

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

RAFAEL JOSÉ FREITAS GOMES

**A POSSIBILIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO À LUZ DOS DIREITOS SOCIAIS DO
CIDADÃO**

RECIFE

2012

RAFAEL JOSÉ FREITAS GOMES

**A POSSIBILIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO À LUZ DOS DIREITOS SOCIAIS DO
CIDADÃO**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. MSc. Bruna Estima Borba

RECIFE

2012

Gomes, R. J. F.

A possibilidade da desaposentação à luz dos direitos sociais do cidadão. / Rafael José Freitas Gomes. O Autor, 2012.

42 folhas.

Orientador (a): Prª Bruna Estima Borba

Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Desaposentação 3. Aposentadoria 4. Princípios 5. Renúncia.

340 CDU (2ªed.)

340 CDD (22ª ed.)

Faculdade Damas

TCC 2012-135

RAFAEL JOSÉ FREITAS GOMES

**A POSSIBILIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO À LUZ DOS DIREITOS SOCIAIS DO
CIDADÃO**

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ 2012.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador Prof. Dr. _____

1º examinador: Prof. Dr. _____

2º examinador: Prof. Dr. _____

RECIFE

2012

Dedico este trabalho à minha família, por toda a paciência e ajuda recebida nestes cinco anos de graduação.

AGRADECIMENTOS

Sinceros agradecimentos ao Coordenador da Faculdade Damas, Prof. Cláudio Brandão, pela atenção dada ao longo do curso e à orientadora Bruna Borba, pela dedicação na orientação deste trabalho.

RESUMO

A desaposentação é definida como uma reversão à aposentadoria, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário. Por não possuir previsão legislativa, sua concessão é tema bastante controverso, sendo por muitas vezes negada devido a uma visão não-hermenêutica da legislação. Ocorre que ao se analisar os princípios norteadores do Direito Público, conclui-se pelo seu total cabimento, visto que não prejudica o erário e tende a beneficiar o cidadão de boa-fé. A pesquisa se baseou nas obras literárias de Direito Previdenciário, bem como nos posicionamentos adotados pelos tribunais brasileiros. Nesse sentido, o propósito deste trabalho é evidenciar a possibilidade da desaposentação e mostrar sua grande relevância para a sociedade.

Palavras-chave: Desaposentação, Aposentadoria, princípios, Renúncia.

ABSTRACT

The unretired is defined as a reversion to retirement, with the sole purpose of enabling the acquisition of more advantageous benefits in the same or in another pension scheme. Because it has no legislative forecast, its grant is very controversial subject, many times being denied due to a non-hermeneutic legislation. What happens is that when analyzing the guiding principles of public law, it is concluded by your total out of place, since it does not affect the public purse and tends to benefit the citizens in good faith. The research was based on literary works of Social Security Law, as well as the positions adopted by Brazilian courts. In this sense, the purpose of this paper is to show the possibility of unretired and show its relevance to society.

Keywords: Unretired, Social security law, Social Rights, Resigns, Principles.

LISTA DE SIGLAS

CTC	-	CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO
INSS	-	INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL
RGPS	-	REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL
RPPS	-	REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL
STJ	-	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
TRF	-	TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. ANÁLISE DA SEGURIDADE SOCIAL E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL À LUZ DOS DIREITOS SOCIAIS DO CIDADÃO	13
1.1 Natureza jurídica dos direitos sociais do cidadão em relação aos direitos da sociedade	14
1.2 Regramento constitucional dos direitos sociais	15
1.3 O exercício do direito à aposentadoria à luz dos princípios constitucionais do direito previdenciário e dos interesses do cidadão	16
2. A APOSENTADORIA COMO CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DO CIDADÃO	18
2.1 Exposição dos regimes de aposentadoria vigentes no Brasil	18
2.1.1 - Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS)	18
2.1.2 - Do Regime Geral de Previdência Social (RGPS)	19
2.1.3 - Aposentadoria por Invalidez	19
2.1.4 - Aposentadoria por idade	20
2.1.5 - Aposentadoria por tempo de contribuição	20
2.1.6 - Aposentadoria Especial	21
3. DESAPOSENTAÇÃO	22
3.1A natureza jurídica da desaposentação	22
3.2 O conceito de desaposentação em face da obscuridade legislativa	24
3.3 A possibilidade jurídica da desaposentação ainda que na ausência de previsão legal expressa	26
3.4 Modalidades de desaposentação e a distinção do instituto da reversão	27
3.4.1 Aposentadoria proporcional para integral	28
3.4.2 Aposentadoria por invalidez para Aposentadoria por idade	28
3.4.3 RGPS para RPPS	29
3.4.4 RPPS para RGPS	29
3.4.5 A desaposentação e a distinção do instituto da reversão	30

3.5 A desaposentação e a desnecessidade de devolução das prestações recebidas.....	31
3.6 Questões jurisprudenciais relativas à desaposentação.....	34
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	41

INTRODUÇÃO

Este trabalho tentará mostrar que a desaposentação não contraria os preceitos constitucionais que visam a proteção individual, e não podem ser utilizados em desvantagem para o indivíduo sob argumento da prevalência dos interesses da sociedade.

Nesse sentido, serão investigados a natureza e os princípios constitucionais norteadores do instituto da aposentadoria, a possibilidade jurídica de sua renúncia e da obtenção de novo benefício, a prescribibilidade de devolução dos valores anteriormente recebidos e a afirmação de que os direitos sociais são antes direitos do cidadão que da sociedade.

Trata-se de tema atual e relevante, cuja importância é demonstrada por ter-se inserido como matéria de repercussão geral no Recurso Extraordinário 381376/RS, pendente de julgamento.

O direito previdenciário é cercado de princípios e conceitos próprios característicos de sua autonomia didática, princípios esses que se relacionam com os princípios gerais do direito público. Ocorre que, diferentemente do que ocorre com outras áreas do direito, não se tem dado a devida atenção a esses princípios pelos profissionais da área. No que se refere ao instituto da desaposentação, por exemplo, muitos autores analisam apenas a legislação sem realizar efetivamente a interpretação junto aos princípios basilares da matéria, gerando uma idéia equivocada sobre o tema.

A desaposentação é um instituto jurídico peculiar, não previsto na legislação pátria. Através dela, segurados da previdência já aposentados poderiam solicitar a renúncia desse benefício, a fim de utilizar um novo tempo de contribuição, com o propósito de se conseguir uma nova aposentadoria mais vantajosa que a anterior. A intenção deste trabalho é identificar a importância da desaposentação para a adequada proteção social. Não se pode negar a existência da desaposentação com base no bem-estar do segurado, pois não se está buscando o desfazimento de seu benefício, mas sim a obtenção de nova prestação, mais vantajosa.

A fim de melhor esclarecer o instituto, serão discutidos os benefícios previdenciários em espécie, notadamente os expostos na legislação vigente, além de se demonstrar doutrinariamente seus conceitos e requisitos.

Perceberá que a ausência de previsão legal não impede a sua realização, trazendo a possibilidade através de uma análise dos princípios sociais. Além disso, o atendimento da desaposentação não produz qualquer desequilíbrio financeiro no sistema previdenciário, além de atender de maneira adequada os interesses dos segurados.

A desaposentação traz alguns embaraços jurídicos, que serão demonstrados ao longo deste trabalho, que vão desde a proteção compulsória aos segurados até a inviolabilidade do ato jurídico perfeito, os quais deverão ser sopesados com os princípios do direito social e da previdência social.

A pesquisa se baseou nas obras literárias de Direito Previdenciário, bem como nos posicionamentos adotados pelos tribunais brasileiros.

