

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
CÍNTIA MELLO DE PAULA**

**A IMPOSSIBILIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO: uma análise do
posicionamento do Supremo Tribunal Federal**

**Juiz de Fora
2016**

CÍNTIA MELLO DE PAULA

**A IMPOSSIBILIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO: uma análise do
posicionamento do Supremo Tribunal Federal**

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito sob orientação do Prof. Me. Fernando Guilhon de Castro.

**Juiz de Fora
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

CÍNTIA MELLO DE PAULA

A IMPOSSIBILIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO: uma análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Me. Fernando Guilhon de Castro
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Me. Guilherme Rocha Lourenço
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Flávio Bellini de Oliveira Salles
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 08 de dezembro de 2016.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	05
2 A SEGURIDADE SOCIAL	07
2.1 Conceito.....	07
2.2 Da aposentadoria.....	09
3 DESAPOSENTAÇÃO	09
3.1 Histórico do instituto	10
3.2 Definição.....	13
3.3 Natureza jurídica da desaposentação e seus efeitos.....	15
4 OS PRINCIPAIS IMPEDIMENTOS À DESAPOSENTAÇÃO	17
4.1 A ausência de previsão legal	17
4.2 A solidariedade da previdência e o sistema de repartição	18
4.3 Equilíbrio atuarial do sistema	19
5 DECISÃO DO STF CONSIDERA INVIÁVEL A DESAPOSENTAÇÃO	20
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	24
REFERÊNCIAS	26

A IMPOSSIBILIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO: uma análise do posicionamento do Supremo Tribunal Federal

Autor (a): Cíntia Mello de Paula

Orientador: Fernando Guilhon de Castro

RESUMO

O presente artigo tem como escopo analisar os principais impedimentos à desaposentação no cenário jurídico brasileiro à luz do entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. Para tanto, foi preciso abordar inicialmente a noção de Seguridade Social, bem como o direito à aposentadoria, incutido na sistemática de proteção social. Em um segundo momento, apresentou-se o histórico do instituto da desaposentação no direito pátrio, o seu conceito, e o exame do ato de renúncia e dos efeitos decorrentes do desfazimento do benefício percebido pelo aposentado a fim de se obter outro mais vantajoso. Analisou-se, ainda, a ausência de previsão legal sobre o tema, a ofensa aos princípios da solidariedade e do equilíbrio atuarial do sistema previdenciário e a incompatibilidade com o regime de repartição simples, que levaram a Suprema Corte a pautar-se pela sua impossibilidade.

Palavras-chave: Desaposentação; Aposentadoria; Renúncia; Impossibilidade; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The scope of this article is to analyze the main impairments to the *Unretirement* on the Brazilian juridical scenario under the understanding pronounced by the Federal Supreme Court about the matter. In order to do so, it was needed to initially approach the notion of Social Security, as well as the right of retirement, included on a social protection systematic. In a second moment, it was presented the historic of the institute on the Brazilian law, its concept and the examination of the act of renouncing and its effects due to the abolishment of the benefit perceived by the retired in order to receive a better one. It was also analyzed the absence of legal prediction about the matter, the injury to the principles of solidarity and to the actuarial balance of the Social Security System and the incompatibility with the PAYG (*Pay as you go*) scheme, which made the Supreme Court to guide for its impossibility.

Key-words: Unretirement; Retirement; Renounce; Impossibility; Federal Supreme Court.

1. INTRODUÇÃO

A criação da tese da desaposentação - que consiste na renúncia à aposentadoria ora concedida ao segurado que continua em atividade, a fim de se requerer novo benefício mais vantajoso em razão das contribuições vertidas - acarretou, nos últimos anos, a configuração de amplo debate acerca de sua possível viabilidade no ordenamento jurídico. O tema foi incluído

em pauta de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2010- através do RE 381.367- e, no ano seguinte, a matéria teve reconhecida repercussão geral no RE 661.256.

Ainda em 2010, o Ministro Marco Aurélio Mello proferiu voto no sentido de reconhecer o direito à desaposentação, quando o Min. Dias Toffoli pediu vista e o processo retornou à sessão do Pleno apenas em 2014, oportunidade em que os Ministros Dias Toffoli e Teori Zavascki se posicionaram pela ilegitimidade do instituto. Em outra linha de entendimento, o Min. Luis Roberto Barroso concluiu pela sua possibilidade, mas propôs nova forma de calcular o benefício, considerando a idade e expectativa de vida aferidos à época da primeira aposentadoria. Em seguida, o julgamento foi novamente suspenso a pedido de vista pela Ministra Rosa Weber.

