



Centro Universitário de Brasília

FAJS - Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais
Curso de Direito

ARMANDO JOSÉ DA SILVA

**O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO**

Brasília

2011

ARMANDO JOSÉ DA SILVA

**O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO NO SISTEMA
JURÍDICO BRASILEIRO: uma análise sob a perspectiva
jurisprudencial ante a omissão normativa estrito senso.**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Fernando Hugo Rabello Miranda.

**Brasília
2011**

Nosso medo mais profundo

“Nosso medo mais profundo não é o de não sermos bons o suficiente.

O nosso medo mais profundo é o de sermos poderosos além das medidas.

É a nossa luz, e não a nossa escuridão, o que mais tememos.

Por isso nos perguntamos: Quem somos para nos considerarmos brilhantes, maravilhosos, talentosos, fabulosos?

Nós somos crianças de Deus. A nossa falsa humildade não vai servir o mundo.

Não há nada de iluminado nesse encolher-se para que outros não se sintam inseguros à nossa volta. Estamos todos aqui para irradiar como fazem as crianças e a medida em que deixamos a nossa luz brilhar, inconscientemente damos aos outros permissão para que brilhem também.

A medida que nos liberamos do nosso próprio medo, a nossa presença, automaticamente libera outros para que façam o mesmo.”

Nelson Mandela

AGRADECIMENTOS

À DEUS pela oportunidade de mais um dia com forças suficientes para seguir em frente.

À família base da existência de todo indivíduo.

À minha mãe pela labuta, determinação e exemplo de vencedora.

Ao prof. Fernando Hugo por ter abraçado a orientação deste trabalho, não obstante o tema não ser diretamente inerente à sua área de atuação.

RESUMO

Versa o presente trabalho sobre o instituto da desaposeñação no sistema jurídico brasileiro, voltado especialmente para o regime geral de previdência social. A desaposeñação consiste em renunciar benefício em curso para que o segurado possa aproveitar as contribuições que lhe deram origem, por direito, sejam somadas àquelas que foram posteriormente vertidas, por força de previsão legal, para o sistema previdenciário. Dada a inexistência de previsão legal, a Autarquia Federal escusa-se a reconhecer esse direito. A partir desses dados, o trabalho é desenvolvido tendo como premissa sustentar a viabilidade jurídica da desaposeñação e, para isso, utiliza-se como parâmetros norteadores os preceitos de natureza constitucional e o sistema de seguridade social, enquanto gênero, e, em especial, o sistema previdenciário brasileiro. Nesse desiderato, temas como renúncia, estrita legalidade, natureza patrimonial do benefício de aposentadoria, prestação alimentar, as espécies de aposentadoria, igualdade material, entre outros, são postos em discussão como forma de abalizar o amparo jurídico dispensado pela jurisprudência, cujos posicionamentos, no âmbito das primeiras e segundas instâncias ou no seio do Superior Tribunal de Justiça, tem sido substancialmente favoráveis aos segurados. Assim, é de se sustentar o direito a uma aposentadoria condizente com o quantitativo de contribuições efetivamente despendidas, sob pena de tratar de forma desigual os iguais.

Palavras-chave: Desaposeñação. Renúncia. Segurado. Aposentadoria. Contribuições Previdenciárias. Igualdade material.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 PREVIDENCIA SOCIAL.....	9
1.1 Princípios Basilares da Previdência Social	10
1.2 Os Regimes de Previdência no Brasil	14
1.2.1 O Regime Geral de Previdência Social.....	15
1.2.2 O Regime Próprio de Previdência Social.....	16
2 APOSENTAÇÃO.....	18
2.1 Conceito.....	18
2.2 Da estrita legalidade	19
2.2.1 Ato jurídico perfeito	20
2.2.2 Direito adquirido	21
2.3 Da aposentadoria em espécie.....	22
2.3.1 Modalidades e características	22
2.3.2 A aposentadoria como bem patrimonial disponível	26
2.3.3 O fator previdenciário como mitigador de benefício	28
3 DESAPOSENTAÇÃO	32
3.1 Conceito.....	32
3.2 A omissão legislativa e o instituto da desaposentação	33
3.3 O instituto da renúncia (desaposentação).....	36
3.3.1 A renúncia na legislação brasileira.....	37
3.3.2 A renúncia como ato potestativo	38
3.4 A motivação do instituto da desaposentação.....	39
3.5 A fonte de recursos da Seguridade Social	42
3.6 O equilíbrio atuarial entre contribuição e benefício previdenciário.....	43
3.7 A desnecessidade de devolução dos benefícios recebidos	44
3.8 A manifestação jurisprudencial	45
3.9 A desaposentação no projeto de Lei n. 7.154/2002.....	47
3.9.1 Descrição da proposta legislativa para mudanças na Lei 8.213/91	47
3.9.2 As incongruências nas mudanças propostas.....	48
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

A legislação previdenciária vigente prevê que o aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ele retornar, é segurado obrigatório em relação a essa atividade e está sujeito às contribuições que custeiam a Seguridade Social.

Todavia, a legislação é silente quanto ao aproveitamento dessas contribuições, seja como revisão do benefício em curso, seja aproveitando-a em uma nova aposentadoria que considere no cômputo de seu cálculo o quantitativo de contribuições efetivamente despendidas pelo segurado, ou seja, antes e depois da aposentadoria.

É incontestado que após anos de contribuições enquadradas no contexto supramencionado, qual seja, a do trabalhador-aposentado, quando não mais reúne condições físicas para se manter no mercado de trabalho, terá de se afastar e, por conseguinte, suportará queda brusca na renda doméstica orçamentária, especialmente em um momento da vida que o dispêndio com saúde, quiçá alimentação especializada, se fará mais contundente.

A partir desse cenário, o trabalhador-aposentado, com a obrigatoriedade de contribuição para Previdência Social, aliado a percepção de um benefício mitigado e, sob a perspectiva do atendimento das necessidades mínimas de subsistência, fundada na premissa constitucional inculpada no princípio mestre da dignidade da pessoa humana, preceito do inciso III, artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vislumbra a possibilidade de renunciar à aposentadoria com o propósito de ver reconhecido um benefício mais vantajoso. Tem-se, portanto, o singelo conceito de desaposentação.

A via crúcis a que se submete o trabalhador-aposentado poderia ser evitada, não fosse a insubsistente negativa da Autarquia Previdenciária, a pretexto da irrevogabilidade de aposentadoria prevista no Decreto 3.048/99, ante a pretensão do aproveitamento dessas contribuições com o fim de um benefício mais vantajoso, seja através da desaposentação ou da revisão daquele benefício em curso, que já nasceu corroído com a aplicabilidade do fator previdenciário, conforme dispõe a Lei nº 9.876/99, e que assim continuou se degradando ao longo dos anos.

A despeito da carência de expressa regulamentação legal, o instituto da desaposentação tem abalizada fonte de sua viabilidade jurídica tanto na esfera doutrinária quanto no âmbito da jurisprudência. Assim, o tema ganhou relevância político-social, razão motivadora para o desenvolvimento da presente pesquisa, principalmente frente a jurisprudência que se tem firmada, não obstante as divergências no âmbito das primeiras e segundas instâncias, mas que ganhou força favorável à desaposentação nos julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Para o desenvolvimento do tema fez-se necessária a consulta de conceitos, implícitos ou explícitos, como renúncia, natureza jurídica da aposentadoria, disponibilidade patrimonial do benefício previdenciário, ato jurídico perfeito, direito adquirido, prestação alimentar, entre outros, como forma de depreender a consecução de seus objetivos, respeitados, naturalmente, a singeleza do trabalho ante as limitações de tempo e de ordem técnica.

Dada a inexistência de norma jurídica positiva emanada do poder legiferante brasileiro que verse sobre o instituto da desaposentação, a base metodológica utilizada no desenvolvimento deste trabalho está adstrita à doutrina e, obviamente, a jurisprudência, que como afirmado alhures, tem sido favorável ao trabalhador-segurado e, não poderia deixar de ser citado, o projeto de Lei nº 7.154/2002, de autoria do Deputado Federal Inaldo Leitão do PSDB/PB, em tramitação no Congresso Nacional que, se transformado em lei, desafogará, nesse mister, as prateleiras do judiciário, com o reconhecimento compulsório, pela Autarquia Previdenciária Federal, do direito à desaposentação.

1 PREVIDENCIA SOCIAL

Para melhor compreender o significado da Previdência Social, faz-se mister reportar-se aos direitos sociais. Dada a sua importância para a sociedade contemporânea, distinguida pelo capitalismo e pelas relações de trabalho, é inconteste que a matéria não poderia deixar de constar do texto da carta política, expressão da conquista de direitos de segunda dimensão. Assim, optou o constituinte originário de 1988, contemplar título denominado “Da Ordem Social” trazendo em seu bojo as disposições ínsitas à Seguridade Social. É nesse sentido o que preceitua o artigo 194 da Carta Constitucional de 1988¹.

Da leitura do artigo supra, depreende-se que a Seguridade Social se traduz num comando constitucional dirigido ao Estado tendo como premissa a integração de ações imanentes aos poderes públicos e à sociedade como um todo capazes de assegurar direitos fundamentais à Saúde, à Previdência e à Assistência Social.

Assim, impende registrar que a seguridade social é gênero e, por conseguinte, as espécies Saúde, Previdência e Assistência Social são os três pilares formadores da definição constitucional de seguridade social. Não raro confunde-se, no senso comum, o conceito de Previdência Social com Assistência Social. Não é por menos que tanto se propala nos meios de comunicação o déficit da Previdência Social. Os números que são apresentados à sociedade englobam também, embora igualmente concedidos na forma de benefícios, aquilo que deveria ser devidamente adjetivado de benefício social, como na verdade são.

¹ A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Respeitada as suas peculiaridades, a Previdência Social assemelha-se a um seguro privado. O diferencial é trazer em sua essência um múnus público, um dever do Estado e a compulsoriedade de filiação e contribuição que vincula o cidadão quando estiver presente o fato gerador.

Não é tarefa fácil precisar um conceito de Previdência Social. Sendo a matéria jurídica mutável, seja pela evolução do contexto social, seja pelas circunstâncias políticas adotadas em cada país, mudam suas características e, por conseguinte, quebra um conceito fechado de Previdência Social. O Brasil adotou o modelo Bismarckiano, ou seja, é albergado no sistema tríplice de custeio: empregadores, empregados e o Estado. Teve sua origem em 1883, na Alemanha²:

Com o intuito de arrefecer a revolta da classe trabalhadora, Bismarck, em 1883, principiou a introdução de uma série de seguros sociais. Iniciou com o seguro doença, destinado aos operários da indústria e do comércio, criando um sistema novo, que mais tarde seria adotado por outros países. Seguiu-se em 1884, o seguro de acidentes do trabalho. Em 1889, o seguro contra a velhice e a invalidez.

É oportuno esclarecer que cada uma das espécies: Saúde, Previdência Social e Assistência Social tem princípios próprios e miram objetivos distintos. Dias e Macedo³ define Previdência Social:

Previdência Social é uma técnica de proteção específica que tem por fim debelar necessidades oriundas de contingências também específicas, técnica esta inconfundível com qualquer outra de previdência. Por outras palavras: o “social” que adjetiva o substantivo “previdência” deverá colorir com suas tintas os três elementos caracterizadores que formam a sua noção, quais sejam, proteção, contingências e necessidades, de tal sorte a individualizar a espécie previdência social em relação ao gênero e demais espécies.

