² MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.84.

revogação é o desfazimento do ato administrativo efetuado pela própria Administração. Sob o ângulo do momento dos efeitos, a anulação elimina o ato administrativo com efeitos *ex tunc*, ou seja, com efeitos pretéritos; a revogação produz efeitos *ex nunc*, ou seja, com efeitos futuros

A confusão terminológica entre anulação e revogação, que transparecia em antigos julgados dos tribunais pátrios, não mais pode ocorrer ante a Súmula 473 do STF, que distingue as duas figuras, nos seguintes termos: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.¹⁰³.

Na mesma linha, Márcio Fernando Elias Rosa, aprofundou-se na análise do teor e conseqüências da anulação e revogação do ato administrativo. Sem entrar em detalhes, relatou outras cinco formas de sua ocorrência. Logo, especifica que assim, no ato administrativo, poderia ocorrer o exaurimento dos seus efeitos, a sua cassação, a caducidade, a contraposição ao ato e a renúncia. No entanto, a despeito de fazer o rol, o autor não fornece maiores detalhes a respeito de cada uma das figuras e limita-se a discorrer sobre as principais formas de extinção dos atos administrativos, a saber, anulação e revogação¹⁰⁴.

5.9 DESPENSÃO

Despensão significa o ato do titular da pensão buscar melhorias no benefício, aproveitando as condições vertidas pelo segurado que se aposentou, e continuou trabalhando, não tendo tido a oportunidade de buscar este período em virtude de falecimento¹⁰⁵.

A despensão pode parecer referir-se a uma desaposentação por ato de terceiro, entretanto, diante do exposto e dependendo de como se processa o enquadramento da hipótese no quadro de extinção dos atos administrativos, a despensão pode ser considerada como:

¹⁰³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010, p. 162.

¹⁰⁴ ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo: Sinopses Jurídicas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.104-106.

¹⁰⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.114.

a) hipótese de renúncia de aposentadoria permitida a terceiro, por impossibilidade fática de o titular da renúncia fazê-lo, em vista do direito fundamental social;

b) ainda em face da fundamentalidade do direito social envolvido, a insuficiência das categorias de extinção dos atos administrativos envolvendo a Teoria Geral dos Direitos Sociais poderia fazer concluir que a despensão se apresenta como nova modalidade de desfazimento do ato administrativo, em que o titular da pensão poderia postular o encerramento da aposentadoria originária dessa, para a obtenção de nova aposentadoria que daria ensejo a uma outra pensão mais vantajosa¹⁰⁶.

Assim como já ocorre com a desaposentação, a despensão deve ser analisada no campo das modalidades de extinção dos atos praticados pela administração pública. Para o desfazimento dos atos administrativos, em geral, os doutrinadores consideram, acima de tudo, as figuras da anulação e da revogação¹⁰⁷.

Vale dizer que a despensão pode ser buscada em todos os regimes previdenciários - RGPS ou Regime Próprio dos Servidores Públicos-, com os mesmos modelos e conforme as mesmas possibilidades em que cabível a desaposentação¹⁰⁸.

¹⁰⁶ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.319.

¹⁰⁷ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação: Novas Perspectivas Teóricas e Práticas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.62.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.67.

6 DESAPOSENTAÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

6.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O Princípio da Legalidade na administração pública está previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, e significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode afastar ou desviar, sob pena de cometer ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso¹⁰⁹.

Na interpretação dada por aqueles contrários à desaposentação, o Princípio da Legalidade na Administração Pública tem a finalidade de impedir que ela seja onerada sem que o Poder Legislativo, enquanto representante de todos os administrados, tenha concordado para isso¹¹⁰.

Por isso é que se a administração quiser renunciar a direito seu, necessita que uma lei o permita, porém esse não seria o caso, pois, em tese, não haveria qualquer prejuízo para o órgão concessor se compararmos com a situação fictícia de que o segurado nunca requereu o benefício, já que, se nunca o tivesse postulado, continuaria fazendo jus à contagem daquele tempo de serviço¹¹¹.

Assim, não seria plausível proibir-se a renúncia à aposentadoria se inexistindo qualquer prejuízo para a administração. Aquele que requereu antecipadamente o benefício seria demasiadamente prejudicado em comparação com o segurado que preferiu aguardar o momento mais adequado para requerê-lo¹¹².

