

CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR REINALDO RAMOS/CESREI
FACULDADE REINALDO RAMOS/FARR
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

JÔNATAS FRANKLIN DE SOUSA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA
DESAPOSENTAÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO
ENTENDIMENTO DO STF**

Campina Grande - PB

2017

JÔNATAS FRANKLIN DE SOUSA

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DA
DESAPOSENTAÇÃO: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DO
ENTENDIMENTO DO STF**

Trabalho Monográfico apresentado à
Coordenação do Curso de Direito da
Faculdade Reinaldo Ramos – FARR,
como requisito parcial para a obtenção do
grau de Bacharel em Direito pela referida
instituição.

Orientador: Professor Matheus Nunes
Diniz

Campina Grande - PB

2017

S725i Sousa, Jônatas Franklin de.
A inconstitucionalidade do instituto da desaposentação: uma análise crítica á luz do entendimento do STF / Jônatas Franklin de Sousa. – Campina Grande, 2017.
49 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Reinaldo Ramos-FAAR, Centro de Educação Superior Reinaldo Ramos-CESREI, 2017.
"Orientação: Prof. Me. Matheus Brito Nunes Diniz".

1. Direito Previdenciário. 2. Previdência Social - Desaposentação. 3. Aposentadoria. I. Diniz, Matheus Brito Nunes. II. Título.

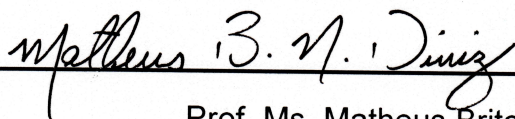
CDU 349.3(043)

JÔNATAS FRANKLIN DE SOUZA

A INCONSTITUCIONALIDADE DO INSTITUTO DE DESAPOSENTAÇÃO: UMA
ANÁLISE CRÍTICA A LUZ DO ENTENDIMENTO DO STF

Aprovada em: 13 de Dezembro de 2017.

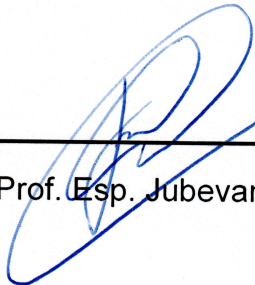
BANCA EXAMINADORA



Prof. Ms. Matheus Brito Nunes Diniz

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(Orientador)


Prof. Esp. Jubevan Caldas de Sousa

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(1º Examinador)


Prof. Ms. Aldo Cesar F. Gaudêncio

Faculdade Reinaldo Ramos FARR/ CESREI

(2º Examinador)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao meu orientador, Prof. Dr. Matheus Nunes Diniz, que prontamente me auxiliou durante o processo de produção do trabalho, sendo um verdadeiro poço de saber como grande mestre do assunto que é. Agradeço imensamente sua paciência, atenção e empenho. Seguindo, sou muito grato a Faculdade Reinaldo Ramos – CESREI por colocar ao meu alcance um dos melhores cursos de Direito do Brasil, permitindo-me ter concluído o curso com grandes professores que me propiciaram ensinamentos de imensa valia, que levarei para sempre comigo. Agradeço também aos meus amigos, que me acompanham durante essa caminhada, tornando o trajeto muito mais vívido, sublime e alegre. Lembro aqui dos grandes amigos que comigo estiveram durante esta jornada onde tive os primeiros contatos com o saber jurídico e tive grande aprendizado. Por último, mas não menos importante, pelo contrário, não posso esquecer-me da minha família, em especial meus pais Paulo Franklin de Sousa e Maria de Fatima Silva Sousa, minha esposa Amanda Nathasha Lima Silva de Sousa, minhas Filhas Sarah Luma Franklin de Sousa e Sophia Gabriela Franklin de Sousa, meus irmãos e tios. Sou e serei eternamente grato por tê-los em minha vida, sempre me apoiando e motivando, apesar de minhas máculas. Graças ao duro trabalho deles que pude ingressar nesse curso fascinante. Tudo que faço e almejo ser um dia é por vocês.

Se o infinito não quisesse que o
homem fosse sábio, não teria lhe
dado à faculdade do saber.

Manly P. Hall

RESUMO

O presente trabalho baseou-se numa análise crítica em relação à decisão da Suprema Corte referente ao instituto da desaposentação, bem como os seus reflexos no ordenamento jurídico, mostrando o contraste entre a decisão tomada e os princípios norteadores da previdência social nos quais o nosso sistema previdenciário toma como base, e os fundamentos jurídicos para que aquela Corte declare inconstitucional o instituto da desaposentação. Os impactos causados por este instituto no equilíbrio financeiro e atuarial da nossa previdência social, a contrapartida oferecida ao trabalhador que mesmo aposentado volta ao mercado de trabalho contribuindo para a manutenção do sistema previdenciário, frente à posição dos tribunais em relação ao tema. O tema nos faz refletir a ideia de aposentadoria como um direito patrimonial e por consequência um direito disponível e até onde podemos discutir a questão do ato jurídico perfeito. Muito se discute sobre a carência de legislação que regule o instituto da desaposentação, o que inviabilizaria este ato. Esta obra também busca mostrar a origem do instituto da desaposentação e seus fundamentos teóricos, assim como o conceito mostrando a situação do segurado que retorna ao mercado de trabalho após adquirir a aposentadoria, tratando sobre a necessidade ou não de restituir os valores já recebidos a título de primeira aposentadoria, mostrando a fundamentação do instituto no direito previdenciário, tomando como referencia os Recursos Extraordinários 661.256 de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso e 381367 de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo, e por fim faz a análise dos votos proferidos pela Suprema Corte em relação ao tema, explanando as opiniões favoráveis e contrárias ao tema da desaposentação. A metodologia aplicada girou em torno do levantamento de literatura, que é a localização e obtenção de documentos para avaliar a disponibilidade de material que subsidiará o tema do trabalho de pesquisa. Quanto à metodologia o trabalho em mãos faz a opção pelo Método Dedutivo, esta opção se justifica por que o método escolhido permite entender a partir de uma premissa maior, a dedução para as premissas menores. Chegando a conclusão da viabilidade do instituto da desaposentação.

Palavras Chave: Constituição Federal; Desaposentação; Suprema Corte; Aposentadoria; Previdência Social.

ABSTRACT

The present work was based on a critical analysis of the Supreme Court's decision regarding the institute of disapproval, as well as its reflections in the legal system, showing the contrast between the decision taken and the guiding principles of social security in which our system and the legal basis for that Court to declare the institute of disapproval unconstitutional. The impact caused by this institute on the financial and actuarial balance of our social security, the counterpart offered to the worker who retired even back to the labor market contributing to the maintenance of the social security system, against the position of the courts in relation to the subject. The theme makes us reflect the idea of retirement as an asset right and therefore an available right and as far as we can discuss the question of the perfect legal act. Much is discussed about the lack of legislation regulating the institute of disapproval, which would make this act unfeasible. This work also seeks to show the origin of the institute of disapproval and its theoretical foundations, as well as the concept showing the situation of the insured who returns to the labor market after acquiring retirement, dealing with the need or not to return the amounts already received by title of first retirement, showing the foundation of the institute in the social security law, taking as reference the Extraordinary Resources 661,256 of the report of the Minister Luís Roberto Barroso and 381367 of the report of the Minister Marco Aurélio de Melo, and finally makes the analysis of the votes given by the Supreme Court in relation to the topic, explaining the favorable opinions and contrary to the subject of disapproval. The applied methodology turned around the literature survey, which is the localization and obtaining of documents to evaluate the availability of material that will subsidize the theme of the research work. As for the methodology, the work in hand makes the option by the Deductive Method, this option is justified because the chosen method allows to understand from a greater premise, the deduction for the smaller premises. Coming to the conclusion of the viability of the Disappointment Institute.

Keywords: Federal Constitution; disapproval; Supreme Court; Retirement; social Security.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. PREVIDÊNCIA SOCIAL: BREVE HISTÓRICO.....	10
1.1 A previdência enquanto rede de proteção social	10
1.2 Princípios da seguridade social: uma leitura sob a ótica previdenciária	13
2. CAPÍTULO II – DESAPOSENTAÇÃO.....	21
2.1 Conceito do instituto da desaposentação.....	21
2.2 Origens da desaposentação.....	22
2.3 Natureza jurídica do instituto da e aspectos jurídicos que fundamentam a desaposentação no Brasil.....	25
2.4 O pensamento doutrinário em relação à desaposentação no Brasil.....	27
3. CAPÍTULO III – ANÁLISE SOBRE A DECISÃO DA CORTE SUPREMA.....	33
3.1 Desaposentação: tese favorável.....	33
3.2 Desaposentação: tese contrária.....	38
3.3 Análise crítica a cerca do julgamento de constitucionalidade da desaposentação.....	42
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
5. REFERENCIAS.....	47

INTRODUÇÃO

A previdência social vem experimentando diversas mutações ao longo da história, no presente trabalho explanaremos de forma detalhada todas essas evoluções, tanto a nível mundial como no âmbito do nosso ordenamento jurídico, mostrando a importância desta construção para este ramo do direito e suas implicações frente à sociedade.

A previdência social veio como forma de proteção aos infortúnios da vida, garantindo uma renda aqueles que já não tem condições de está no mercado de trabalho, antes do Estado esta garantia era concedida pela família, que através de seus membros garantiam o sustento daqueles que estivessem necessitados, infelizmente ao longo dos anos esta entidade foi perdendo sua força e desconstruindo o mais antigo sistema de previdência social, resultado do afastamento das famílias e a diminuição do numero de filhos concebidos pelos casais, ou muitas vezes com a migração destes para outras regiões em busca de emprego.

As legislações previdenciárias no Brasil tiveram um tímido início com o decreto de 1º de outubro de 1921 e obtendo a mesma importância nas constituições de 1821, 1824 1891 que de maneira muito superficial tratava da seguridade social, a primeira lei a tratar sobre seguridade foi editada já no fim do império, a lei 3.397 de 24 de novembro de 1888 previa a criação de uma caixa de socorros para os trabalhadores das estradas de ferro de propriedade do Estado, no ano seguinte foram criados os montepios para os funcionários dos correios e o fundo especial de pensão para os trabalhadores da oficina da imprensa regia, a constituição de 1891 citou apenas a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos a serviço da nação, sem prever nenhum outro direito previdenciário, foi em 1923 no dia 24 de janeiro que de forma efetiva a previdência social teve início no Brasil, a criação da lei Eloy Chaves nome este que homenageia o deputado que foi o seu idealizador previa a criação de uma caixa de aposentadoria para aqueles que trabalhassem em estradas de ferro, essas caixas eram mantidas nas mãos de instituições privadas, sendo o estado responsável apenas por sua criação e regulamentação, essa lei deu ensejo à criação de outras caixas de aposentadoria de outras categorias.

A seguridade social brasileira é regida por princípios que servem de fundamento para os objetivos buscados pelo sistema previdenciário, estes princípios estão elencados na constituição federativa brasileira em seu art.193, que trata da seguridade social.