1.1 Princípios Basilares da Previdência Social

Na base de sustentação de um ordenamento jurídico encontram-se os princípios. Dai depreender-se sê-los enunciados fundamentais que tem como premissa a

² TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 5

³ DIAS, Eduardo Rocha. MACEDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Método, 2008. p. 27.

harmonia e coerência das normas que lhes são afetas. É cediço que na interpretação das normas é imprescindível invocarem-se os princípios. Nesse sentido, Barroso⁴:

[...] No ambiente pós-positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformam na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico. Há consenso na dogmática jurídica contemporânea de que princípios e regras desfrutam igualmente do status de norma jurídica, distinguindo-se um dos outros por critérios variados, [...].

Os princípios são, portanto, erigidos à categoria de normas mais relevantes de um ordenamento jurídico, mesmo quando não positivados. Normas que contrariem os princípios põem em risco a conformidade do sistema, obrigando, quando não, sua retirada do seio jurídico, o obsoletismo. Roque Carrazza⁵ conceitua princípio jurídico:

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isto mesmo, de modo inexorável, o entendimento e aplicação das normas jurídicas que com ele se conecta.

No que concerne à Seguridade Social, o constituinte originário cuidou de explicitar na própria Carta Política, como já citado acima no artigo 194, os seus princípios norteadores, tais como universalidade, uniformidade, seletividade, irredutibilidade, equidade, diversidade e o caráter democrático e descentralizado da administração.

Os princípios assumem uma ordem sistemática, destacando-se na constituição e se apresentam sob três ordens distintas: princípios fundamentais do Estado Brasileiro, princípios gerais e princípios setoriais, neste último se inclui os concernentes à previdência social.

Numa concepção principiológica, com um olhar sistêmico, arrisca-se dizer que a seguridade social como um todo – previdência, assistência e saúde – tem sua edificação resguardada no princípio da igualdade. Isso fica latente na leitura do artigo 194, parágrafo único, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988. Perceber a igualdade como ordem conformadora da seguridade é tomar para si os princípios da universalidade e da seletividade.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009. p. 317

⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 15º ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 31.

No primeiro, sob a ótica objetiva, aplica-se em todas as contingências, já com um olhar subjetivo, interpreta-se como aplicável a todas as pessoas. Em outras palavras, significa dizer que o princípio da universalidade visa alcançar a todos indistintamente. Nesse mister, tem-se como desdobramento imediato do princípio da igualdade formal.

Por outro lado, o Estado se depara com a realidade de que os recursos são escassos. A partir dessa premissa é inconcebível não ter em mente o princípio da seletividade, quando se farão preceitos as escolhas de hipóteses específicas para a incidência de políticas públicas de seguridade social. É nesse desiderato que se concebe o princípio da seletividade como um desdobramento da igualdade material, ou seja, tratar os desiguais de forma desigual na medida de sua desigualdade.

Alinhada, por óbvio, com a Constituição Federal, a Lei 8.213/91⁶ repete em seu artigo 1º e no parágrafo único do artigo 3º o caráter principiológico do sistema.

Marcus e Érica Correa⁷ ao abordarem sobre os princípios da Seguridade Social, em especial ao princípio da universalidade, traçam um paralelo entre a universalidade subjetiva e objetiva. A Previdência Social destina-se a proteger aos que vivem do trabalho, enquanto a Seguridade Social tem um campo de atuação mais amplo. Protege indistintamente a todos; trabalhadores ou não. E assim conclui: “[...] mediante um paralelo entre seguro social (Previdência Social) e seguridade social, pode-se afirmar que no primeiro a universalidade é limitada, ao passo que na segunda é praticamente ilimitada.”

No princípio da uniformidade, comparativamente, Previdência Social e Seguridade Social assumem contornos distintos: enquanto naquela as prestações são particularizadas, guardando estreita relação entre contribuição e benefício, pois diante de uma

⁶ Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 110.

mesma necessidade os segurados apresentam contingências diferentes, tais como salário e base de cálculo sobre o salário de benefício, na seguridade social dá-se o mesmo tratamento quando o evento posto em análise é o mesmo. É a aplicação do princípio da isonomia.

O princípio da solidariedade é ínsito ao estado social. É por força dele que à toda sociedade atribui-se o encargo da contribuição no presente para garantir os benefícios daqueles que no passado fizeram a sua parte. Desta forma, no futuro, outros estarão fazendo o mesmo papel para garantir o seguro dos contribuintes que hoje estão na ativa. Não há se falar em seguridade social quando ausente o princípio da solidariedade. Todavia, para garantia do sistema, o valor que se recebe hoje está respaldado na contribuição do passado. É a disposição do equilíbrio atuarial previsto no caput do artigo 201 do texto constitucional.

A seletividade é o princípio orientador do poder legiferante. É olhando para a Constituição que o legislador produzirá lei que selecione os benefícios a serem concedidos e o público alvo específico. É a fonte material orientada pela constituição. É um contrapeso ao princípio da universalidade, pois enquanto este se reporta a alcançar a todos, na seletividade mitiga-se este universo, quando por exemplo estipula que o auxílio reclusão está destinado àqueles de baixa renda.

Em conformidade ao que já fora dito alhures, é característica da Previdência Social, como espécie da Seguridade Social, não obstante sua semelhança com o seguro privado, a interveniência e gestão do Estado, representado por uma autarquia, conferindo-lhe administração, compulsoriedade, um garantismo social e o caráter publicista.

A previdência social é um longa manus do Estado atuando na proteção dos seus administrados, quando estes preenchem os pressupostos de segurados, com vistas aos riscos sociais decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade laborativa e, por conseguinte, contributiva, suprindo as suas necessidades básicas, bem como de seus dependentes legalmente constituídos. É nesse desiderato que a previdência social se subsume, juntamente com a saúde e assistência social, no conceito de seguridade social.

Todavia, impende registrar que hodiernamente o conceito de risco social já não assume uma concepção tão estrita. É mais apropriado adjetivá-lo como necessidade social, a exemplo do evento maternidade ou até mesmo da aposentadoria por tempo de

contribuição, amparada na constituição, onde sua concessão não está adstrita a perda da capacidade laborativa. É antes um pacto firmado ao longo da vida, embora de forma compulsória.

Ibrahim conceitua risco social⁸:

[...] o signo risco social deve ser interpretado, nesta obra, como todo evento coberto pelo sistema protetivo, com o intuito de fornecer ao segurado algum rendimento substituidor de sua manutenção, como indenização por seqüelas ou em razão de encargos familiares.

Qualidade de segurado, na sua maioria representados por vínculo empregatício e, conseqüentemente, contribuição à previdência social, é pressuposto objetivo que garantirá o socorro àqueles que se encontrem em situação de risco. É preciso ressaltar a inadequada utilização do termo risco social haja vista que a previdência não se presta tão-somente a eventos futuros e incertos, como doença e acidente de trabalho mas, por exemplo, aposentadoria por tempo de contribuição, por idade, especial, onde o benefício guarda proporcionalidade com o salário de contribuição⁹.

1.2 Os Regimes de Previdência no Brasil

A Constituição Federal Brasileira de 1988, constituição cidadã, no capítulo dos direitos sociais, traz, entre outros, o direito constitucional à previdência social. Hodiernamente, estrutura-se a Previdência Social sob três regimes distintos: o Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, atinente aos servidores públicos regidos por estatuto próprio, o Regime Geral da Previdência Social – RGPS, ínsito aos trabalhadores que, dada sua relação contratual de trabalho, submetem-se aos preceitos da Consolidação das Leis do Trabalho, sejam eles da iniciativa privada ou pública, bem como as demais categorias de contribuintes da previdência social na disposição da Lei nº 8.213/91, a exemplo do facultativo. E um terceiro regime, facultativo, no âmbito da previdência privada, conforme dispõe o art. 202 da carta magna, não sendo objeto a ser esmiuçado, por está alheio ao propósito deste trabalho.

⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p. 26.

⁹ Artigo 28 da Lei 8.213/91: O valor do benefício de prestação continuada, inclusive o regido por norma especial e o decorrente de acidente do trabalho, exceto o salário-família e o salário-maternidade, será calculado com base no salário-de-benefício.

Massayuki¹⁰ magistralmente, em sua obra *Curso de Direito da Seguridade Social*, divide a Previdência Social em dois segmentos: principal e complementar. O principal alberga o Regime Geral da Previdência Social – RGPS, destinado ao setor privado, e o Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, destinado ao setor público, este último bifurca-se em civil e militar, conforme dispõe os artigos 40 e 142 da CF/88, respectivamente. O complementar igualmente subdivide-se em oficial e privado, na previsão constitucional, em seus artigos 40 e 202, respectivamente.

1.2.1 O Regime Geral de Previdência Social

Restringindo-nos ao Regime Geral e ao Regime Próprio, é incontestável suas diferenças, mas não se pode olvidar as características que lhes são comuns como a compulsoriedade e o múnus público. Caracterizam, ainda, os dois sistemas, a funcionalidade através de uma repartição simples e com benefícios definidos, onde as contribuições dos trabalhadores ativos financiam os benefícios daqueles que já cumpriram a sua tarefa de verterem contribuições na disposição do que dispõe a legislação previdenciária esmerada na Constituição Federal. O Regime Geral da Previdência Social alberga a maioria dos segurados. Sua administração está afeta ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal, resultante da fusão dos antigos INPS – Instituto Nacional de Previdência Social e IAPAS – Instituto de Administração da Previdência e Assistência Social, conforme disposto no artigo 17 da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990.

Não há que falar em benefício previdenciário àquele cidadão que não esteja regularmente contribuindo para a previdência social, salvo os casos previstos em lei, a exemplo do chamado período de graça, onde, a depender da situação concreta, mesmo não estando momentaneamente contribuindo, guarda a qualidade de segurado. Além de outros requisitos previstos na legislação, é imprescindível a qualidade de segurado para se ter direito ao benefício pretendido. Assim, não é difícil perceber a relação direta entre benefício auferido e contribuições vertidas para o sistema.

Mesmo em se tratando do sistema previdenciário brasileiro, onde a qualidade de segurado não está necessariamente adstrita a uma relação jurídica de trabalho,

¹⁰ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 206.

que por sinal, esta difere da relação de emprego, melhor dizer numa relação econômica, a legislação pátria previu a categoria do contribuinte facultativo. Tsutiya¹¹ assim esclarece:

A filiação é obrigatória para todos os que exercerem atividade econômica. No entanto, em face do princípio da universalidade de atendimento e cobertura, em que todos tem direito de participar do sistema, criou-se uma categoria de segurados — o segurado facultativo, cuja participação é opcional. Mas essa adesão somente será realizada se ele se inscrever e verter contribuição para o sistema.

Impende registrar que não é permitido ao participante do regime próprio inscrever-se como contribuinte facultativo. A proibição é uma imposição constitucional disposta no § 5º do artigo 201. A previsão infraconstitucional do segurado facultativo está disposta no artigo 13 da Lei 8.213/91¹².

1.2.2 O Regime Próprio de Previdência Social

O Regime Próprio de Previdência Social destina-se a amparar, dos riscos sociais, os servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, bem como dos militares dos Estados e do Distrito Federal.