Deste modo, pode-se concluir que os princípios da legalidade e da razoabilidade não proíbem, mas permitem, a desaposentação. A renúncia também não se opõe ao interesse público, uma vez que, de qualquer forma, a administração

¹⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010, p.89.

¹¹⁰ DUARTE, Marina Vasques. "Desaposentação e revisão do benefício no RGPS" In: ROCHA, Daniel Machado da et al. (Org.). **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.83.

¹¹¹ *Ibidem*, p.83.

¹¹² *Ibidem*, p.84.

teria que conceder a aposentadoria da forma mais vantajosa se o segurado não a tivesse buscado anteriormente¹¹³.

6.2 ATO JURÍDICO PERFEITO

O artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal determina que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O ato jurídico de concessão de um benefício ocorre sob a vigência de uma lei, mas freqüentemente continua gerando efeitos jurídicos sob um ou mais regimes jurídicos instituídos por leis novas, o que não raramente gera um conflito normativo aparente *inter temporal*, especialmente quando o novo regime é mais benéfico aos segurados e seus dependentes¹¹⁴.

A análise da possibilidade de desaposentação abrange a questão do ato jurídico perfeito, o qual é normalmente indicado como obstáculo à posição dos segurados. Isso ocorre porque a aposentadoria é consolidada por meio de um ato administrativo praticado pelo INSS, que seria ato dotado daquela característica¹¹⁵.

Entretanto, para Marco Aurélio Serau Júnior, o ato jurídico perfeito seria garantia do cidadão contra o Estado, não o inverso.¹¹⁶

Nesse sentido, conforme Wladimir Novaes Martinez, a Constituição não teria o objetivo de petrificar o ato jurídico perfeito. A proteção oferecida é contra lei ou decisão prejudicial aos interesses legítimos e consolidados do indivíduo. Como a administração pode rever os seus próprios atos, não goza do favor desse postulado.

¹¹³ DUARTE, Marina Vasques. “Desaposentação e revisão do benefício no RGPS” In: ROCHA, Daniel Machado da et al. (Org.). **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.88.

¹¹⁴ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Revisão e Reajustamento dos Benefícios da Previdência Social**. Salvador: Jus Podivm, 2011, p.12.

¹¹⁵ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação: Novas Perspectivas Teóricas e Práticas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.67/68.

¹¹⁶ *Ibidem*, p.67.

Se for acionada poderá usá-lo para comprovar procedimento correto, porém nunca contra a vontade, se legítima, do administrado¹¹⁷.

Ainda, segundo Adriane Bramante de Castro Ladenthin e Viviane Masotti, seria inadmissível aplicar o ato jurídico perfeito contra o indivíduo, uma vez que este foi criado a seu favor. Em seu livro *Desaposentação, Teoria e Prática*, cria-se uma situação imaginária na qual o ato de concessão de benefício previdenciário tenha sido colocado numa caixinha, blindada, fechada, com cadeado. A blindagem ocorreria exatamente para que ninguém, principalmente o Estado, viesse a lhe prejudicar, modificando ou extinguindo aquele direito já integrado ao seu patrimônio jurídico. Somente o titular do benefício teria a “chave da caixinha” e somente ele poderia desfazer o ato jurídico perfeito, se assim o quisesse¹¹⁸.

Em sua obra *Desaposentação, O Caminho para Uma Melhor Aposentadoria* Fábio Zambitte Ibrahim, afirma:

As prerrogativas constitucionais não podem ser utilizadas contra as pessoas que são objeto da salvaguarda constitucional [...] O ato concessório da aposentadoria, após o traslado completo previsto na legislação, finalizando todo o seu iter legal, assume a condição de ato jurídico perfeito, à semelhança dos atos de direito privado, sendo então inalcançável por novas disposições legais. Esta é a regra determinada pela Constituição¹¹⁹.

A possibilidade do desfazimento do ato jurídico perfeito pelo aposentado é direito ou não. Se for direito podemos concluir que não há “simples conveniência”, mas sim exercício de faculdade legal. Ainda, segundo a visão relacionada ao desfazimento da aposentadoria, não autorizar a desaposentação é favorável e útil somente à administração¹²⁰.

Desse modo não teria qualquer fundamento a defesa do INSS, quando argumenta que, por ser o benefício concedido um ato jurídico perfeito, ele não

¹¹⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p.955.

