



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

GABRIELE BULCÃO VISCO

**O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO E SEUS REFLEXOS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

CAMPINA GRANDE – PB
2014

GABRIELE BULCÃO VISCO

**O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO E SEUS REFLEXOS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de bacharel.

Orientador: Prof^ª. Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral.

CAMPINA GRANDE – PB
2014

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

V824i

Visco, Gabriele Bulcão.

O instituto da desaposentação e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro [manuscrito] / Gabriele Bulcão Visco.– 2014.

30 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

“Orientação: Prof. Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral, Departamento de Direito Privado”.

1. Direito previdenciário. 2. Aposentadoria. 3. Desaposentação. I. Título.

21. ed. CDD 344.02

GABRIELE BULCÃO VISCO

**O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO E SEUS REFLEXOS
NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Bacharelado em
Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de bacharel.

Aprovado em: ___ / ___ / ___

Nota: 10,0 (dez)

BANCA EXAMINADORA

Renata Maria Brasileiro Sobral

Prof^ª Esp. Renata Maria Brasileiro Sobral / UEPB
Orientador

Prof. Esp. Laplace Guedes Adcoforado de Carvalho / UEPB
Examinador

Prof. Ms. Maria Cezilene Araújo de Moraes / UEPB
Examinador

RESUMO

Chegado o momento de se aposentar, muitos trabalhadores desejam ou necessitam continuar laborando, especialmente por motivos de ordem financeira. Sabe-se que o jubilado que estiver exercendo ou voltar a exercer atividade abrangida pelo Regime Geral de Previdência Social é considerado segurado obrigatório em relação ao labor exercido. Ocorre que, estando ele já aposentado, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. Com esse contexto surge a desaposentação que nada mais é do que o ato do segurado de abdicar da aposentadoria que recebe com o objetivo de requerer uma nova mais benéfica. Aqueles que são contrários ao instituto alegam a obrigatoriedade de devolver os valores pagos a título de aposentadoria aos cofres públicos, justificam a ausência de previsão legal, bem como o fato da aposentadoria ser irrenunciável, além de outros argumentos. No entanto, todos eles são plenamente contestáveis e isso demonstra a real possibilidade de aplicação prática do instituto. Contudo, imprescindível que ocorra o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, assim como a sua respectiva regulamentação legal.

Palavras-Chaves: Previdência Social. Aposentadoria. Desaposentação.

INTRODUÇÃO

A seguridade social surgiu com a luta dos trabalhadores por melhores condições de vida e abrange os ramos da saúde, assistência e previdência social. Esta última garante ao trabalhador o direito a uma velhice assistida, na qual tenha condições de sobreviver quando, por fatores alheios à sua vontade, não possa mais exercer suas atividades laborais.

Ocorre que muitos profissionais já aposentados retornam ao mercado de trabalho com o fim de complementar a sua renda. Tal realidade se dá porque boa parte deles, para não dizer a maioria, recebe valores ínfimos que mal supre as necessidades básicas e os cuidados que a idade requer. Diante da situação, muitos se veem obrigados a continuar trabalhando para ter uma vida mais digna e justa.

Com o labor surge a obrigatoriedade de contribuir para a Previdência Social, em razão do princípio da solidariedade. Ocorre que a lei só garante ao jubilado apenas o direito a receber o salário família e a reabilitação profissional dessas novas contribuições, não tratando do recebimento de uma nova aposentadoria.

Diante disso, surgiu o instituto da desaposentação que vem ganhando a certo tempo uma destacada e acentuada posição no mundo jurídico, tratando-se do tema mais evidente no âmbito previdenciário. Tal panorama se dá principalmente pelos inúmeros aspectos polêmicos que giram ao seu redor, caracterizando-o como uma das mais calorosas contendas do contexto forense.

O instituto pode ser conceituado como o fenômeno que o aposentado retorna ou continua no mercado de trabalho, fazendo as devidas contribuições e, depois de certo tempo, deseja se desaposentar para obter uma melhora financeira na sua aposentadoria, ou seja, ele renuncia aos valores que a representam e, simultaneamente, requer a elaboração de novos cálculos para que passe a receber um benefício reajustado de acordo com o novo período contributivo.

Embora ausente a permissão legal do instituto, o presente trabalho almeja demonstrar a possibilidade daquele que continuar contribuindo para o sistema, mesmo estando aposentado, em renunciar aos valores recebidos para, simultaneamente, solicitar o recebimento de um melhor benefício, utilizando-se, dessa forma, das contribuições recolhidas enquanto aposentado.

Vale salientar que esse artigo é direcionado ao estudo e análise da possibilidade de desaposeção dos segurados no âmbito do Regime Geral da Previdência Social. Dessa forma, os demais regimes serão apenas citados à título de complementação.

Por razões metodológicas, o trabalho foi dividido em seis tópicos. O primeiro trata de forma breve sobre a seguridade social e seus ramos. Após, a abordagem é direcionada para a Previdência Social, abrangendo uma visão geral do sistema e dos regimes previdenciários. No terceiro tópico, é estudada a aposentadoria e suas nuances.

O ponto fulcral desse artigo, qual seja a desaposeção, é tratado no quarto tópico, no qual é abordado o seu histórico, conceito, requisitos, prescrição e decadência, bem como a aparente problemática do instituto, além de demonstrar os argumentos utilizados por aqueles que são contrários à tese.

Em seguida, abre-se um pequeno parêntese para tratar da desaposeção no âmbito do regime próprio de previdência e, por fim, no último tópico explicitado será a real possibilidade de aplicação prática do objeto de estudo, abordando, dessa maneira, aspectos importantes e controversos do tema.

Para a consecução do artigo, a metodologia - estudo da sistematização dos caminhos percorridos quando da realização de uma pesquisa científica (FONSECA, 2002) - utilizada foi o de pesquisa bibliográfica, de cunho exploratório e descritivo, permitindo o conhecimento e análise de material de relevo sobre o tema, possibilitando traçar uma abordagem sobre o mesmo, para, ao fim, fazer um posicionamento em torno da problemática em questão.

Foram utilizados como subsídios a lei, a jurisprudência e a doutrina para embasar o trabalho. Configura-se, portanto, a presente pesquisa como de caráter documental quanto ao procedimento metodológico, uma vez que houve utilização de documentos e de fontes

diversificadas (GERHARDT; SILVEIRA, 2007), e de abordagem qualitativa, já que o fim colimado é analisar a desaposentação sob a ótica das fontes do direito no que se refere ao seu procedimento.

Assim, a pesquisa é fundamentada na análise e verificação de literaturas relativas ao tema, utilizando-se de doutrinas diversas de forma interdisciplinar, como Direito Previdenciário e Administrativo, tudo isso com vista a concluir sobre a possibilidade ou não de aplicação do presente instituto jurídico previdenciário.

Realizou-se, ainda, a análise crítica dos argumentos contrários ao instituto e dos julgados já realizados sobre o tema, bem como a contextualização dos seus resultados, concretizando uma abordagem acadêmico-científica acerca da problemática ora estudada.

Utilizou-se, também, o método hipotético-dedutivo, tendo em vista que este tem como objetivo demonstrar, por meio de uma hipótese atrelada a uma inferência lógica dedutiva, a conclusão, na sua totalidade a partir de premissas, maneira pela qual se garante a veracidade das conclusões, evitando assim a invalidade da lógica aplicada.