À União, na conformidade de sua competência para legislar sobre normas gerais, coube-lhe a edição da Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1998. Prever, por exemplo, que a cobertura é assegurada apenas aos servidores efetivo, sendo aos demais a obrigatoriedade de vinculação ao Regime Geral da Previdência Social - RGPS.

Com a inclusão do artigo 1-A à Lei 9.717, de 27 de novembro de 1998, pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 24 de agosto de 2001, todo servidor, detentor de cargo efetivo, mesmo quando cedido a outro órgão ou entidade vinculados a outro ente da federação, permanecerá no regime de origem. Também há previsão, na disposição do artigo 10 do mesmo diploma, que ocorrendo a extinção do Regime Próprio de Previdência Social o ente federativo ao qual se refere ficará responsável pelo pagamento dos benefícios que já estavam implementados, bem como daqueles, embora não iniciados, já preenchia os requisitos indispensáveis à sua concessão. Da mesma forma que a União, os demais entes da federação

¹¹ TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 206.

¹² É segurado facultativo o maior de 14 (quatorze) anos que se filiar ao Regime Geral da Previdência Social, mediante contribuição, desde que não incluído nas disposições do artigo 11.

estão obrigados à cobrança das contribuições pertinentes ao Regime Próprio de Previdência Social em percentual mínimo de 11% (onze) por cento.

A exemplo do que dispõe a Lei 8.213/91, lei de benefícios no regime geral, a Lei 10.887/2004 dispõe sobre os cálculos dos benefícios dos servidores públicos, onde o parâmetro é a média das remunerações a partir de julho/94.

2 APOSENTAÇÃO

Infere-se do termo aposentadoria a possibilidade, após anos de labuta, que finalmente o trabalhador poderá recolher-se aos seus aposentos e gozar o tão sonhado benefício capaz de lhe assegurar, no mínimo, o padrão de vida que detinha enquanto estava na ativa. Deveria ser a garantia de não mais precisar trabalhar. Todavia, o que se observa entre o “dever-ser” e o “ser” é um completo desvirtuamento do propósito legislativo.

De um lado está o trabalhador que, embora chegado o momento de recolher-se, experimenta um benefício reduzido a valores não condizentes com o padrão a que estava acostumado. Na verdade, o que se observa é uma realidade cruel, com rendimentos degradados, não restando outra alternativa, senão permanecer, ou, aos que ousarem sair do mercado de trabalho, retornar à atividade laboral para manter o poder de compra que a cada dia se mostra mais difícil. A grande maioria dos trabalhadores fica limitada aos itens básicos de sobrevivência, tais como alimentos e medicação, o que não é suficiente à garantia do princípio primeiro insculpido na carta cidadã, ou seja, a dignidade da pessoa humana.

2.1 Conceito

Aposentação é um direito social, garantido constitucionalmente conforme dispõe o artigo 7º, inciso XXIV, da Carta Constitucional¹³.

O direito à aposentação também está estampado nos artigos 201 e 202 da Constituição, preceituando sobre Previdência Social, no regime geral, e Previdência Complementar, respectivamente. Sobre a primeira tem-se sua regulamentação nas Leis 8.213/91 e 8.212/91.

Nesse diapasão preceitua o artigo 194 caput, da Constituição Federal, a responsabilidade do Estado e da sociedade de garantir o direito social da seguridade, dentre

¹³ São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
 [...] XXIV – aposentadoria;
 [...]

eles a Previdência Social. A Lei 8.213/91, regulamentadora dos benefícios previdenciários, traz expressamente em seu artigo 1º o fim a que se destina a Previdência Social¹⁴.

Destarte, aposentação, espécie de benefício previdenciário, é a contraprestação assegurada ao participante da Previdência Social, mediante prévia contribuição pecuniária vertida ao sistema, daí, não obstante a natureza pública do instituto e a compulsoriedade da contribuição, ousa-se em afirmar uma relação sinalagmática observável nos pactos privados que são de regra pautados pela autonomia da vontade.

Além do requisito primeiro da contribuição, a lei impõe outros, como tempo de filiação, qualidade de segurado, idade do participante e carência, que concomitantemente observados, salvo disposições particulares, faz nascer o direito de gozo da contraprestação em espécie, denominada benefício previdenciário, dentre eles a aposentação, objetivando suprir as necessidades de natureza alimentar do trabalhador ou contribuinte facultativo, quando for o caso.

2.2 Da estrita legalidade

Referir-se ao princípio da legalidade, norte de todo estado de direito, requer, antes, a significação do substantivo lei. Em sentido amplo é todo ato normativo emanado do poder competente, a exemplo dos decretos, resoluções, instruções normativas, etc.

Por outro lado, a lei em sentido estrito diz respeito àquela emanada do poder legislativo, tem fundamento direto na Constituição Federal 1988, no exercício precípua que caracteriza a separação dos poderes. É ato escrito, primário, geral, abstrato e complexo, em geral, não regula uma situação em concreto e exige a fusão de duas vontades para se

¹⁴ A Previdência Social, **mediante contribuição**, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. [original sem grifo]

aperfeiçoar e produzir efeitos. Deve ser observado na sua elaboração o que impõe a carta magna quando preceitua sobre o processo legislativo no artigo 59¹⁵.

Definir lei, é antes de tudo, pensá-la como um ato primário, geral e abstrato. É objetivo da lei normatizar, abstratamente, uma dada situação, voltada para destinatários incertos ou indeterminados. É nesse desiderato, dada a normatividade e abstração, que conhecemos o conceito de lei material.

No que respeita a lei em sentido amplo, não se pode olvidar o dever de respeitar os limites da competência. Assim, não pode o representante do poder executivo, na elaboração de um decreto, extrapolar aquilo que dispõe a lei. Estaria a ferir o princípio da separação dos poderes ao imiscuir-se numa competência exclusiva do legislativo inovando inconstitucionalmente o ordenamento jurídico por não observar o devido processo.

Desta forma, deverá haver indubitável identificação da atividade administrativa com o preceituado em lei. Legalidade e Estado de Direito se mostram indissociáveis. Não há se falar em um sem a presença do outro.

2.2.1 Ato jurídico perfeito

A estabilidade jurídica, desejo perseguido por todos que vive sob a égide de um Estado de Direito, guarda estreita relação com o direito adquirido, objeto de discussão mais a frente, bem como com a indiscutível validade da coisa julgada.

Nas relações entre indivíduos, mas principalmente entre estes e o Estado, ser-lhe-á assegurado a salvaguarda do direito subjetivo. A Constituição da República Brasileira esboça, em seu art. 5º, inciso XXXVI, a estabilidade das relações jurídicas ao anunciar que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

¹⁵ O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções.

Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Optou o constituinte originário por limitar o poder derivado no exercício constitucional de legisferar na justa medida de forma a não desestabilizar as relações jurídicas entre particulares, mormente nas relações onde figura em um dos pólos o próprio Estado. É o criador colocando rédeas no criado. Dirige-se, portanto, primariamente ao legislador de forma a garantir que os atos jurídicos praticados na forma da lei não venham a ser prejudicados por mudanças no decorrer das relações.

Embora discorrendo de forma singela acerca da legalidade, não é difícil perceber que o ato jurídico para ser perfeito deverá está escudado nas disposições da lei positiva. Esta é o parâmetro primeiro ratificador do ato jurídico traduzindo-o como perfeito. Mesmo quando não se tenha lei positiva que, num primeiro momento, corrobore os atos jurídicos, estes não estarão afastados do conjunto das normas, sentido amplo, num Estado de Direito.

2.2.2 *Direito adquirido*

Na linha do que dispõe o artigo 5º, inciso XXXVI, já citado anteriormente, o direito adquirido goza do status de direito fundamental, vez que a lei maior pôs a salvo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Não obstante o ato jurídico perfeito ser um pressuposto do direito adquirido, ambos se distinguem já na acepção semântica. Não se poderá falar em direito adquirido quando eivado de vícios; quando inobservada disposição de lei. O direito adquirido se incorpora ao patrimônio do titular quando preenchidos todos os requisitos da lei. Portanto, é factível dizer que o direito adquirido acompanha o seu titular, onde quer que vá, sendo cumprido, de regra, na forma espontânea, resguardado o direito de sua busca pela via judiciária, se o contrário não ocorrer.

O indivíduo que goza do direito adquirido, incorporado que está ao seu patrimônio jurídico, veste a manta da proteção constitucional, não sendo alcançado, exceto para ampliá-lo, por quaisquer mudanças legislativa que possa posteriormente ocorrer. A liberalidade de exercê-lo quando bem lhe aprouver, portanto, direito potestativo, não obsta o seu pleno exercício, mesmo que sob a presença de lei nova, pois é regra que a lei produz efeito ex nunc garantia incontroversa da estabilidade ou segurança jurídica.

José Afonso da Silva¹⁶, diferencia direito adquirido de ato jurídico perfeito, ao registrar que aquele é direito subjetivo conferido pela lei ao seu titular, enquanto o ato jurídico perfeito, tradução de negócio jurídico, funda-se na lei para que seja considerado como tal.

2.3 Da aposentadoria em espécie

O direito à aposentadoria e sua implementação, além da previsão constitucional, regulamenta-se em lei infraconstitucional. A lei subdivide a aposentadoria em espécies distintas, com características peculiares, de forma a exigir também particularidades na sua implementação. De acordo com o artigo 18 da Lei 8.213/91, dentre as espécies de prestações previdenciárias estão as aposentadorias por invalidez, por idade, por tempo de contribuição e a especial.

2.3.1 Modalidades e características

As espécies de aposentadorias supracitadas, também estão regulamentadas na forma do artigo 25 do Decreto 3.048/99¹⁷.

O trabalhador segurado da Previdência Social está sujeito as intempéries da vida, com o comprometimento da saúde, podendo, eventual ou definitivamente, tornar-se física e/ou mentalmente incapaz ao exercício laboral. É nesse contexto que a lei conceitua aposentadoria por invalidez fundada na perda definitiva da capacidade laboral.

Tal espécie de aposentadoria tem sua fundamentação no artigo 42 da Lei 8.213/91, sendo pressuposto a incapacidade laboral constatada por perito da Previdência Social. Todavia, cessada a incapacidade que deu causa a aposentadoria, requisito de sua

¹⁶ SILVA, José Afonso Da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996. pág. 413.

¹⁷ O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, expressas em benefícios e serviços:

- I - quanto ao segurado:
 - a) aposentadoria por invalidez;
 - b) aposentadoria por idade;
 - c) aposentadoria por tempo de contribuição;
 - d) aposentadoria especial;
- [...]

concessão, resta ao segurado retornar ao seu posto de trabalho. Essa é a leitura que se faz do artigo 47¹⁸ da citada lei configurando o caráter de não definitude dessa espécie de aposentadoria.

Considerando-se que a aposentadoria só faz sentido enquanto durar a incapacidade, corrobora o artigo 475¹⁹ da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT ao estabelecer que na presença da aposentadoria por invalidez o contrato de trabalho fica suspenso.

Outra espécie de aposentadoria prevista na Lei 8.213/91 é a Aposentadoria por Tempo de Contribuição. Até a promulgação da Emenda à Constituição nº 20/98, tinha-se a espécie denominada de Aposentadoria por Tempo de Serviço. Não mais subsiste no sistema jurídico atual, salvo o direito adquirido.