O instituto da desaposentação carece de previsão constitucional, sendo fruto de construção doutrinária, entretanto existem informes de que em épocas passadas a legislação previdenciária previa este instituto no art. 12 da Lei 5.890/73, dispositivo legal que alterou a LOPS, que lecionava sobre a suspensão do beneplácito previdenciário daquele segurado que retornasse ao mercado de trabalho, neste caso o segurado faria jus apenas a 50% da prestação previdenciária. Cessada a atividade laboral, o segurado tornaria a receber, sendo acrescidos 5% ao ano, até o máximo de dez anos, vedado com base nesse teto decenal o retorno ao trabalho.

Análise feita com relação aos votos proferidos pelos ministros da Suprema Corte quando da análise da matéria, nos mostra o conflito entre princípios norteadores do nosso sistema previdenciário, como é o caso do princípio da solidariedade versus o princípio da retributividade, qual desses tem prevalência quando tratamos de uma questão securitária, não seria a aposentadoria um bem patrimonial e desta forma um direito disponível, discussão como essa foi travada entre os ministros do Supremo Tribunal Federal e o entendimento final é o cerne do nosso trabalho.

A metodologia aplicada girou em torno do levantamento de literatura, que é a localização e obtenção de documentos para avaliar a disponibilidade de material que subsidiará o tema do trabalho de pesquisa. Este levantamento é realizado junto às bibliotecas ou serviços de informações existentes. Portanto, a pesquisa realizada teve caráter exploratório, descritivo e bibliográfico.

Quanto à metodologia o trabalho em mãos faz a opção pelo Método Dedutivo, esta opção se justifica por que o método escolhido permite entender a partir de uma premissa maior, a dedução para as premissas menores, ou seja, tratando a decisão do STF sobre inviabilidade de recálculo de aposentadoria de modo geral será exposta uma visão crítica a cerca do julgado em questão. Descreve GIL (2008) sobre o método dedutivo que num entendimento reflete por parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica.

CAPÍTULO I

1 – PREVIDÊNCIA SOCIAL: BREVE HISTÓRICO

1.1 A previdência enquanto rede de proteção social

A previdência social veio como forma de proteção aos infortúnios da vida, garantindo uma renda aqueles que já não tem condições de está no mercado de trabalho, antes do Estado esta garantia era concedida pela família, que através de seus membros garantiam o sustento daqueles que estivessem necessitados, infelizmente ao longo dos anos esta entidade foi perdendo sua força e desconstruindo o mais antigo sistema de previdência social, resultado do afastamento das famílias e a diminuição do numero de filhos concebidos pelos casais, ou muitas vezes com a migração destes para outras regiões em busca de emprego. (IBRAHIM, 2011, p.1)

Em alguns casos essa assistência muitas vezes era prestada, porem de forma insuficiente, sendo necessária ajuda externa, que era feita de forma voluntaria, em alguns casos as pessoas sequer eram dotadas desse tipo de auxilio, esse contexto social obrigou o Estado a organizar-se e fazer este papel, que ao longo do tempo sofreu diversas mutações e aprimoramentos, resultando em nosso atual sistema de previdência. (HIBRAHIM, 2011, p.1)

As legislações previdenciárias no Brasil tiveram um tímido inicio com o decreto de 1º de outubro de 1921 e obtendo a mesma importância nas constituições de 1821, 1824 1891 que de maneira muito superficial tratava da seguridade social, a primeira lei a tratar sobre seguridade foi editada já no fim do império, a lei 3.397 de 24 de novembro de 1988 previa a criação de uma caixa de socorros para os trabalhadores das estradas de ferro de propriedade do Estado, no ano seguinte

foram criados os montepios para os funcionários dos correios e o fundo especial de pensão para os trabalhadores da oficina da imprensa regia, a constituição de 1891 citou apenas a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos a serviço da nação, sem prever nenhum outro direito previdenciário, foi em 1923 no dia 24 de janeiro que de forma efetiva a previdência social teve inicio no Brasil, a criação da lei Eloy Chaves nome este que homenageia o deputado que foi o seu idealizador previa a criação de uma caixa de aposentadoria para aqueles que trabalhassem em estradas de ferro, essas caixas eram mantidas nas mãos de instituições privadas, sendo o estado responsável apenas por sua criação e regulamentação, essa lei deu ensejo à criação de outras caixas de aposentadoria de outras categorias. (MARTINEZ, 2006, p.6)

Foi na constituição de 1934 que pela primeira vez foi citado de forma expressa a palavra previdência, o texto previa a competência privativa da união para regulamentar a assistência social e a cobertura dos eventos por ela atendidos assim como instituiu a previdência os eventos por ela cobertos e sua forma de custeio, a constituição de 1937 não trouxe alterações significativas para a seguridade social sendo tratada como seguro social. (HIBRAHIM, 2011, p.6)

O texto constitucional de 1946 deu vida à expressão previdência social, manteve o sistema de custeio tripartido previsto na carta anterior sem nenhuma modificação a mais, neste período ganhou destaque à produção legislativa infraconstitucional com destaque para a LOPS lei 3.807/60 que tem como uma de suas principais características a universalidade da cobertura de seus benefícios, este dispositivo normativo conseguiu feitos como a uniformização dos benefícios, igualdade no sistema de custeio e ampliação do numero das contingencias, neste período também foi editado em a lei 4.214/63 que criou o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), concedendo alguns benefícios do trabalhador urbano ao rural, a Lei Orgânica da Previdência Social sofreu algumas alterações em 1966, neste período foram criados o Fundo de Garantias por tempo de Serviço (FGTS) e o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) que atualmente é o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS). (HIBRAHIM, 2011, p.63-64)

A carta de 1967 que foi promulgada na vigência do regime militar, assim como sua antecessora também não trouxe mudanças significativas, os avanços do período também foram em decorrência das emendas e da lei infraconstitucional, o acidente de trabalho, a previdência rural e o recolhimento dos trabalhadores autônomos

foram regulamentados, além da instituição da aposentadoria especial para professores, e o tempo de contribuição de 30 para homens e 25 anos para mulheres para ter acesso aos proventos integrais, também regulamentou o custeio da previdência.

A constituição de 1988 trouxe grande evolução ao sistema previdenciário brasileiro elevando o direito a seguridade social a categoria de direito fundamental, tratou pela primeira vez da seguridade social, sob a égide da atual constituição foi notório os avanços alcançados da seguridade social, foi dado um caráter humanitário ao sistema, a criação do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS) que sucedeu o Instituto Nacional da Previdência Social (INPS) pela lei 8.029/90, fundindo o INPS e o IAPAS unificando as autarquias federais responsáveis pela previdência social, esta unificação além de outros dispositivos constitucionais responsáveis pela assistência social e que colocaram a saúde no rol dos direitos sociais foram responsáveis pela criação do Sistema Único de Saúde (SUS), antes só teria acesso aos serviços de saúde quem fosse filiado a previdência no caso o INPS.

Duas leis infraconstitucionais merecem um importante destaque nesta evolução histórica, a lei 8.212/91 e a lei 8.213/91, a primeira regulamenta a previdência social que é espécie da seguridade social, nela está previsto a forma de custeio da previdência social, seus princípios informadores, os detentores dos direitos por ela assegurados além dos incidentes cobertos, a segunda também conhecida por Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) como o próprio nome já diz regulamenta assistência social e sua cobertura. (HIBRAHIM, 2011, p.64-66)

A primeira grande mudança no sistema previdenciário brasileiro teve ensejo com a PEC 20/98 também conhecida como reforma da previdência, entre outras alterações essa PEC foi responsável pela criação do fator previdenciário.

Em nosso atual sistema de previdência social é marcado por uma rede protetiva constituída pelo Estado e o particular que juntos financiam o sistema de seguridade social de forma solidaria, contribuindo para que aqueles que dela necessitarem tenham acesso a um mínimo de dignidade, este sistema protege pessoas carentes, trabalhadores e seus dependentes.

Este meio de proteção social pode ser visto como um seguro, onde se paga para que na ocorrência de um caso fortuito, ou na velhice onde o segurado já não tenha condições de trabalho e desta forma continuar mantendo sua família, tenha uma renda que lhe garanta dignidade, um fator importante que difere a previdência

social dos seguros convencionais é o fato da obrigatoriedade de filiação ao Regime Geral de Previdência Social para aqueles que entram no mercado de trabalho exceto para os que possuem regime previdenciário próprio, como é o caso dos funcionários públicos.

O Regime geral de Previdência Social Brasileiro é organizado pelo Estado, norteado pelos princípios da contributividade e compulsoriedade, onde o segurado não tem a liberdade de escolha a sua adesão a partir do momento que ingressa ao mercado de trabalho, o sistema é administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social, as contribuições vertidas para este são fiscalizadas pela Receita Federal, até o ano de 2004 o Instituto Nacional do Seguro Social era responsável por todo o sistema previdenciário, inclusive a arrecadação de tributos e contribuições previdenciárias, esta competência fora transferida para a Receita Federal após unificação do Fisco Previdenciário com a Receita Federal.

A seguridade foi criada objetivando o bem estar social e promoção da segurança, trazendo tranquilidade em uma eventual ocorrência, ajudando na manutenção da qualidade de vida do segurado e de seus dependentes, esse fator torna-se fundamental para que as pessoas compreendam o quanto é necessário à manutenção deste sistema como meio social na promoção da justiça social frente à fragilidade do homem em decorrência das intemperes da vida, este encontrará amparo social quando vitimado por estes riscos.

Em nosso país mesmo tendo apresentado diversas deficiências, a proteção social ainda é o meio mais eficiente no combate às desigualdades sociais como também uma forma eficaz no amparo financeiro necessário na manutenção de uma existência digna do segurado e de seus familiares, mesmo carente de melhorias nosso sistema ainda é considerado um dos mais avançados do mundo, essa evolução tem grande contribuição da carta magna de 1988 que em seu texto expressou os princípios norteadores do atual sistema previdenciário, estes que traçam os objetivos e prevê seu sistema de financiamento viabilizando a seguridade.

1.2 Princípios da seguridade social: uma leitura sob a ótica previdenciária

A seguridade social brasileira é regida por princípios que servem de fundamento para os objetivos buscados pelo sistema previdenciário, estes princípios estão elencados na constituição federam brasileira em seu artigo 193, que trata da seguridade social, desta forma o legislador constituinte estabeleceu as diretrizes a serem seguidas pelo sistema previdenciário brasileiro, garantindo este direito como norma fundamental.

O primeiro principio que trataremos, referente à seguridade social e que está previsto na carta maior é o da Universalidade de Cobertura e Universalidade de atendimento.

A Universalidade de cobertura consiste na busca de atingir o objetivo em atender todas as contingencias sociais que coloquem as pessoas em estado de necessidade, desta forma a cobertura deve alcançar todos os eventos a fim de manter uma existência digna a quem dela necessitar. “Por universalidade de cobertura entende-se que a proteção social deve alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite” (*Carlos Alberto Pereira de Castro; João Batista Lazzari, in Manual de Direito Previdenciário, LTR, 2006, 7ª edição, página 110*).

Já a Universalidade de atendimento busca atingir o objetivo de resguardar todas aquelas pessoas que venham a necessitar da seguridade social, desta forma a Universalidade de Atendimento busca garantir a entrega de ações e serviços de seguridade social a todos os indivíduos que por algum motivo se torne vulnerável e por ela necessite ser atendido, este principio está previsto no art.194, I, da Constituição federal de 1988.