1 ANÁLISE DA SEGURIDADE SOCIAL E DA PREVIDÊNCIA SOCIAL À LUZ DOS DIREITOS SOCIAIS DO CIDADÃO

Neste capítulo, analisaremos a Previdência Social em seu regramento constitucional, situando seu campo de análise nos direitos sociais. Uma das fortes correntes que vai de encontro à possibilidade da desaposentação afirma que os direitos sociais coletivos são prejudicados caso a desaposentação seja possível. Sendo assim, a coletividade seria prejudicada ao se favorecer apenas um cidadão em prol da coletividade. Analisaremos, pois, que não há uma ofensa aos direitos sociais na concessão da desaposentação. Muito pelo contrário, tais direitos tendem a se fortalecer.

A Seguridade Social, nela encontrando a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde está regulamentada na Constituição Federal, no rol dos Direitos Sociais, em seu artigo 6º, que diz serem direitos sociais a educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Percebe-se que não há a terminologia Seguridade Social presente na lista exemplificativa da Constituição, mas estão presentes a saúde, previdência social e assistência aos desamparados (que seria a assistência social).

José Afonso da Silva assim define a Seguridade Social:

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. São os direitos sociais relativos à seguridade [...]. (SILVA, 2008, p.830).

Ainda na definição de Seguridade Social, Fábio Zambitte Ibrahim assim a conceitua:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna. (IBRAHIM, 2011, p. 5).

Ainda acerca, na classificação dos direitos sociais, José Afonso da Silva a classifica dentro dos “direitos sociais do homem consumidor”. De acordo com ele, há duas grandes classificações de direitos sociais: os direitos sociais do homem produtor e os direitos sociais do homem consumidor. Segundo ele, estariam na categoria de direitos sociais do homem produtor a liberdade de instituição sindical, o direito à greve, o direito de trabalhar, o direito de obter um emprego e o direito de cooperar na gestão da empresa. Já nos direitos do homem consumidor estariam os direitos à saúde, à segurança social, ao desenvolvimento intelectual, o igual acesso das crianças e adultos à instrução, à formação profissional e à cultura (SILVA, 2008, p. 287).

José Afonso da Silva divide os direitos sociais como aqueles em que o homem, com seu mérito, consegue “produzir” e possui autorização do Estado para isso, bem como aqueles direitos que são apenas “consumidos” pelo homem, pois somente o Estado possui o dever de sempre ofertar tais direitos.

1.1 Natureza jurídica dos direitos sociais do cidadão em relação aos direitos da sociedade

Na definição de direitos sociais, que são aqueles elencados no artigo 6º da Constituição Federal, José Afonso da Silva assim define:

[...] podemos dizer que os direitos sociais, **como dimensão dos direitos fundamentais do homem**, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. **Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais** na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2008, p. 286, grifo nosso).

Significa dizer, na concepção de José Afonso da Silva, que os direitos sociais são pressupostos para o gozo dos direitos individuais, que são aqueles elencados no artigo 5º da Constituição. Assim, para que o homem consiga obter os direitos individuais explícitos, necessita de um suporte de modo a afastar o medo da

incapacidade, da falta de trabalho. Nesse sentido, a Seguridade Social aparece como um meio a assegurar a tranquilidade do cidadão, de modo a acobertá-lo quando houver alguma necessidade ou imprevisto.

Sendo assim, os direitos sociais são direitos para o benefício do cidadão, de modo que a sociedade torna possível a obtenção desses direitos. Baseado no princípio da solidariedade, todos contribuem compulsoriamente para a Previdência para, quando houver a necessidade de um indivíduo, esse gozar de um benefício previdenciário custeado não somente por ele, mas por toda uma coletividade. O Estado e a sociedade propicia um conjunto de direitos sociais de forma a atender as necessidades de cada cidadão individualmente.

1.2 Regramento constitucional dos direitos sociais

Os direitos sociais, como dito acima, estão elencados no artigo 6º da Constituição Federal:

Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Tais direitos são tutelados com base no princípio da isonomia, de forma a garantir que todos os cidadãos assim os alcancem. Não significa dizer que tais direitos não sejam individuais. Todo cidadão, com base nesse artigo, possui direito à educação, à previdência, ao lazer, à moradia e ao trabalho. Ainda nesse sentido, Pedro Lenza esclarece:

[...] os **direitos sociais**, direitos de **segunda dimensão**, apresentam-se como **prestações positivas** a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma **isonomia substancial** e **social** na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados como **fundamentos** da República Federativa do Brasil. (LENZA, 2010, p. 838, grifo do autor).

Analisaremos detalhadamente os direitos relativos à Seguridade Social, devido à limitação temática abordada neste trabalho monográfico.

A Seguridade Social compreende a Saúde, Assistência Social e Previdência Social. Dentre seus princípios norteadores estão o princípio da universalidade de cobertura, do atendimento, da igualdade, da unidade de organização e da solidariedade financeira.

A previdência social é organizada na forma de regime geral, com filiação obrigatória. Apresenta diversos tipos de benefícios, que serão analisados no próximo capítulo.

Já a Assistência social não tem caráter de benefício, visto que independe de contribuição. É uma ajuda dada pelo Estado ao cidadão que não possui condições de trabalhar e não possui outras fontes de renda oriundas de pessoas que residem na mesma residência. Ela pode ser uma assistência ao incapaz para o trabalho seja por alguma enfermidade, seja pela obtenção de idade avançada. Ou seja, para se beneficiar com a Assistência Social, o cidadão deve possuir dois requisitos: não possuir renda suficiente ao próprio sustento (a renda per capita do grupo familiar deve ser até um quarto do salário mínimo vigente) e possuir incapacidade física ou idade superior a 65 anos.

A saúde é uma prestação prestada pelo Estado, de caráter universal e descentralizada, de modo a garantir bem-estar e socorro a quem necessitar.

1.3 O exercício do direito à aposentadoria à luz dos princípios constitucionais do direito previdenciário e dos interesses do cidadão

O advento da Constituição cidadã desenhou o ideal de Estado Social, e entre os direitos fundamentais sociais do cidadão, encontra-se a Previdência Social.

A Constituição previu a aposentadoria em quatro modalidades: a) por tempo de contribuição; b) especial; c) por idade; e e) por invalidez.

A aposentadoria se tornou uma segurança ao indivíduo, pois pode trabalhar sabendo que, se alguma enfermidade ou imprevisto acontecer, ele e sua família terão um amparo e condições para pelo menos possuir o mínimo de subsistência.

O sistema previdenciário foi concebido para proteger e abrigar a cidadania e qualidade de vida. Sendo assim, a aposentadoria é um direito garantido a todo trabalhador pela própria Constituição Federal. Tal direito foi criado pelo Estado,

visando dividir com o trabalhador sua manutenção, com a chegada da sua velhice, doenças ou invalidez. A aposentadoria é uma forma que tem o Estado para intervir na subsistência da pessoa, de forma a garantir a dignidade da pessoa humana. (SILVA, 2010, p. 16). Sendo assim, a aposentadoria visa substituir o salário ou renda para que o trabalhador continue com condições financeiras para se manter.

Ocorre que a aposentadoria não preenche as necessidades básicas do homem, como saúde, alimentação, moradia e lazer. Após uma vida de trabalho o cidadão idoso se depara com essa triste realidade e se vê obrigado a continuar trabalhando para poder sobreviver, visto que os recursos que recebe com a aposentadoria são insuficientes para as suas necessidades básicas. Acerca desse tema, diz Janielly Silva:

[...] em face da desvinculação do salário mínimo das aposentadorias, o sistema previdenciário se torna injusto. O reajuste das aposentadorias não está vinculado ao aumento do salário-mínimo, mas apenas ao índice oficial de inflação, e assim os benefícios vão sofrendo uma defasagem frente ao salário-mínimo e a cada ano o valor da aposentadoria se esfacela cada vez mais até chegar ao valor do salário-mínimo, não recebendo valor inferior ao mínimo, pois é vedado pela Constituição Federal, em seu artigo 7º. (SILVA, 2010, p. 12).