¹⁸ Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do aposentado por invalidez, será observado o seguinte procedimento:

I - quando a recuperação ocorrer dentro de 5 (cinco) anos, contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará:

a) de imediato, para o segurado empregado que tiver direito a retornar à função que desempenhava na empresa quando se aposentou, na forma da legislação trabalhista, valendo como documento, para tal fim, o certificado de capacidade fornecido pela Previdência Social; ou

b) após tantos meses quantos forem os anos de duração do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, para os demais segurados;

II - quando a recuperação for parcial, ou ocorrer após o período do inciso I, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade:

a) no seu valor integral, durante 6 (seis) meses contados da data em que for verificada a recuperação da capacidade;

b) com redução de 50% (cinquenta por cento), no período seguinte de 6 (seis) meses;

c) com redução de 75% (setenta e cinco por cento), também por igual período de 6 (seis) meses, ao término do qual cessará definitivamente.

¹⁹ O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1o - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497.

§ 2o - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato.

Com a redação dada ao inciso I, parágrafo 7º do artigo 201 da Constituição Federal²⁰, a aposentadoria por tempo de contribuição é assegurada àqueles segurados que contribuam por trinta e cinco anos, se homem, ou trinta anos se mulher. Atingido este requisito torna-se indiferente a idade que o segurado tenha.

Impende registrar que na disposição do parágrafo 8º do artigo supra mencionado a exigência do tempo de contribuição ficará reduzida em cinco anos para o professor que comprove exclusivamente o exercício do magistério na educação infantil, fundamental ou do ensino médio.

Outra espécie de aposentadoria é a denominada especial, talvez pudesse ser chamada de subespécie de aposentadoria por tempo de contribuição, pois constitui-se em modalidade de aposentação em condições especiais para o trabalhador, com redução do tempo de contribuição, quando exposto ao trabalho capaz de prejudicar sua saúde. Aqui o legislador se preocupou com as condições de insalubridade, quando for o caso, que se submete o trabalhador.

Por último, temos a aposentadoria por idade que embora à primeira vista possa parecer que a idade seja requisito único, é imprescindível que o segurado reúna, concomitantemente a este, o cumprimento da carência de contribuição. É o que dispõe a Lei 8.213/91. Preocupado com igualdade material, o legislador criou duas regras de transição.

A primeira regra de transição, destinada ao segurado que já estava no sistema antes da referida lei, o período de carência obedecerá a uma exigência crescente de contribuições, limitadas ao mínimo de cento e oitenta, distribuída numa tabela temporal, de acordo com o ano que adquirir idade para aposentadoria. Não basta apenas atingir a idade mínima para se aposentar, mas combinar esse requisito com um tempo mínimo de contribuições. Assim, à guisa de ilustração, o segurado que no ano de 2003 tenha preenchido

²⁰ A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[...]

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

[...]

o requisito legal da idade, 65 anos para homens e 60 anos para mulheres, necessitaria de 132 contribuições para exercer a faculdade de requerer aposentadoria. Esta é a previsão do artigo 142²¹.

Com relação a segunda regra de transição, esta destina-se àqueles segurados que ingressaram no sistema previdenciário a partir da promulgação da Lei 8.213/91. Na disposição da referida lei, cumprirá a regra geral da carência mínima de 180 contribuições. É o que se depreende do artigo 48²².

É oportuno esclarecer que a partir da Lei 10.666/2003, a perda da qualidade de segurado, respeitado os demais requisitos previstos em lei, não traz prejuízo ao exercício da aposentadoria. Destarte, não exercendo imediatamente este direito, seja por liberalidade, ou por já ter cumprido o período de carência mas não reúna a idade suficiente para exercer o direito de jubramento, embora a abstenção de contribuições, à partir de então, dê causa a perda da qualidade de segurado, não gera óbice que a qualquer momento o segurado requeira o seu benefício, respeitado o cumprimento do requisito faltante (idade mínima) já que a liberalidade citada é o mero exercício de um direito potestativo.

Por fim, registre-se, que na disposição do artigo 7º, inciso XXIV, combinado com o parágrafo 8º do artigo 201, ambos da Constituição Federal, aos trabalhadores rurais são assegurados os mesmos direitos dos trabalhadores urbanos com a ressalva das condições especiais de aposentação a que alude artigo 143 da Lei no 8.213/91²³.

²¹ Para o segurado inscrito na Previdência Social Urbana até 24 de julho de 1991, bem como para o trabalhador e o empregador rural cobertos pela Previdência Social Rural, a carência das aposentadorias por idade, por tempo de serviço e especial obedecerá à seguinte tabela, levando-se em conta o ano em que o segurado implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício

[...]

²² A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher.

§ 1º Os limites fixados no caput são reduzidos para sessenta e cinco anos no caso de trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, referidos na alínea a do inciso I, na alínea g do inciso V e nos incisos VI e VII do art. 11.

²³ O trabalhador rural ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea "a" do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, pode requerer aposentadoria por idade, no valor de um salário mínimo, durante quinze anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, desde que comprove o exercício de atividade rural, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, em número de meses idêntico à carência do referido benefício.

Depreende-se das características inerentes a cada modalidade de aposentadoria que aquela respaldada na invalidez escapa à proposta deste trabalho, qual seja, a defesa da Desaposentação para obtenção de benefício mais vantajoso, visto que o cancelamento da aposentadoria por invalidez não é ato que esteja na vontade do segurado, mas tão somente amparado em perícia médica a cargo do INSS. À desaposentação interessa nos casos de aposentadoria por tempo de contribuição, especial e por idade.

2.3.2 A aposentadoria como bem patrimonial disponível

É ínsito ao objetivo da Previdência Social, por disposição constitucional, amparar os seus beneficiários na superação do estado de necessidade social. E isto se dá por meio de prestações previdenciárias. Dividem-se as prestações previdenciárias, conforme dispõe o artigo 18 da Lei 8.213/91, em benefícios e serviços. No que concerne aos benefícios previdenciários, pagos em espécies, é da sua natureza o caráter patrimonial, diferenciando-se dos serviços, obrigação de fazer, que tem natureza não patrimonial.

Para a aposentadoria, uma das espécies de benefícios previdenciários, inserido na categoria contraprestacional, faz-se necessária a qualidade de segurado, portanto contribuinte do sistema, constituindo-se num direito personalíssimo, inadmitindo-se, sob qualquer pretexto, sua cessão ou transferência à terceiros, institutos próprios do direito civil.

Todavia, não obstante o caráter personalíssimo, não se pode depreender daí que o segurado esteja sob o manto do exercício da indisponibilidade. O titular do direito à aposentadoria, poderá, no gozo do seu direito potestativo, retardar, ou até mesmo abdicar, de exercê-lo. Aragonês Vianna²⁴, é contundente ao afirmar a natureza patrimonial da prestação beneficiária, contrapondo-se às dos serviços.

É inconteste o caráter patrimonial e, principalmente, a disponibilidade do direito de fazer uso da prestação previdenciária por aposentadoria, respeitado os requisitos de lei, naquilo que lhe aprouver. Esse entendimento tem sido uma constante nos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim foi o pronunciamento proferido no Resp 606.821 – CE (2003/0201949-5).

²⁴ VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 432.

Ademais, esse entendimento fica mais convincente quando no Superior Tribunal de Justiça reafirmou-se a ilegitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública que vise obrigar o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS a conceder aposentadoria ao segurado, vez que, sendo instituto de natureza patrimonial e disponível, cabe tão-somente a este o direito de formular o seu pedido, salvo quando se fizer representar na forma da lei. É o que se depreende do acórdão proferido no Resp 143.092/PE²⁵.

Infere-se do contexto apresentado que o direito à aposentadoria tem natureza personalíssima, cabendo ao seu titular fazer uso dessa prerrogativa, inconcebível de ser transferido a terceiros, constituindo-se, entretanto, direito patrimonial, respeitada a obrigação legal de contribuição para a previdência e, por conseguinte, na obrigação desta de prestar o benefício contraprestacional.

Não se pode olvidar que além da obrigação de contribuir, o segurado terá de atender a outros requisitos previstos em lei, sem os quais a relação não se completa. Respeitada as exigências que a lei impõe, cabe ao titular do direito disponível exercê-lo, ou não, o que reforça a tese de poder renunciar à aposentadoria, pois ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer aquilo que a lei não lhe impõe.

²⁵ PROCESSO CIVIL - PREVIDENCIÁRIO – RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL, SEM A OBSERVÂNCIA DO LIMITE DE IDADE – AUSÊNCIA DE DIREITOS INDISPONÍVEIS – DISSÍDIO PRETORIANO NÃO COMPROVADO - ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 21, DA LEI 7.347/85, 6º, VII, "D", DA LC 75/93 E 81 E 82, DA LEI 8.078/90.

- Divergência jurisprudencial não comprovada, a teor dos arts. 105, III, "c", da Constituição Federal c/c 255 e parágs., do RISTJ.

- A concessão ou não de aposentadoria especial, em razão do limite de idade, não é direito indisponível, mas, ao contrário, disponível, porquanto requer a provocação da parte interessada, uma vez que, sem este ato, a máquina estatal sequer será instada a se manifestar acerca do interesse do particular. Outrossim, os beneficiários da Previdência Social que pleiteiam referida aposentadoria, não estão enquadrados na definição de consumidor, de que trata o art. 2º, e seu parágrafo único, da Lei 8.078/90, tornando-se inaplicável, à espécie, os arts. 81 e 82, do citado diploma legal, bem como os arts. 21 da Lei 7.347/95 e 6º, VII, "d", da Lei Complementar nº 75/93. Violação inexistente.

- Ilegitimidade do Ministério Público Federal para o caso em exame reconhecida, por tratar-se de direitos individuais disponíveis.

- Precedentes (REsp nºs 114.908/SP, 144.030/GO, entre outros).

- Recurso conhecido somente pela alínea "a" e, neste aspecto, desprovido.

(REsp 143092/PE, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2001, DJ 18/06/2001, p. 163)

2.3.3 O fator previdenciário como mitigador de benefício

Com a promulgação da Emenda à Constituição nº 20/98 pretendia o governo impor um limite de idade mínima para que o trabalhador exercesse o direito à aposentadoria. A argumentação primeira girava em torno do déficit previdenciário. Aliás, este é outro tema capaz de gerar muitas controvérsias. Todavia, o desiderato de impor o limite de idade mínima à aposentadoria não vingou na votação final da referida emenda pelo Congresso Nacional.

Foi a partir dessa frustração e, mais uma vez, sob o argumento do déficit previdenciário que nasceu o Fator Previdenciário inserido no cálculo das aposentadorias através da Lei nº 9.876/99. O fator previdenciário influencia diretamente a Renda Mensal Inicial – RMI, calculada à partir dos pedidos de aposentadorias por idade e por tempo de contribuição, não obstante seu maior reflexo se dê nesta última modalidade de benefício previdenciário.

Conforme dispõe o artigo 29, parágrafo 8º da Lei 8.213/91, inserido pela Lei 9.876/99, o cálculo do fator previdenciário tem como elementos a idade do segurado na data da aposentadoria, o tempo de contribuição e a expectativa de sobrevida, sendo esta construída em bases estatísticas do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

A lógica matemática do fator previdenciário em mitigar o valor da aposentadoria está principalmente na expectativa de sobrevida. O fator previdenciário tende a crescer, numa escala de 0(zero) até atingir a unidade, na medida que o segurado demora mais tempo para pedir sua aposentadoria. Quanto maior for a expectativa de vida do segurado menor será o fator previdenciário, e conseqüentemente, menor será o valor da renda mensal inicial – RMI.