¹¹⁸ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposentação: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2010, p.154.

¹¹⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho para uma Melhor Aposentadoria**. 5. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011, p.40.

¹²⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.166.

poderia ser desfeito. De fato este ato não pode ser desfeito, no entanto esta impossibilidade é dirigida ao Estado e não ao segurado¹²¹.

¹²¹ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposentação: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2010, p.154/155.

7 REVISÃO DE APOSENTADORIA

7.1 CONCEITO DE REVISÃO

Revisão é a possibilidade que tem a administração pública de rever os seus atos concessórios de benefícios previdenciários. Esse poder de revisão é utilizado basicamente em duas hipóteses: 1) em face de benefícios concedidos por erro da Administração; 2) para anular benefícios concedidos fraudulentamente. O prazo para essa revisão é de dez anos a partir do ato administrativo, salvo em caso de má fé, hipótese em que tal poder de anular seus atos poderá ser exercido a qualquer momento¹²².

7.2 DIFERENÇAS ENTRE DESAPOSENTAÇÃO E REVISÃO

É comum a confusão entre a desaposentação e a revisão de aposentadoria, visto que ambas possuem algumas semelhanças. No entanto são institutos diferentes. A revisão de aposentadoria busca reformar ou concertar uma situação jurídica existente enquanto a desaposentação busca desconstituir esta situação jurídica para constituir uma nova, autônoma¹²³.

Neste contexto, é importante entendermos que a revisão de aposentadoria tem por objetivo resgatar o valor do benefício recebido, seja através da correção de algum erro material, de direito, cometido no procedimento de concessão ou de manutenção do mesmo. Além disso, o objeto da pretensão na revisão pode recair sobre qualquer elemento componente do benefício, que não afete o recolhimento do direito, mas sim de suas condições de concessão ou manutenção de valor real¹²⁴.

¹²² BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALLOSSI, William. **Direito Previdenciário na Visão dos Tribunais**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 441.

¹²³ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposentação: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2010, p.73.

¹²⁴ *Ibidem*, p.73.

A desaposentação, por sua vez, possui como condição indispensável para a sua motivação o fato do aposentado, após obter a concessão, continuar trabalhando ou ingressar em concurso público e, conseqüentemente, continuar a contribuir obrigatoriamente para um dos regimes ao qual estiver filiado. Também é necessário que a nova aposentadoria seja financeiramente vantajosa¹²⁵.

7.3 EFEITOS DA RENÚNCIA NA DESAPOSENTAÇÃO

A desaposentação tem como pressuposto material e jurídico renúncia a benefício previsto no Regime Geral de Previdência Social¹²⁶.

Por conseguinte, os efeitos dessa renúncia são extremamente importantes na questão da desaposentação, e atualmente têm sido utilizados pelos nossos magistrados para definir a restituição ou não dos valores recebidos pelo segurado¹²⁷.

Quando um ato administrativo é inválido, revogado, cassado por outras razões que o extinguem, os efeitos são *ex tunc*, pois desfazem um ato viciado, imperfeito. No caso da desaposentação os efeitos da renúncia são *ex nunc*, uma vez que não há como afirmar que as prestações recebidas pelo segurado tenham sido indevidas, já que o ato administrativo que outorgou o benefício não deixou de ter eficácia pela renúncia¹²⁸.

Assim, como conseqüência da renúncia ao benefício, o tempo de contribuição que foi utilizado para obtenção da aposentadoria que se está renunciando pode ser computado e adicionado aos demais períodos de trabalho posteriores à aposentação. Este procedimento consiste na conseqüência da desaposentação,

¹²⁵ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposentação: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2010, p.73/74.

¹²⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 953.

¹²⁷ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. *op cit.*, p. 66.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 66.

para possibilitar a utilização destes períodos em uma nova aposentadoria mais vantajosa¹²⁹.

¹²⁹ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposentação: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 66.

8 PODER JUDICIÁRIO E A DESAPOSENTAÇÃO

O Poder Judiciário já apreciou muitos casos de desaposentação, com manifestações favoráveis à tese de sua admissibilidade pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, podemos mencionar vários votos e decisões monocráticas proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, destacando-se entre essas os Recursos Especiais números REsp 692.628 - DF (Min. Nilson Naves), REsp 600.419 - RS (Min. Hamilton Carvalhido), REsp 663.336 - MG (Min. Arnaldo Esteves Lima) e REsp 743.331 – SP (Min. Hélio Quaglia Barbosa)¹³⁰.