Percebe-se que, embora possua na Constituição um objetivo amplo, a aposentadoria não consegue alcanças os valores sociais propostos. Então, para manter o mesmo padrão de vida, o aposentado muitas vezes retorna ao trabalho e, por possuir caráter contributivo por estar trabalhando, novamente volta a contribuir para a Previdência. Ocorre que caso seu novo salário seja maior que aqueles utilizados para o cálculo do salário de benefício, ele sai prejudicado, visto que não poderia haver uma revisão de sua aposentadoria com base nesses novos salários de contribuição. Uma solução antes encontrada era o pecúlio, porém com sua extinção, aparece o instituto da desaposentação, que será conceituado no terceiro capítulo deste trabalho monográfico.

Como se percebe, a desaposentação não fere os princípios sociais, muito pelo contrário. Com a desaposentação os direitos sociais do cidadão são efetivados, de forma a possibilitar a correta manutenção da vida do segurado, ampliando sua renda com contribuições feitas por ele.

2 A APOSENTADORIA COMO CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS DO CIDADÃO

2.1 Exposição dos regimes de aposentadoria vigentes no Brasil

O sistema previdenciário brasileiro apresenta quatro regimes distintos, a saber: o regime dos Servidores Públicos (Regimes Próprios de Previdência Social), o Regime de Previdência dos Militares, os Regimes Privados e o Regime dos demais trabalhadores (Regime Geral da Previdência Social). Devido à limitação temática, iremos tratar neste trabalho apenas os Regimes Próprios de Previdência Social e o Regime Geral da Previdência Social, que serão a seguir resumidamente apresentados.

2.1.1 Dos Regimes Próprios de Previdência Social de Servidores Públicos (RPPS)

Este trabalho tem por objetivo analisar o instituto jurídico da desaposentação no Regime Geral de Previdência Social. Todavia é importante frisar este outro Regime, que pela quantidade de segurados torna-se o segundo maior grupo. O Regime próprio é o de cada ente federativo ao qual os servidores públicos estão vinculados compulsoriamente, e encontra-se disciplinado no artigo 40 da Constituição Federal, na Seção II, intitulada dos Servidores Públicos, do Capítulo VII, Da administração Pública, do Título III, Da Organização do Estado. É usado para os titulares de cargo efetivo e vitalício.

Fábio Zambitte Ibrahim divide o Regime dos Servidores em dois grandes grupos, a saber: Voluntários e compulsórios. De acordo com ele,

A compulsória é atingida aos setenta anos, situação na qual o servidor deve, obrigatoriamente, deixar o cargo público. As voluntárias podem ser em razão da idade e tempo de contribuição, de modo semelhante ao RGPS, com a diferença da existência de limite de idade mínimo do RPPS para a aposentação por tempo de contribuição, que é de 60 anos para homem e 55 anos para mulheres. Também comporta o RPPS a aposentadoria por invalidez, quando há incapacidade permanente para o trabalho, fato a ser avaliado pela perícia médica. (IBRAHIM, 2007)

Vale salientar que esse regime será instituído em cada Ente de acordo com leis específicas, respeitando-se as normas gerais previstas na Lei 9717/98.

2.1.2 Do Regime Geral da Previdência Social (RGPS)

O Regime Geral da Previdência Social é o maior sistema protetivo brasileiro. Está previsto no artigo 201 da Constituição Federal e artigo 9º da lei 8213/91 e é matéria de direito previdenciário. Abrange todos aqueles que não estão enquadrados em regimes especiais (próprio e militar), incluindo todos os que possuem vínculo celetista, sejam empregados temporários ou permanentes. Fábio Zambitte Ibrahim, em seu manual de direito previdenciário, esclarece que

o RGPS é o regime básico de previdência social, sendo de aplicação compulsória a todos aqueles que exerçam algum tipo de atividade remunerada, exceto se essa atividade já gera filiação a determinado regime próprio de previdência. (IBRAHIM, 2011, p.172).

A seguir, analisaremos os tipos previstos de aposentadorias no RGPS.

2.1.3 Aposentadoria por Invalidez

A aposentadoria por invalidez é concedida ao segurado quando ele é considerado incapaz para o trabalho permanentemente, não havendo possibilidade de retorno. Sua concessão está sujeita ao afastamento de todas as suas atividades, bem como à suspensão do benefício em caso de retorno ao trabalho.

Marcelo Leonardo Tavares complementa, ainda, sobre esse tipo de aposentadoria:

A concessão do benefício dependerá de verificação de seus requisitos por exame médico – pericial a cargo da previdência social, podendo o segurado fazer-se acompanhar por médico de sua confiança (...). Se o aposentado retornar voluntariamente à atividade, terá sua aposentadoria automaticamente cancelada desde o retorno.(TAVARES, 2006)

A regra geral deste benefício é a carência mínima de 12 contribuições mensais, e os proventos proporcionais. Salvo, se a incapacidade permanente for resultante de acidentes de trabalho, a carência é dispensada e os proventos serão integrais.

Percebe-se portanto a presença de três requisitos para a concessão da Aposentadoria por Invalidez:

- a) A constatação de incapacidade permanente para o desempenho de atividade laboral;
- b) Impossibilidade de reabilitação para o desempenho de outra atividade laboral;
- c) Carência de 12 contribuições mensais.

2.1.4 Aposentadoria por idade

A aposentadoria por idade é devida ao trabalhador que, se homem, completar 65 anos de idade e, se mulher, 60 anos de idade. Esses limites são reduzidos em cinco anos para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar.

A cobertura nesse tipo de aposentadoria é devida porque se deduz que com o envelhecimento a capacidade de trabalho é diminuída.

Este benefício comporta carência de 180 contribuições mensais, que apenas é exigível para os segurados filiados ao RGPS após 24/07/1991, data da promulgação da lei nº 8213/91, que aumentou este período de 60 para 180 meses.

2.1.5 Aposentadoria por Tempo de contribuição

Esta forma de aposentadoria, na verdade, demonstra um dos aspectos mais importantes da previdência brasileira, o seu caráter contributivo, na medida em que os recursos da previdência são obtidos através das contribuições mensais.

Foi criada pela reforma da previdência com a Emenda Constitucional nº 20/98, deixando de contar como requisito o tempo de contribuição e o limite de idade. Quem tinha tempo de serviço e continuou trabalhando, este foi transformado em tempo de contribuição e a partir da emenda tinham que continuar contribuindo.

Tem esta espécie de aposentadoria os seguintes requisitos:

- a) Homem: 35 anos de contribuição;
- b) Mulher: 30 anos de contribuição.

O tempo de contribuição, que é o intervalo entre a data de início do contrato até o requerimento ou desligamento da atividade, acima referido, sofre uma redução de 5 anos para professor que comprove tempo exclusivo de efetivo exercício em função da atividade.

2.1.6 Aposentadoria Especial

Fábio Zambitte Ibrahim conceitua da seguinte forma a aposentadoria especial:

Este benefício visa atender os segurados que são expostos a agentes físicos, químicos e biológicos, ou uma combinação destes, acima dos limites de tolerância aceitos, o que se presume produzir a perda da integridade física e mental em ritmo acelerado.