Nesse sentido, o presente artigo se ambienta na necessidade de um aprofundamento acerca do tema, em busca da aplicação prática do instituto da desaposentação na realidade cotidiana. É de suma importância ressaltar que, em virtude das nuances do presente tema, os aspectos que serão abordados não esgotam a temática, até porque, além da ausência de previsão legal, aguarda-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal através de recursos pendentes de julgamento.

Assim, feitas essas considerações gerais e diante das implicações doutrinárias, jurídicas e jurisprudenciais afetas ao tema, imperioso que ao instituto seja dedicado esforços no sentido de compreendê-lo e aplicá-lo no cotidiano.

1. DA SEGURIDADE SOCIAL

A seguridade social surgiu a partir da luta dos trabalhadores por melhores condições de vida. As primeiras normas protetivas tinham caráter exclusivamente assistencial, só surgindo as primeiras leis previdenciárias no ano de 1883 na Alemanha.

Entre as Constituições brasileiras, a Carta Magna de 1988 foi a primeira a adotar o termo “Seguridade Social”, inserindo-a no Título VIII, mais especificamente no Capítulo II, da Constituição Federal e é conceituada no art. 194 do diploma legal. Vejamos.

Art. 194 - A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Estando no título que trata da Ordem Social é possível dizer que os direitos a ela relativos são direitos sociais e, por isso, que a seguridade social comporta três pilares, quais sejam as áreas da saúde, assistência e previdência social. As duas primeiras, ao contrário da previdência, dispensam qualquer contribuição por parte dos beneficiários.

Segundo Ivan Kertzman (2012), a Carta Magna agrupou esses três setores em razão da inter-relação existente entre os mesmos.

A seguridade social deve ser financiada por toda a sociedade, seja de forma direta ou indireta, cabendo ao Poder Público a sua organização com base nos objetivos previstos no parágrafo único do art. 194 da CRFB/88.

Tem por finalidade, além de proporcionar o bem-estar, garantir a efetivação da justiça social. Ou seja, visa evitar que na ocorrência de riscos sociais¹ não haja interferência da vivência digna do cidadão.

Em suma, compreende a Seguridade Social uma das principais estruturas destinada a assegurar aos cidadãos proteção social.

2. DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Doutrina majoritária considera como marco inicial da previdência social no Brasil o Decreto Legislativo nº 4.682 de 1923, mais conhecido como Lei Eloy Chaves. Essa Lei foi responsável por instituir as Caixas de Aposentadoria e Pensões para os ferroviários e tinha como beneficiários os empregados e diaristas que executavam serviços de cunho permanente nas empresas de estrada de ferro. Segundo Hugo Goes (2012), a sua tamanha importância decorreu do desenvolvimento e da estrutura que a previdência passou a ter depois do seu advento.

Consagrada nos arts. 201 e 202 da CF, além das leis específicas nº 8.212/91 e 8.213/91 no plano infraconstitucional, bem como do decreto nº 3.048/99, a previdência social é organizada sob a forma de regime geral, possui caráter contributivo, filiação obrigatória e visa proteger seus beneficiários contra os riscos sociais.

Deve observar o equilíbrio financeiro e atuarial, atendendo a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada, como também deve proteger a maternidade, o trabalhador nos casos de desemprego involuntário, os dependentes dos segurados de baixa-renda com o salário-família e o auxílio-reclusão, além da pensão por morte.

¹ Riscos Sociais: são os infortúnios que causam perda da capacidade para o trabalho e, conseqüentemente, para a manutenção do sustento. (KERTZMAN, 2012, p. 39).

Suas finalidades estão previstas no art. 1º da Lei 8.213/91:

Art. 1º - A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

Segundo Kertzman (2012), ela é sustentada pelos princípios da compulsoriedade e da contributividade. Pelo primeiro entende-se que a filiação é obrigatória para aqueles que exercem atividade remunerada, já o segundo estabelece que só terá direito a qualquer benefício aquele que seja considerado segurado, ou seja, a pessoa que contribuir para o sistema.

Além desses dois, o princípio da solidariedade também é de suma importância, uma vez que os recursos são destinados a quem realmente necessitar.

Diante disso, é possível concluir que a previdência é um “direito social de fruição universal para os que contribuem para o sistema” (KERTZMAN, 2012, p. 29).

2.1 UMA VISÃO GERAL DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO

Sabe-se que há dois sistemas básicos de previdência no Brasil, o público e o privado.

Ao contrário do sistema público, o privado é complementar e facultativo, possuindo natureza contratual. Lembra Raphael Alexander Rosa Romero (2012) que o regime geral de previdência social, que é uma espécie de regime público de previdência social, está disposto no art. 201 da Constituição Federal, já o regime privado está regulado no art. 202 da Carta Maior.

Marcelo Leonardo Tavares (2011) caracteriza o sistema público como aquele mantido por pessoa jurídica de direito público, que possui natureza institucional, sendo de filiação compulsória, possuindo as contribuições verdadeira natureza tributária. Além de tais características, é possível dizer que esse sistema pode ser destinado aos servidores públicos e mantido pelos entes políticos da Federação, ou aos trabalhadores da iniciativa privada e gerido por uma autarquia federal – Instituto Nacional do Seguro Social.

Os regimes de previdência social podem ser financiados por meio de repartição simples ou por capitalização. No caso do primeiro as contribuições são depositadas em um fundo único, sendo os recursos distribuídos para quem necessitar e é o adotado nos regimes previdenciários públicos do Brasil. O sistema de capitalização, ao contrário, é adotado pela previdência privada e consiste em contribuições realizadas pelos próprios administradores,

devendo os rendimentos ser utilizados para concessão de futuros benefícios aos segurados, de acordo com a contribuição feita por cada um (KERTZMAN, 2012).

Os benefícios previdenciários podem ser de natureza programada, como, por exemplo, os que cobrem o risco de idade avançada, ou não programada, é o caso da aposentadoria por invalidez e o auxílio doença.

Os regimes podem ser classificados como de benefício definido ou de contribuição definida. No primeiro caso as regras para o cálculo do valor do benefício são previamente definidas, conforme ressalta Kertzman (2012), e é o que ocorre com a previdência pública do Brasil. Já no segundo as contribuições são definidas e o valor dos benefícios varia em função dos rendimentos das aplicações e é o utilizado pela previdência privada.

No Brasil, a CF tracejou três espécies de regimes previdenciários: o regime geral de previdência social, os regimes próprios de previdência social e o regime de previdência complementar. Cumpre salientar que os dois primeiros são administrados pelo poder Público e o último é de natureza privada.

2.1.1 REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - RGPS

O autor Marcelo Tavares (2011) conceitua a previdência no Regime Geral de Previdência Social como o seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuição e que visa cobrir os riscos sociais de incapacidade, idade avançada, tempo de contribuição, encargos de família, morte e reclusão.

Sendo o principal regime previdenciário nacional, é administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social, vinculado ao Ministério da Previdência, e as contribuições são arrecadadas, cobradas e fiscalizadas pela Receita Federal do Brasil, órgão do Ministério da Fazenda. Adota o regime de repartição simples, como dito anteriormente, e possui benefício definido, além de ser financiado pelo Governo, empresas e segurados.

A contribuição da empresa é feita mediante cálculo de um percentual sobre o total da remuneração paga aos trabalhadores. Já a contribuição dos segurados incide sobre a remuneração recebida.

Os destinatários de tal regime se dividem em beneficiários, que, por sua vez, são subdivididos em segurados e dependentes. Os primeiros são aquelas pessoas físicas filiadas ao regime, podendo ser considerados como obrigatórios ou facultativos, a depender se a filiação é decorrente de exercício de atividade laboral ou não. Já os segundos podem ser considerados como aqueles que não exercem qualquer atividade de vinculação obrigatória a qualquer regime previdenciário e que seja maior de 16 anos.