Nos casos acima mencionados houve a possibilidade da renúncia de aposentadoria do Regime Geral da Previdência Social para a obtenção de alguma vantagem em vista da aposentação no setor público. Entretanto, como podemos concluir de outros julgados, a desaposentação não pode ser admitida para este único fim¹³¹.

8.1 RENÚNCIA NOS TRIBUNAIS

Os tribunais têm decidido no sentido de que a renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, uma vez que se trata de um direito patrimonial disponível, de manifestação unilateral pelo possuidor, desde que não contrarie o interesse público, o qual deve sempre prevalecer ao particular¹³².

Sobre o tema transcrevemos decisão prolatada pelo TRF da 4ª Região em 1997:

¹³⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.306.

¹³¹ Ibidem, p.306.

¹³² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2006, p.546-567.

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO, COM EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO.

1. É perfeitamente válida a renúncia à aposentadoria, visto que se trata de um direito patrimonial de caráter disponível, inexistindo qualquer lei que vede o ato praticado pelo titular do direito, se não contraria qualquer interesse público. 2. A instituição previdenciária não pode contrapor-se à renúncia para compelir o segurado a continuar aposentado, visto que carece de interesse. Apelação e remessa oficial desprovidas. (TRF da 4ª Região, AMS nº 96.0422482-4/SC, 5ª Turma, Rel. Juiz João Surreaux Chagas, DJU de 26.02.97).

Da mesma forma, a expedição da Certidão de Tempo de Serviço tem de ser concedida, visto que a renúncia ao benefício previdenciário não implica a renúncia ao próprio tempo de serviço, previamente computado para a sua concessão. O tempo de serviço laborado pelo segurado e computado pelo INSS é um direito incorporado ao patrimônio do trabalhador, subsistindo à renúncia do benefício. Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial:

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. CONTAGEM DO MESMO TEMPO DE SERVIÇO CONSIDERADO PARA A APOSENTADORIA PARA FINS DE APOSENTADORIA NO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL. DIREITO INCORPORADO AO PATRIMÔNIO DO TRABALHADOR. CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. 1. A renúncia à aposentadoria – fato inequívoco, vinculado e circunscrito à manifestação unilateral do detentor do direito -, não implica renúncia ao próprio tempo de serviço que serviu de base para a concessão do benefício, pois se trata de direito incorporado ao patrimônio do trabalhador, que dele pode usufruir dentro dos limites legais. 2. Admitida a renúncia à aposentadoria, o Instituto deve fornecer ao renunciante a certidão de tempo de serviço, que pode ser utilizado para outra finalidade, inclusive para concessão de aposentadoria em outro sistema, mais vantajosa ao titular do tempo de serviço. (TRF da 4ª Região, AC nº 98.04.04738-1/RS, 6ª Turma, Rel. Juiz Wellington Mendes de Almeida – Convocado, DJU de 16.09.98)¹³³.

A postura do Superior Tribunal de Justiça, na apreciação dos pedidos de desaposentação, é a da validade do emprego do termo “renúncia” à aposentadoria,

¹³³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.547.

com amparo na afirmação de ser o benefício previdenciário direito patrimonial disponível¹³⁴.

Nesse sentido, temos o julgamento do Recurso Especial nº 310.884-RS, em sessão de 23 de agosto de 2005:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RENÚNCIA A BENEFÍCIO. PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. ABDICAÇÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE RURAL PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. 1. Tratando-se de direito patrimonial disponível, é cabível a renúncia aos benefícios previdenciários. Precedentes. 2. Faz jus o Autor à renúncia da aposentadoria que atualmente percebe – aposentadoria por idade, na qualidade de rurícola – para o recebimento de outra mais vantajosa – aposentadoria por idade, de natureza urbana. 3. Recurso especial conhecido e provido¹³⁵.

8.2 DEVOLUÇÃO DE VALORES

Realizando-se a renúncia à aposentadoria, questiona-se a questão da restituição dos valores recebidos pelo beneficiário abrangendo todo o tempo em que permaneceu aposentado¹³⁶.