A Lei 9.876/99 dispõe sobre a fórmula do fator previdenciário, conforme abaixo transcrita:

$$F = \frac{Tc \times a}{ES} \left[1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100} \right]$$

No qual:

F = fator previdenciário;

Tc = tempo de contribuição;

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31;

Id = idade do segurado; e

Es = expectativa de sobrevida (tabela IBGE)

O fator previdenciário é artifício legal que traz prejuízos ao segurado da previdência social, razão por que dá azo ao trabalhador buscar no judiciário o exercício da desaposentação. Melhor esclarecendo, o prejuízo que a aplicação do fator previdenciário causa reduzindo o valor da aposentadoria pode ser corrigido quando o trabalhador, por circunstâncias, principalmente financeira, permanecer na ativa, embora legalmente aposentado, contribuindo obrigatoriamente por disposição legal, invoca, no futuro, o direito de desaposentação e, concomitantemente, uma nova aposentadoria em condições mais favoráveis.

À guisa de ilustração da maléfica redução do valor da aposentadoria imposta pelo fator previdenciário, faz-se necessária a elaboração do cálculo numa situação hipotética. Tomemos o exemplo de um segurado que contribuiu por 35 anos e cuja média do salário de benefício seja de R\$ 1.000,00 (um mil reais). Consideremos ainda que a sua idade, no momento do requerimento da aposentadoria, seja 55 anos e a expectativa de sobrevida conforme tábua do IBGE seja de 24 anos.

Calculando:

$$F = \frac{Tc \times a}{ES} [1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100}]$$

$$F = \frac{35 \times 0,31}{24} [1 + \frac{(55 + 35 \times 0,31)}{100}]$$

$$F = 0,4520833333333333 \times 1,6585, \text{ logo o Fator Previdenciário} = 0,74978$$

Salário de Benefício = R\$1.000,00 (média do salário de contribuição) X 0,74978 (fator previdenciário) = R\$ 749,78 (salário de benefício)

RMI (renda mensal inicial) = R\$ 749,78 X 100% (coeficiente de cálculo para aposentadoria por tempo de contribuição) = R\$ 749,78.

Desta forma, o segurado terá um decréscimo na sua renda mensal no valor de R\$ 250,22. Não fosse a presença do fator previdenciário sua renda mensal seria de R\$ 1.000,00.

Indubitavelmente o governo pretendia atingir o objetivo político de desestimular as aposentadorias em idade “precoce”, pois aquele que se aposenta antes dos 60 anos de idade experimenta uma queda vertiginosa na sua renda mensal, podendo se aproximar dos 40 (quarenta) por cento para aqueles que se aposentam por volta dos 50 anos de idade.

Impende registrar que o fator previdenciário foi implementado de forma gradativa para os trabalhadores que já se encontravam no sistema antes da entrada em vigor da Lei nº 9.876, de 29/11/1999, tendo sua aplicação sobre 1/60 da média do salário de contribuição atingindo a sua aplicação integral nos cinco anos subseqüentes e de forma imediata aos que ingressaram no sistema após sua vigência.

Também cuidou o legislador de bonificar o tempo de contribuição com o acréscimo de 5 (cinco) anos para as mulheres. Em se tratando de mulher professora esse acréscimo será de 10 (dez) anos. Já para os homens o acréscimo de 5 (cinco) anos só será permitido para os que exercerem o magistério. Em ambos os casos, professor ou professora, terão de ter exercido exclusivamente na educação infantil e no ensino fundamental, é o que dispõe o parágrafo 9º e seus incisos do artigo 29 da Lei do Fator Previdenciário supracitada²⁶.

Embora o fator previdenciário se aplique às aposentadorias por tempo de contribuição e por idade, nesta o efeito é mínimo ou irrelevante, vez que aos 60 anos, no caso das mulheres, considerando a bonificação de 5 anos, e 65 anos, para os homens, o multiplicador aproxima-se da unidade, tendendo a zerar o seu efeito, isso quando não ultrapassa a unidade, vindo, neste caso, a beneficiar o segurado.

Na prática, a incidência do fator previdenciário visa tão-somente as aposentadorias por tempo de contribuição. Nestas o item idade é irrelevante para seu

²⁶ Para efeito da aplicação do fator previdenciário, ao tempo de contribuição do segurado serão adicionados:

I - cinco anos, quando se tratar de mulher;

II - cinco anos, quando se tratar de professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio;

III - dez anos, quando se tratar de professora que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

deferimento. Tanto é verdadeira essa afirmativa que nas aposentadorias por idade, é opção do segurado a aplicação do fator previdenciário conforme preceitua o artigo 7º da Lei 9.876/99²⁷.

Portanto, o que se depreende do fator previdenciário é que se trata de uma política injusta para com o trabalhador que após anos de contribuição tem sua renda reduzida de forma vertiginosa, não lhe restando outra alternativa senão continuar no mercado de trabalho e, por conseguinte, ser contribuinte compulsório. Ademais, não precisasse o trabalhador-aposentado continuar laborando, novas vagas seriam abertas e direcionadas aos jovens que estão chegando ao mercado de trabalho.

Numa tentativa de ver minorado os malefícios do fator previdenciário, é compreensível a avalanche de ações no judiciário, buscando a desaposentação e a utilização do período contributivo enquanto permaneceu no mercado para obtenção de um benefício mais vantajoso.

²⁷ Art. 7º. É garantido ao segurado com direito a aposentadoria por idade a opção pela não aplicação do fator previdenciário a que se refere o art. 29 da Lei no 8.213, de 1991, com a redação dada por esta Lei.

3 DESAPOSENTAÇÃO

O termo Desaposentação soa no mínimo curioso. Quando se fala em desaposentação a primeira pergunta que se faz é: qual o trabalhador, gozando uma situação favorável, reivindicaria desaposentar-se? Ora, o que se observa é a busca incessante pela preservação do direito social à aposentadoria, não o contrário. Esse é um dos propósitos perseguido ao longo de uma vida laboral que se passa contribuindo para o desenvolvimento do país.

Todavia, cada vez mais tem sido observada a presença de trabalhadores aposentados que permanecem no mercado de trabalho. Isso ocorre especialmente por que os rendimentos da aposentadoria já lhe não são suficientes para manter o padrão de vida que era assegurado pelos rendimentos da força real de trabalho. Dessa forma, não resta outra alternativa ao trabalhador brasileiro, como já afirmado alhures, continuar no mercado de trabalho, contribuindo compulsoriamente para a Previdência Social, mesmo já estando legalmente aposentado. É por conta dessa situação que se recorre à perspectiva do instituto da Desaposentação.

3.1 Conceito

Inicialmente faz-se mister registrar que o termo desaposentação é eminentemente jurídico. Os dicionários de língua portuguesa ainda não registram sua definição. É tema ainda polêmico e relativamente novo, mas com alguns julgados prolatados, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como instituto jurídico, desaposentação significa dizer que se constitui numa renúncia ao benefício previdenciário de aposentadoria em curso, concedido pela Previdência Social, sob a perspectiva de se obter concomitantemente um novo benefício mais vantajoso após serem computadas as contribuições compulsórias, por disposição legal, daquele trabalhador que permanece no mercado de trabalho mesmo depois de aposentado.

Marcus Orione e Érica Paula²⁸, discorrendo sobre outro instituto igualmente polêmico – a despesa – conceitua a desaposentação como sendo: “[...] correto conceituar a desaposentação como renúncia a uma dada aposentadoria, enquanto direito fundamental social, para obtenção, pelo seu titular, de situação mais favorável decorrente deste ato de renúncia.”

A tônica da discussão fica por conta da inexistência de legislação em sentido estrito, emanada do poder legislativo na sua competência constitucional, acerca da matéria. No âmbito administrativo só é dado a fazer o que determina a lei. Assim, não resta outra alternativa ao segurado, senão socorrer-se da jurisdição para dizer o direito.

Todavia, não será pela falta de legislação ínsita à desaposentação que ficará impedido o segurado à concretização de um direito fundamental social. A teor do que dispõe a carta magna, é assegurado aos trabalhadores o direito à melhoria de sua condição social. É isto que se espera ao se pleitear um benefício mais vantajoso quando se invoca o instituto da desaposentação. Nesse desiderato, registra o artigo 6º e o Inciso XXIV do artigo 7º, ambos da CF/88²⁹.

3.2 A omissão legislativa e o instituto da desaposentação

É cediço a inexistência de previsão expressa na forma de lei positiva, sentido estrito, emanada do poder legislativo, no exercício do seu papel legiferante outorgado constitucionalmente, proibindo ou autorizando a desaposentação. A única menção direta que

²⁸ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 317.

²⁹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [original sem grifo]

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXIV – Aposentadoria

[...]

se opõe a disponibilidade e reversibilidade da aposentadoria está disposta no artigo 181-B do Decreto n. 3.048/99³⁰.

Entretanto, não se pode olvidar que os decretos, enquanto normas subsidiárias, devem se limitar na regulamentação daquilo que dispõe a lei. Não é papel do decreto inovar conteúdo legislativo, mas tão-somente pormenorizar o conteúdo que a lei lhe reserva. Com maestria afirma Gilmar Mendes³¹:

A diferença entre lei e regulamento, no Direito brasileiro, não se limita à origem ou à supremacia daquela sobre este. A distinção substancial reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas tão-somente fixa as regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos por lei, ou para desenvolver os preceitos constantes da lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ele circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada

[...]

Dentro desse raciocínio, há delegação indevida quando se permite ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica, atribuindo-lhe a definição de requisitos necessários ao surgimento de direito, dever, obrigação ou restrição.

É nessa determinação constitucional, limitando o papel dos regulamentos, que não podem prosperar argumentos de irrenunciabilidade e irreversibilidade da aposentadoria anunciados no artigo 181-B do Decreto 3.048/99. Assim, conforme o exposto, não existe previsão legal e/ou constitucional capaz de proibir o segurado de requerer a renúncia à aposentadoria em curso com o objetivo exclusivo de transformá-la em benefício mais vantajoso.

Retomando a discussão sobre a omissão legislativa, impende registrar a inexistência de qualquer manifestação, pelo menos explicitamente, acerca da renúncia ao

³⁰ As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. [original sem grifo]

Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste essa intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes do recebimento do primeiro pagamento do benefício, ou de sacar o respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou Programa de Integração Social, ou até trinta dias da data do processamento do benefício, prevalecendo o que ocorrer primeiro.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 915.

direito de se continuar aposentado, tampouco no que concerne ao aproveitamento das contribuições anteriores e posteriores à aposentadoria que se abdica. Destarte, se o benefício previdenciário da aposentadoria só é deferido com a manifestação de vontade do titular de direito, por óbvio reveste-se de um caráter personalíssimo, porém não destituído de patrimonialidade e disponibilidade. Sem manifestação de vontade daquele que preenche os requisitos da lei, não há se falar no benefício previdenciário, por conseguinte não faz sentido tolher a autonomia de renúncia estando a aposentadoria em curso.