A aposentadoria especial, prevista nos artigos 57 e 58 da Lei 8213/91, é devida ao segurado que tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Assim como a aposentadoria por idade e a por tempo de contribuição, comporta carência de 180 contribuições mensais, submetendo-se à mesma regra de transição prevista na Lei 8213/91.

3. DESAPOSENTAÇÃO

3.1 A natureza jurídica da desaposentação

A desaposentação seria, como o próprio nome sugere, o desfazimento da aposentação. É importante destacar a diferença entre aposentação e aposentadoria, pois são institutos diversos, embora de fácil confusão. Silva, por exemplo, em seu Vocabulário Jurídico, afirma terem o mesmo sentido os termos aposentação e aposentadoria, ao assim definir o termo aposentadoria:

Aposentadoria. Com o mesmo sentido de aposentação, o termo designa o ato pelo qual o poder público, ou o empregador, confere ao funcionário público, ou empregado, a dispensa do serviço ativo, a que estava sujeito, embora continue a pagar-lhe a remuneração, ou parte dela, a que tem direito, como se em efetivo exercício de seu cargo. A aposentadoria pode ser voluntária, compulsória, por invalidez, por idade ou especial. (SILVA, 2004, p.121)

A definição acima na verdade mistura conceitos de ambos os termos como se um só fosse. Na verdade, a aposentação é pressuposto para a existência da aposentadoria, sendo o ato capaz de modificar a situação do segurado, de ativo para inativo. A aposentadoria seria, por consequência, a nova condição do segurado. É, ainda, “a prestação previdenciária por excelência, visando garantir os recursos financeiros indispensáveis ao beneficiário, de natureza alimentar” (IBRAHIM, 2007, p. 7). Ainda acerca dessa distinção, Ibrahim assim conclui:

Apesar de frequentemente utilizados como expressões sinônimas, aposentação e aposentadoria apresentam significados distintos, sendo aquela o ato capaz de produzir a mudança do status previdenciário do segurado, de ativo para inativo, enquanto esta é a nova condição jurídica assumida pela pessoa. A aposentadoria surge com a aposentação, prosseguindo seu curso até sua extinção. (IBRAHIM, 2007, p. 34)

Confirmando tal diferença, Martinez afirma ser a desaposentação o inverso do ato de aposentação, e não o inverso da aposentadoria. Afirma que “a

desaposentação é o inverso da aposentação; restabelecimento do cenário pretérito, voltar ao estágio em que se encontrava quando da concessão do benefício” (MARTINEZ, 2010, p. 30). Diz ainda Martinez que “a desaposentação é o ato de constituição do estado de desaposentado” (MARTINEZ, 2007, p. 14).

A aposentação assume a condição de ato jurídico perfeito, de caráter vinculado, no entanto sem perder seu caráter alimentar ou as características de direito disponível e personalíssimo. Possui caráter vinculado por excelência, visto que a Administração Pública, ao analisar se os requisitos para o ato de aposentação estão presentes, não possui discricionariedade para concretizar ou não o ato, mas apenas analisar se os requisitos estão ou não presentes.

A desaposentação surge como o desfazimento desse ato de aposentação, situação que levaria o indivíduo ao *status quo ante*, ou seja, ao estado anterior ao ato de aposentação, o que acarreta, conforme será analisado mais adiante, na devolução das parcelas recebidas a título de aposentadoria. Cumpre salientar ainda que a renúncia à aposentação não significa renúncia ao tempo de contribuição do segurado, mas apenas às parcelas recebidas com a finalidade de se obter benefício mais vantajoso, no mesmo ou em outro regime previdenciário.

Acerca de sua natureza jurídica, vale destacar as palavras de Wladimir Novaes Martinez:

Desaposentação é ato administrativo formal vinculado, provocado pelo interessado no desfazimento da manutenção das mensalidades da aposentadoria, que compreende a desistência com declaração oficial desconstitutiva. Desistência correspondendo à revisão jurídica do deferimento da aposentadoria anteriormente outorgada ao segurado. (MARTINEZ, 2010, p. 30)

Percebe-se, com as palavras de Martinez, que apenas o segurado aposentado possui legitimidade para pleitear a desaposentação, visto se tratar de direito personalíssimo. Faz-se necessária, portanto, a manifestação expressa de vontade. O aposentado passará ao status de ativo, como se nunca jubilado fosse. Martinez ainda complementa:

Retrata a ideia de quem legítima, legal e regularmente jubilara-se (pressuposto logicamente imediato), nas hipóteses possíveis e que requereu a abdicação do ato formal concessório para tornar-se um ativo, produzindo-se os efeitos práticos e jurídicos defluentes. (MARTINEZ, 2010, p. 30)

3.2 O conceito de desaposentação em face da obscuridade legislativa

Não há no ordenamento jurídico brasileiro o conceito de desaposentação. É bem verdade que esse instituto recebeu a denominação “desaposentação” pela primeira vez por Wladimir Novaes Martinez, quando esclarecia a possibilidade da renúncia ao ato de aposentação. A desaposentação é, portanto, uma construção doutrinária e jurisprudencial. Devido a essa lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, diversos autores trataram a definir tal instituto, possuindo alguns conceitos mais restritos e outros mais amplos.

A ideia mais simplificada acerca da Desaposentação vem de Tarso Guimarães. Segundo ele, a desaposentação seria “o direito ao retorno à atividade remunerada” (GUIMARÃES *apud* MARTINES, 2010, p. 39). Ocorre que o simples retorno à atividade remunerada não caracteriza a desaposentação, como será visto mais adiante.

Leandro Ferreira Bernardo conceitua de forma mais ampla o instituto, ao afirmar que a desaposentação

(...) seria definida como a renúncia da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo de se retornar à atividade laboral ou adquirir um benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário. (BERNARDO, 2009, p. 501)

De forma semelhante assim define Helena Mizushima Wendhausen:

A desaposentação retrata a situação de quem legítima, legal e regularmente estava aposentado com o benefício em manutenção e requereu a renúncia do ato formal concessório, para aproveitamento do tempo de contribuição neste regime previdenciário ou em outro regime previdenciário, produzindo-se os efeitos práticos e jurídicos dali decorrentes. (WENDHAUSEN, 2007, p. 26)

Todavia o conceito que melhor define o instituto, abordando suas nuances e classificações de modo completo é o conceito pioneiro, do especialista no assunto Wladimir Novaes Martinez. Segundo ele,

Basicamente, então, desaposentação é uma renúncia à aposentação, sem prejuízo do tempo de serviço ou do tempo de contribuição, por se irrenunciáveis, seguida ou não de volta ao trabalho, restituindo-se o que for atuarialmente necessário para a manutenção do equilíbrio financeiro dos regimes envolvidos com o aproveitamento do período anterior no mesmo ou em outro regime de Previdência Social, sempre que a situação do segurado melhorar e isso não causar prejuízo a terceiros. (MARTINEZ, 2010, p. 38)

Na visão de Martinez o simples retorno à atividade laboral não caracteriza a desaposentação. A renúncia à aposentação ocorre em relação às vantagens percebidas durante o período de jubilo, mas não pode haver uma renúncia ao tempo de serviço ou de contribuição, visto que são irrenunciáveis, por se tratar de direito adquirido. O conceito de Martinez também não limita que o aproveitamento do período anterior deva ser utilizado no mesmo regime previdenciário, mas pode perfeitamente ser aproveitado em outro regime. É importante destacar ainda que tal ato não cause prejuízo a terceiros, tampouco ao equilíbrio financeiro dos regimes envolvidos.