Nas palavras de Hermes Arrais Alencar, em seu livro *Desaposentação e o Instituto da Transformação de Benefícios Previdenciários do Regime Geral de Previdência Social* temos:

O fascínio da tese da desaposentação alicerça-se na natureza alimentar dos benefícios previdenciários, aliada à boa fé do aposentado retratante, para efeito de estatuir cláusula de exoneração da referida repetição de indébito. [...] No ordenamento, a boa fé, ou

¹³⁴ ALENCAR, Hermes Arrais. **Desaposentação e o Instituto da Transformação de Benefícios Previdenciários do Regime Geral de Previdência Social**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.105.

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 310884/RS**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revistaeletronica/inteiroteor?num_registro=200100310532&data=26/9/2005>. Acesso em 25 de novembro de 2011.

¹³⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho para uma Melhor Aposentadoria**. 5. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011, p.60.

má fé, é prevista pelo legislador exclusivamente para efeitos de fixação da maneira pela qual se dará a restituição dos valores¹³⁷.

Da mesma forma como ocorre com a situação da possibilidade de desaposentação, ainda não existe pacificação no que diz respeito a devolução ou não dos valores recebidos a partir da obtenção de aposentadoria. Ou seja, se no caso de haver regramento para desaposentação, os valores recebidos durante o período que durou o benefício devem ou não ser devolvidos.

8.2.1 Desaposentação com devolução de valores

A restituição de valores recebidos na forma de prestações previdenciárias é admitida legalmente nas hipóteses restritas estabelecidas no artigo 115 da Lei nº 8.213/91. O rol das situações extremadas é taxativo, tendo o legislador eleito como viável o desconto em situação na qual o segurado tenha recebido benefício previdenciário “além do devido”, despontando na norma legal que, a despeito da natureza alimentar, é admissível a devolução de valores recebidos, ainda que de boa fé estivesse o segurado¹³⁸.

Alguns doutrinadores considerando que não há qualquer previsão legal que proíba a desaposentação defendem que os valores recebidos devem ser devolvidos mesmo que tenham natureza alimentar. Argumentam que se não for assim o sistema de proteção social será prejudicado pela criação de despesa não autorizada em lei, afrontando o princípio da legalidade e da supremacia do interesse público. Nesse caso, a devolução das parcelas recebidas afastaria a alegação de prejuízo financeiro para o INSS¹³⁹.

¹³⁷ ALENCAR, Hermes Arrais. **Desaposentação e o Instituto da Transformação de Benefícios Previdenciários do Regime Geral de Previdência Social**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.101.

¹³⁸ Ibidem, p.101.

¹³⁹ DUARTE, Marina Vasques. “Desaposentação e revisão do benefício no RGPS” In: ROCHA, Daniel Machado da et al. (Org.). **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p..89.

Ainda, há os que defendam que a solidariedade prevista no sistema previdenciário imporia a necessidade da devolução dos valores pagos ao segurado, uma vez que esta restituição seria imprescindível para manter o equilíbrio do sistema. Essa é a posição que ainda prevalece no TRF da 4ª Região:

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA (DESAPOSENTAÇÃO) PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. DEVOUÇÃO DE VALORES. COISA JULGADA. COMPENSAÇÃO/DESCONTO.

1. A obtenção de aposentadoria mais benéfica mediante renúncia a outra em vigor (possível por se tratar de direito patrimonial disponível) pressupõe devolução prévia e integral dos valores já percebidos em razão do benefício em manutenção, sob pena de afronta ao Sistema da Seguridade (Princípio da Solidariedade, CF/88, art. 195) e correspondente regime legal a que se submete (Lei nº 8.213/91, art. 18, § 2º). 2. Questão relativa à obrigação de devolução sobre a qual incide, ademais, coisa julgada (Apelação Cível nº 2009.70.03.000836-5, DJ 26.5.2010)¹⁴⁰.

Alguns doutrinadores favoráveis à tese da desaposentação também afirmam que a devolução de valores é necessária, sob pena de se admitir enriquecimento ilícito e prejuízo para o universo previdenciário, onde vale o princípio da solidariedade social, onde todos pagam para todos¹⁴¹.

Ainda, há os que argumentam que com a desaposentação e a posterior reincorporação do tempo de serviço antes utilizado para a aposentadoria, a Previdência Social seria duplamente onerada se não recebesse de volta os valores antes pagos ao segurado, já que terá que conceder nova aposentadoria futuramente ou terá que emitir certidão de tempo de contribuição para que o segurado aproveite o período em outro regime previdenciário¹⁴².