2.1.2 REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL - RPPS

Previsto no art. 40 da CF e infraconstitucionalmente nas Leis 9.717/98 e 10.887/04, o Regime Próprio de Previdência Social é instituído mediante lei de cada uma das entidades federativas com o objetivo primordial de cobrir os riscos sociais dos seus servidores efetivos, bem como dos militares. Assim, é considerado como aquele que emana de um ente federativo público, destinando-se aos servidores efetivos que a ele estão sujeitos e juridicamente inseridos.

Logo, os denominados Regimes Próprios são aferidos conforme a natureza da sua ação instituidora, bem como no específico contingente delimitado, isto é, servidores públicos efetivos².

É fruto das denominadas reformas previdenciárias ocorridas no país, em especial a decorrente da Emenda Constitucional nº 20/98, responsável em determinar a implementação deste regime nos entes federados, visando garantir uma melhor gestão das contribuições previdenciárias de tais entes. É de suma importância salientar que, embora os entes federativos tenham tamanha competência, obviamente devem observar os parâmetros contidos nas normas federais e na Carta Magna.

Com a Emenda Constitucional 41/03, a instituição dessa espécie de regime passou a ser obrigatória, conforme reza o art. 149, § 1º da CF.

Possui, entre outras, as características de ser contributivo, já que é custeado pelos servidores, e solidário por ser por meio das contribuições que as aposentadorias e pensões são custeadas.

Os servidores que integram essa espécie de regime podem ser titulares de aposentadoria compulsória, aquela que ocorre obrigatoriamente aos setenta anos de idade, ou voluntária, desde que atendidos aos requisitos de idade ou tempo de contribuição.

Os benefícios previdenciários a serem concedidos por esse regime são apenas o de aposentadoria por idade, por tempo de serviço, por invalidez e a compulsória, além da pensão por morte. Os demais, como auxílio reclusão e salário maternidade, são disciplinados na lei local, devendo observar, no que couberem, as regras do RGPS, conforme estabelece o art. 40, § 13 da CF.

Insta observar que, diante da omissão de algum ente federativo na criação do seu próprio regime, o regime geral será responsável pela cobertura dos servidores.

² Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25691/a-desaposentacao-nas-relacoes-juridicas-dos-servidores-publicos>>. Data de acesso: 10.12.2013.

2.1.3 REGIME DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

O regime de previdência complementar é facultativo e a base da sua regulamentação está prevista legalmente no art. 202 da CRFB/88, bem como nas Leis Complementares 108/01 e 109/01.

Pode ser dos servidores públicos ou privado.

O primeiro regime, previsto no art. 40, § 14 a 16 da CF, até o presente momento não foi instituído, dependendo de lei ordinária de iniciativa do Poder Executivo de cada ente federativo. É facultativo e possui natureza privada, baseando-se na constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

Quando for finalmente criado, será gerenciado por entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos participantes planos de benefícios apenas na modalidade de contribuição definida.

Já o regime de previdência privada complementar é facultativo, autônomo em relação ao RGPS e divide-se em aberto ou fechado, a depender da forma de ingresso do participante. Baseia-se na constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

3. APOSENTADORIA

A aposentadoria, consagrada constitucionalmente no art. 7º, XXIV e arts. 201 e 202, é o afastamento remunerado do trabalhador das suas atividades após cumprir uma série de exigências estabelecidas em lei, com o fim de poder gozar dos benefícios da previdência social.

Marcelo Leonardo Tavares (2011, p. 345) afirma que “o ato jurídico de aposentadoria é perfeito, se observou a lei, e gera direito adquirido ao gozo de benefício sob as condições estipuladas”.

Diz-se que são considerados como adquiridos os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem, conforme reza o art. 6º, § 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Portanto, recebe a aposentadoria essa qualificação uma vez que os proventos, como direito do aposentado, resultam de fatos que estão definitivamente consumados e contribuídos.

É espécie de prestação previdenciária e que, portanto, pertence ao mundo da Seguridade Social, especificamente, da Previdência Social. É um direito constitucional que, ao mesmo tempo, é um princípio, ou seja, está acima da mera legislação ordinária (ZARZANA, Dávio Antônio Prado e ZARZANA, Dávio Antônio Júnior, 2014).

Trata-se de um benefício de caráter alimentar, pois, em regra, é a única fonte de renda auferida pelo aposentado e que viabiliza a sua subsistência, bem como a de seus familiares.

Dessa forma, todo segurado da Previdência Social, obrigatório ou facultativo, possui o direito de se aposentar quando preenchidos os requisitos legais e cumpridas as fases exigidas para concessão da aposentadoria.

4. O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO

4.1 HISTÓRICO

Estudos apontam que foi o doutrinador Wladimir Novaes Martinez o responsável por introduzir o instituto da desaposentação no meio jurídico em meados de 1987, por meio do seu artigo intitulado “Renúncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários”.

A partir de então, por volta dos anos de 1990, o tema tem sido objeto de inúmeros trabalhos e congressos científicos. Marco Aurélio Serau Junior (2013) justifica que o grande interesse no estudo de tal instituto é decorrente, além do baixo valor dos benefícios previdenciários, da extinção do direito ao pecúlio e ao abono de permanência.

O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do julgamento do *REsp*. 1334488/SC, já se debruçou sobre o tema, através da Primeira Seção e via recurso repetitivo. Concluiu ser possível a renúncia da aposentadoria, por se tratar de direito patrimonial disponível, de forma a obter um benefício mais vantajoso, abrangendo-se os salários de contribuição posteriores à aposentadoria anterior, não exigindo que os valores já recebidos sejam devolvidos em razão da sua natureza alimentar e da boa-fé dos beneficiários.

Saliente-se que, tendo sido analisada a situação por meio de recurso repetitivo, tal entendimento deve ser adotado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais e pelos Tribunais Regionais Federais³ e que é de suma importância tal *decisum*, uma vez que a desaposentação sequer é admitida no âmbito administrativo perante o INSS.

Em 09 de Setembro de 2013 a Comissão de Finanças e Tributação da Câmara dos Deputados rejeitou o projeto de lei (PL 2.682/2007) que permitia a desaposentação. O projeto rejeitado era de autoria do deputado Cleber Verde do PRB do Maranhão. O relator Zeca Dirceu (PT-PR) argumentou a incompatibilidade e a inadequação financeira e orçamentária da

³ Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2013/07/desaposentacao.html>>. Data de acesso: 15.01.2014.

proposta, pois seria uma forma de estimular a não devolução dos valores recebidos, o que geraria, segundo suas palavras, “efeitos deletérios” para a Previdência Social⁴.

Cumpra observar que o projeto foi rejeitado por dezesseis votos a oito e que, como já tramitava em fase terminativa na comissão, foi arquivado⁵. Com isso, o tema está sedimentado no Legislativo, embora o mesmo não possa ser dito quanto ao Judiciário, já que há posicionamentos diversos.

No Supremo Tribunal Federal aguarda-se a análise dos Recursos Extraordinários nº 381.367 e 661.256 que ganharam status de repercussão geral. Dessa forma, ainda não há uma tese consolidada na Suprema Corte, uma vez que o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vista requerido pelo Ministro Dias Toffoli.