Por fim, Janielly Nunes e Silva a conceitua da forma mais didática possível:

Desaposentação, então, é a renúncia à aposentadoria para fins de obter uma com benefício melhor com base nas contribuições previdenciárias vertidas, mesmo quando o segurado era tido por inativo por algum regime previdenciário. (SILVA, 2010, p. 40)

Ibrahim ao definir o instituto, admite a possibilidade da desaposentação apenas quando houver a melhoria da situação econômica do segurado, ao afirmar que “a desaposentação pode existir em qualquer regime previdenciário, desde que tenha como objetivo a melhoria do status econômico do segurado” (IBRAHIM *apud* WENDHAUSEN, 2007, p. 26). Martinez, todavia, defende a ideia de ser possível a desaposentação para reduzir o status econômico do segurado, caso essa redução lhe traga felicidade, mesmo admitindo ser rara essa hipótese. Diz Martinez: “Moralmente, não se admite que o aposentado queira se prejudicar, receber menos (exceto, num raríssimo caso, se isso lhe trouxer felicidade)” (MARTINEZ, 2007, p. 17).

3.3 A possibilidade jurídica da desaposentação ainda que na ausência de previsão legal expressa

Ao analisar os argumentos utilizados pelo INSS para negar a desaposentação, Janielly Nunes da Silva esclarece que a ausência de previsão legal não deve ser impedimento para a aplicação do instituto. A aplicação de qualquer princípio a um caso prático deve respeitar a unicidade do direito. Diz Janielly ainda que “a interpretação literal e exclusiva pode gerar prejuízo e aplicabilidade em desacordo com a sociedade” (SILVA, 2010, p. 50).

Acerca do problema da lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, Aldemiro Dantas sugere que o uso dos princípios gerais do direito deve ser o principal caminho a ser seguido pelo magistrado.

Entende-se por princípios gerais do direito aquelas idéias fundamentais que orientam todo o ordenamento jurídico, podendo tais princípios encontrarem-se expressos ou não nesse ordenamento. Destaque-se que os princípios gerais do Direito não têm por finalidade única o preenchimento das lacunas do ordenamento, desempenhando importantíssima função integradora. (DANTAS, 2005, p. 81)

Além disso, o INSS utiliza como argumento da não possibilidade da desaposentação o “discurso” segundo o qual os beneficiários não poderiam “renunciar” às aposentadorias já concedidas.

Alega o INSS em síntese que a aposentadoria é irreversível, lastreando suas decisões no texto do art. 181-B do Decreto 3.048/1999, cujo teor é o seguinte:

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

Ocorre que a figura do decreto autônomo não mais existe em nosso ordenamento, o que faz com que ao decreto reste apenas a função de explicitar termos e preceitos já contidos na norma que pretende regulamentar. Não é conferida a esta espécie normativa o caráter modificativo, mas tão somente regulador.

O Decreto é apto tão-somente a regulamentar disposição legal, não podendo inovar na ordem jurídica, pois não está entre as espécies legislativas previstas taxativamente no rol do art. 59 da Constituição Federal.

É irrelevante, portanto, a vedação imposta pelo artigo 181-B, do Decreto nº 3048/99, pois ela não é válida em nosso ordenamento jurídico, já que, em Direito Previdenciário, um decreto não pode criar, extinguir ou modificar direito.

Nesse sentido, Di Pietro esclarece que o poder regulamentar defere ao Chefe do Executivo a função de “editar normas complementares à lei, para sua fiel execução”, o que é bem diferente de inovar a ordem jurídica, criando vedações antes não previstas. (DI PIETRO, 2003, p. 87)

Quando um decreto tenta inovar a ordem jurídica, tem-se grave violação ao princípio da legalidade.

Assim, mesmo existindo o dispositivo acima citado, este é inaplicável, pois vai de encontro a uma norma hierarquicamente superior, a qual deve prevalecer.

Enfim, nenhuma exceção pode ser criada por meio de decreto, principalmente se esta inovação prejudica o segurado.

Por este motivo, o art. 181-B, do Decreto 3.048/1999, é ilegal frente ao ordenamento jurídico vigente.

Há ainda uma discussão acerca do artigo 18, parágrafo 2º da Lei n 8213/91, que versa o seguinte: “

3.4 Modalidades de desaposentação e a distinção do instituto da reversão

A desaposentação tornou-se mais discutida com o fim do pecúlio na Previdência Social Brasileira. É bastante comum o aposentado, diante da necessidade de complementar sua renda, continuar trabalhando. A Lei de Custeio, em seu artigo 12, parágrafo 3º, expressamente diz que o empregado é obrigado a contribuir, seja ele aposentado ou não. O princípio da Solidariedade justifica essa obrigatoriedade, visto que a Previdência é mantida pela própria sociedade para benefício dessa mesma sociedade. Sendo assim, o segurado continua na ativa e quer que suas novas contribuições tenham reflexo na sua nova aposentadoria. Antes com o pecúlio, essas contribuições eram devolvidas ao segurado, porém esse

instituto não mais existe. Aparece então a desaposentação como uma possível solução para esse problema.

Como se disse, o segurado quer abrir mão da sua aposentadoria (renunciá-la) para pedir uma nova aposentaria, mais vantajosa, utilizando-se também as novas contribuições que ele continua vertendo. É possível então as seguintes modalidades de desaposentação:

- a) Aposentadoria proporcional para integral;
- b) Aposentadoria por Invalidez para Aposentadoria por idade;
- c) RGPS para RPPS;
- d) RPPS para RGPS;

A seguir, será explicado cada uma dessas modalidades. É importante destacar que as modalidades apresentadas são as mais demandadas no Poder Judiciário, mas existem outras, como RPPS para RPPS, entre outras.

3.4.1 Aposentadoria proporcional para integral

Nessa modalidade de aposentadoria, um aposentado que possui aposentadoria proporcional e continuou na atividade, agora quer aproveitar o novo tempo de contribuição para utilizar-se de uma proporcionalidade maior, ou mesmo para a obtenção de aposentadoria integral por tempo de contribuição.

Esse tipo de desaposentação não causaria prejuízo ao erário, visto que a previdência, caso esse segurado aguardasse o período para a aposentadoria integral, deveria estar preparada para custear essa nova aposentadoria. Nesse sentido, esclarece Wladimir Novaes Martines: “Se o segurado não tivesse obtido a primeira aposentadoria, o INSS deveria estar preparado para pagar a segunda; logo, não haveria prejuízo” (MARTINEZ, 2010, p. 69).

3.4.2 Aposentadoria por invalidez para Aposentadoria por idade

A aposentadoria por invalidez geral alguns embaraços ao segurado, pois para continuar recebendo seu benefício, o aposentado por vezes é submetido a alguns exames médicos, a fim de constatar se existe ou não incapacidade para o trabalho. Nos termos de Wladimir Noavaes Martinez, “além de se submeter o segurado aos

exames médicos periódicos, essa prestação não programada impede a volta ao trabalho” (MARTINEZ, 2010, p. 70).

Nesse caso, o aposentado ao atingir a idade para a concessão do benefício da Aposentadoria por Idade (60 anos para mulher e 65 anos para homem), ele poderia renunciar à Aposentadoria por invalidez e solicitar a aposentadoria por idade, não mais levando em consideração a saúde do segurado, e sim os requisitos de idade para a obtenção do benefício.

3.4.3 RGPS para RPPS

Nessa modalidade de desaposentação, encontramos exemplos bastantes comuns e corriqueiros, e que apresentam grande demanda do poder judiciário. Suponhamos que um segurado que se aposentou no Regime Geral, e, após, passou em um concurso público e foi para um Regime Próprio. Ocorre que o tempo de contribuição que ele possuía já foi usado para a obtenção de uma aposentadoria no Regime Geral, e ele não pode mais computá-lo no Regime Próprio. Pelo Princípio da Contagem Recíproca, é possível a contagem do tempo de contribuição no serviço público e no Regime Geral, porém caso ele já seja aposentado em um regime, não poderia utilizar-se daquele período.