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **APELAÇÃO CÍVEL Nº 2009.70.03.000836-5/PR**. Disponível em :

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3495987&hash=71c548b6fd7ecde2ab2fb4e5d63d57fa>. Acesso em 25 de novembro de 2011.

¹⁴¹ DUARTE, Marina Vasques. “Desaposentação e revisão do benefício no RGPS” In: ROCHA, Daniel Machado da et al. (Org.). **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.89.

¹⁴² *Ibidem*, p.89.

8.2.2 Desaposentação sem devolução de valores

Wladimir Novaes Martinez considera que, em tese, da mesma forma que ocorre na transformação com pedido de renúncia, não haveria, na desaposentação, restituição de qualquer parcela recebida mensalmente. Esta seria uma situação legal a ser amparada judicialmente na avaliação matemática da revisão, uma vez que, observado um novo período básico de cálculo as novas contribuições poderiam assegurar maior tempo de contribuição, novos percentuais do salário e benefício, maior idade, mas não necessariamente uma renda superior.¹⁴³

É defensável o entendimento de que não há necessidade da devolução dessas 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 nº 8.112/90, que não prevê a devolução dos proventos percebidos¹⁴⁴.

Como já mencionado, o ato de renúncia, como qualquer ato de natureza desconstitutiva, opera efeitos *ex nunc*, não sendo possível surtir efeitos para o passado, apesar de várias decisões monocráticas que deferiram os pedidos terem colocado como imposição a restituição. No entanto, muitos magistrados têm prolatado sentença favorável sem necessidade de devolução de valores¹⁴⁵.

O Superior Tribunal de Justiça acolheu a tese da desnecessidade da devolução de valores e atualmente esse entendimento já se encontra consolidado nesse Tribunal, como se vê na ementa a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. BENEFÍCIO. DEVOLUÇÃO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.

É pacífico, no âmbito deste e. **Superior Tribunal de Justiça**, o entendimento segundo o qual é possível a renúncia da aposentadoria para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão

¹⁴³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.102.

¹⁴⁴ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 2006, p.549.

¹⁴⁵ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.309.

de novo benefício, seja no mesmo regime, seja em regime diverso. Tal media (*sic*), além do mais, não importa em devolução, pelo segurado, dos valores anteriormente percebidos. Precedentes. Agravo regimental desprovido" (AgRg no Recurso Especial nº 1.184.410-SC, DJE 24.5.2010)¹⁴⁶.

8.3 TUTELA ANTECIPADA

A antecipação de tutela no direito previdenciário consiste na possibilidade de o segurado ou dependente perceber o benefício previdenciário antes do trânsito em julgado da sentença final de mérito¹⁴⁷.

Apesar de não se admitir a antecipação de tutela em ações contra a fazenda pública - situação pacificada desde o julgamento pelo STF da ADC 4 -, no Processo Judicial Previdenciário ela é possível, conforme o que dispõe a Súmula do STF abaixo transcrita:

Súmula 729: A DECISÃO NA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE 4 NÃO SE APLICA À ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM CAUSA DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA¹⁴⁸.

Ademais, por se tratar de prestação de natureza alimentar, o deferimento de antecipação de tutela na desaposentação é perfeitamente possível. Para isso é necessário que o aposentado que pretenda nova aposentadoria a partir da desaposentação demonstre, com cálculos corretos, que realmente obterá benefício previdenciário de maior valor que o atual. É indispensável fazer a demonstração da

¹⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.181.333 – RS**.

Disponível em

:<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000281220&dt_publicacao=24/05/2010>.

Acesso em 25 de novembro de 2011.

¹⁴⁷ FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Teoria e Prática do Direito Previdenciário**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 221.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 729**. Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=729.NUME.%20NAO%20S.FL.SV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 26 de novembro de 2011.

concessão da primeira aposentadoria e o recolhimento das novas contribuições a partir da nova relação de trabalho¹⁴⁹.

Outro aspecto que vem sendo abordado em diversos julgados seria a inviabilidade da antecipação da tutela, visto que geralmente não existe urgência nestes casos, e a desaposentação seria uma mera hipótese de revisão de benefício previdenciário, o que indicaria a desnecessidade de provimentos judiciais de urgência¹⁵⁰.