O recurso 661.256 foi interposto pelo INSS com a finalidade de questionar a decisão do STJ que reconheceu a um segurado aposentado o direito de renunciar à sua aposentadoria com o objetivo de obter benefício mais vantajoso, sem que para isso tivesse que devolver os valores já recebidos. A autarquia argumenta que o reconhecimento do recálculo do benefício, sem a devolução dos valores recebidos, fere o princípio do equilíbrio atuarial e financeiro previsto no art. 195, caput e § 5º, bem como no art. 201, caput, da Carta Magna, além de contrariar o ato jurídico perfeito.

No RE 381.367, cuja relatoria pertence ao Ministro Marco Aurélio, aposentados do Rio Grande do Sul buscam a desaposentação. Utilizam como argumento o fato da norma prevista na Lei 9.528/1997 ferir o art. 201, § 11 da CF. Em setembro de 2012 o caso começou a ser analisado na Suprema Corte, tendo o relator votado pelo reconhecimento do direito, alegando que, da mesma forma que o trabalhador jubilado que retorna à atividade tem o ônus de contribuir, a Previdência Social tem o dever de, em contrapartida, assegurar-lhe os benefícios próprios, levando em conta as novas contribuições feitas (ZARZANA, Dávio Antônio Prado e ZARZANA, Dávio Antônio Júnior, 2014). Ocorre que, como já dito, o julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista.

Para os especialistas na área previdenciária, a postura do Supremo Tribunal Federal ainda poderá demorar, ultrapassando, na perspectiva de alguns, o ano de 2014, embora a quantidade de processos em que o aposentado deseje se desaposentar continue aumentando significativamente.

⁴ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-11/camara-deputados-rejeita-proposta-permitiria-desaposentacao>>. Data de acesso: 10.12.2013.

⁵ Disponível em: <<http://portalctb.org.br/site/opiniao/20823-desaposentacao-um-dia-de-tristeza-para-a-classe-trabalhadora>>. Data de acesso: 20.01.2014.

Com o histórico acima exposto, é possível concluir que há três correntes em torno do tema aqui abordado. A primeira é a adotada pelo INSS em que não se admite a desaposentação. Há também a que a aceita, mas para que o segurado faça jus ao recebimento da nova aposentadoria é preciso a devolução dos proventos recebidos durante o tempo que esteve inativo. E, por fim, a posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, na qual é admitida a desaposentação sem necessidade de devolução dos valores.

4.2 CONCEITO

A desaposentação pode ser conceituada como o fenômeno em que o beneficiário renuncia a aposentadoria que recebe, visando adquirir uma nova. Para exemplificar, abrange o caso de pessoas que se aposentam, mas continuam contribuindo obrigatoriamente para o Regime Geral da Previdência Social em virtude do exercício de alguma atividade remunerada e que, diante desse cenário, desejam se reaposentar para obter um benefício financeiramente mais vantajoso.

Na visão do presidente da comissão de seguridade social da OAB-SP, Ailton Laurindo, a desaposentadoria significa pedir o cancelamento da aposentadoria para conseguir uma nova, que some todos os anos de trabalho e resulte num benefício melhor⁶. Portanto, não pode ser confundida com a ação de revisão de benefício, já que se trata de uma renúncia ao atual benefício e, simultaneamente, requer-se uma nova aposentadoria.

Para Fábio Zambitte Ibrahim (2011) a desaposentação é a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos, com a finalidade de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso, seja no mesmo ou em outra espécie de regime previdenciário.

Dávio Antonio Prado Zarzana e Dávio Antonio Prado Zarzana Júnior (2014) conceituam como a renúncia do benefício original de aposentadoria que um segurado recebe, para que, em ato contínuo, ele possa alçar aposentadoria mais vantajosa, sem precisar devolver os valores recebidos a título da primeira aposentadoria. Em outras palavras, os mesmos autores dizem que é o reconhecimento de poder desfazer a aposentadoria concedida, sem qualquer devolução de valores, concedendo-se outra, computando-se as contribuições feitas depois que o aposentado começou a receber sua aposentadoria, aumentando assim o valor de sua “nova aposentadoria”.

⁶ Disponível em: <<http://br.financas.yahoo.com/noticias/voc-sabia-que-existem-pessoas-entrando-na-justi-143700319.html>>. Data de acesso: 20.01.2014.

Assim, na desaposeição, os cálculos validamente aceitos para a concessão do benefício original são mantidos, acrescidos de novos períodos contributivos, em obediência ao princípio constitucional da retributividade (ZARZANA, Dávio Antônio Prado e ZARZANA, Dávio Antônio Júnior, 2014).

A desaposeição, ressalta Marco Aurélio Serau Junior (2013), pode ser obtida tanto em regime previdenciário diverso como no mesmo regime em que já tenha ocorrido a primeira aposentadoria. Além disso, lembra o autor, as suas modalidades variam a depender do regime adotado, RGPS ou RPPS, devendo, nesse último caso, ser atendida as particularidades do Direito Administrativo.

Logo, é a desaposeição o ato do segurado de abdicar da aposentadoria que recebe com o objetivo de requerer uma nova aposentadoria mais benéfica, podendo ser, vale salientar, no mesmo regime previdenciário ou em outro.

4.3 REQUISITOS

Diante do conceito amplamente abordado no tópico anterior, torna-se simples identificar os requisitos exigidos para requerer a desaposeição.

Antes de mais nada é preciso a existência de uma aposentadoria já instituída e em vigor.

Após, imprescindível que ocorra a sua renúncia de forma expressa, formal e escrita, e, simultaneamente, que seja feito um pedido de obtenção de nova aposentadoria.

Ademais, é necessário que sejam observados requisitos específicos de cada regime que o jubilado é integrante.

Uma observação importante é que o benefício só pode ter seu valor aumentado até o teto pago pela Previdência, algo hodiernamente em torno de R\$ 4.390,24 (quatro mil, trezentos e noventa reais e vinte e quatro centavos)⁷. Ou seja, para ingressar com a ação de desaposeição deve o beneficiário ter certeza da melhora da sua renda mensal, o que se consegue por meio dos cálculos previdenciários.

Outro aspecto a ser salientado e que foi objeto de análise da Primeira Seção do STJ recentemente é que com o pedido de desaposeição o cálculo para os novos benefícios previdenciários deve abranger os salários de contribuição após à primeira aposentadoria. Tal aspecto pode ser visualizado pela leitura da ementa abaixo:

⁷ Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/noticias/beneficios-o-idade-de-reajuste-para-os-segurados-que-recebem-acima-do-minimo-e-de-556-em-2014/>>. Data de acesso: 29.01.2014.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO RESP 1.334.488/SC, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. CÔMPUTO DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO PARA A NOVA APOSENTADORIA. ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO. DEBATE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Trata-se de Embargos de Declaração contra decisão proferida em Agravo Regimental que estabeleceu a desnecessidade de o segurado devolver os valores recebidos a título de aposentadoria como consequência da renúncia a esta para utilizar posterior tempo de contribuição para futura concessão de benefício de mesma natureza.

2. A Primeira Seção, sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, consignou que "os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preferir para a concessão de novo e posterior jubramento" (Resp 1.334.488/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, Dje 14.5.2013).

3. Nos Embargos de Declaração opostos contra a decisão prolatada no referido Recurso, a Primeira Seção do STJ acolheu em parte os aclaratórios, sem efeito modificativo, para esclarecer que "os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preferir para a concessão de novo e posterior jubramento".

4. Considerando a possibilidade de interpretação destoante do contexto do acórdão embargado e do próprio objeto do pedido de desaposementação, deve ficar expresso que a nova aposentadoria, a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, deve computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou. Esclarecimento necessário.