... A universalidade de atendimento significa, por seu turno, a entrega de ações, prestações e serviços de seguridade social a todos os que necessitem, tanto em termos de previdência social – obedecido o princípio contributivo – como no caso de saúde e de assistência social. (*Carlos Alberto Pereira de Castro; João Batista Lazzari, in Manual de Direito Previdenciário, LTR, 2006, 7ª edição, página 110*).

O principio da Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços as Populações Urbana e Rural, tem previsão constitucional no art. 194, II, da Constituição Federal de 1988.

Este principio prevê que independente da localidade de moradia e ofício, as prestações da seguridade social serão idênticas para todos, garantindo-se também a igualdade dos valores percebidos. Tal dispositivo constitucional coíbe a discriminação entre as populações do campo e da cidade, sua criação se deu em favor dos trabalhadores rurais em decorrência de sua expectativa de vida e considerando o desgaste do labor no campo, estes trabalhadores hoje possuem o direito a aposentarem-se pelo quesito idade cinco anos mais cedo que o trabalhador urbano, ou seja, 60 (sessenta) anos homem e 55 (cinquenta e cinco) anos mulher. (DIAS; MACÊDO, 2008, p.118).

Outro principio trata-se da Seletividade e Distributividade na Prestação de Benefícios e Serviços, é um principio previsto no art. 194, III, da constituição federal de 1988, onde a Seletividade funciona como limitador da Universalidade de Cobertura, e a Distributividade funcionam como limitador da Universalidade de Atendimento.

A distributividade implica a necessidade de solidariedade para poderem ser distribuídos recursos. A ideia de distributividade também concerne à distribuição de renda, pois o sistema, de certa forma, nada mais faz do que distribuir renda. A distribuição pode ser feita aos mais necessitados, em detrimento dos menos necessitados, de acordo com a previsão legal. A distributividade tem, portanto, caráter social. (MARTINS, 2002, pag. 78)

Certamente se tornaria impossível à medida que os recursos fossem ficando abaixo das necessidades provenientes das situações que colocam as pessoas em estado de necessidade, que o Estado brasileiro resguarda-se contra todos os acontecimentos que viessem a gerar hipossuficiência.

Desta forma o principio da Seletividade funciona como orientação para o legislador quando da edição de lei infraconstitucional, regulamentando a previdência social, tendo a sensibilidade de estabelecer as prestações que cobriram as contingencias sociais que afetem mais a sociedade.

Amado (2015, p. 28), ainda afirma que “como não há possibilidade financeira de se cobrir todos os eventos desejados, deverão ser selecionados para a cobertura os riscos sociais mais relevantes, visando à melhor otimização administrativa dos recursos”, de acordo com o grau de proteção devido a cada um, contemplando de modo mais abrangente os que demonstrem produzir maiores necessidades. (AMADO, 2015, p. 28),

O princípio da Distributividade tem como objeto a orientação para que o legislador também tenha a preocupação e resguardar o maior numero de pessoas, desta forma o legislador deve selecionar as contingencias mais importantes com a preocupação em distribuir, atender o maior numero de pessoas possíveis.

O princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios que se encontra explicito na constituição no art. 194, IV, constituindo clausula impeditiva para redução nominal das prestações da seguridade social, desta forma o valor não pode ser reduzido, caso venha a ocorrer à proteção social corre o risco de perder sua eficácia colocando o beneficiário em estado de necessidade, “*sob pena de a proteção deixar de ser eficaz e de o beneficiário tornar a cair em estado de necessidade*”. (Eduardo Rocha Dias; José Leandro Monteiro de Macêdo, in *Curso de Direito Previdenciário*, Editora Método, 2008, p.120).

O princípio da Equidade na Forma de Participação do Custeio que esta previsto na constituição no art. 194, V, este princípio pressupõe que a forma de contribuição será feita de forma proporcional de acordo com a possibilidade de cada um, imprimindo um sentimento justo a cada responsável pelo custeio do sistema.

... busca-se garantir que aos hipossuficientes seja garantida a proteção social, exigindo-se dos mesmos, quando possível, contribuição equivalente a seu poder aquisitivo, enquanto a contribuição empresarial tende a ter maior importância em termos de valores e percentuais na receita da seguridade social, por ter a classe empregadora maior capacidade contributiva... (Carlos Alberto Pereira de Castro; João Batista Lazzari, in *Manual de Direito Previdenciário*, LTR, 2006, 7ª edição, página 110).

Este princípio é derivado da capacidade contributiva do direito tributário em harmonia com o princípio constitucional da igualdade, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual conforme a sua desigualdade como bem preceituava Ruy Barbosa.

O inciso VII do art.194 da constituição tratou do caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, o modelo de gestão quadripartite garante a participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e do governo nos órgãos colegiados. Seu caráter democrático fica claro com a garantia de participação dos trabalhadores, empregadores e aposentados nas decisões tomadas nestes órgãos nos quais seus direitos são discutidos, o conceito de descentralização é dado pelo direito administrativo, onde a titularidade e execução de um serviço

publico é atribuído a uma pessoa jurídica de direito publico para que esta venha a exercer as atribuições a ela conferidas. (FERREIRA, 2007. Pag. 173)

O principio da Diversidade da Base de Financiamento foi elencado pela constituição federal em seu art. 195, este busca dar sustentabilidade a seguridade social brasileira, desta forma subentende-se que quanto maior a base de custeio mais solida será a seguridade, garantindo o cumprimento das obrigações a ela destinadas, este principio define quem será responsável por pagar a seguridade e social, o dispositivo constitucional é taxativo quanto a estes que passamos a destacar logo a seguir: A) união federal, os estados, o distrito federal e os municípios; B) Os empregadores (para estes as contribuições incidem sobre a folha de salários, sobre o faturamento e sobre o lucro); C) Os segurados da previdência social (não incidindo contribuições sobre aposentadorias e pensões); D) Receitas de concursos de prognósticos (loterias, jogos de futebol, etc.). E) Importadores de bens e serviços do exterior.

Outro principio expresso na constituição federal é o principio da Pré-existência do Custeio em Relação aos Benefícios ou Serviços, este n o art. 195, § 5º, este principio é responsável por garantir o equilíbrio da seguridade social. “Princípio comezinho da boa administração pública, em consonância com o qual somente podem ser feitos gastos quando previamente estabelecidas às fontes de custeio” (Eduardo Rocha Dias; José Leandro Monteiro de Macêdo, in *Curso de Direito Previdenciário*, Editora Método, 2008, página 122).

Ele não permite a criação de novos benefícios ou majoração dos já existentes sem previsão de uma fonte de custeio para o pagamento, é uma forma de garantir a boa administração da seguridade social e evitar que novos gastos sejam contraídos sem que haja uma forma de custear essa obrigação.

Além dos princípios constitucionais a seguridade social é dirigida por princípios gerais que balizam o sistema de previdência brasileiro, lhe conferindo características e atribuições no sentido da busca por uma seguridade social justa e equilibrada, além da ajuda mutua estes princípios buscam tutelar o direito a um futuro protegido das superveniências da vida, garantindo uma renda suficiente para sua subsistência em caso de sobrevir um inesperado ou previsível estado de necessidade.

Um destes princípios é o da Solidariedade, este principio pode ser considerado como algo intrínseco a seguridade social, que tem como uma de suas

características a ajuda mutua, este principio originou-se na assistência social onde as pessoas se uniam para ajudar os necessitados, podemos extrair do art.195, da carta maior que aqueles que detêm uma melhor condição financeira deverão contribuir com uma parcela maior para a seguridade social e aqueles que não tem uma condição financeira tão boa deverão contribuir com uma parcela menor porem nunca deverão deixar de contribuir, desta forma podemos dizer que a solidariedade é a alma da seguridade social, pois sem solidariedade a seguridade fatalmente não existiria. (DIAS; MACÊDO, 2008, Pag. 109)

O principio da obrigatoriedade de filiação consiste no fato de que no momento que alguém for inserido no mercado de trabalho este não tem a livre escolha de filiação ou não ao Regime Geral de Previdência social, salvo quando sua categoria possua regime próprio, este fato é justificado com o argumento de que o homem não se preocupa com as adversidades futuras e desta forma cabe ao Estado à tutela do seu bem estar, para que futuramente este não venha a ser um ônus para a maquina publica sem que não tenha feito nenhuma contribuição para a manutenção do sistema de previdência, esta é feita de forma compulsória através da obrigatoriedade de filiação a previdência social, para que a proteção social seja efetiva se faz necessário que a filiação seja imposta de forma obrigatória. (CASTRO; LAZZARI, 2008, p.102)

O principio da Suficiência consiste no fato que os benefícios concedidos pela seguridade social devem ser capazes de suprir as necessidades daquele que a contingencia atingir, nenhum beneficio poderá ser inferior a um salario mínimo, pois este mesmo sendo do conhecimento social que não é capaz de suprir todas as demandas de uma família é tido como capaz de suprir as necessidades mais básicas do dia a dia, este principio é extraído do art. 201, da Constituição Federal.

O quarto e ultimo principio geral da seguridade social está ligado à assistência social, o principio da supletividade ou Subsidiariedade, este principio trata que caso o individuo não tenha meios de garantir a sua própria subsistência ou de tê-la provida por seus familiares, o Estado se encarregará de fazer este papel, a proteção social será ministrada até o ponto suficiente para afastar a necessidade, garantindo uma vida digna a quem dela necessitar este principio encontra-se no art. 203, V, da Constituição Federal.

Além dos princípios gerais a seguridade social brasileira possui princípios específicos que também balizam os objetivos a serem alcançados pelo sistema de

seguridade social brasileiro, estes princípios em sua maioria tratam das contribuições, da contribuição do segurado e dos benefícios por ela concedidos, sendo de fundamental importância sua previsão legal.

O primeiro princípio que podemos citar é o da Contributividade, que como o próprio nome já sugere consiste na contribuição do protegido para a manutenção do sistema de seguridade social, é um elemento de estaque tanto no regime próprio como no regime geral de previdência social, é um elemento essencial ao acesso a previdência social tendo em vista que não basta apenas a comprovação do estado de necessidade para que se faça jus ao beneplácito da previdência social, isto pelo fato pelo fato das prestações previdenciárias não serem concedidas a título gratuito e sim a título oneroso, sendo assim para ter acesso ao sistema de previdência é necessário que o indivíduo seja contribuinte da previdência social possuindo assim a qualidade de segurado do regime de previdência. (MARTINEZ, 2006, p.16)

Para Wladimir Novaes Martinez:

A redação legal aponta a contributividade como elemento essencial, fato não desprezível na interpretação das normas previdenciárias. Por isso, os benefícios são socialmente devidos em razão da contribuição. Contributividade elevada à condição de princípio constitucional (art. 201, caput) e com enormes consequências a serem apreciadas seguidamente. (MARTINEZ,2006,p.16)

O segundo, princípio específico da seguridade social é o princípio da Automaticidade da filiação que nada mais é do que um corolário do princípio geral da Obrigatoriedade de filiação, a partir do momento que o indivíduo passa a exercer atividade remunerada, este automaticamente será filiado ao sistema de previdência social, não restando ao mesmo à escolha de filiação ou não, as pessoas que não exerçam atividade remunerada também podem filiar-se ao regime de previdência, são os chamados filiados facultativos, porém estes devem por vontade própria inscreverem-se no regime de previdência. (CASTRO; LAZZARI, 2006, p.118)

O princípio da Preservação do Equilíbrio Financeiro e Atuarial decorre do equilíbrio entre receitas e despesas da previdência social, devendo o sistema previdenciário atentar-se sempre para a relação entre o custeio e pagamento dos benefícios, preocupando-se para que haja recursos para o pagamento dos benefícios, mantendo um equilíbrio e buscando um sistema superavitário, esta

preocupação não visa apenas o curto prazo, mas também com o futuro garantindo desta forma o pagamento das prestações no presente e futuras.