Certamente não se trata aqui de uma renúncia simples, mas aquela capaz de trazer a vantagem ao segurado de gozar de benefício mais vantajoso, uma vez que houve contribuição antes e durante a aposentadoria que até então estava em curso. Isso dá respaldo à reivindicação de se considerar no cálculo do benefício todo período contributivo. Aragonés Vianna³² comenta sobre desaposentação: “Por meio da desaposentação, o ato de concessão do benefício de aposentadoria é desfeito com a finalidade de aproveitamento do respectivo tempo de contribuição no mesmo ou em outro regime previdenciário.”

Como a normatização em matéria previdenciária, seja constitucional ou infraconstitucional, é omissa acerca da desaposentação (renúncia à aposentadoria em curso com fins de obter melhor benefício), bem como na utilização das contribuições vertidas ao sistema quando o segurado estava aposentado, é factível a subsistência destes direitos, haja vista não se conceber a mitigação da liberdade individual por omissão legislativa.

Ademais, a defesa da dignidade da pessoa humana, enquanto preceito constitucional, justifica a concessão da desaposentação para que o segurado venha ter melhores condições num momento da vida em que os cuidados com a saúde é sinônimo de maiores custos. Afinal, passa-se uma vida contribuindo para o sistema previdenciário sob a perspectiva sinalagmática de ver um benefício correspondente (co-responde). É a contrapartida entre a obrigação de contribuir e o direito de receber. É a ratificação do bem estar social.

³² VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 566.

3.3 O instituto da renúncia (desaposentação)

Não há como desassociar o instituto da desaposentação com o instituto da renúncia. Aqui os dois se confundem ou, no mínimo, a desaposentação funda-se na renúncia para ser explicada.

Conforme já explanado alhures, a desaposentação é ato de renúncia com o fim específico de buscar, concomitantemente, um benefício previdenciário que lhe seja mais favorável ou mais benéfico. É a busca de melhores condições respaldadas em princípios norteadores de justiça como a dignidade da pessoa humana ou o tratamento com isonomia. É consenso entre os estudiosos a dificuldade de se estabelecer o que é justiça em direito, se é que isso é possível, pois nem mesmo os gregos conseguiram defini-la. Mas nem por isso sua pretensão deixará de ser perseguida.

Precipualemente é premissa do direito a proteção ao homem. E há dois estágios da vida, começo e fim, nos quais a proteção se faz com maior intensidade. Assim, para aquele que por longos anos capitalizou o sistema previdenciário, espera-se que o benefício que lhe garanta o sustento seja condizente com os recursos vertidos para o sistema. Que o benefício seja na proporção de suas contribuições. A Constituição Federal, em seu artigo 201³³, preceitua de forma incontestada no sentido de filiação e contribuição obrigatória, mas também enfatiza a contrapartida de um benefício que substitua o salário de contribuição. São os parâmetros da aposentadoria entre outras garantias.

Depreende-se do texto Constitucional, conforme grifo na nota de rodapé, a preocupação do legislador em assegurar a dignidade do segurado da Previdência Social compatibilizando o benefício previdenciário com as contribuições vertidas para o sistema. Por

³³ A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [original sem grifo]

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

[...]

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo. [original sem grifo]

[...]

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. [original sem grifo]

[...]

isso, é perfeitamente plausível reivindicar que as contribuições efetuadas pós aposentadoria sejam consideradas no cômputo de um benefício condizente com o dispêndio efetuado enquanto laborava.

3.3.1 A renúncia na legislação brasileira

É no mínimo audacioso estabelecer-se a natureza jurídica de um instituto. Em se tratando de renúncia, instituto inerente ao direito privado, pode levar, os mais apressados, a lhe atribuir relação estreita com o direito público. Mas como atribuir direito de renúncia àquele que não o tem? Só se concebe renunciar o direito patrimonial ao seu possuidor. A res pública é direito de todos administrada por alguns. A administração pública recebe a outorga de agir na estrita legalidade. À ela, não é permitido fazer ou deixar de fazer se a lei assim não lhe ordenar. Até mesmo quando o ato é discricionário, não poderá se afastar do múnus público, sob pena de nulidade. A discricionariedade restringe-se às opções que a lei estabelece. A escolha deverá recair na opção mais conveniente ao fim público esperado.

No direito público há se falar de revogação e anulação. Sob a ótica do direito administrativo, diferencia-se a revogação da anulação, ambas insertas na prerrogativa da administração pública, mais precisamente ínsitas ao poder executivo, sendo a revogação fruto da conveniência ou oportunidade ao passo que a anulação tem-se justificada quando o ato nasce eivado de ilegalidade. Na esfera administrativa, observa-se ambos os institutos, revogação e anulação; ao judiciário cabe proceder, quando cabível, a anulação. Di Pietro³⁴ define: “**Revogação** é o ato administrativo discricionário pelo qual a Administração extingue um ato válido, por razões de oportunidade e conveniência.” Já para anulação a mesma autora anuncia: “**Anulação**, que alguns preferem chamar de **invalidação** é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade.” (grifo nosso)

Destarte, não é dado à administração pública impor irrenunciabilidade e irreversibilidade (artigo 181-B do Decreto 3.048/99) ao segurado quando a lei assim não lhe autoriza. A irreversibilidade deve ser orientada à administração pública em não revogar, ao seu entendimento discricionário, um benefício que é regulamentado por lei, mormente a lei maior.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 249.

3.3.2 A renúncia como ato potestativo

Houaiss³⁵ define Renúncia: “2 JUR abandono de direito por seu titular, sem o transferir a terceiro.” De Plácido e Silva³⁶ conceitua renúncia como sendo:

RENÚNCIA. Ou renúnciação, do latim renuntiatio, de renutiare (declarar ou anunciar que deixa, desistir, abdicar), no sentido jurídico designa o abandono ou a desistência do direito que se tem sobre alguma coisa.

Nesta razão, a renúncia sempre importa num abandono ou numa desistência voluntária, pela qual o titular de um direito deixa de usá-lo ou anuncia que não o quer utilizar.

[...]

A renúncia é ato de disposição. Ninguém está obrigado a permanecer aposentado se esta não for a sua vontade. Sendo a aposentadoria um bem patrimonial e disponível, nada impede que se abdique desse direito, mormente sob a perspectiva de uma aposentadoria mais vantajosa. Não há previsão legal estrito senso que proíba a desaposeição. Na esfera privada, o indivíduo não está obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei³⁷, significa abdicar de um direito sem necessariamente transferi-lo a outrem. Não se há confundir com traslação.

Pontes de Miranda³⁸ traduz com sabedoria particular não apenas o conceito de renúncia, mas também a distinção entre a abdição e a traslação. Assim discorre:

[...]

A renúncia é abdicativa, não, porém, traslativa; se o fosse, confundir-se-ia com a alienação, a transferência. Alguém pode ter de receber a renúncia e aproveitar-lhe a si, ou a outrem, a renúncia; mas a renúncia, simplesmente

³⁵ HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. p. 1644.

³⁶ SILVA, De Plácido e. Atualizadores: FILHO, Nagib Slaibi. CARVALHO, Gláucia. *Vocabulário Jurídico*. Ed. 27ª. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1201.

³⁷ CF/88. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[grifo nosso]

[...].

³⁸ MIRANDA, Pontes de. Atualizado por: ALVES, Wilson Rodrigues. *Tratado de Direito Privado. Tomo III: Negócios Jurídicos. Representação. Conteúdo. Forma. Prova*. 1ª ed. Campinas – SP: Bookseller, 2000. p. 184 e 189.

abdicativa, como é, só indiretamente aproveita a outrem. Quem renuncia só perde, não transmite. Ainda quando se trate de renúncia a direito real sobre coisa de outrem, a renúncia não é traslativa ou restitutiva: o benefício do proprietário é consequência da renúncia, porém não está conceptualmente incluso nela. Por isso mesmo, a aceitação é ato supérfluo; ou continha recepção, indispensável à eficácia da renúncia, ou a recepção não era indispensável e, então, toda a manifestação de vontade foi supérflua. Sempre que se fala de renúncia, aludindo-se a aceitação, é de outro negócio jurídico que se deve cogitar. [original sem grifo]

[...]

A renúncia é disposição, em virtude da qual o titular de direito, pretensão, ou ação, afasta aquele, ou uma dessas, de si, sem que, por isso, outrem adquira o direito, a pretensão à ação. É retirada; anuncia o titular que se retira da relação jurídica (re-nuntia).

Ao renunciar à aposentadoria, ato de disposição abdicativo, o titular do direito o faz sem a necessidade de concordância da outra parte (Autarquia). Ademais, por ser a aposentadoria direito patrimonial disponível, não há se falar em aquiescência ou proibição da contraparte alegando-se irreversibilidade e irrenunciabilidade de direito.

A desaposentação, modelo particular de renúncia, almeja a abdicção do exercício de um direito com o fim de outro mais vantajoso. Abdicar da aposentadoria não significa em momento algum renunciar às contribuições pecuniárias que fez ao sistema. São direitos distintos, embora este seja pressuposto do exercício daquele. A aposentadoria é o direito do retorno das contribuições compulsoriamente efetuadas, no caso de atividade laboral, ou daquelas vertidas na forma de contribuinte facultativo.

Ao solicitar uma nova jubilação, computar-se-á no cálculo do benefício as contribuições anteriores e posteriores à aposentadoria renunciada objetivando-se especificamente o gozo de uma renda compatível com a totalidade do quantum vertido para o sistema. Desta forma, não é difícil concluir que a renúncia é uma entre outras formas de se extinguir o direito dentre outros direitos, ou todos os direitos.

3.4 A motivação do instituto da desaposentação

O sistema previdenciário brasileiro foi alvo de mudanças significativas com a promulgação de duas emendas à Constituição. Tais mudanças ficaram conhecidas como a reforma da previdência. A emenda nº 20/98 encarregou-se primordialmente das alterações no

Regime Geral de Previdência Social e a emenda nº 41/03 voltou-se à previdência dos servidores públicos. Até a referida reforma, estava prevista na legislação inerente ao sistema previdenciário, entre outras modalidades, a aposentadoria proporcional, o que permitia aos segurados se aposentarem muito cedo. Outra mudança significativa foi a abolição da aposentadoria por tempo de serviço, onde o segurado não precisava provar que contribuiu, mas laborou pelo tempo que era exigido em lei.

Era inconteste que o sistema reclamava por mudanças sob pena de se tornar insustentável, pondo em risco o equilíbrio financeiro e atuarial, em um menor tempo do que o esperado. Todavia, aproveitou-se das mudanças para imprimir situações danosas, considerada a conjuntura do país e as condições de vida do trabalhador brasileiro.

É cediço que um dos principais desideratos da política governamental previdenciária era o de condicionar a aposentadoria a uma idade mínima. Visava conter as aposentadorias tidas como precoce. Para se ter idéia, pela regra proporcional, o homem aposentava-se com 30 anos de serviço, 44 anos de idade, algumas vezes; já a mulher, com 25 anos de serviço e 39 anos de idade. Não obstante a supressão da aposentadoria por tempo de serviço e a aposentadoria proporcional, na legislação vigente, o governo sucumbiu na pretensão de limitar a aposentadoria à idade mínima, 65 anos para os homens e 60 anos para as mulheres. Insatisfeito, conseguiu aprovar no congresso nacional a Lei 9.876/99, conhecida como lei do fator previdenciário, que traz em sua regra um índice multiplicador incidente sobre a base de cálculo das aposentadorias por tempo de contribuição, sendo nestas com aplicação compulsória do fator previdenciário, e na por idade, com aplicação facultativa na opção do segurado.