5. No mais, não se afiguram as omissões e contradições apontadas pelo embargante. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional (arts. 5º, XXXVI; 201, caput, e 195, § 5º, da CF) em Recurso Especial, mesmo que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

6. Não há falar em incidência da Súmula 10/STF ou em ofensa ao art. 97 da CF/1988, nos casos em que o STJ decide aplicar entendimento jurisprudencial consolidado sobre o tema, sem declarar inconstitucionalidade do texto legal invocado.

7. Embargos de Declaração acolhidos em parte tão somente para esclarecer o julgado embargado, sem efeito modificativo. (EDcl no AgRg no REsp 133143/RS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2012/0134842-9).

Por derradeiro, cumpre observar que aplica-se a lei vigente no momento da concessão do segundo benefício previdenciário ao solicitar a desaposementação, por isso é que, no momento do requerimento, é preciso analisar detidamente se realmente a nova aposentadoria será mais vantajosa que a antiga.

4.4 DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA

O art. 103 da Lei 8.213/91 trata dos prazos decadenciais para direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício e prescricionais para

toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social.

Tais temas têm sido frequentemente arguidos nos recursos interpostos pelo INSS como mais um óbice à pretensão de desaposentação.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁸, em julgamento de recurso repetitivo interposto pelo INSS tendo como objeto o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, decidiu não ser aplicável na desaposentação o prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei de Benefícios.

O relator justificou que a interpretação dada ao instituto da decadência prevista nesse dispositivo legal deve ser restritiva, uma vez que os prazos decadenciais decorrem de lei ou de ato convencional. Como o artigo supramencionado traz o prazo decadencial de 10 anos para todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, não abrangendo o instituto da desaposentação, não é possível aplicá-lo de forma ampliativa.

Antes mesmo de tal decisão o autor Marco Aurélio Serau Junior (2013) já adotava esse entendimento ao explicar que o pressuposto desse artigo é a alteração de benefício previdenciário em razão de algum tipo de vício, visando-se a correção e adequação aos termos legais. Dessa forma, não sendo a desaposentação uma pretensão de revisão, até porque para sua concessão pressupõe-se a legalidade da primeira aposentadoria, é que não pode ser aplicado esse prazo decadencial.

Quanto ao prazo prescricional, o mesmo autor lembra o art. 102 da Lei 8.213/91 que trata da imprescritibilidade do fundo de direito, prescrevendo tão somente eventuais parcelas atrasadas. Ocorre que, segundo afirma, não faz sentido utilizá-lo como tese argumentativa, uma vez que na desaposentação não se discute parcelas atrasadas.

Explica Hugo Goes (2012) que o direito ao benefício previdenciário em si não prescreve, mas somente as prestações que não foram reclamadas dentro de certo tempo em virtude da inércia do beneficiário.

Diferentemente do prazo decadencial, ainda não há posições dos tribunais brasileiros quanto a aplicabilidade da prescrição no instituto aqui estudado.

4.5 PROBLEMÁTICA

⁸ Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112434>. Data de acesso: 14.01.2014.

Como se sabe o jubilado que estiver exercendo ou voltar a exercer atividade abrangida pelo RGPS é considerado segurado obrigatório em relação ao labor exercido. Nesse sentido, estabelece o art. 11, § 3º da Lei 8.213/91. Vejamos:

§ 3º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social.

Ocorrendo essa situação o § 2º do art. 18 da mesma lei, cerne da problemática da desaposentação no âmbito do RGPS, dispõe que:

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Da análise desses dispositivos é possível vislumbrar que aquele que se aposenta, mas permanece no exercício de atividade remunerada, ou a ela retorna, deve continuar contribuindo para o sistema, mas, não obstante isso, só terá direito a receber apenas o benefício do salário-família e da reabilitação profissional.

Ou seja, mesmo mantendo a condição de contribuinte, aquele que já se aposentou fará jus apenas aos benefícios acima citados, não tendo direito a uma nova aposentadoria. Diante disso, para obtê-la é preciso fazer uso do instituto da desaposentação, renunciando a aposentadoria atualmente recebida e, simultaneamente, requerer uma melhor em razão do novo período contributivo.

Daí que a problemática também reside no art. 181-B do Decreto nº 3.048/1999. Vejamos:

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

Nessa senda, diante do exposto nos artigos supramencionados, a legislação não permite que quem continue contribuindo após o recebimento da aposentadoria possa usufruir da retribuição devida por essa contribuição, bem como não aceita que haja a renúncia da aposentadoria.

Logo, o grande questionamento que gravita em torno do instituto é saber se aquele que ainda contribui para a Previdência Social, mesmo estando aposentado, terá direito a renunciar ao benefício que recebe de forma a obter outro que lhe seja mais favorável. Para isso,

imprescindível que sejam demonstrados os argumentos daqueles que são contrários a desaposeição para que, imediatamente, sejam os mesmos combatidos e rechaados.

4.6 EMBARAÇOS JURÍDICOS OponÍVEIS À DESAPOSEIÇÃO

No presente tÓpico o objetivo é demonstrar os argumentos utilizados por aqueles que são contrários a desaposeição. Simultaneamente será exposta a outra faceta de cada um desses embaraços com vistas a provar que há total possibilidade de aplicar o instituto na realidade cotidiana.

A. Obrigatoriedade de devolver os valores pagos a título de aposentadoria

Aqueles que são contrários à desaposeição justificam que, caso esta venha a ser aceita, imprescindível seria a devolução aos cofres públicos dos valores recebidos à título da primeira aposentadoria.

Tais estudiosos fundamentam essa ideia com fulcro na necessidade de recomposição dos cofres previdenciários, bem como na afronta que a não restituição causaria ao art. 18, § 2º da Lei de Benefícios.

Dávio Antonio Prado Zarzana e Dávio Antonio Prado Zarzana Júnior (2014) afirmam que:

Ainda que fosse necessária a devolução ela somente seria exigível por meio de desconto de no máximo de 30% do que restou acrescido quando comparados o montante mensal até então pago e o novo benefício apurado, ou seja, sobre a diferença entre o benefício antigo e atual, apenas e tão somente se após o desconto o valor do novo benefício for superior a renda mensal do benefício original, até a efetiva quitação do débito, nos termos da jurisprudência sobre o tema e, conforme cada caso, segundo a redação original do art. 89, § 3º da Lei 8.212/1991.

Os mesmos autores também combatem a tese de repetibilidade de tudo o que se recebeu de aposentadoria original afirmando que os segurados não possuem esses valores, uma vez que estes possuem natureza alimentar, e que se isso acontecesse haveria o reinício dos pagamentos mensais para configuração de um novo período-base de cálculo.

Marco Aurélio Serau Junior (2013) lembra que o financiamento da seguridade social advém de diversas fontes, consagrando, dessa forma o Princípio da Diversidade da Base de Financiamento. Baseado nisso é que não seria correto, segundo o autor, que apenas o segurado aposentado devolvesse, na integralidade, os valores obtidos com a primeira aposentadoria.

O mesmo autor ressalta um problema processual nesse argumento. Ele explica que ninguém pode ajuizar ação judicial, ser contemplado com o direito pretendido e, simultaneamente, ser condenado a restituir valores.

O STJ já tem o posicionamento contrário a restituição totalmente firmado, conforme se depreende do julgado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RENÚNCIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ANTERIOR. DESNECESSIDADE. BURLAR A INCIDÊNCIA DO FATOR PREVIDENCIÁRIO. INOVAÇÃO RECURSAL.