...a Previdência Social deverá, na execução da política previdenciária, atentar sempre para a relação entre custeio e pagamento de benefícios, a fim de manter o sistema em condições superavitárias, e observar as oscilações da média etária da população, bem como sua expectativa de vida, para a adequação dos benefícios a estas variáveis. (CASTRO; LAZZARI, 2006, p.118)

O art. 201, § 2º, da Constituição Federal, traz o princípio do Valor da Renda Mensal dos Benefícios de Caráter Substitutivo Não Inferior ao Salário Mínimo, os benefícios previdenciários destinam-se a substituição da renda que antes do da contingência era percebida pelo segurado, desta forma o benefício não poderá ser inferior ao salário mínimo vigente para que com eficiência este possa garantir a dignidade do segurado e suprir suas necessidades básicas. (DIAS; MACÊDO, 2008, p.127)

O princípio do Cálculo dos Benefícios Considerando-se os Salários de Contribuição corrigidos Monetariamente está previsto no art. 201, § 3º, da Constituição federal, este princípio garante que o benefício percebido tenha relação direta com o salário no qual a contribuição previdenciária foi realizada, no dia da concessão do benefício os salários sobre os quais incidiram as contribuições deveram ser atualizados para que não sobrevenha corrosão inflacionária e desta forma defasando a prestação devida. (CASTRO; LAZZARI, 2006, p.120)

O princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios constitui-se na Preservação do poder Aquisitivo das prestações previdenciárias, é previsto na Constituição federal no art. 201, § 4º, este princípio garante o poder de compra dos benefícios concedidos, impondo o reajuste periódico para que a inflação não venha a defasar o benefício, reduzindo o poder aquisitivo do beneficiário. (CASTRO; LAZZARI, 2006, p.120)

Estes princípios são de grande importância para que se possa traçar um caminho para uma seguridade justa e efetiva, são eles que balizam as metas a serem buscadas pela seguridade social, neles podemos observar de forma cristalina a busca pela justiça social, tornando a seguridade social uma das principais ferramentas no combate a desigualdade social, mal que assola nosso país desde os primórdios de seu descobrimento.

CAPITULO II

2 – DESAPOSENTAÇÃO

Neste capítulo iremos definir o instituto da desaposentação, sua receptividade no ordenamento jurídico brasileiro e suas origens, os vários entendimentos em nossa jurisprudência e na doutrina relacionada ao assunto.

2.1 Conceito do instituto da desaposentação

O fenômeno da desaposentação pode ser observado na prática quando alguém após adquirir o benefício da aposentadoria retorna ao mercado de trabalho e continua a contribuir para a previdência social, desta maneira futuramente o segurado abre mão do atual benefício para adquirir um novo vínculo baseado nas contribuições posteriores e desta forma obter um benefício com prestações mais vantajosas, independente do regime no qual o segurado esteja vinculado, seja ele o regime geral da previdência social ou algum regime próprio. (VIANNA, 2013, p.578)

A desaposentação pode ser definida como a reversão da aposentadoria obtida através de contribuições para alguma das espécies de regime de previdência seja o regime geral, seja o regime específico, objetivando possibilitar um novo vínculo com benefício mais vantajoso no mesmo regime de previdência. (IBRAIM, 2008, p.639).

Do mesmo modo afirma Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2014, p.671):

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

A desaposentação pode também ser conceituada como um ato administrativo formal e vinculado, que é provocado por aquele que tem interesse em abrir mão do direito de continuar a receber as prestações mensais da aposentadoria, compreendendo na desistência com declaração oficial constitutiva. Essa desistência esta relacionada à reavaliação jurídica da concessão do benefício anteriormente concedido ao segurado. (MARTINEZ, 2014, p.40).

Desta forma o instituto da desaposentação não se trata de uma forma de tentar cumular benefícios, mas de cancelamento de uma aposentadoria para com base em contribuições posteriores se obtenha o inicio de outra, desta forma podendo o segurado depois de aposentado renunciar o atual vinculo para postular outro mais vantajoso. (MARTINEZ, 2014, p.40)

Vale ressaltar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência pátria, já pacificaram o entendimento na direção de que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível, desta forma o torna um direito passível de renuncia ou até mesmo desistência para que eventualmente possa se obter certidão de tempo de contribuição.

2.2 Origens da desaposentação

O instituto da desaposentação teve seu surgimento em artigo jurídico de autoria do professor Wladimir Novaes Martinez, o renomado jurista abordou o assunto pela primeira vez de forma científica com o titulo “Renuncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários”. (SERAU, 2011, p.43)

Por outro prisma, nos atendo ainda a construção histórica deste instituto, mesmo não havendo uma clara e expressa previsão legislativa tratando deste tema, ocorreram alguns precedentes legislativos que, em um contexto histórico, aplicando de forma análoga, convalidaram a para que o mesmo fosse justificado. Neste diapasão, o artigo. 25, da lei 8.112/90, lei que define o Regime Único da Previdência Social, Assim como, o Decreto-lei 3.644/00 discorriam no Regime Próprio de Previdência a respeito do fenômeno da reversão da concessão de aposentadoria. (MARTINEZ, 2014, p.31)

Da mesma forma, por intermédio da Lei 6.903/81, Os magistrados Classistas pertencentes à Justiça do Trabalho teriam o direito a renúncia da aposentadoria que já percebiam para que tivessem o tempo utilizado computado para a concessão de benefício com a finalidade de concessão de uma nova aposentadoria, desta feita nos requisitos da Lei Complementar 35/79, que teve sua revogação por intermédio da Lei 9.528/97. (MARTINEZ, 2014, p.31-32)

Como se percebe, o histórico do nosso ordenamento jurídico, contrariando aquilo que muitos defendem, já abrigou precedentes em seus dispositivos legais referências ao direito a renunciabilidade da aposentadoria, especificamente quando se refere a uma análise jurídica de sua reversibilidade e em matéria relacionada à previdência, dando pouca importância ao contexto dos Regimes Próprios, considerando que estes são parte, da mesma forma que o Regime Geral e o Regime Privado, do rol classificatório dos Regimes de Previdência Social, como pode ser observados no disposto em texto constitucional do artigo. 201, da Constituição Federal.

Vale salientar que o compêndio legislativo previdenciário no qual o nosso ordenamento jurídico está sujeito atualmente, desde os fundamentos do conceito de proteção social nacional, especificamente, nunca trataram a respeito do tema, com destaque, que o estudo do referido instituto tema desta discussão, tem que ser feito com o olhar voltado para a renunciabilidade ou a reversão do ato de aposentadoria, sendo necessário, que não se aprecie de maneira restrita e simplesmente visando o aposentado que retorna ao mercado de trabalho, sem considerar o ato pretérito da aposentação quando o objetivo é o benefício da aposentadoria. (MARTINEZ, 2014, p.44)

Entretanto, na realidade, com base no estudo também doutrinário a cerca da ciência da previdência, como também embasado na vontade do legislador constituinte desenvolvidos em nosso ordenamento jurídico pátrio, o objeto da desaposentação, incluindo na análise deste processo o ato da aposentação e renúncia deste direito, sofreram e vem sofrendo aprimoramentos graduais ao longo do tempo por intermédio de alguns instrumentos jurídicos válidos, que buscam adequar de forma plena do ponto de vista jurídico aquilo que foi estabelecido pelo legislador dentro do direito positivado e o que se procura estabelecer como concreto dentro dos propósitos nas situações reais perseguidas. (MARTINEZ, 2014, p.31)

Desta maneira, realizar uma análise da evolução histórica do instituto por nos estudado mostra que o mesmo não vem de longínquas datas, onde as frequentes mudanças dos institutos jurídicos se deparam em seu singular destino, uma amostra clara de que certos preceitos não necessitam de amparo jurídico, acima de tudo eficaz, um exemplo é a desaposentação que se mostra como um real instrumento de evolução de aprimoramentos sociais regulados. (SERAU, 2011, p.43)

Em legislações passadas era possível encontrar previsão legal para o instituto da desaposentação. O artigo. 12, da Lei 5.890/73 a qual inseriu mudanças na Lei orgânica da Previdência Social LOPS, tratava a respeito da suspensão do benefício de aposentadoria do segurado ausentado por tempo de serviço que retornasse ao mercado de trabalho, este passaria a perceber 50% da renda mensal. Quando findada esta atividade, seria restaurado o benefício acrescentando-se 5% por ano de contribuição, com um limite de dez anos, vedando a volta de forma indiscriminada ao mercado de trabalho. (MARTINEZ, 2014, p.31)

O referido autor também se refere ao benefício concedido ao magistrado classista, que encontra previsão legal no diploma normativo 6.903/81 e que foi derogado pela Lei 9.528/97, pode ser observado algo semelhante ao instituto da desaposentação:

O art. 9º da lei 6.903/81 dispõe que:

Ao inativo do Tesouro Nacional ou da Previdência Social que estiver no exercício do cargo de Juiz Temporário e fizer jus à aposentadoria nos termos desta Lei, é lícito optar pelo benefício que mais lhe convier, cancelando-se aquele excluído pela opção.

É correto afirmar que a parte do diploma legal citado no trecho acima se mostra como o ponto inicial do que pode ser conceituado e da um novo sentido a desaposentação, ainda que o instituto já tivesse despertado o interesse científico de alguns doutrinadores sendo cogitado em alguns momentos. O professor Wladimir Novaes Martinez foi o pioneiro ao publicar o artigo “Renúncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários” publicado no ano de 1987. (SERAU, 2011, p.44)

O tema da desaposentação só veio despertar o interesse dos pesquisadores por volta de meado dos anos noventa, tomando maiores proporções entre 2008/2010 com a difusão de congressos, palestras e artigos científicos tratando do tema, este momento despertou a consciência para uma discussão jurisprudencial do

assunto, também conquistou espaços nos debates literários do direito previdenciário, aumentando o número de trabalhos científicos abordando o tema. (MARTINEZ, 2014, p.31)

Diversos fatores contribuíram para o desenvolvimento do instituto da desaposentação no Brasil, entre eles estão os baixos salários percebidos pelos segurados beneficiários da previdência social, no entanto credita-se ao fim do direito ao pecúlio como também ao abono permanência depois das reformas realizadas nos anos noventa como sendo verdadeiro estopim para o destaque concedido a desaposentação, encaixando como uma maneira de tentar neutralizar os efeitos negativos da extinção dos mencionados direitos, com o intuito de se buscar uma revisão das prestações previdenciárias. (MARTINEZ, 2014, p.40)

2.3 – Natureza jurídica do instituto da e aspectos jurídicos que fundamentam a desaposentação no Brasil

Já discorreremos a respeito do surgimento e sobre o conceito do instituto estudado, passaremos a tratar, com base na ampla doutrina previdenciária que trata a cerca do tema, sobre a natureza jurídica do instituto da desaposentação, logo após trataremos sobre a admissibilidade e sua delimitação, sua delimitação assim como os efeitos deste ato de desaposentar.