Em paralelo ao amplo debate que ocorria, o Poder Legislativo tentou regulamentar a matéria por meio do Projeto de Lei de Conversão 15/2015, o qual resultou na edição da Lei nº 13.183/2015. Contudo, o dispositivo que previa o tema foi vetado pela então Presidente da República, Dilma Rousseff, posteriormente mantido pela Câmara dos Deputados. O fundamento do veto foi o de que a desaposentação ofenderia “os pilares do sistema previdenciário brasileiro, cujo financiamento é intergeracional e adota o regime de repartição simples”¹.

Com o placar do julgamento em 2x2, a decisão final acerca da invalidade jurídica da desaposentação pela Suprema Corte ocorreu em outubro de 2016, por sete dos onze ministros, no sentido de que tal instituto não possui guarida no ordenamento pátrio. Segundo a Advocacia Geral da União, essa decisão afetará cerca de 180 mil processos sobre o assunto que tramitam no país, além disso, caso fosse reconhecido o direito à desaposentação considerando “somente as aposentadorias ativas em dezembro de 2013, o impacto chegaria a R\$ 588,7 milhões mensais e R\$ 7,7 bilhões por ano. Em 30 anos, a despesa total poderia ser de R\$ 181,9 bilhões, sem levar em conta novos segurados”².

Neste contexto, busca-se averiguar os principais argumentos que corroboram a ilegalidade do instituto. Para tanto, toma-se por base a doutrina de Frederico Amado³, referencial teórico do presente estudo, em cuja obra evidencia os efeitos nefastos que a desaposentação acarreta na Previdência Social, além da análise dos quatro primeiros votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

¹ NUNES, Raphael Marcelino de Almeida. **Supremo estimula diálogos institucionais no julgamento da desaposentação**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2016-nov-05/observatorio-constitucional-stf-estimula-dialogos-institucionais-julgamento-desaposentacao#_ftn8>. Acesso em: 06 novembro 2016.

² Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/465791>. Acesso em: 07 novembro 2016.

³ AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

Posto isto, nada mais oportuno que analisar a recente decisão proferida pelo Pretório Excelso e como ela poderá influenciar no ordenamento. É digno de se notar a relevância do conteúdo decisório sobre a impossibilidade da desaposentação, tendo em mente não apenas os milhares de interessados no pleito, mas também o momento em que essa decisão foi emitida, no qual os cofres previdenciários registram rombo crescente – em 2016 o déficit é de R\$ 149,2 bilhões⁴-, e em meio ao debate de uma Reforma da Previdência Social.

2. A SEGURIDADE SOCIAL

2.1. Conceito

A preocupação em como amenizar as adversidades da vida, tais como a fome, doença, velhice, permanece sendo uma constante ação do homem ao longo do tempo⁵. Essa busca por mecanismos que solucionem as demandas da sociedade - principalmente as oriundas do âmbito social - importa na discussão do papel do Estado e revela-se na configuração do sistema estatal securitário, com o fim de adoção de técnicas protetivas aos infortúnios do homem.

Nesse contexto, é importante analisar as funções estatais na área ligada à proteção social, em que o Estado adquiriu um viés mais atuante. Essa noção de Estado interventor no mundo contemporâneo assegura aos membros da comunidade um direito subjetivo ao sistema de proteção, decorrente da junção de três pilares: beneficência entre pessoas, assistência pública e previdência social, que compreendem o ideal da seguridade social⁶.

Fábio Zambitte Ibrahim, renomado autor previdenciarista brasileiro, assim define a seguridade social:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna⁷.

⁴ Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/previdencia-e-trabalho/reforma-da-previdencia-entenda-proposta-em-16-pontos-19744743>>. Acesso em: 07 novembro 2016.

⁵ IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 1.

⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 55.

⁷ IBRAHIM, Fabio Zambitte. Op. cit., p. 5.

Desta forma, pode-se concluir que a seguridade social se traduz em sistema estatal securitário com o objetivo precípua de proteção social, mediante a atuação de particulares e do próprio Estado.

Seguindo essa lógica, a Constituição Federal brasileira elenca no *caput* do seu artigo 194 o sistema de seguridade social como sendo o conjunto de ações do Estado, com o intuito de assegurar questões relativas às áreas de Previdência Social, Assistência Social e Saúde, privilegiando a concretização dos valores do bem-estar e justiça social.