1. A questão de que se cuida foi objeto de ampla discussão nesta Corte Superior, estando hoje pacificada a compreensão segundo a qual a renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica a devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos proventos.

2. A tese trazida pelo agravante de ser o pedido de desaposentação uma forma ardilosa de burlar a incidência do fator previdenciário, não foi tratada pelo Tribunal de origem, tampouco foram apresentadas contrarrazões ao recurso especial suscitando o referido tema, caracterizando-se clara inovação recursal, que não pode ser conhecida neste momento processual.

3. No que diz respeito aos honorários, não há que se falar em prestações vencidas até a prolação da sentença, porquanto a base de cálculo, no presente caso, será o valor atualizado da causa.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1290964 / RS AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2011/0264524-7).

B. Ausência de previsão legal

Comumente esse argumento é utilizado pela Administração Pública para evitar a concessão da desaposentação tanto via administrativa como judicialmente.

Ocorre que, embora cristalina a falta de previsão legal autorizando o fenômeno aqui estudado, é preciso salientar que também não há dispositivo no ordenamento jurídico que o proíba. Sabe-se que quando a norma quer impedir determinado fato ela deve contemplá-lo de forma clara e explícita, ou seja, a vedação à concessão de desaposentação é que deveria ser expressa.

Além disso, a desaposentação não pode ser indeferida sob esse argumento já que tal instituto também é construído por meio de outros pilares do sistema normativo, como a doutrina e a jurisprudência.

Dessa forma, ressalta Marco Aurélio Serau Junior (2013) que sua autorização é presumida, contanto que não haja violação a preceitos legais e constitucionais.

O mesmo autor ainda salienta que a dogmática jurídica tem aceitado a utilização de valores e princípios e que o princípio da legalidade deve ser interpretado de forma mais

abrangente, em consonância com o princípio da juridicidade, segundo o qual deve a Administração Pública atuar em harmonia com todo o ordenamento jurídico.

O Instituto Nacional do Seguro Social, como já dito anteriormente, baseado na ausência de previsão legal, não aceita o instituto e utiliza o art. 18, § 2º da Lei 8.213/90, bem como o art. 181-B do Decreto 3.048/99 para fundamentar seu posicionamento.

É calcado no art. 181-B do decreto que a Administração nega tal instituto, afirmando estar agindo *secundum legem*, conforme interpretação do princípio da legalidade para o Poder Público, ao contrário da vertente desse princípio em relação aos administrados, no qual se permite que seja feito tudo aquilo que não encontra vedação legal.

Diante disso, fica caracterizado um aparente conflito, pois de um lado estão os aposentados que não estão impedidos de renunciar à aposentadoria, já que não há lei proibindo tal atitude, e do outro o INSS não está obrigado a aceitar a desaposentação sob o páreo do art. 181-B do decreto, atuando, dessa forma, supostamente em conformidade com a norma.

Ocorre que, como bem lembra Marco Aurélio Serau Junior (2013) os decretos regulamentares, no Direito brasileiro, não possuem o condão de inovar o ordenamento jurídico, portanto carece o dispositivo de fundamento legal e constitucional. Logo, deve ser ponderada a utilização desse dispositivo com o conjunto do ordenamento jurídico-previdenciário, já que no art. 84, IV a CF delimita o campo de atuação dos decretos e regulamentos, ao estabelecer que estes serão editados para a fiel execução das leis.

Portanto, em razão do princípio da hierarquia das normas, não pode esse decreto alterar o contido em instrumentos legais de superior hierarquia, pois inteiramente descabida a prevalência de um decreto em detrimento de uma lei ordinária. Assim, se a Lei de Benefícios não proíbe expressamente a renúncia da aposentadoria, não pode uma mera norma regulamentar assim proceder.

Em sendo assim, embora ausente a fundamentação jurídica expressa contrária à desaposentação, o referido instituto pode ser construído a partir de outros argumentos jurídicos já presentes e consolidados no nosso ordenamento.

C. A aposentadoria como um ato jurídico perfeito

A aposentadoria é materializada por meio de um ato administrativo praticado pelo INSS e, por isso, muitos entendem que tal ato é juridicamente perfeito, o qual se encontra resguardado pela Constituição no art. 5º, XXXVI.

Ocorre que, mesmo previsto constitucionalmente, não pode o ato ser visto como absoluto. Seguindo esse entendimento, é que é possível dizer que a desaposentação se constitui no desfazimento de um ato administrativo juridicamente perfeito. Tendo em vista isso, não deve o mesmo ser utilizado contra o cidadão, mas, ao revés, deve ser usado como escudo contra atitudes arbitrárias do Estado.

Isso que dizer que, sendo a concessão da aposentadoria um ato jurídico perfeito, tem o seu titular a faculdade de exercê-lo ou de renunciá-lo. Não pode, portanto, ser suscitado tal argumento contra o aposentado, pois isso impediria o seu direito de legitimamente melhorar de vida. Segundo Marco Aurélio Serau Junior (2013) a invocação de tal garantia só pode ocorrer em prol do segurado-administrado, não no seu prejuízo.

Com essa tese a 2ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região já negou recurso interposto por segurado que teve recusado seu pedido de desaposentação em primeira instância na 13ª Vara Federal do Rio de Janeiro. O relator da apelação nº 0102623-56.2012.4.02.5101, desembargador Messod Azulay Neto, justificou que o instituto não é juridicamente aceitável, pois, sendo a concessão do benefício um ato jurídico perfeito, a desaposentação violaria o princípio da segurança jurídica.⁹

Esse também foi o desfecho do processo de um trabalhador aposentado julgado pela 8ª Turma, da 3ª Seção, do TRF da 3ª Região. Segundo informações, essa corte tem se caracterizado como a mais resistente à tese da desaposentação, conquanto existam precedentes a autorizando com a ressalva de que ocorra a devolução dos valores anteriormente recebidos. A relatora Therezinha Cazerta utilizou o fundamento de omissão legislativa para conceder o pedido e no fato de que, sendo a aposentadoria um ato jurídico perfeito e acabado, não pode ser alterada posteriormente a sua concessão. Ainda argumentou com fulcro no art. 181-B do Decreto 3.048/99, que trata do caráter irrenunciável e irreversível das aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial¹⁰.

Diante de absurdos argumentos, é preciso ressaltar que com a desaposentação não se pretende renunciar em tese ao direito à aposentadoria, mas, ao contrário, abdica-se do número presente da aposentadoria, ou seja, do benefício atual visando o recebimento de outro melhor (ZARZANA, Dávio Antônio Prado e ZARZANA, Dávio Antônio Júnior, 2014).

Assim, a desaposentação não acarreta o desfazimento do primeiro ato administrativo que concedeu a primeira aposentação, já que, ao menos supõe-se, tal ato não se encontra

⁹ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI184615,71043-Desaposentacao+nao+e+juridicamente+aceitavel+e+ferre+princípio+da>>. Data de acesso: 01.02.2014.

¹⁰ Disponível em: <http://www.baneses.com.br/noticias.asp?Cod_Noticia=1438>. Data de acesso: 10.12.2013.

fulminado pela invalidez ou inconveniência. Dessa forma, não pode o instituto ser considerado como uma forma de extinção ou desconstituição do ato, mas sim como uma maneira de transformá-lo.

D. Dificuldades administrativas do INSS

Também é utilizado as possíveis dificuldades administrativas que o INSS teria com a implantação da desaposentação como argumento contrário a sua aceitação.