Como sabemos a natureza jurídica deste instituto é de um ato administrativo, desta maneira são atos que buscam a satisfação dos interesses da sociedade em geral ou mesmo do estado, resultando em consequências no âmbito jurídico, tendo como principal figura a pessoa do agente público que está investido no poder que é concedido pela administração pública. (COLNAGO, 2005, p.789)

O ilustre doutrinador Wladimir Novaes Martinez define que é um ato administrativo formal e vinculado, resultado de provocação por aquele interessado na reversão da manutenção das prestações da aposentadoria, compreendendo uma declaração oficial abdicando do direito, ou seja, uma declaração desconstitutiva. (MARTINEZ, 2014, p.40)

O referido ato de desistência é equivalente a uma revisão jurídica do deferimento do ato administrativo que concedeu a aposentação concedida ao

beneficiário. Desta forma, podemos considerar que a desaposentação é um ato inverso ao que concedeu a aposentadoria, retornando ao status quo ante em que o indivíduo encontrava-se por ocasião da aquisição do beneplácito previdenciário.

Constata-se que no ordenamento jurídico pátrio não existe nenhum dispositivo legal que proíba o instituto da desaposentação, tão pouco coloca sua existência de forma expressa. Desta forma, a construção doutrinária e coloca-se favoravelmente quanto à questão da validade deste instituto.

A legislação que deu ensejo à reforma previdenciária em 1998 por meio de emenda constitucional de numero 20 modificou alguns pontos para a aquisição do benefício de aposentadoria no regime geral de previdência social e do regime privado de previdência social. No caso do regime geral, esta alteração legislativa modificou o modelo de aposentadoria por tempo de serviço substituindo por aposentadoria por tempo de contribuição. Um ano após a Lei 9.786/99, foi responsável por criar o fator previdenciário tornando obrigatória a sua aplicação nas aposentadorias por tempo de contribuição.

Desta forma nestes moldes, o valor pago pelo benefício previdenciário passou a ter um calculo que leva em consideração a media aritmética dos maiores salários de contribuição que correspondem a 80% de todo o período em que o contribuinte segurado efetivamente contribuiu para o sistema de previdência brasileiro, do mês de julho de 1994 até a data de concessão do benefício de aposentadoria pelo fator previdenciário. (CASTRO; LAZZARI, 2014, p.53)

Com outras palavras, podemos definir o fator previdenciário como sendo um redutor no valor da prestação do benefício decorrente da aposentação por tempo de contribuição. Em relação ao valor deste benefício é levado em consideração além do tempo de contribuição outros fatores como a idade do segurado na data da concessão do benefício e a expectativa de vida restante com base em estudos de órgãos credenciados pelo governo.

Um dos principais motivos para que o beneficiário venha optar pela desaposentação é o efeito redutor que os benefícios previdenciários sofrem em decorrência do fator previdenciário, conseqüentemente com o aumento da idade no calculo da aposentadoria esse fator se reduz essa também é uma razão que motiva a desaposentação. Desta forma a vantagem financeira do instituto da desaposentação está diretamente ligada ao fator previdenciário, tendo em vista que, um novo calculo levando em consideração o aumento da idade do segurado,

somando ao tempo de contribuição e uma menor expectativa de vida, terá como possível consequência um maior valor da prestação referente ao benefício almejado.

2.4 – O pensamento doutrinário em relação à desaposentação no Brasil

Uma das razões que motivam o pedido de desaposentação é a redução do fator previdenciário em decorrência do aumento da idade. Desse modo, a vantagem pecuniária da desaposentação está relacionada ao fator previdenciário, visto que, um novo cálculo considerando o aumento da idade do beneficiário, mais tempo de contribuição e menor expectativa de vida, poderá gerar a elevação do valor do benefício mensal. (MARTINEZ, 2014, p.31)

Aqueles que não admitem a desaposentação respaldam seu entendimento basicamente em dois argumentos, a saber: o primeiro argumento é de que não existe prévia previsão legal expressa que resguarde a desaposentação e o segundo é de que a aposentadoria, uma vez efetivada, é irrevogável, isto é, irrenunciável pelo segurado. (LADENTHIN; MASOTTI, 2010, p.107-108)

De fato, no âmbito administrativo, o INSS não tem admitido a desaposentação sob o argumento de defesa que a desaposentação não tem previsão formal, desse modo à administração pública entende como sendo impossível reconhecer e aplicar o novo instituto na medida em que compreende que possui o dever de agir conforme a lei, e sendo essa omissa neste ponto, a autarquia previdenciária aplica o artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99. (LADENTHIN; MASOTTI, 2010, p.156)

Com idêntico posicionamento, a Desembargadora Marisa Ferreira dos Santos considera que não existindo norma específica que regule a desaposentação, não se mostra possível o acolhimento do referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Complementado seu entendimento, diz que a desaposentação deveria estar expressa no ordenamento jurídico a fim de não gerar despesas para o sistema previdenciário ante a criação de ônus sem previsão no custeio, o que viola a regra de contrapartida. Ressalta-se, no entanto, que não há no ordenamento jurídico norma jurídica que proíba o instituto. (SANTOS, 2011, p.326)

No mesmo sentido a doutrinadora Lorena de Mello Resende Colnago foi contra o instituto da desaposentação argumentando que “atualmente o instituto

jurídico da desaposentação é aplicado de forma ilícita e imoral”. A ilicitude esta em face da ausência de legislação e de usurpação do necessário ato jurídico administrativo vinculado, que vem sendo substituído pela revogação. (COLNAGO, 2014, p.171)

Desse modo, Fábio Zambitte Ibrahim afirma que o Poder Público não observa a correta amplitude do Princípio da Legalidade ao vedar a possibilidade da desaposentação. A vedação ao instituto deveria estar inserida na lei, e, não havendo qualquer empecilho expresso que contrarie normas legais, a autorização da desaposentação é presumida. (IBRAHIM, 2011, p.68-69)

Diferentemente da Administração pública, que está estritamente ligada ao que se encontra previsto em Lei, sendo regulada pelo princípio da legalidade estrita, o cidadão comum pode fazer tudo o que a lei não proíbe, já que se encontra regido por uma legalidade ampla.

De fato, a Carta Magna de 1988 estabelece o princípio da legalidade como direito fundamental aplicável ao cidadão e inserido no artigo 5^a, II, o qual menciona sobre a desobrigação de fazer ou deixar de fazer algo que não esteja prevista na lei. Porém, conforme ensina Hely Lopes Meireles, “na administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal”. Enquanto para o particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”, para o administrador público significa “dever fazer assim.” (MEIRELES, 2010, p.89)

Nesse sentido, Adriane Bramante de Castro Ladenthin e Viviane Masotti entendem que não havendo previsão legal que vede a desaposentação, seja pelo exercício do direito em ajuizar uma ação, seja pelo princípio da legalidade correspondente ao texto constitucional acima mencionado, a desaposentação é plenamente cabível por falta de qualquer previsão legal ou constitucional que a proíba. (LADENTHIN; MASOTTI, 2010, p.94)

Wladimir Novaes em sua obra desaposentação assevera que grande maioria dos doutrinadores que se posicionam favoravelmente ao instituto entende que não existe obstáculo normativo. Afirma ainda que não existe o dever jurídico de pretender a aposentação e nem ao menos o de continuar aposentado; os limites da lei estão vinculados à vontade do indivíduo que não viole o interesse público e este quer que ele tenha acesso a uma aposentadoria mais favorável. (MARTINEZ, 2014, p.173)

Desse modo, essa compreensão dos fatos foi colocada para assegurar garantias aos indivíduos, no entanto se verificar que a desaposentação não está causando prejuízos, exclusivamente ao regime de previdência, o ente administrativo pode reconsiderar os seus atos praticados. Vale novamente mencionar que as garantias constitucionais convergem para o particular e não para a administração. Assim não havendo posicionamento do legislador em prevê legislação específica para a desaposentação, mas ocorrendo o atendimento da concessão do direito às necessidades do interesse público e individual, não há impedimento que possa vedar a sua realização. (MARTINEZ, 2014, p.173)

Relativamente ao segundo argumento, referente à irrenunciabilidade da aposentadoria, tem-se que a desaposentação, por sua própria natureza, pressupõe a renúncia pelo segurado da aposentadoria obtida, com o fim de obter uma aposentadoria mais favorável; já que corresponde à possibilidade de se obter novo benefício, com o objetivo de melhorar o valor da aposentadoria.

Em termos genéricos, o direito à renúncia se faz presente desde a época das escrituras romanas, sendo encontrado no Manual didático de autoria de Gaio. O instituto da renúncia pode ser conceituado para Lídio das Neves como um “ato pelo qual o titular de um direito dele abdica voluntaria e unilateralmente, perecendo, assim a titularidade ou a faculdade de exercer.” Desse modo compreende a renúncia como um abandono ou uma desistência volitiva no qual alguém que possui um direito deixa de utiliza-lo. (MARTINEZ, 2014, p174)

A autarquia previdenciária nas suas defesas utiliza-se com bastante frequência o artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99, compreendendo os benefícios de aposentadoria por idade, tempo de contribuição e especial como irrenunciáveis sob o argumento que se trata de caráter alimentar, podendo haver a extinção somente com a morte do segurado. E conseqüentemente irreversíveis, por considerar o benefício da aposentadoria como um ato jurídico perfeito, podendo ser apenas desfeito pelo Poder Público nas hipóteses de erro ou fraude na concessão ao benefício.

Carlos e Lazzari compreende que a Carta Magna em momento algum traz vedação ao instituto da desaposentação, pelo contrário, no artigo 201§9º é garantida a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana. Já a legislação da Previdência não aborda o assunto, apresentando vedação apenas a contagem simultânea de tempo de

contribuição com o tempo já utilizado em outro regime. Cabe salientar que somente o Decreto nº 3.048/99 considera as aposentadorias já mencionadas como irreversíveis e irrenunciáveis. (CASTRO; LAZZARI, 2007, p.473)

Em posicionamento diverso adotado pelo INSS, Fábio Zambitte Ibrahim e em conformidade com o pensamento doutrinário predominante, pontifica:

Sem embargo da necessária garantia ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, não podem tais prerrogativas constitucionais compor impedimentos ao livre exercício do direito. A normatização constitucional visa, com tais preceitos, assegurar que direitos não sejam violados, e não limitar a fruição dos mesmos. O entendimento em contrário viola frontalmente o que se busca na Lei Maior. Segurança jurídica, de modo algum, significa a imutabilidade das relações sobre as quais há incidência da norma jurídica, mas, sim a garantia da preservação do direito, o qual pode ser objeto de renúncia por parte de seu titular em prol de situação mais benéfica. (IBRAHIM, 2011, p.49)

Bramante citado por Castro e Lazzari assinala que a desaposeção é uma renúncia opção. Assim quando abdica a aposentadoria menos vantajosa para obter uma mais vantajosa à opção por uma melhor aposentadoria é válida e eficaz. Desse sentido, prepondera o posicionamento de ser possível renunciar a aposentadoria quando for beneficiar o indivíduo aposentado e ou ensejar a nova aposentadoria mais favorável. (CASTRO; LAZZARI, 2007, p.474)

Do mesmo modo entendem Castro e Lazzari que a renúncia é possível, uma vez que ninguém será obrigado a continuar aposentado contra a sua vontade. Neste caso o objetivo da renúncia é possibilitar a aposentadoria mais favorável, pois o segurado dispõe dos valores que vinha recebendo, mas não abre mão do tempo de contribuição averbado.