Uma solução para melhorar sua situação, que seria a obtenção da aposentadoria no Regime Próprio, seria abrir mão da aposentadoria conquistada no Regime Geral, retornar ao status quo ante, para, uma vez possuindo novamente o status de ativo, solicitar a aposentadoria no Regime Próprio.

Esta é uma modalidade em que os argumentos ao contrário não possuem fundamento, visto que nada impede que o indivíduo aposentado continue a estudar, a lutar por uma posição social melhor e usufruir dos benefícios conquistados com o novo Regime jurídico de Previdência.

3.4.4 RPPS para RGPS

A desaposentação de um servidor oriundo de um RPPS para um RGPS também é perfeitamente cabível, assim como a anteriormente citada, uma vez que tem o mesmo objetivo que a anterior. É, no entanto, menos requisitada, pois os benefícios de um RPPS são menores que os benefícios de um RGPS. A doutrina é

pacífica em relação a essa modalidade de desaposentação, pois preenche os requisitos da desaposentação, que seria estar aposentado, renunciar de tal aposentadoria para pleitear nova aposentadoria mais vantajosa.

Janielly Nunes e Silva nos oferece um exemplo dessa modalidade de desaposentação:

Um exemplo, para ilustrar essa modalidade, é a de um servidor de uma Prefeitura Municipal, que tem o cargo de auxiliar administrativo, com remuneração de um salário mínimo e, após, aposentar-se no regime próprio municipal, passe a exercer a atividade de representante comercial e contribua para obter o maior benefício do RGPS. Para ele será mais vantajoso sair do RPPS para o RGPS. (SILVA, 2011, p. 71).

3.4.5 A desaposentação e a distinção do instituto da Reversão

A desaposentação consiste na renúncia a um benefício em gozo para a obtenção de um novo benefício, de forma a melhorar a situação do aposentado.

A reversão, uma forma de provimento derivado de servidores públicos, ocorre sempre no interesse da administração pública, e não no interesse do particular. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, tem-se uma definição do instituto:

Reversão é o reingresso do aposentado no serviço ativo, ex officio ou “a pedido”, por não subsistirem, ou não mais subsistirem, as razões que lhe determinaram a aposentação; ou seja, por ter sido erroneamente decidida ou porque, em inspeção médica, apurou-se a ulterior superação das razões de saúde que a estribavam. (MELLO, 2010, p. 312).

A reversão ocorre quando junta médica oficial declarar que não existem motivos para a concessão da aposentadoria por invalidez (ex officio), ou no interesse da administração (a pedido), desde que presentes os requisitos: a) tenha solicitado a reversão; b) a aposentadoria tenha sido voluntária; c) estável quando na atividade; d) a aposentadoria tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação; e) haja cargo vago (MAZZA, 2011, p. 434).

Percebe-se que não há nenhuma renúncia a ser solicitada, nem qualquer uma das modalidades da desaposentação. Trata-se, portanto, de institutos diversos, sendo inclusive a Reversão tratada apenas no âmbito dos servidores públicos, disciplinada na Lei 8.112/90.

Sobre o tema, vale a pena transcrever as palavras de Wladimir Novaes Martinez:

Na reversão do serviço público o que se tem é a cessação de uma aposentadoria por invalidez despachada anteriormente em virtude de conclusão da perícia médica, sempre que posteriormente for comprovada a aptidão para o trabalho e sobrevivendo volta ao trabalho do servidor (ESPCU, arts. 25/27). Não há renúncia a nada nem qualquer desaposentação. (MARTINEZ, 2010, p. 76).

Ainda sobre a distinção da reversão, nesse mesmo sentido Fábio Ibrahim os diferencia:

Os regimes próprios de previdência são também omissos quanto à questão, no máximo tratando da reversão, que é instituto distinto, pois visa o retorno ao labor remunerado no cargo público com a perda do benefício previdenciário, no interesse da Administração Pública, sendo mero ato discricionário da mesma. (IBRAHIM, 2007, p. 38).

3.6 A desaposentação e a desnecessidade de devolução das prestações recebidas

Em que pese existir posição jurisprudencial defendendo que seja conferido o efeito *ex tunc* aos casos de mudança de regime previdenciário, no caso da desaposentação no mesmo regime, como no caso analisado neste trabalho monográfico, não há que se falar em restituição de valores percebidos, pois o benefício de aposentadoria, quando originalmente concedido, foi feito com o intuito de permanecer durante o restante da vida do segurado.

Quando ocorrendo em um mesmo regime previdenciário ocorre na verdade um mero recálculo do valor da prestação, em razão das contribuições feitas pelo segurado e pelo tempo em que trabalhou após obtenção do seu benefício original.

Desta forma, fica patente que não faz o menor sentido a restituição dos valores recebidos no passado, prevalecendo o efeito *ex nunc* da desaposentação.

A questão da devolução dos valores recebidos encontra-se pacificada no STJ, o que fica demonstrado através da análise do Recurso Especial nº 1.113.682:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.113.682 - SC (2009/0064618-7)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

R.P/ACÓRDÃO : MINISTRO JORGE MUSSI

RECORRENTE : JACI ADALBERTO DE MELO

ADVOGADO : ALOÍZIO PAULO CIPRIANI E OUTRO(S)

RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADVOGADO : MILTON DRUMOMD CARVALHO

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. A renúncia à aposentadoria, para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não importa em devolução dos valores percebidos, "pois enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos" (REsp 692.628/DF, Sexta Turma, Relator o Ministro Nilson Naves, DJU de 5.9.2005). Precedentes de ambas as Turmas componentes da Terceira Seção.

2. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir: Prosseguindo no julgamento, a Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Jorge Mussi, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Jorge Mussi os Srs. Ministros Laurita Vaz e Arnaldo Esteves Lima. Votou vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que conhecia do recurso, mas lhe negava provimento. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2010 (Data do Julgamento)

Em sentido oposto, Martinez afirma que seria necessária a restituição dos valores recebidos pelo aposentado ao requerer a desaposentação, visto que o próprio conceito do instituto afirma que o segurado voltará ao status quo ante, e o estado em que ele se encontrava ainda não acarretava na percepção das parcelas da aposentadoria. Diz Martinez que somente com a imprescindível devolução das parcelas recebidas, o objetivo da desaposentação seria alcançado. (MARTINEZ, 2007, p. 16). Complementa ainda:

Ainda que seja seguro social, pensando-se individualmente, se a Previdência Social aposenta o segurado, ela se serve de reservas técnicas acumuladas individualmente pelos trabalhadores, entre as quais as do titular do direito ao benefício. Na desaposentação, o órgão gestor terá de reaver os valores pagos para estar econômica, financeiramente apta para aposentá-lo adiante ou poder emitir a CTC. (MARTINEZ, 2007, p. 17).

Em mesmo sentido, Marina Vasques Duarte defende que a devolução das parcelas recebidas é indispensável para que exista a desaposentação. De acordo com ela, “o mais justo é conferir efeito ex-tunc à desaposentação e fazer retornar o status quo ante, devendo o segurado restituir o recebido do órgão gestor durante todo o período que esteve beneficiado”. (DUARTE *apud* WENDHAUSEN, 2007, p. 31).