Consta da regra do fator previdenciário três variáveis: idade, expectativa de vida e tempo de contribuição. Dessa forma, o intento governamental preterido na emenda nº 20/98, de impor idade mínima para aposentadoria, reaparece escancarado com o advento da lei do fator previdenciário. O limite de idade que o governo não conseguiu através da emenda à constituição, fez reduzindo o valor do benefício de aposentadoria quando da aplicação do fator previdenciário. Pois quem pretenda se aposentar com o benefício integral, ou próximo disto, terá de trabalhar mais tempo para mitigar ou anular, conforme o caso, os efeitos do referido fator.

Dada a realidade brasileira, ao se aposentar, considerando-se o tempo mínimo de contribuição, na regra geral, 35 anos, se homem, 30 anos, se mulher, tendo começado a contribuir com 18 anos, terá à época, 53 anos e 48 anos, respectivamente. Como a sobrevivida, hoje, é de mais de vinte anos, terá sua renda mensal diminuída de tal sorte que muitas vezes coloca em risco sua subsistência.

Como reflexo da aplicação do fator previdenciário, o aposentado passa a conviver com uma renda, em média, correspondente a setenta por cento do que percebia na atividade, sendo, por conseguinte, obrigado a permanecer em sua vida laboral como forma de complementar os recursos indispensáveis ao padrão de subsistência até então vivenciado.

Como se não bastasse ter de continuar trabalhando, apesar de legalmente aposentado, o segurado permanecerá como contribuinte compulsório, por força do parágrafo 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91, embora essas contribuições não lhes vá trazer nenhum acréscimo financeiro ao benefício presente ou futuro, o que por si quebra a regra disposta no artigo 1º da referida Lei³⁹, onde preceitua assegurar meios indispensáveis à sua manutenção.

Passados dez ou quinze anos após sua aposentadoria, e continuando sua atividade laborativa com contribuições compulsórias vertidas para o sistema, o vigor físico já não lhes permite a labuta ou já não há mais mercado para o seu trabalho, obrigando-o a inatividade, em um momento singular da vida que inspira maiores cuidados com a saúde, seja por circunstâncias natural da idade, seja pela omissão de políticas de saúde pública preventiva. Esse é um momento de maiores dispêndios daquele que há muito contribuiu para o enriquecimento do país. Se não trabalha não tem renda complementar; se não tem renda complementar, fica a mercê dos dissabores que a velhice lhe reserva.

Daí nasce a inspiração de fazer valer o direito legitimamente devido, fruto das contribuições que após se aposentar teve de fazê-las por vários anos. A norma constitucional e/ou infraconstitucional é omissa acerca do direito à desaposentação, bem como quanto a utilização dessas contribuições vertidas ao sistema durante a aposentadoria

³⁹ A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.” [original sem grifo].

com o fim de se requerer um benefício mais vantajoso. Como na esfera administrativa só é permitido fazer o que está previsto em lei, enquanto o particular não está obrigado a fazer ou deixar de fazer se não em virtude dela, resta a este último buscar o amparo fundamental que é garantido na constituição, ou seja, recorrer ao judiciário.

3.5 A fonte de recursos da Seguridade Social

No que concerne às fontes de recursos que sustentam o sistema de seguridade social, em especial, a Previdência Social, é preciso relembrar a diferenciação entre impostos e contribuições. Aqueles sem destinação específica, portanto não há vinculação de sua receita, salvo as previsões constitucionais, que em nada diminuem suas características; as contribuições, cunhada de finalidade própria, visam atender às perspectivas direta do contribuinte. Tem na sua essência a premissa de um retorno específico e certo. Serve de exemplo as contribuições à Previdência Social com o fim de aposentadoria e outros benefícios previdenciários previstos em lei. É o que dispõe o texto constitucional brasileiro, em seu artigo 195⁴⁰, bem como assegurando no parágrafo 7º do artigo 201 o direito à aposentadoria⁴¹.

Depreende-se, então, que sendo compulsoriamente contribuinte da Previdência Social, o segurado, reunido os requisitos impostos pela lei, é possuidor do direito líquido e certo à aposentadoria respaldada na integralidade das contribuições vertidas para o sistema.

⁴⁰ A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

[...]

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

[...]

⁴¹ É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

[...]

3.6 O equilíbrio atuarial entre contribuição e benefício previdenciário

O equilíbrio atuarial é um dos principais argumentos, senão o principal, apontado por aqueles que se colocam contrários ao instituto da desaposentação com o fim de obtenção de benefício mais vantajoso. A própria Constituição preceitua no artigo 201⁴² o cuidado que se deve reservar ao equilíbrio atuarial.

O segurado que se aposenta após 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, no caso do homem, terá provavelmente 53 (cinquenta e três) anos de idade. Há uma expectativa de sua permanência no mercado de trabalho e, por conseguinte, contribuinte compulsório da Previdência Social, em média, por mais dez anos. Portanto, quanto mais tarde requerer o seu direito à desaposentação, menor será o tempo que estará recebendo o benefício mais vantajoso oriundo do exercício deste instituto, guardando, portanto, estreita obediência ao equilíbrio atuarial. Até por que para ser mais vantajoso terá de cumprir mais tempo de contribuição antes de pedir a desaposentação.

A contrário senso, quando exercida a desaposentação com um tempo menor de contribuições, maior será a expectativa de sobrevida deste segurado, e esbarrará no fator previdenciário como limitador do pretense benefício mais vantajoso. Assim, infere-se que o acréscimo esperado pelo novo benefício será mitigado e guardará estreita proporcionalidade com as contribuições vertidas após a primeira aposentadoria, destarte, respeitado estará o equilíbrio atuarial.

Ademais, o sistema previdenciário brasileiro rege-se pelo princípio da solidariedade e da repartição simples, o que equivale dizer que os ativos de hoje pagam os benefícios daqueles que estão aposentados. Não se pauta pelo princípio da capitalização de forma individualizada, a exemplo do que ocorre com a previdência privada, onde os participantes acumulam suas contribuições em uma conta individual, administrada por um gestor, e, ao final, o capital é devolvido na forma de prestações.

⁴² A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [original sem grifo]
[...]

Impende registrar que o fato de não ser um sistema de devolução da capitalização feita ao longo dos anos não significa que não haja relação entre o benefício a ser concedido e as prestações vertidas para o sistema ao longo da vida ativa. É nesse sentido o que se pode inferir do que dispõe o artigo 33 e seguintes da Lei 8.213/91⁴³.

3.7 A desnecessidade de devolução dos benefícios recebidos

Conforme disposto no capítulo dois supra, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido guardam estreita relação. Não se adquire direito sem a perfeita persecução do ato jurídico. Não há se falar em direito adquirido sem obediência ao regramento jurídico a que se submete os jurisdicionados. Quando a administração pública, em um ato vinculado, defere a aposentadoria do segurado, é pressuposto deste ato administrativo a aquisição do direito adquirido, fundado no preenchimento de todos os requisitos à concessão da aposentadoria, tornando-se, portanto, um ato jurídico perfeito proferido pela autoridade competente. É imprescindível aos atos administrativos obediência à estrita legalidade. A Constituição de 1988 assegura em seu artigo 5º este direito fundamental⁴⁴.

No Curso de Direito Administrativo, Celso Antonio Bandeira de Mello⁴⁵ ensina que o ato administrativo é perfeito quando esgotadas as fases necessárias à sua produção. Portanto, o ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação. Perfeição, pois, é a situação do ato cujo processo está concluído.

Os atos administrativos emanados da autoridade previdenciária, por óbvio, estão adstritos ao princípio da legalidade. Nesse contexto, a irrevogabilidade da concessão da aposentadoria é dirigida à administração pública, resguardando-se o direito constitucional do segurado, em querendo, permanecer aposentado. O comando é dirigido para o poder público

⁴³ A renda mensal do benefício de prestação continuada que substituir o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado não terá valor inferior ao do salário- mínimo, nem superior ao do limite máximo do salário-de-contribuição, ressalvado o disposto no art. 45 desta Lei.

⁴⁴ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

[...]

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 272.

se abster em, ao seu bel prazer, desfazer o ato que legalmente fora constituído. Todavia, é dever da administração pública a anulação quando o ato padecer de ilegalidade; quando eivado de vícios.

Assim, para a aposentação é mister um ato administrativo vinculado capaz de corroborar o direito adquirido do segurado. Observada a regularidade do ato não haverá nenhuma ilicitude no recebimento das prestações a que faz jus o segurado. O valor recebido a título de aposentadoria é a contrapartida das contribuições que foram vertidas ao sistema, sendo, portanto, imposto ao Estado, o estrito dever legal de garantir a manutenção da subsistência com dignidade do segurado.

É inconteste que as prestações previdenciárias tem natureza alimentar, substituindo a renda que o segurado tinha enquanto estava na atividade, contribuindo compulsoriamente para o sistema previdenciário. Esse raciocínio adquire maior consistência quando se faz uma leitura do já citado artigo 33 da Lei 8.213/91 na nota de rodapé nº 43.

Portanto, o legislador corrobora expressamente que as prestações previdenciárias tem natureza alimentar, não se concebendo, por conseguinte, sua devolução, desde que tenha sido recebida dentro da estrita legalidade.

No exercício da desaposentação os efeitos advindos do instituto se projetarão para frente. Gera efeito ex nunc, não prejudicando o ato jurídico perfeito. Mesmo por que o recebimento das verbas alimentares não foram indevidas ou ilícitas e as mesmas restaram consumidas no atendimento das necessidades básicas do segurado, não sendo passível de devolução, afastando definitivamente a possibilidade de locupletamento ou enriquecimento sem causa do segurado.

3.8 A manifestação jurisprudencial

Feito um retrato do entendimento da doutrina, impende reforçar o posicionamento firmado na jurisprudência pátria, tanto nas instâncias inferiores como no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente registre-se que nos julgados de primeira instância, bem como nos Tribunais Regionais Federais, há decisões divergentes, mormente quando o requerente se equivoca no pedido, formulando-o no sentido de revisão de benefício quando deveria fazê-lo como de desaposentação cumulado com o pedido de aposentadoria, neste, evidenciando-se todo período contributivo. À guisa de exemplo, tem-se o julgamento da AC 2003.34.00.021875-0/DF⁴⁶ negando o pleito pedido indevidamente como revisão.

No âmbito Superior Tribunal de Justiça é firme o entendimento pelo deferimento do pedido de desaposentação, vez que se trata de direito patrimonial disponível, bem como é o entendimento da desnecessidade de devolução dos valores correspondentes ao benefício referente ao período anterior a desaposentação.

Tais decisões são fundamentadas no consenso de que o ato de renunciar a aposentadoria opera efeito ex nunc e não gera o dever de devolver os valores, pois, enquanto o benefício estava vigente, pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos, não padecendo, portanto, da repetição de indébito. Nesse sentido é o que ficou decidido no RESP N° 1.114.793 – RS (2009/0071925-1), no RESP N° 1.208.590 – RS (2010/0150869-0) e REsp 692.928/DF, Rel. Min. NILSON NAVES, DJ de 5/9/05, assim como no AgRg no REsp 328.101/SC, 6.^a Turma, Rel.^a Min.^a MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ de 20/10/2008, entre outros.