Para os que admitem a renunciabilidade da aposentadoria, como Adriane Bramante de Castro Ladenthin, surge outra questão referente aos efeitos dessa renúncia.

Segundo Adriane Bramante de Castro Ladenthin a renúncia como sendo um ato de vontade privativo e personalíssimo do particular só pode ser requerida pelo titular do direito subjetivo. Nem mesmo a Administração Pública pode obstar o indivíduo renunciar a um direito patrimonial disponível. (LADENTHIN; MASOTTI, 2010, p.65)

Para que um ato seja desfeito é necessário ter um novo ato com o fim de desfazer o anterior. Assim a parti dai não há mais a produção de efeitos jurídicos futuros, mas continuam aqueles já realizados.

Só deixa de continuar os efeitos realizados quando ocorre à extinção pela retirada do ato pela revogação, invalidação, cassação ou caducidade, as demais extinções do ato eficaz produzem efeito ex nunc, pois o ato administrativo foi eficaz. (LADENTHIN; MASOTTI, 2010, p.66)

Na hipótese de um ato administrativo ser inválido, revogado, cassado, por outros motivos que o extinguem, os efeitos seriam ex tunc, pois vão desfazer um ato viciado, imperfeito.

Evitando trazer equívocos quanto à produção dos efeitos ex tunc e ex nunc, vale lembrar que os efeitos considerados ex tunc são aqueles que retroagem à sua condição de origem e alcançam todos os efeitos passados; já os efeitos ex nunc produzem efeitos para o futuro, que diferentemente dos efeitos ex tunc não é possível alcançar situações pretéritas. Vale lembrar que o que retroage não são os atos e sim os efeitos produzidos por estes. (LADENTHIN; MASOTTI, 2010, p.66)

Assim, quando ocorre de um ato administrativo ser desconstituído pela renúncia, não é a invalidade do ato ou a sua revogação que será desconstituída, mas sim os efeitos por ele produzindo.

No que se refere ao instituto da desaposentação, para Adriane Bramante de Castro Ladenthin os efeitos produzidos são ex nunc, pois as prestações recebidas pelo segurado não podem ser consideradas indevidas, pois o ato que concedeu o benefício não deixou de ter eficácia pela renúncia. (LADENTHIN; MASOTTI, 2010, p.66)

Após o ato de renúncia, como consequência desta, o tempo de contribuição adquirido na aposentadoria que está renunciando pode ser aproveitado e somado aos períodos trabalhados após a aposentação. Este procedimento consiste na consequência da desaposentação levando a possibilidade da utilização desses períodos para em uma nova aposentadoria. (LADENTHIN; MASOTTI, 2010, p.66)

O posicionamento de que a aposentadoria tem caráter indisponível e irreversível defendido pelo INSS utilizando-se do Decreto nº 3.048/99 não parece ser a posição mais adequada, pois o decreto mencionado não possui função de ampliar os limites legais e sim de regulamentar a lei, como a lei não tratou sobre a impossibilidade da renúncia, o decreto não pode regulamentar esta matéria. Quanto

à previsão da desaposentação, a constituição federal em momento algum veda a nova aposentadoria, logo pressupõe ser possível. Assim, a Administração não pode obrigar ninguém a continuar na condição de aposentado a não ser por vontade própria do titular do direito. Havendo manifestação de vontade em obter o novo benefício o segurado deverá renunciar os proventos do primeiro jubramento.

Desse modo verifica-se que a posição favorável à desaposentação é a que deve prevalecer, sendo a desaposentação renunciável.

CAPITULO III

3 – ANALISE SOBRE A DECISÃO DA SUPREMA CORTE

Por maioria dos ministros a nossa suprema corte entendeu ser inconstitucional o recalcule dos benefícios de aposentaria, neste capítulo iremos fazer uma análise dos votos proferidos pelos ministros de nossa Suprema Corte. Refletindo sobre os pontos debatidos no julgamento que trata sobre a constitucionalidade do Instituto da Desaposentação, expondo uma opinião jurídica sobre o tema proposto e o resultado do julgamento por parte desta Corte Maior.

3.1 – Desaposentação: tese favorável

Antecedendo o início da análise da tese em questão, existem alguns quesitos formulados preliminarmente que devem ser debatidos, pela grande relevância da temática para a comunidade jurídica do nosso país, principalmente para aqueles que militam na seara previdenciária e os usuários desta rede de proteção social e os órgãos que dela fazem parte.

Em seu voto o Ministro ressaltou o quão importante foi esse julgado frente às divergências de posicionamento na qual esta matéria vinha enfrentando no judiciário brasileiro, continuando essa análise preliminar, e também de suma importância prática para o estudo do caso analisado, destacar o afastamento da tese de arguição de inconstitucionalidade do art.18, § 2º da Lei 8213/91, como fora suscitado em recurso extraordinário.

Da mesma forma foi afastada uma possível violação ao art. 97, que daria previsão ao respeito a cláusula de plenário, com as alegações de que o Superior Tribunal de Justiça não deixou de dar aplicabilidade ao mencionado dispositivo legal

da lei que trata dos benefícios por considera-lo inconstitucional, mas por não ser referente ao instituto da desaposentação. Com isso o Superior Tribunal de Justiça descartou uma possível declaração incidental de inconstitucionalidade, que poderia acarretar consideráveis consequências processuais nas instâncias inferiores, podemos citar o exemplo de se obrigar a submissão dos Tribunais Regionais Federais a reserva de plenário nos processos que envolvam a matéria.

A matéria de grande importância para a comunidade acadêmica e jurídica do nosso país. O julgamento sofre uma interrupção em seu curso devido à ausência de alguns Ministros, sendo retomado no dia 9 de outubro de 2014, tendo como relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Este tema tem grande importância para o mundo jurídico, iremos tecer alguns comentários a respeito do voto proferido pelo brilhante relator.

O Ministro relator deu início ao seu voto dando a indicação estrutural do arcabouço constitucional que fundamenta nosso sistema de previdência baseado no princípio da solidariedade como também no caráter contributivo. Porém, entretanto, argumentou que não existe comutatividade de forma estrita entre o recolhimento de contribuições e o recebimento das prestações previdenciárias oferecidas, pelo fato de que o Brasil não adotou em seu sistema de previdência o regime de capitalização, mas sim de repartição. Contudo, o eminente julgador indicou alguns parâmetros a serem seguidos os quais o legislador tem o entendimento de que pode tratar de matéria relativa à previdência: a) o respeito ao princípio da isonomia; e b) a impossibilidade de instituição de contribuição previdenciária sem a devida contrapartida em termos de benefício previdenciário.

Em relação ao princípio da solidariedade, utilizado pelo INSS para justificar a negativa ao direito a desaposentação o Ministro afastou por completo este argumento como podemos ver no trecho seguinte:

No que toca especificamente ao tema em exame, a Constituição não fornece qualquer fundamento normativo que confira respaldo à pretensão de fazer incidir a tributação específica sem que se reconheça o direito às prestações substanciais correspondentes. A invocação genérica do princípio da solidariedade não é suficiente para justificar esse recorte legislativo no sistema constitucional que trata da matéria. Por isso mesmo, os precedentes citados pelo recorrente não têm o alcance por ele pretendido. (Supremo Tribunal Federal – STF – RE: 661256 SC. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. DJE 28/09/2017).

Fazendo uso destes princípios em relação às questões que tratam da desaposentação, o eminente Ministro Luís Roberto Barroso fez questão de destacar que o segurado retorna ao mercado de trabalho em posição de igualdade de regime jurídico contribuindo assim como os outros trabalhadores da iniciativa privada, tornando a recolher as suas contribuições para o sistema previdenciário, porem não existe igual tratamento em relação aos benefícios oferecidos em decorrência da extinção do pecúlio no ano de 1995, este trabalhador fará jus apenas aos benefícios do salario família e da reabilitação profissional, considerados pelo Ministro relator como inexistentes no caso destes contribuintes ou mesmo de pouca aplicabilidade por se tratar de pessoas de certa idade que retornaram ao mercado de trabalho.

Desta maneira o Ministro relator concluiu que o art. 18, § 2.º, da lei de benefícios, é contrario a norma constitucional violando o sistema contributivo, impondo o dever de recolher as suas contribuições sem verter qualquer benefício plausível em decorrência destes, no mesmo sentido o Ministro destacou não haver qualquer impedimento expresso ou vedação legislativa ao instituto da desaposentação em qualquer diploma normativo. Com estes argumentos o Ministro declarou possível e inequívoco o direito a pleitear uma reversão na aposentação.

Após reconhecer a possibilidade jurídica da concessão da desaposentação o Ministro trouxe à discussão a possibilidade de ter que restituir as prestações recebidas por decorrência deste vinculo primeiro, contraria a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo pela desnecessária devolução das prestações recebidas nesta primeira aposentadoria, considerou impossível existir algum tipo de vantagem ou alguma ofensa ao principio da isonomia entre os que já conseguiram receber o beneficio previdenciário e posteriormente aderiram ao instituto da desaposentação e aqueles que gozam da aposentadoria pela primeira vez.

Foi descartada a possibilidade de uma integral devolução das prestações recebidas em virtude do primeiro vinculo previdenciário, o contrario seria correspondente a “dar com uma mão e retirar com a outra”. Descartando da mesma forma um possível parcelamento em sede de devolução destes valores, pois seria correspondente ao mesmo evento draconiano de permitir o instituto da desaposentação anulando através do viés econômico. Finalizando, também descartou o fato da Suprema Corte realizar apenas uma mera exortação ao

legislador. Com esse posicionamento o eminente julgador de maneira corajosa fez opção por construir uma solução viável para o tema da desaposentação em relação à devolução dos valores referentes às prestações recebidas na primeira aposentadoria com base nos princípios constitucionais vigentes.

O Ministro apresentou uma proposta para um formato de cálculo do novo benefício previdenciário fazendo uso de disposições que já existem presentes no art. 29 da Lei de benefícios, insertos na parte estrutural do fator previdenciário: tempo de contribuição, idade, expectativa de vida, média aritmética das contribuições atualizadas. Destacou, e temos o entendimento de que isso se faz muito importante, necessário contabilizar neste cálculo todas as contribuições recolhidas ao regime de previdência, tanto os decorrentes da primeira quanto da segunda aposentação.