No entanto, verifica-se que a antecipação de tutela também pode ser concedida tendo em vista a situação prevista no artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil, que visa proteger do abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I – [...]

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)¹⁵¹.

Esta situação de abuso de direito de defesa e/ou propósito protelatório do INSS fica bem caracterizado. A resistência reiterada do INSS em concedê-la administrativamente, em contrariedade a quase unanimidade da jurisprudência, inclusive do STJ, assim como a define em juízo desta postura, podem configurar a figura que o CPC desenha no precitado art. 273, inciso II¹⁵².

¹⁴⁹ SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação**: Novas Perspectivas Teóricas e Práticas. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.99

¹⁵⁰ Ibidem, p.101.

¹⁵¹ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm > Acesso em 21 de novembro de 2011.

¹⁵² SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. *op cit.*, p.101.

9 DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Na sessão do Superior Tribunal Federal em 16 de setembro de 2010, o Ministro Dias Tofoli, solicitou vista dos autos correspondentes ao Recurso Extraordinário nº 381.367-RS¹⁵³, onde se discute a pretensão ao direito à desaposentação.

Na ocasião, segundo Wladimir Novaes Martinez, ficou a impressão de que o Ministro Dias Tofoli votaria com o Ministro Marco Aurélio, relator do processo e que aprovou o instituto técnico da desaposentação¹⁵⁴.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio assim se pronunciou:

É triste, mas é isso mesmo: o trabalhador alcança a aposentadoria, mas não pode usufruir o ócio com dignidade, sem descenso no padrão de vida. Ele retorna à atividade e, o fazendo, torna-se segurado obrigatório. Ele está compelido por lei a contribuir, mas contribui para nada, ou, melhor dizendo, para muito pouco, para fazer apenas jus ao salário família e à reabilitação.¹⁵⁵

Em outros julgamentos o Supremo Tribunal Federal tem negado seguimento a recursos extraordinários interpostos pelo INSS, por inexistência dos requisitos de admissibilidade. Neste sentido, pronunciou-se recentemente a Ministra Carmen Lúcia:

Ademais, a controvérsia relativa à devolução dos valores percebidos a título de aposentadoria foi decidida com base na legislação infraconstitucional e na jurisprudência do Tribunal de Justiça. Assim, eventual ofensa à Constituição, se tivesse ocorrido, seria indireta, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário.¹⁵⁶

Desta forma, fica claro com o posicionamento dos Ministros acima mencionados, que a matéria de desaposentação vem ensejando e conquistando opiniões para que no futuro seja aceita e até mesmo legalizada.

¹⁵³ Disponível em

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2109745>>. Acesso em 28 de novembro de 2011.

¹⁵⁴ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.224.

¹⁵⁵ LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposentação: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2010, p.122.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.123.

Aparentemente o STF decidirá da mesma forma que vem decidindo o STJ, ou seja, assegurando a desaposentação, hipótese que, no entender de Wladimir Novaes Martinez, praticamente forçará o Ministério da Previdência Social a regulamentar a questão, encaminhando, em breve, um Projeto de Lei ao Congresso Nacional¹⁵⁷.

¹⁵⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p.224.

CONCLUSÃO

A desaposentação é um instituto que surgiu a partir da existência de uma situação não ideal: a necessidade de retorno ao trabalho pelo aposentado em virtude do valor muitas vezes irrisório do benefício previdenciário.

Verificou-se que a despeito da grande quantidade de pedidos de desaposentação em todas as regiões do país, até o momento não existe uma uniformidade nas decisões judiciais. Ao contrário, acompanhando as decisões sobre o assunto em nossos tribunais constata-se que existe enorme divergência de posicionamentos, inclusive entre turmas de uma mesma região.

A análise da jurisprudência comprova essa grande diversificação de decisões. Exemplificativamente: enquanto o TRF da 1ª Região e o TRF da 3ª Região (9ª Turma) não admitem a desaposentação, mesmo com devolução de valores percebidos, o TRF da 5ª Região (2ª Turma) e o TRF da 2ª Região a admitem sem a necessidade de devolução. Já a 5ª Turma da 5ª Região admite a renúncia com ressarcimento de valores. Ainda, O TRF da 4ª Região (4ª Turma) admite a desaposentação sem ressarcimento de valores se o segurado pretender computar o tempo para outro regime e com restituição de valores se computar no RGPS. Já a Turma suplementar desta mesma região admite a renúncia sem devolução dos valores e a 6ª Turma admite a renúncia com ressarcimento dos valores.