Alega-se que a autarquia apresentaria inúmeras dificuldades técnico-operacionais para conceder o benefício àqueles que a requeressem.

Obviamente tal argumento que se aventa não merece prosperar, pois, conforme lembra Marco Aurélio Serau Junior (2013), os direitos fundamentais devem ser implementados efetivamente e, para tanto, é preciso se aparelhar com as melhores condições de funcionamento e trabalho do serviço público.

Como se sabe, para que a desaposentação seja vantajosa é preciso certo tempo entre a aposentadoria antiga e a futura para que haja um número mínimo de contribuições. Destarte, não será a cada ano ou mês de recolhimento de contribuição que o aposentado ingressará com o pedido, uma vez que o valor acrescido será ínfimo.

Logo, o argumento da dificuldade administrativa na análise da situação previdenciária dos aposentados não deve ser considerado.

E. Prejuízo aos cofres públicos

Os opositores à desaposentação alegam que, caso ela passe a ser aceita, o governo teria que desembolsar mais de bilhões de reais e que isso acarretaria um grande prejuízo aos cofres públicos.

Esse também foi um dos argumentos utilizado pelo desembargador Federal Messod Azulay Neto, relator da apelação nº 0102623-56.2012.4.02.5101, conforme já dito acima. O magistrado lembrou que a desaposentação gera ônus para o INSS, repercutindo no sistema previdenciário do país, uma vez que o mesmo período e salários-de-contribuição seriam somados duas vezes, com o objetivo de majorar a renda mensal da nova aposentadoria, o que repercute diretamente no equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, afirmou¹¹.

¹¹ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI184615,71043-Desaposentacao+nao+e+juridicamente+aceitavel+e+fere+princípio+da>>. Data de acesso: 01.02.2014.

Dávio Antonio Prado Zarzana e Dávio Antonio Prado Zarzana Júnior (2014) salientam que uma das razões propagadas pelo governo brasileiro para não desejar a aprovação do instituto é a possibilidade de ampliar um déficit da Previdência. O autor, no entanto, discorda de tal alegação, suscitando que os cálculos publicados pelo Estado não possuem veracidade porque eles desconsideram o dinheiro que é desviado de suas finalidades constitucionais para serem aplicados em outros setores de forma irregular.

Ocorre que o Estado deve ressarcir ao segurado as diferenças não pagas e que foram objeto de contribuição e não ficar simplesmente alegando defasagem orçamentária na Seguridade Social.

Ademais, a Carta Magna nos arts. 165 e 167, bem como no art. 195 trata do orçamento público, além das fontes de custeio da Seguridade Social. É imperioso destacar que o inciso XI do art. 167 normatiza que não pode haver utilização de verbas da Previdência Social para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201.

Portanto, diante do exposto, não merece prosperar o argumento econômico de prejuízo aos cofres previdenciários com a desaposentação, já que o cidadão recolheu as devidas contribuições para a Previdência e tem o direito de receber uma contraprestação do Governo. Ademais, a Constituição Cidadã garante que as contribuições dos trabalhadores precisam ter reflexos nos benefícios.

F. A aposentadoria é irrenunciável

Há também o argumento de que a aposentadoria, em virtude do seu caráter alimentar, é irrenunciável.

Contrário a isso, o entendimento do ministro Hamilton Carvalhido é de que abdicar da aposentadoria é um direito do beneficiado que depende apenas de sua própria deliberação. Para ele a aposentadoria é um direito patrimonial disponível e o interessado pode escolher o sistema que melhor lhe assiste.¹²

Marco Aurélio Serau Junior (2013, p. 105) explica que:

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

¹² Disponível em: <<http://www.seesp.org.br/site/cotidiano/919-stj-reconhece-direito-a-desaposentacao.html>>. Data de acesso: 27.12.2013.

Com essas palavras o autor aduz que, na realidade, o aposentado não renuncia a aposentadoria, mas ao valor que a expressa.

Esse também é o abalizado entendimento de Dávio Antonio Prado Zarzana e Dávio Antonio Prazo Zarzana Júnior (2014). Os autores narram que com a desaposentação não se pretende renunciar ao direito à aposentadoria, mas, ao contrário, abdica-se do número que a representa em nome da recepção imediata de outro melhor, independentemente de concordância da parte contrária.

Logo, mesmo sendo a aposentadoria um direito personalíssimo, portanto insuscetível de transferência ou transação, não pode essas características configurar a indisponibilidade do seu valor, já que o segurado tem o direito de dele dispor para obter outro mais vantajoso.

5. A DESAPOSENTAÇÃO NO RPPS

Embora o foco do presente artigo científico seja a desaposentação no âmbito do RGPS, importante que se faça uma breve abordagem no que tange a esse instituto quando aplicado ao RPPS.

Quanto as suas características principais, não há qualquer diferença entre a desaposentação adotada no regime geral em comparação com aquela que pode ser aplicada nos regimes próprios.

Entretanto, tendo em vista a complexidade do tema, esta fica ainda mais acentuada nos regimes próprios, uma vez que deve ser analisada a conveniência da Administração Pública, bem como a existência do cargo já desocupado em razão da aposentação.

Cumprir dizer que a desaposentação no âmbito do RPPS não causa prejuízos para a Administração Pública, pois não provoca desequilíbrio financeiro e atuarial, uma vez que quanto mais tempo o servidor continue exercendo a atividade laboral maior será a arrecadação para o órgão e, conseqüentemente, menor o gasto com contratação e capacitação de novo servidor.

Portanto, conclui-se que a desaposentação também é plenamente cabível nos Regimes Próprios de Previdência Social, não se tratando de instituto exclusivo dos segurados do regime geral.

6. DA REAL POSSIBILIDADE DE DESAPOSENTAÇÃO

Nesse tópico será feita uma análise crítica dos embaraços jurídicos oponíveis à desaposentação anteriormente estudados, demonstrando, dessa maneira, que os mesmos não podem ser considerados óbices para aceitação e aplicação prática do instituto aqui estudado.

Dessa forma, o objetivo aqui é indicar a fragilidade da tese que não admite a desaposentação, indicando as inconsistências dos argumentos que lhe são contrários.

Assim, diante das fictícias alegações anteriormente expostas contrárias à desaposentação, clarividente está que, havendo contribuições vertidas após a aposentação, o jubilado faz jus ao recebimento de um novo benefício que tenha melhores condições uma vez que ficou configurado um novo período contributivo.

É preciso dizer que a desaposentação não viola o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, ao contrário, esses preceitos constitucionais devem ser aplicados para beneficiar o indivíduo e a sociedade de uma forma geral, não podendo, portanto, prejudicá-los, negando-lhes o direito de ter uma melhor aposentadoria.

Importa lembrar que a desaposentação possui intrínseca relação com o princípio da dignidade da pessoa humana previsto constitucionalmente, já que o beneficiário possui o direito de alcançar uma situação financeira que lhe permita viver com um patamar mais digno de sobrevivência.

Ademais, como já visto, não merece guarida o argumento de ausência de previsão legal. Isso porque, não havendo norma proibindo, não há porque não ser concedido tal direito. Portanto, aqui se adota o entendimento de Fábio Zambitte Ibrahim (2011) que afirma que a ausência de previsão legal traduz verdadeira possibilidade do indivíduo em demandar o desfazimento de sua aposentadoria.

O mesmo autor ainda afirma que a concessão de tal demanda social não produz qualquer desequilíbrio financeiro ou atuarial no sistema protetivo, além de também atender adequadamente aos interesses dos segurados.