Ofereceu como solução intermediária considerar a idade e a expectativa de vida do beneficiário na concessão do novo vínculo tal qual o fator previdenciário, sendo que seria considerados os elementos verificados quando da primeira aposentação, gerando desta maneira equilíbrio financeiro e atuarial como também preservando a isonomia entre os que não buscam o instituto da desaposentação. Vejamos este trecho de seu brilhante voto proferido no Recurso Extraordinário 661.256 no qual foi o relator:

Cálculo da nova aposentadoria, a idade e a expectativa de vida a serem consideradas são aquelas referentes ao momento em que o primeiro vínculo foi estabelecido. Foi a partir dali, afinal, que o sistema contributivo-solidário passou a custear prestações para o indivíduo. Desconsiderar esse fato – permitindo a desaposentação incondicionada – seria injusto para com os aposentados que não se enquadram nessa situação peculiar. Na prática, pessoas com o mesmo tempo de contribuição, em valores também iguais, receberiam prestações acumuladas substancialmente desiguais, instituindo um privilégio atuarial injustificável. (Supremo Tribunal Federal – STF – RE: 661256 SC. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. DJE 28/09/2017).

O eminente julgador fez uma proposta de modulação de efeitos em seu voto em relação à decisão por ele proferida, que teria sua validade apenas 180 dias após o trânsito em julgado desta demanda. A finalidade buscada com essa atitude seria de: a) proporcionar um lapso temporal suficiente para a devida organização administrativa necessária para que se efetive o instituto da desaposentação nas

agencias do Instituto Nacional do Seguro Social, em especial para que possa aferir as bases operacionais em relação ao tempo de custeio; b) proporcionar ao legislativo a opção de regular a matéria durante esse tempo proposto como lapso para que seja implantado no âmbito do direito previdenciário, preenchendo essa lacuna no ordenamento jurídico.

Faz importante dar destaque que o eminente Ministro esclareceu que a questão levantada deveria primeiramente ser solucionada através de um debate publico proporcionado pelo poder legislativo que é certamente o campo adequado para isso, lembrando os limites impostos de não se poder impor obrigações de contribuições previdenciárias sem que exista uma futura contrapartida, deu destaque é devido a essa inercia legislativa que se produz este tipo de situação como a busca do provimento judicial para a desaposentação.

Com essa fundamentação, o Ministro relator de parcial provimento a este Recurso Extraordinário interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, possibilitando a busca pela desaposentação, no entanto, modificando o formato de calculo para este novo vinculo previdenciário, conforme o método já foi exposto anteriormente.

O voto do relator, ministro Barroso, é louvável em vários aspectos: a) pelo simples fato de reconhecer a validade da desaposentação, sem margem a dúvidas; b) pelo reconhecimento secundário do aspecto de que não há possibilidade de instituição de contribuição previdenciária desvinculada de qualquer benefício previdenciário ao segurado; c) por descartar a restituição dos valores já recebidos como primeira aposentadoria, ainda que sugira metodologia de cálculo diversa daquela que as pessoas que ajuizaram ações buscavam, mas causadora de efetivo aumento de proventos; d) ao exortar a Administração Pública e o legislador a que ocupem seu devido espaço, legislando e regulamentando a questão, sem a possibilidade de acarretarem prejuízo ao segurado.

O método para se efetuar os cálculos apresentado pelo relator é de uma razoabilidade incontestada e com toda certeza vai produzir um aumento nas prestações percebidas pelos beneficiários que optarem pela desaposentação. Levando em consideração os fatores idade e expectativa de vida verificada quando da concessão do primeiro vinculo previdenciário, porem levando em consideração todo o tempo de contribuição vertida por parte do segurado, certamente os resultados produzidos serão positivos, porem, não como seria caso o recalculo do

benefício fosse considerado como o primeiro, fazendo uso do total das contribuições vertidas, somados a idade atual e a expectativa de vida no momento da segunda aposentação assim como pleiteado pelos defensores das partes em seus pedidos. Este meio termo se faz justo, inclusive impedindo uma possível devolução das prestações oriundas da primeira aposentação.

3.2 Desaposentação: tese contrária

O responsável por redigir a tese contrária ao instituto da desaposentação foi o ministro Dias Toffoli, foi ele quem abriu divergência em relação à concessão deste direito, o eminente Ministro iniciou a fundamentação de seu voto destacando o princípio da solidariedade e da contributividade, afastando qualquer possibilidade de inconstitucionalidade ao art.18, § 2º, da Lei nº 8.213/9, norma esta que veda o recebimento de qualquer tipo de prestação adicional em razão do retorno ou permanência no mercado de trabalho por parte daquele segurado que veio a se aposenta, fazendo jus apenas ao salário família e a reabilitação profissional.

O Ministro também ratificou o voto proferido nos autos do Recurso Extraordinário 381.367/RS de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Melo, além de não interpretar a norma como inconstitucional, também não ver a possibilidade de conferir interpretação conforme o texto constitucional em vigor. É clara a interpretação que a União e o Instituto Nacional do Seguro Social no sentido de que tal dispositivo normativo em consonância com o art.181-B do decreto 3.048/1999 acrescido pelo decreto 3.265/1999, veda o instituto da desaposentação, podemos observar no texto do decreto 3.048/99, pelo qual foi aprovado o regulamento da Previdência Social e criou impedimento para que se renuncie o benefício de aposentadoria como pode ser observado:

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

Não se pode contestar que o art. 96, II, da Lei 8.213/1991 veda de forma expressa que se possa aproveitar o tempo de serviço para buscar concessão de um novo vínculo com um recalcule de valores com base em novas contribuições.

O ministro concordou com o relator no sentido de não haver nenhum dispositivo constitucional vedando a concessão do direito a desaposentação, no entanto, também destacou que não existe nenhum dispositivo em nossa Carta Magna prevendo este direito, dando destaque que compete ao legislador através da legislação ordinária de forma clara e específica criar ou conceder benefícios decorrentes das contribuições previdenciárias.

O Ministro destacou a carência de previsão legal do instituto da desaposentação, desta forma fica impossibilitado de adquirir natureza jurídica de ato administrativo, para isso é necessária específica previsão legal, lembrando que todo ato administrativo está vinculado ao princípio da legalidade, se a concessão foi feita por meio de ato administrativo lícito, não se pode cogitar em desconstituição do ato por meio do instituto da desaposentação, pois se lícito foi o ato seria impossível a sua retirada do mundo jurídico, com efeito, *ex tunc*.

Vejamos o trecho do voto do eminente Ministro no Recurso Extraordinário 661.256:

A desaposentação volto a insistir, não possui previsão legal. Assim sendo, esse instituto não pode ter natureza jurídica de ato administrativo, mesmo porque a lei não o prevê especificamente. Aliás, como é de todos sabido, a prática de qualquer ato administrativo pressupõe o atendimento ao princípio da legalidade administrativa. Não bastasse isso, se a aposentadoria foi declarada e se fez por meio de ato administrativo lícito, não há que se falar em desconstituição do ato por meio da desaposentação, mesmo porque, se lícita foi a concessão do direito previdenciário, sua retirada do mundo jurídico não poderia ser admitida com efeitos *ex tunc*. (Supremo Tribunal Federal – STF – RE: 661256 SC. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. DJE 28/09/2017).

Em relação à devolução dos valores já recebidos por parte do beneficiário o Ministro se posicionou contrário ao considerar que o benefício concedido tem sua origem em ato lícito e legítimo não fazendo sentido obrigar o aposentado efetuar qualquer tipo de restituição.

Em seu voto o Eminente Ministro discorreu sobre o fator previdenciário e sua importância para a seguridade social, suas características e sua função no sistema de previdência, em seu voto o Ministro afirmou não haver correlação entre as

remunerações auferidas durante o período laboral e o benefício e isso implicaria em uma inserção do sistema previdenciário brasileiro em um modelo de capitalização, como sabemos alguns juristas defendem esse posicionamento, porém estudos sobre o tema do fator previdenciário e sua formula, como descrito na lei 9.876/1999, esse fator no formato que foi construído, constitui um instrumento característico do sistema de repartição.

A desaposentação tornaria os parâmetros que servem de parâmetros para utilizados para aferir a expectativa de sobrevida em algo demasiadamente impossível de se prever devido a sua flexibilidade, passando esse elemento a ser tratado pelo segurado da maneira que convenha a ele, a finalidade buscada pelo fator previdenciário, que é o incentivo a busca de uma aposentadoria tardia também deixa de alcançar o seu intento, quando maculada a finalidade desta norma, pois o instituto da desaposentação vai estimular o crescimento das aposentadorias precoces.

Temos que mudara concepção de que a desaposentação é o caminho para um vínculo mais vantajoso, pois o próprio regime jurídico já assegura no momento da aposentação o próprio beneficiário já pode optar pela mais vantajosa caso o mesmo tenha direito o direito a mais de uma prestação como podemos verificar no texto normativo, mais especificamente nos art. 564,VI e 627 da instrução normativa INSS/PRES 45/2010. Desta forma se o beneficiário faz jus ao recebimento de mais de um benefício previdenciário, o mesmo pode optar pelo mais vantajoso.

Isso não modifica o fato já ressaltado, no sentido de que não existe nenhum diploma normativo Constitucional autorizando ou desautorizando o exercício do direito a desaposentação, pelo contrario a lei ordinária é enfática ao vedar este direito, de forma mais especifica podemos encontrar respaldo na regra especifica disposta no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/199, tendo prevalência o ato jurídico perfeito no momento de aquisição da deste direito como tratado no voto do contrario proferido pelo eminente julgador, vejamos a seguir.

Isso não altera, no entanto, aquilo que já salientei, no sentido de que a lei impede a desaposentação, seja porque não admitida à renúncia à aposentadoria, seja porque a regra específica do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 faz prevalecer o direito adquirido e o ato jurídico perfeito em momento específico da vida do trabalhador. (Supremo Tribunal Federal – STF – RE: 661256 SC. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. DJE 28/09/2017).

Também se pode alegar violação ao sistema atuarial, isso ocorre pelo fato de que trazidos às receitas estimadas as receitas devem ser calculadas tomando como base os dados estatísticos e os respectivos elementos atuariais, levando em consideração toda a população economicamente ativa, o equilíbrio visado pelo sistema legal não é entre contribuição do segurado e o financiamento do benefício a ser concedido.

O mesmo referido equilíbrio atuarial não tem relação com o princípio da comutatividade, que tem sua previsão legal definida no § 9º do art. 94 da Lei nº 8.213/91, tal princípio tem como finalidade possibilitar a contagem recíproca de tempo de contribuição sob a administração pública ou privada, desta forma os dois sistemas buscam a sua compensação.

A Carta Magna de 1988 construiu um sistema previdenciário de caráter solidário e distributivo. Ocorreu que, com a edição da Emenda Constitucional nº 20/1998, ocorreu significativa modificação nesse sistema quando nele se instalou o caráter contributivo não mais tomando como base o tempo de serviço, mas o tempo de contribuição, mas sem se abandonar o regime previdenciário solidário, o que ficou ainda mais patente na Emenda Constitucional nº 41/2003.

Admitir-se a possibilidade da desaposentação, sem uma revisão do sistema que criou o fator previdenciário e sem uma reestruturação dos cálculos gerais atuariais implicará, aí sim, real ofensa a nossa Carta da República, mais especificamente, ao princípio da solidariedade previsto nos arts. 40, 194 e 195 da Constituição Federal, e ferirá, ainda, o tratamento isonômico e justo aos segurados, conforme determinado no art. 201, § 1º, da Constituição Federal.

Ainda que existisse alguma dúvida quanto à vinculação e ao real sentido do enunciado normativo previsto no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, o qual impede se reconheça a possibilidade da desaposentação, na espécie cabe à aplicação da máxima jurídica *in dubio pro legislatore*, é em verdade, uma regra de preferência quando há zona de penumbra quanto à constitucionalidade ou não de uma decisão discricionária adotada pelo legislador.