O impasse nos tribunais, que não pacificam a matéria, e a inércia do legislador, que não a regulariza, continuam gerando prejuízos ao segurados, posto que não têm atendido um direito seu.

Ocorre prejuízo também ao Poder Judiciário, uma vez que o número de ações de renúncia à aposentadoria aumenta constantemente.

Além disso, há de se considerar a problemática financeira e atuarial que envolve a questão e a administração do Instituto Nacional de Previdência Social. A consolidação do entendimento de que não se faz necessário a restituição de valores bem como a possibilidade de realização da nova aposentação - tendo o segurado inclusive direito a valores atrasados - poderia resultar em déficit nos cofres da

previdência social. Talvez esse seja o real motivo para a indefinição no reconhecimento do direito à desaposentação.

Importante ressaltar que nem todo trabalhador que contribuiu após já estar aposentado tem direito a uma nova aposentadoria mais vantajosa. A análise precisa ser feita no caso concreto.

Portanto, resta àqueles interessados – aposentados que continuaram contribuindo na condição de segurado ou seus pensionistas - aguardar o julgamento do Recurso Extraordinário nº 381.367-RS, onde se discute a pretensão ao direito à desaposentação, quando finalmente, acredita-se, haverá uma decisão que deverá pacificar a matéria.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Desaposentação e o Instituto da Transformação de Benefícios Previdenciários do Regime Geral de Previdência Social**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Revisão e Reajustamento dos Benefícios da Previdência Social**. Salvador: Jus Podivm, 2011.

BARRETO, Ana Carolina Rossi. “Comentários à Lei de Custeio”. In: BALERA, Wagner (Org.). **Previdência Social Comentada**. São Paulo: Quartien Latin, 2008.

BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Teoria Geral da Previdência Social**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

BERNARDO, Leandro Ferreira; FRACALOSSO, William. **Direito Previdenciário na Visão dos Tribunais**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

BRAGANÇA, Kerlly Huback. **Direito Previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Brasília, 05 de outubro de 1988.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988.

_____. **Decreto nº 3.048**. Brasília, 06 de maio de 1999.

_____. **Lei nº 5.869**. Brasília, 11 de janeiro de 1973.

BRIGUET, Magadar Rosália Costa; VICTORINO, Maria Cristina Lopes; HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Previdência Social, Aspectos Práticos e Doutrinários dos Regimes Jurídicos Próprios**. São Paulo: Atlas, 2007

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

CARDONE, Marly A.. **Previdência Social e Contrato de Trabalho: Relações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CLAUDINI, Andréa. **Revisão de Benefícios e Cálculos Previdenciários**. Leme/SP: Mundo Jurídico, 2010.

COIMBRA, J. R. Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUARTE, Marina Vasques. “Desaposentação e Revisão do Benefício no RGPS” In: ROCHA, Daniel Machado da et al. (Org.). **Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. **Teoria e Prática do Direito Previdenciário**. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

FERREIRA, Ruy Barbosa Marinho; DESIDERI, Francisco Carlos. **Manual de Prática Previdenciária**. 2. ed. Leme/SP: Anhanguera Editora Jurídica, 2009.

GONÇALVES, Odonel Urbano. **Manual de Direito Previdenciário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

_____, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho para uma Melhor Aposentadoria**. 5. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. “Comentários à Lei de Benefícios”. In: BALERA, Wagner (Org.). **Previdência Social Comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposentação: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2010.

LEITÃO, André Studart. **Aposentadoria Especial: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

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

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

ROCHA, Daniel Machado da. **O Direito Fundamental à Previdência Social na Perspectiva dos Princípios Constitucionais Diretivos do Sistema Previdenciário Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

OLIVEIRA, Lamartino França de. **Direito Previdenciário: Manuais para Concursos e Graduação**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2005.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo: Sinopses Jurídicas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação: Novas Perspectivas Teóricas e Práticas**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SOUZA, Leny Xavier de Brito e. **Guia Prático da Previdência Social**. São Paulo: LTr, 2011.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de Direito Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIEIRA, Sérgio. **Manual Prático Sobre Revisão de Benefícios: Teses contra o INSS**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.