Interessante, todavia, o posicionamento de Castro e Lazzari, ao defender que não é necessária nenhuma restituição de valores na desaposentação, comparando nesse caso com o instituto da reversão, quando não é necessária nenhuma restituição:

É defensável o entendimento de que não há a 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 8.112/1990, que não prevê a devolução dos proventos recebidos. (LAZZARI *apud* WENDHAUSEN, 2007, p. 31).

Percebe-se, portanto, que mesmo havendo decisões do STJ favoráveis à não devolução das parcelas recebidas, a doutrina é bastante divergente acerca desse ponto da desaposentação, utilizando-se basicamente três questões polêmicas acerca da restituição, que são: a) os efeitos do ato de aposentação; b) o caráter alimentar das parcelas recebidas e c) O desequilíbrio financeiro e atuarial que a desaposentação pode causar. Apenas quando houver uma legislação específica regulamentando o instituto é que será superada tal divergência.

3.5 Questões jurisprudenciais relativas à desaposentação

Após analisar a opinião da doutrina, importante analisar o posicionamento dos tribunais, de forma a demonstrar que existe uma Jurisprudência Pacífica no STJ confirmando o direito aos segurados de renunciarem a sua aposentadoria, de modo a conseguir um benefício mais vantajoso.

Este capítulo apresentará um enfoque jurisprudencial, a fim de verificar quais as respostas que o Poder Judiciário Brasileiro tem dado as seguintes indagações: poderia o segurado já aposentado postular a revisão de seu benefício com o “desfazimento” do ato de aposentação e incorporar mais contribuições e/ou mais tempo de serviço ou ainda obter um novo benefício previdenciário mais benéfico, na atual sistemática brasileira, ou isso lhe seria totalmente vedado, sendo o ato de aposentação de todo irreversível.

Há algum tempo, a jurisprudência vinha se posicionando no sentido de não permitir a desaposentação.

Nos casos em que a Justiça entendia ser possível tal mecanismo, determinava que o segurado devolvesse os valores já recebidos referentes à Aposentadoria que queria "cancelar". No entanto, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a desaposentação é, sim, possível, inclusive ressaltou ser desnecessário o ressarcimento dos valores já recebidos:

RENÚNCIA. APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO. TEMPO.

A Turma, por maioria, reiterou o entendimento de que o segurado pode renunciar à sua aposentadoria e reaproveitar o tempo de contribuição para fins de concessão de benefício no mesmo regime ou em outro regime previdenciário, não necessitando devolver os proventos já percebidos; pois, enquanto perdurou a aposentadoria, os pagamentos de natureza alimentar eram indiscutivelmente devidos. Precedentes citados: AgRg no REsp 926.120-RS, DJe 8/9/2008, e AgRg no REsp 328.101-SC, DJe 20/10/2008. (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.113.682-SC. Relator originário: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator para o acórdão: Ministro Jorge Mussi em 23/2/2010.)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO-OBIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. EFEITOS EX TUNC DA RENÚNCIA À APOSENTADORIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, por ser ela um direito patrimonial disponível. Sendo assim, se o segurado pode renunciar à aposentadoria, no caso de ser indevida a acumulação, inexistente fundamento

jurídico para o indeferimento da renúncia quando ela constituir uma própria liberalidade do aposentado. Nesta hipótese, revela-se cabível a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência. Caso contrário, o tempo trabalhado não seria computado em nenhum dos regimes, o que constituiria uma flagrante injustiça aos direitos do trabalhador.

2. O ato de renunciar ao benefício, conforme também já decidido por esta Corte, tem efeitos *ex tunc* e não implica a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Inexistindo a aludida inativação onerosa aos cofres públicos e estando a decisão monocrática devidamente fundamentada na jurisprudência desta Corte, o improvimento do recurso é de rigor.

3. Agravo regimental improvido.

(Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 328101. Processo 200100698560/SC. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura em 02/10/2008.)

POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. EFEITOS EX NUNC. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. CONTAGEM RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO DA AUTARQUIA.

1. É firme a compreensão desta Corte de que a aposentadoria, direito patrimonial disponível, pode ser objeto de renúncia, revelando-se possível, nesses casos, a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência.

2. Com efeito, havendo a renúncia da aposentadoria, inexistirá a vedação legal do inciso III do art. 96 da Lei nº 8.213/1991, segundo o qual "não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro", uma vez que o benefício anterior deixará de existir no mundo jurídico, liberando o tempo de serviço ou de contribuição para ser contado em novo benefício.

3. No ponto da renúncia, ressalto que a matéria está preclusa, dado que a autarquia deixou de recorrer. O cerne da controvérsia está na obrigatoriedade, ou não, da restituição dos valores recebidos em virtude do benefício que se busca renunciar.

4. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício tem efeitos *ex nunc* e não envolve a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto aposentado, o segurado fez jus aos proventos.

5. A base de cálculo da compensação, segundo a norma do § 3º da Lei nº 9.796/1999, será o valor do benefício pago pelo regime instituidor ou a renda mensal do benefício segundo as regras da Previdência Social, o que for menor.

6. Apurado o valor-base, a compensação equivalerá à multiplicação desse valor pelo percentual do tempo de contribuição ao Regime Geral utilizado no tempo de serviço total do servidor público, que dará origem à nova aposentadoria.

7. Se antes da renúncia o INSS era responsável pela manutenção do benefício de aposentadoria, cujo valor à época do ajuizamento da demanda era R\$316,34, após, a sua responsabilidade limitar-se-á à compensação com base no percentual obtido do tempo de serviço no RGPS utilizado na contagem recíproca, por certo, em um valor inferior, inexistindo qualquer prejuízo para a autarquia.

(Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Especial n. 557231. Processo 200301323044/RS. Relator: Ministro Paulo Gallotti em 08/04/2008.)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. EFEITOS EX NUNC. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. CONTAGEM RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO DA AUTARQUIA. 1. É firme a compreensão desta Corte de que a aposentadoria, direito patrimonial disponível, pode ser objeto de renúncia, revelando-se possível, nesses casos, a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência. 2. Com efeito, havendo a renúncia da aposentadoria, inexistirá a vedação legal do inciso III do art. 96 da Lei nº 8.213/1991, segundo o qual "não será contado por um sistema o tempo de serviço utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro", uma vez que o benefício anterior deixará de existir no mundo jurídico, liberando o tempo de serviço ou de contribuição para ser contado em novo benefício. 3. No ponto da renúncia, ressalto que a matéria está preclusa, dado que a autarquia deixou de recorrer. O cerne da controvérsia está na obrigatoriedade, ou não, da restituição dos valores recebidos em virtude do benefício que se busca renunciar. 4. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício tem efeitos ex nunc e não envolve a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto aposentado, o segurado fez jus aos proventos. (Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Especial n. 557.231/RS. Relator: Ministro Paulo Gallotti em 08.04.2008.)

Eis, ainda, algumas ementas dos Tribunais Regionais Federais da 2ª, 3ª e 4ª Região.

O TRF da 2ª Região considera cabível o pleito de desaposentação:

ADMINISTRATIVO. PREVIDENCIÁRIO. DIREITO DE RENÚNCIA À APOSENTADORIA. CANCELAMENTO DE BENEFÍCIO.

- Inexiste lei que obste a renúncia à aposentadoria. Instrução Normativa não pode regulamentar o que não se encontra previsto em lei.
- No caso, a matéria referente ao cancelamento da aposentadoria do impetrante deve se pautar pelo princípio da razoabilidade.
- Verifica-se a inexistência de lei que vede a desaposentação e a inoccorrência de prejuízo para o Estado ou para o particular, com a renúncia ao benefício, bem como a presença de fortes motivos pessoais para o reconhecimento do pedido de cancelamento da aposentadoria, eis que o INSS a concedeu de forma provisória, o que implicará fortes prejuízos ao segurado, se não for confirmada a final. (Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação em Mandado de Segurança n. 48664. Processo: 200251015076400. Relator: Desembargador Federal Fernando Marques em 20/05/2003).