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91.

Desta forma o Ministro votou contrario ao instituto da desaposentação, tese que foi adotada pela maioria do plenário da Suprema Corte, por considerar sua inconstitucionalidade devido à falta de previsão legal e conseqüentemente não entendendo inconstitucional o art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/1991.

3.3 Análise crítica a cerca do julgamento de constitucionalidade da desaposentação

O instituto da desaposentação nos últimos tempos tem se tornado um tema bastante discutido no meio jurídico e principalmente na ceara previdenciária. Por muito tempo foi destaque das principais discussões motivando vários eventos voltados para o debate de maneira especifica, porem nem sempre isso foi uma realidade.

Durante muito tempo essa discussão foi bastante limitada em nosso país, ficando restrito a alguns círculos acadêmicos, no entanto com o passar do tempo após a semente ser plantada a temática tomou proporções absurdas, se espalhando por todo o território nacional, abarrotando os tribunais com os mais variados pedidos.

Não é o proposito deste trabalho, apontar novamente, as dificuldades e empecilhos enfrentados, os obstáculos colocados pela administração, para concessão de um novo vinculo, mediante a renuncia do primeiro, tão pouco os argumentos contrários cabíveis ao caso. O que nos encoraja a pesquisar a respeito do instituto da desaposentação é de forma sucinta um aspecto inovador, que cremos reforçar a possibilidade jurídica do procedimento, mesmo que este não tenha previsão legal.

Os moldes adotados pelo sistema de previdência em nosso país, como também em todo o resto da América Latina, tem em sua fundamentação, o modelo do seguro social, mesmo que com algumas diferenças, resumindo, estes modelos de sistema de Previdência Social tem como aspectos básicos o principio da contributividade do regime, ficando ausente o princípio da universalidade, o financiamento por contribuições sociais e concluindo a relação direta entre a contribuição do segurado e o respectivo benefício.

Desta forma podemos observar que a solidariedade é um elemento que se faz presente em qualquer modelo protetivo, existindo em alguns lugares um grau menor, alguns devido às restrições na abrangência, limitação na cobertura a segurados e seus dependentes, alguns pela necessidade de haver relação direta entre a forma de custeio e o benefício, como é exposto no art. 195, § 5º da Carta Magna de 1988. Um modelo que adotou como fonte de financiamento as contribuições por parte do segurado e não por meio de impostos têm como podemos constatar o fim de impor restrições os encargos a parcela da população protegida, e não a sociedade em geral.

Ao contrario nos sistemas que adotam o modelo universalista, os eventos que são cobertos são de verdadeira amplitude, não sendo necessários atributos do seguro social, podemos usar como exemplo a filiação, a qualidade de segurado assim como o período de carência, nessa sistemática, tomando como base o principio da solidariedade em seu grau maior, a ferramenta tributaria adequada é o imposto.

Tendo em mente todos estes aspectos conceituais, podemos notar com maior facilidade, a razão de existir do instituto da desaposentação no ordenamento jurídico brasileiro. Com vistas às contribuições realizadas pelo beneficiário após a concessão do benefício de aposentadoria, a logica do sistema seria um consequente recalculo do valor das prestações, correndo o risco de colidir com o texto constitucional, atribuindo a este um modelo diverso da proteção social, no qual se entrelaçam características de vários modelos previdenciários.

Lamentavelmente, temos que reconhecer que é justamente isso que acontece hoje. Sempre que tem o surgimento de reclamações plausíveis e legítimas, tanto segurados como de seus dependentes, com a finalidade de incrementar ou corrigir benefícios, contrariando a interpretação dada pelo Estado, o argumento recorrente que é dado pelos órgãos oficiais sempre recaem na natureza contributiva do sistema de previdência, vinculando de forma estreita ao principio do equilíbrio financeiro e atuarial, onde a prestação do benefício previdenciário só tem sua existência reconhecida com rigorosa vinculação com o custeio.

Olhando por um prisma diferente, quando o Estado impõe algum imposto camuflado de contribuição social, sem que para isso ofereça alguma contraprestação do ente estatal, a principal argumentação oferecida pelo Estado é sempre fazendo uso do principio da solidariedade, que neste conceito parcial e

tendencioso, chegava a permitir a redução do patrimônio de segurados e seus dependentes mesmo que não haja nenhuma contra prestação protetiva.

Desta forma será adotada a fundamentação que mais se encaixar as finalidades almejadas. Ao se criar receita sem que ofereça uma contraprestação ao segurado, as fundamentações de modelos que adotam o universalismo são apresentadas. Porém no momento de denegar as pretensões que são legítimas, os princípios utilizados são do seguro social, com o nítido objetivo de restringir direitos que são claramente legítimos, da mesma forma pretende sinalizar ao poder judiciário para a necessária submissão aos aspectos atuariais.

É usado um tratamento desigual, é no mínimo equivocada e desleal à forma de tratamento dispensado, pois deturpa os princípios do sistema previdenciário de acordo com os objetivos buscados, sabemos que este modelo de previdência precisa ser ajustado, mas de forma alguma será expondo o alicerce do sistema a vulnerabilidades e tomando o patrimônio dos segurados que vai equacionar este problema. Como tratamos durante todo o trabalho a admissão do instituto da desaposentação além de necessário é constitucional e servira de incentivo a uma real reforma da previdência.

CONCLUSÃO

A discussão sobre a desaposentação surgiu em meados dos anos 90 em meio de diversas implementações pela Previdência Privada, as quais atribuíram aos aposentados diversas perdas no que podemos citar o pecúlio, que baseava no recebimento de uma parcela acrescida de juros e correções monetárias, do somatório das contribuições pagas ao regime de previdência social, dada a continuidade laboral posteriormente a concessão da aposentaria.

Após a extinção do pecúlio, o indivíduo que se encontrava aposentado continuava trabalhando e contribuindo para a previdência social sem, porém do direito de receber contraprestação do regime, com exceção do salário-família e a reabilitação profissional.

Neste ponto surge a probabilidade, para o aposentado, de renunciar à aposentadoria com o fim de novamente se aposentar, aproveitando-se, contudo, do tempo correspondente ao período trabalhado posterior da primeira aposentadoria. Entretanto, o aposentado ao requerer a desaposentação administrativamente começa a visualizar obstáculos impostos pela autarquia previdenciária, alegando em síntese a irreversibilidade e a irrenunciabilidade da aposentadoria e do ato jurídico perfeito e agora teve seu direito negado pela Suprema Corte.

Não obstante, os argumentos utilizados pelo INSS não apresentam solidez jurídica tendo como base o artigo 181-B, do Decreto nº 3.048/99 que traz a proibição expressa à renúncia. No entanto, por se tratar de regulamento, este não pode ultrapassar os limites legais e não cabe a este a possibilidade de criar, modificar ou até mesmo extinguir direitos, sendo que essas prerrogativas são destinadas a lei.

Contrapondo o argumento do INSS e da Suprema Corte, o ato jurídico perfeito disposto no artigo 5º, inciso XXXVI visa resguardar o indivíduo de alterações legais que viole os seus direitos, preservando deste modo, assim, para os que o usufruem. No contexto previdenciário, a atribuição do ato jurídico perfeito é a proteção dos aposentados contra todas as mudanças que possam lhe causar danos. Sendo assim a renúncia à aposentadoria pode ser manifestada para o fim de obter outra mais favorável.

No que diz respeito aos efeitos da desaposentação, a devolução dos valores já recebidos na primeira aposentadoria, é uma posição considerada bastante

controversa tanto no âmbito jurisprudencial quanto doutrinário, O posicionamento defensivo a não devolução dos valores é o mais adequado pois a renúncia da aposentadoria para obter a desaposentação possui efeitos ex nunc, desse modo não retroagem, conseqüentemente não há o dever em devolver os valores percebidos durante a aposentadoria. Além do mais é reconhecido o caráter alimentar das prestações dos benefícios previdenciários não sendo possível. Concluiu-se que a aplicação do instituto da desaposentação somente é viável por meio da renúncia à aposentadoria e não sendo imprescindível a devolução dos valores recebidos por se tratar de natureza alimentar.

Impedir a desaposentação seria consentir em desestimular o direito social do trabalho, impedindo melhorias de condições de vida, de progressos sociais impedindo a materialização da dignidade da pessoa humana. Vive-se, hoje, em uma sociedade que se aprimora cada vez mais, se moderniza e aumenta sua expectativa de vida. Ou seja, negar o direito à desaposentação é uma forma de obstar o direito ao trabalho, pois o aposentado que continua trabalhando não obtém incentivos em continuar na vida laboral, não recebe contraprestações e sente-se sobrecarregado pelo sistema. Em uma realidade em que a sociedade aumenta sua expectativa de vida, o desincentivo à vida laboral após a aposentadoria é inviável e perigoso.

É inequívoca a existência de tal direito, diante de todo o arcabouço principiológico analisado no trabalho, o que deve ser discutido é a maneira de executá-lo, os requisitos legais a serem adotados, fornecendo ao segurado aposentado sua contraprestação e ao mesmo tempo mantendo o equilíbrio atuarial do sistema. A desaposentação não pode ser vista como um tipo de renda complementar, mas como uma real necessidade daqueles que se aposentem precocemente e proporcionalmente.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto di trindade. *Direito e Processo Previdenciário*. 6. ed. Bahia: Jus Podivm, 2015.

_____. *Direito e Processo Previdenciário Sistematizado*. 3 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

BRASIL. Decreto n. 3.048, de 06 de maio de 1999. Dispõe sobre o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto/D3048.htm>>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. Decreto n. 6.208, de 18 de setembro de 2007. Dá nova redação ao parágrafo único do art. 181-B do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6208.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Brasília, 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 23 de out. 2014. Acessado em 10 out. 2017.

_____. Lei nº. 9.717 de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de Previdência Social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9717.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Lei n. 9.796, de 05 de maio de 1999. Dispõe sobre a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de Aposentadoria, e dá outras providências. Disponível em:

<<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1999/9796.htm>>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE n. 661256. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4157562&numeroProcesso=661256&classeProcesso=RE&numeroTema=503>>. Acesso em: 10 out. 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário São Paulo*, LTR, 2006, 7ª edição).

_____. *Manual de Direito Previdenciário*. 16ed. São Paulo: LTr, 2014.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. “Desaposentação.” *Revista de Previdência Social*, nº 301, 2005: 789.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário – São Paulo : Método*, 2008.

FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. *Seguridade Social e Direitos Humanos*. 1ª Edição. São Paulo. LTr, 2007.

IBRAHIM. Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

_____. *Desaposentação*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

- LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro, e Viviane MASOTTI. *Desaposeitação: Teoria e Prática*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à Lei Básica da Previdência Social – 7ª ed.* – São Paulo : LTr, 2006.
- _____. *Desaposeitação*. 6ªed. São Paulo: LTr, 2014.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*, 18ª edição, São Paulo, Atlas, 2002.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- SANTOS, Marisa Ferreira dos. Coord. Pedro Lenza. *Direito Previdenciário Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SERAU, Marco Aurélio. *Desaposeitação: Novas perspectivas teóricas e práticas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.
- VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de direito previdenciário*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.