Insta observar, portanto, que deve ser aplicado o entendimento mais favorável ao segurado, desde que isso não infrinja a lei ou despesa atuarialmente prevista, conforme exige a hermenêutica previdenciária, utilizando-se da doutrina e da jurisprudência para suprir a lacuna legal existente no ordenamento brasileiro no que tange ao instituto.

Imperioso também ressaltar que a aceitação do instituto não quer dizer que será considerado o mesmo tempo de serviço para o aferimento de dois benefícios simultaneamente, o que seria, obviamente, juridicamente impossível em virtude de vedação legal.

Destarte, fazendo uso das palavras de Dávio Antonio Prado Zarzana e Dávio Antonio Prado Zarzana Júnior (2014), o mínimo que se pode pensar é requerer ao Poder Judiciário que dê uma justa e correspondente nova aposentadoria, computadas as contribuições após a jubilação.

Portanto, diante de tudo acima exposto, inevitável que se conclua pela total legitimidade da desaposentação na conjuntura atual do nosso ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se no decorrer do artigo que há sobre o tema posicionamentos diversos defendidos de forma veemente. O STJ entende, e assim corroboram os seus julgados, ser plenamente possível a desaposentação e sustenta a desnecessidade de repetibilidade dos valores. Ao contrário, o INSS nega qualquer pedido feito administrativamente nesse sentido.

Mesmo diante dessas controvérsias e por tudo exposto ao longo do presente trabalho, conclui-se que o instituto da desaposentação é plenamente viável, uma vez que, diante de novas cotizações do jubilado que retornou à ativa, tem o mesmo o direito de ter seu benefício reajustado.

O fato de ainda não haver legislação abrangendo o tema não pode justificar o impedimento do exercício de tal direito, uma vez que o assunto tem tomado grandes proporções tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Ademais, tornou-se clara a lacuna legislativa de vedação à renúncia de aposentadoria.

No entanto, mais do que aumentar a divergência jurisprudencial e doutrinária no que tange a desaposentação, imperioso que ocorra a incorporação do instituto à legislação previdenciária, isso porque a sua sagração, seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial, atende aos propósitos de concretização dos direitos sociais.

Ademais, tem o beneficiário o direito de renunciar aos valores que recebe com a intenção de alcançar maior vantagem pecuniária, sem que isso caracterize acúmulo de benefícios. Assim, em um ato contínuo, o jubilado deseja o desfazimento de uma aposentadoria com a ativação de outro benefício de maior poder aquisitivo. Isso quer dizer que o seu objetivo não é de ficar desamparado de toda e qualquer prestação previdenciária, mas, ao contrário, objetiva o recálculo da sua renda mensal.

Ficou evidente que não haverá prejuízo ao INSS, tampouco sofrerá a autarquia federal com dificuldades administrativas para lidar com a situação. Além disso, não há necessidade de restituição dos valores recebidos pelo aposentado, pois, como demonstrado, não causará a desaposentação qualquer déficit na previdência.

Por fim, diante do exposto ao longo do trabalho, conclui-se pela necessidade urgente do posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema, além de regulamentação

legislativa que aborde a matéria, estabelecendo as hipóteses e condições para concretização do instituto na realidade previdenciária atual.

ABSTRACT

When the time comes to retire, many workers want or need to continue working, especially for financial reasons. It is known that the retired who are exercising or resume exercising the activity covered by the General Social Security is considered compulsory insured in relation to the work performed. It happens that, when he was already retired, not be entitled to any Social Security benefit as a result of the exercise of that activity, except the family wage and vocational rehabilitation, when employed. With this context desaposentação which is nothing more than the act of the insured to forego receiving retirement in order to apply a more beneficial new arises. Those who are against the claim institute mandatory to return the amounts paid as pension to public coffers, justify the absence of legal provisions as well as the fact of retirement to be inalienable, among other arguments. However, they are all fully contestable and this demonstrates the real possibility of practical application of the institute. However, is necessary that the position of the Supreme Court and the legal regulation occurs.

Key Words: Social Security. Retirement. Desaposentação

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR, Sérgio Henrique. *A desaposentação nas relações jurídicas dos servidores públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3777, 3 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25691>>. Data de acesso: 10.12.2013.

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

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Ordinária nº 2682/2007. Regula o direito de renúncia à aposentadoria por tempo de contribuição e especial, sem prejuízo para a contagem do tempo de contribuição. Disponível <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=381947>>. Acesso em 01/02/2014.

_____. Decreto-Lei nº 3.048, de 6 de maio de 1999. In: Vade Mecum Rideel. 16ª edição. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. In: Vade Mecum Rideel. 16ª edição. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. In: Vade Mecum Rideel. 16ª edição. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. In: Vade Mecum Rideel. 16ª edição. São Paulo: Rideel, 2013.

BENEFÍCIOS: O índice de reajuste para os segurados que recebem acima do mínimo é de 5,56% em 2014 (s/d). Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/noticias/beneficios-o-indice-de-reajuste-para-os-segurados-que-recebem-acima-do-minimo-e-de-556-em-2014/>>. Data de acesso: 29.01.2014.

Câmara rejeita proposta que permitiria a desaposentação (s/d). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-11/camara-deputados-rejeita-proposta-permitiria-desaposentacao>>. Data de acesso: 10.12.2013.

Desaposentação: um dia de tristeza para a classe trabalhadora (s/d). Disponível em: <<http://portalctb.org.br/site/opiniaio/20823-desaposentacao-um-dia-de-tristeza-para-a-classe-trabalhadora>>. Data de acesso: 20.01.2014.

Desaposentação (s/d). Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2013/07/desaposentacao.html>>. Data de acesso: 15.01.2014.

Desaposentação não é juridicamente aceitável e fere princípio da isonomia (s/d). Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI184615,71043->>

Desaposentacao+nao+e+juridicamente+aceitavel+e+ferre+princípio+da>. Data de acesso: 01.02.2014.

Previdência Social - Desaposentação é negada em São Paulo (s/d). Disponível em: <http://www.baneses.com.br/noticias.asp?Cod_Noticia=1438>. Data de acesso: 10.12.2013.

FONSECA, J. J. S. *Metodologia da pesquisa científica*. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

GERHARD, T. E.; SILVEIRA, D. T. *Métodos de pesquisa*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

GOES, Hugo. *Manual de Direito Previdenciário*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2012.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 9ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

MONTEIRO, Rodrigo da Silva. *Você sabia que existem pessoas entrando na justiça pedindo para se desaposentar?*. Disponível em: <<http://br.financas.yahoo.com/noticias/voc-sabia-que-existem-pessoas-entrando-na-justi-143700319.html>>. Data de acesso: 20.01.2014.

Primeira Seção define em repetitivo que desaposentação não tem prazo de decadência (s/d). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=112434>. Data de acesso: 14.01.2014.

ROMERO, Raphael Alexander Rosa. *Sinopse de Direito Previdenciário*. 1ª Ed. São Paulo: Edijur, 2012.

SERAU JUNIOR. Marco Aurélio. *Desaposentação: Novas perspectivas teóricas e práticas*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013.

STJ reconhece direito à desaposentação (s/d). Disponível em: <<http://www.seesp.org.br/site/cotidiano/919-stj-reconhece-direito-a-desaposentacao.html>>. Data de acesso: 27.12.2013.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: regime geral de previdência e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

ZARZANA, Dávio Antonio Prado; ZARZANA, Dávio Antonio Prado Júnior. *Desaposentação: passo a passo*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.