⁴⁶ PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APOSENTADORIA PROPORCIONAL. CÁLCULO DA RMI: ART. 53, II, LEI 8.213/91. ELEVAÇÃO DO COEFICIENTE DE CÁLCULO PARA 100% (CEM POR CENTO) COM O CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO POSTERIOR À CONCESSÃO DA APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O art. 53, inciso II, da Lei 8.213/91, ao disciplinar a sistemática de cálculo do benefício de aposentadoria por tempo de serviço para o trabalhador, estabeleceu, para a apuração da renda mensal inicial, um percentual inicial de 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício, correspondente a 30 (trinta) anos de contribuição, acrescido do percentual de 6% (seis por cento) para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento).

2. A regra de cálculo da aposentadoria por tempo de serviço prevista no art. 53 da Lei 8.213/91 somente se aplica em relação ao tempo de serviço já prestado pelo trabalhador no momento em que ele requereu o benefício na via administrativa, não se podendo considerar as contribuições referentes à atividade por ele exercida após a concessão do benefício para complementar o tempo de serviço anterior e transformar a sua aposentadoria de proporcional em integral.

3. Não se trata do que doutrinariamente se denomina de "desaposentação", mas sim de mudança progressiva do coeficiente da aposentadoria proporcional deferida, até que ela seja paga de forma integral, inclusive com o adimplemento das diferenças pretéritas que o autor considera devidas.

4. Apelação desprovida.

(AC 2003.34.00.021875-0/DF, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves Da Silva, Segunda Turma, e-DJF1 p.58 de 10/12/2009).

Conforme se depreende das decisões supracitadas, há entendimento incontestado, em sede da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível, portanto passível de renúncia, assim como quanto à inexigibilidade de devolução das parcelas recebidas enquanto se permaneceu aposentado, vez que se trata de valores recebidos dentro da estrita legalidade, além de corresponderem à prestação de natureza alimentar, o que justifica, por si só, não serem passíveis de repetição de indébito.

3.9 A desaposentação no projeto de Lei n. 7.154/2002

Diante da falta de previsão legal acerca da desaposentação e das negativas do INSS em concedê-la, restou ao segurado, na prerrogativa da busca de um benefício mais vantajoso, socorrer-se do judiciário para fazer valer o seu direito.

O legislativo, enquanto poder legiferante, por óbvio, é chamado à discussão visando sanar a omissão infraconstitucional. Nesse contexto surge o projeto de Lei 7.154/2002, de autoria do Deputado Federal Inaldo Leitão do PSDB/PB, tendo como proposta a inclusão de um parágrafo único ao artigo 54 da vigente Lei 8.213/91 fazendo a previsão do instituto da desaposentação.

3.9.1 Descrição da proposta legislativa para mudanças na Lei 8.213/91

O vigente artigo 54 da Lei 8.213/91 assim dispõe: “Art. 54. A data do início da aposentadoria por tempo de serviço será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.”

Na projeto de Lei 7.154/2002, com a finalidade de mudanças na Lei 8.213/91, o legislador propôs a inclusão de um parágrafo único ao citado artigo supra que passaria a ter o seguinte teor:

Parágrafo Único - As aposentadorias por tempo de contribuição e especial concedidas pela Previdência Social, na forma da lei, poderão, a qualquer tempo, ser renunciadas pelo Beneficiário, ficando assegurada a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício. (NR).

Não demorou muito para que no trâmite do processo legislativo surgissem propostas de mudanças ao projeto de lei. Inicialmente, ao passar pela Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, propôs-se que a mudança fosse efetuada no artigo 96 da Lei 8.213/91, ao invés de inclusão de parágrafo único ao artigo 54, cujo teor seria o seguinte:

Art. 96 [...]

III – não será contado por um regime previdenciário o tempo de contribuição utilizado para fins de aposentadoria concedida por outro, salvo na hipótese de renúncia ao benefício;

[...]

Parágrafo único. Na hipótese de renúncia à aposentadoria devida pelo Regime Geral da Previdência Social, somente será contado o tempo correspondente a sua percepção para fins de obtenção de benefício por outro regime previdenciário, mediante indenização da respectiva contribuição, com os acréscimos previstos no inciso IV do caput deste artigo.

3.9.2 *As incongruências nas mudanças propostas*

Conforme já transcrito anteriormente, na conformidade do inciso I do artigo 18 da Lei 8.213/91, os benefícios de aposentadoria são por invalidez, por idade, por tempo de contribuição e a especial.

Dispõe o artigo 46⁴⁷ e o parágrafo 8º do artigo 57⁴⁸, ambos da Lei supramencionada, que o retorno espontâneo ao trabalho, no caso de aposentadoria por invalidez, e a permanência ou retorno à atividade laboral, no caso de aposentadoria especial, são motivos ensejadores para o cancelamento das referidas aposentadorias. Nessas hipóteses ocorre o interesse público e, por óbvio, a autoridade administrativa competente para concessão do benefício utiliza-se de igual expediente para extingui-lo. Assim deveria ser a

⁴⁷ O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno.

⁴⁸ A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

[...]

§ 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.

autonomia da Autarquia Federal para reconhecer o direito à desaposentação, quando fosse o interesse do cidadão, nos casos de aposentadoria por idade e por tempo de contribuição.

Na disposição da proposta de alteração à Lei 8.213/91 com a inclusão de um parágrafo único ao artigo 54 incorre na inobservância ao princípio da isonomia quando traz a previsão de desaposentação apenas para os casos de aposentadoria especial e por tempo de contribuição. Comete, sem amparo técnico-jurídico, a incongruência de deixar de fora a aposentadoria por idade. Não se pode olvidar a presença de muitos segurados aposentados que continuam no mercado de trabalho, especialmente no caso da mulher cujo limite de idade é de sessenta anos.

Na proposta de emenda ao projeto, transfere-se a alteração inicial de inclusão de um parágrafo único ao artigo 54 para fazê-lo no artigo 96, além de alterar o já existente inciso III. Desta vez, corrige-se a ausência da possibilidade de desaposentação também para as aposentadorias por idade, mas omite-se quanto a devolução, ou não, dos benefícios recebidos enquanto se estava aposentado. Se assim for aprovado, continuará a cargo do judiciário proceder as correções quando solicitadas.

CONCLUSÃO

Na Carta Política de 1988, por opção do constituinte originário, assegurou-se aos cidadãos brasileiros, como garantia fundamental, inserta no próprio texto da Constituição, um sistema de seguridade social que compreende um conjunto de ações de iniciativa dos Poderes Público e da sociedade garantidores dos direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social. Destarte, aí se compreende não só os cidadãos integrantes da população economicamente ativa, contribuintes por disposição legal, mas também se estende àqueles que por razões de ordem econômico-social não são, ou não foram, contribuintes do sistema.

Dentre os objetivos norteadores da seguridade social, encontram-se a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, bem como a equidade na forma de participação no custeio. Não foi difícil perceber a imposição aferida pelo legislador originário que deve vigorar a isonomia de tratamento, seja na qualidade de contribuinte do sistema, seja como beneficiário do retorno dessas contribuições que foram despendidas ao longo da vida. Não é compreensível que dois segurados, em igualdade de condições, reunindo as mesmas exigências impostas pela lei, tenham benefícios distintos ou diferenciados.

À guisa de ilustração, o cidadão que começou laborar, contribuinte, portanto, compulsório da previdência social, por volta dos vinte anos de idade, assim permanecendo até completar seus setenta anos, terá contribuído por aproximadamente cinquenta anos. Certamente estará a salvo do fator previdenciário que mitiga o benefício de aposentadoria em pelo menos 30 (trinta) por cento.

Todavia, fazendo uso da prerrogativa que a lei lhe faculta, ao completar trinta e cinco anos de contribuição, poderá aposentar-se, embora com seu benefício de aposentadoria reduzido à 70 (setenta) por cento, aproximadamente, portanto uma perda de quase um terço em relação ao valor da ativa. Se esse mesmo trabalhador, não obstante à aposentadoria, continuar no mercado de trabalho e contribuindo para a previdência social, lá pelos seus setenta anos de idade, terá contribuído por no mínimo mais quinze anos, perfazendo cinquenta anos no total, sem que essas contribuições façam a menor diferença no

seu benefício de aposentadoria. Nesse sentido, não é admissível que em situações semelhantes, mesmo tempo de contribuições, resulte em benefícios tão díspares.

Sob a égide de um estado democrático de direito, com instituições sólidas, é dado ao cidadão mover a máquina do judiciário a fim de dizer o direito. Assim o faz quando peticiona o direito de renunciar à aposentadoria para requerer benefício mais vantajoso. É preciso registrar que não se trata de artificialmente fazer uso da dupla contagem de tempo de serviço já utilizado por um sistema, o que pressupõe, necessariamente, a concomitância de benefícios concedidos com base no mesmo período, o que é vedado pela Lei de Benefícios. Trata-se, tão-somente, da abdicação a um benefício de menor valor, concedido sob os efeitos do fator previdenciário, para se obter a concessão de um benefício mais vantajoso.

Em sede de análise constitucional no Supremo Tribunal Federal, encontra-se o RE 381367/RS, de 16.09.2010, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, onde se questiona a constitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91.⁴⁹ O ministro manifestou-se favorável à contagem do tempo de contribuição ocorrido após a aposentadoria, não obstante entender que o referido parágrafo guarda constitucionalidade com a Carta de 1988. Assim finaliza em seu relatório:

[...]. Em arremate, afirmou que ao trabalhador que, aposentado, retorna à atividade caberia o ônus alusivo à contribuição, devendo-se a ele a contrapartida, os benefícios próprios, mais precisamente a consideração das novas contribuições para, voltando ao ócio com dignidade, calcular-se, ante o retorno e as novas contribuições e presentes os requisitos legais, o valor a que tem jus sob o ângulo da aposentadoria. Registrou, por fim, que essa conclusão não resultaria na necessidade de se declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91, mas de lhe emprestar alcance consentâneo com a Constituição, ou seja, no sentido de afastar a duplicidade de benefício, porém não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita.

Como exposto, felizmente a jurisprudência tem sido favorável aos segurados, inclusive eximindo-os do encargo das devoluções referentes às parcelas da aposentadoria recebida enquanto continuava trabalhando e contribuindo por força de

⁴⁹ [...]

Parágrafo 2º. O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei no 9.528, de 1997)

dispositivo legal. Não poderia ser diferente, vez que se tratava de recebimento dentro dos preceitos legais e correspondiam à prestação de natureza alimentar.

Por tudo já exposto, há de se concluir que sendo a aposentadoria um bem patrimonial disponível, nenhum óbice há para sua renúncia e, sob o entendimento do instituto da desaposentação, para que se requeira um novo jubramento com aproveitamento de todo período contributivo a fim de se obter um benefício mais vantajoso.

REFERÊNCIAS

- Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DIAS, Eduardo Rocha. MACEDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Método, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.
- CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 15^o ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 14^a ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 7^a Edição. São Paulo: LTR, 2006.
- TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário*. 4^a edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Atlas, 2010.
- RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo horizonte: Fórum, 2004.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário. Tomo II: previdência social*. 2^a edição. São Paulo: LTR, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.