No mesmo sentido o TRF da 3ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA DA APOSENTADORIA PARA POSTULAR NOVA APOSENTADORIA. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. OBSERVÂNCIA.

- Possibilidade de o segurado renunciar ao benefício que recebe para postular outro benefício no mesmo regime previdenciário, ou ainda em regime previdenciário diverso. Desaposentação.

- A inexistência de dispositivo legal que proíba a renúncia aos benefícios previdenciários legalmente concedidos deve ser considerada como possibilidade para a revogação do benefício a pedido do segurado. Princípio da legalidade.

- O agravado renunciou ao direito de recebimento do benefício concedido, anteriormente ao levantamento do valor depositado, não havendo prejuízo à autarquia previdenciária. Desta forma, não merece reforma a decisão agravada.

- Agravo de instrumento a que se nega provimento.

(Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento n. 311877. Processo: 200703000899190. Relator: Juíza Therezinha Cazerta em 17/11/2008.)

O TRF da 4ª Região também já se manifestou sobre a matéria, tendo decidido, favoravelmente a desaposentação, mas salientando a necessidade de restituição dos valores recebidos. Vejamos as ementas:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RENÚNCIA À BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM OUTRO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA. NECESSIDADE DE RESTITUIR OS VALORES

AUFERIDOS À TÍTULO DE APOSENTADORIA. 1. Se o segurado pretende renunciar ao benefício concedido pelo INSS para postular aposentadoria junto a outro regime de previdência, com a contagem do tempo que serviu para o deferimento daquele benefício, os proventos recebidos da autarquia previdenciária deverão ser restituídos. 2. Embargos Infringentes providos.

(Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Terceira Seção. Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 1999.04.01.067002-2/RS, Relator: Desembargador Fedederal Luiz Fernando Wowk Penteado em 15.01.2003.)

Situação diferente vem do entendimento da Primeira Turma do TRF-5, que trás como fundamento para não reconhecer a desaposentação o artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8213/91:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APOSENTADORIA ESPECIAL. RENÚNCIA (DESAPOSENTAÇÃO) PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DO ART. 18, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 8.213/91.

1. O autor é beneficiário de aposentadoria especial (DIB: 22/3/1996) e pretende renunciar ao benefício (desaposentação) para a obtenção de outro mais vantajoso, utilizando o tempo de contribuição posterior à aposentação.

2. Nos termos do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91, o aposentado que permanecer em atividade não terá direito a novos benefícios

previdenciários, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando for o caso.

3. Não se admite a renúncia de aposentadoria para obtenção de outra de mesma natureza, mais vantajosa. Tal procedimento criaria uma nova espécie de benefício, com início antecipado e posterior conversão na modalidade integral, desde que o aposentado continuasse trabalhando. Se assim fosse, todo trabalhador se aposentaria proporcionalmente e passaria a empregar os valores recebidos em função da própria aposentadoria, o que não tem amparo legal.

4. Quanto às contribuições previdenciárias vertidas, não geram direito a um novo benefício, tampouco aumentam o valor da renda mensal da aposentadoria em fruição. Não podem ser adicionadas para fins de concessão de aposentadoria integral, uma vez que o tempo de serviço anterior já foi aproveitado pelo segurado para a concessão da própria aposentadoria.

5. Desprovimento da apelação. (Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Primeira turma. Apelação Cível AC548167/PE. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti em 18/10/2012).

Pela simples leitura das decisões colacionadas acima, ficou evidenciado que a desaposentação, como instituto do Direito Previdenciário, ainda é questão controversa dividindo os julgadores, o que cria decisões díspares na esfera da jurisprudência.

Atualmente, a desaposentação é tema de Repercussão Geral, sendo discutida no RE 661256.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, percebe-se que embora bastante controvertida a matéria, e com posicionamentos diversos entre os órgãos julgadores, a desaposentação tende a ser encarada como um novo instituto plenamente possível de ser alcançado.

É importante destacar que os argumentos utilizados pelo INSS não são congruentes, visto que os princípios constitucionais e outras fontes do direito devem ser analisadas antes de haver a negativa do benefício. Além disso, o Decreto 3048/99 não pode ser tido como impedimento, porque havendo lacuna na lei, não pode disciplinar matéria e restringir direitos sobre os quais a lei ainda não se manifestou.

O sistema previdenciário foi concebido para proteger, para resguardar, promover a cidadania e a vida de qualidade. Ao menos ficou assim delineado, face aos princípios constitucionais que o regem.

A aposentadoria deveria ser o direito ao ócio reconhecido pelo Estado, porém quando os trabalhadores brasileiros julgam estar alcançando esse sonho se defrontam com um verdadeiro pesadelo, nada de novas realizações, ideais, lazer, etc., mas sim de um debater inútil em face das necessidades crescentes do cotidiano e a sua progressiva descapitalização pessoal.

Tal desengano torna os segurados desmotivados ao se depararem com a verdadeira realidade que o sistema previdenciário lhes oferece, pois o problema não foi pensado nem planejado pelo Estado, foi mais um acaso na história nacional, onde mais uma vez se valoriza quem produz, não mais quem produziu.

Após uma vida de trabalho o cidadão idoso se depara com essa triste realidade e, assim, se vê obrigado a continuar trabalhando para poder sobreviver, e a continuar vertendo contribuições para o Sistema Previdenciário.

Nesse contexto surgiu o instituto da desaposentação, pelo qual se busca o aproveitamento do tempo de contribuição pós-aposentadoria para promover a ampliação do valor da aposentadoria do segurado, em benefício de seu bem-estar, uns dos relevantes fins Previdência Social.

Sob o argumento de que existiria vedação legal (Decreto 3.048/1999) e que a aposentadoria é direito fundamental indisponível, a Autarquia Previdenciária

sustenta que esta não poderia ser “renunciada”. Entretanto, há que se distinguir a renúncia pura e simples do pleito de desaposestação que permite ao aposentado rever o ato concessório de seu benefício a fim de obter uma vantagem em sua fonte de rendimento.

Esperamos ter evidenciado que a negativa do INSS é um contra-senso e que os fundamentos utilizados pelo INSS estão em desalinho com o texto constitucional e com os princípios consagrados para a proteção dos segurados e aposentados, já que eles buscam apenas promover a revisão de sua aposentadoria com o objetivo de melhorar sua condição de vida, consagrando os direitos sociais do cidadão.

REFERÊNCIAS

BERNARDO, Leandro Ferreira. **Direito Previdenciário na visão dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 3048, de 06 de maio de 1999. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 de maio de 1999.

DANTAS, Aldemiro; MALFATTI, Alexandre David; CAMARGO, Elizeu Amaral. **Lacunas do Ordenamento Jurídico**. Barueri: Manole, 2005.

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

DUARTE, Marina Vasques. **Direito Previdenciário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. **Revisões de benefícios previdenciários**. Curitiba: Juruá, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação**. 2. ed. Niterói: Impetus, 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Elementos Atuais de Desaposentação. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. Porto Alegre, v. 19, n. 218, p. 07-24, Ago. 2007. Mensal.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Janielly Nunes da. **Do direito à aposentadoria ao da desaposentação**. Olinda: Livro Rápido, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

WENDHAUSEN, Helena Mizushima. Aspectos controversos da desaposentação. **Revista IOB Trabalhista e Previdenciária**. Porto Alegre, v. 19, n. 218, p. 25-33, Ago. 2007. Mensal.