A saúde é, pois, conforme prescrito no artigo 196 da Magna Carta, direito de todos e dever do Estado, não depende de contribuições, e se revela o segmento da seguridade social mais amplo de todos, dado que não há restrição ao acesso pela população às ações e serviços de saúde. O intento é disponibilizar política sanitária que ampare a todos, assentando em uma proteção universal que abarque qualquer indivíduo que necessite recorrer à rede pública de saúde⁸.

No que se refere à assistência social, ela será prestada a quem dela necessitar e independe de contribuição pelo beneficiário, nos ditames do artigo 203 da Constituição Federal. A assistência social tem regimento próprio, regulamentada na Lei nº 8.742/1993, que estabelece a seguinte definição:

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Portanto, diferentemente do segmento da saúde, a assistência social não atende toda e qualquer pessoa, mas tão somente aquelas carentes, desprovidas de condições financeiras para a própria subsistência e de sua família. Em razão disso, seria desarrazoado o Poder Público exigir contribuições para a seguridade social como contraprestação às ações estatais na área assistencial.

Já a previdência social reveste-se como um seguro *sui generis*, que visa resguardar os beneficiários dos riscos sociais. Pode a previdência ser pública, comportando o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), o Regime Próprio da Previdência Social (RPPS) e o Regime Complementar ao RPPS. Por sua vez, a previdência é privada no caso do Regime Complementar ao RGPS⁹. Um atributo ímpar da previdência social é seu caráter compulsório, que atribui obrigatoriedade de filiação ao sistema e o recolhimento de contribuições pelo segurado, salvo em se tratando de regime complementar, que é de cunho facultativo.

⁸IBRAHIM, Fabio Zambitte. Op. cit., p. 8-9.

⁹ Idem, p.28.

2.2. Da aposentadoria

A aposentadoria é a principal prestação previdenciária, e se fundamenta também na ideia de proteção social, no sentido de conceder ao indivíduo mínimas condições de vida digna após ter atingido idade avançada, ter contribuído por certo período, ou alcançado determinada fase da vida em que esteja desprovido de capacidade laborativa¹⁰. Como visto, a previdência tem o condão de acobertar os riscos sociais através do sistema protetivo do Estado, fornecendo ao indivíduo rendimentos que venham a substituir a sua remuneração, como forma de indenização.

Desta feita, percebe-se que a aposentadoria adveio da necessidade de o Estado conceder amparo social sob a forma de custeio financeiro àqueles que tiveram reduzida ou eliminada a aptidão de auto sustento, contribuíram por determinado tempo ou atingiram idade avançada. Essa situação é denominada de contingência social, levando o sujeito e/ou seus dependentes econômicos a um estado de necessidade.

A aposentadoria se revela como direito inerente ao cidadão, enquanto direito fundamental positivado na Constituição Federal, em seu art. 7º, inc. XXIV, devido aos trabalhadores urbanos e rurais com o fulcro de melhoria da condição social. Neste viés, o direito fundamental da aposentadoria privilegia o princípio da dignidade humana, na medida em que está incutido na sistemática de proteção estatal securitária com o fim precípua de proteção social. Dessa forma, o direito à aposentadoria é amparado pela participação estatal que busca minimizar as desigualdades sociais, revelando-se em Estado mais intervencionista, engajado a atender as demandas da sociedade.

3. DESAPOSENTAÇÃO

Feitas as considerações sobre o direito de se aposentar, impende debruçar-se agora em relação ao instituto da desaposentação, o qual não possui previsão legal expressa, consubstanciando-se em tese construída ao longo dos últimos anos. A matéria é alvo de várias discussões e de grande controvérsia no meio jurídico, tornando-a ainda atual e instigante. O tema foi recentemente objeto de decisão pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou a sua ilegalidade e teve repercussão geral reconhecida. Até então, as decisões dos juízos e tribunais

¹⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 39.

e os ensinamentos da doutrina é que vinham norteando a análise da viabilidade ou não do instituto.

3.1. Histórico do instituto

O neologismo “desaposentação” foi concebido pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro por um dos autores previdenciários mais eminentes do país: Wladimir Novaes Martinez, em seu artigo intitulado “Reversibilidade da prestação previdenciária”¹¹, publicado em 1988; embora a cogitação do termo técnico tenha ocorrido em 1987, quando o doutrinador publicou o artigo “Renúncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários”¹². Mas, a discussão sobre a matéria se fortaleceu principalmente com as reformas previdenciárias de cunho neoliberal que extinguiram o direito ao pecúlio e ao abono de permanência.

Com relação ao pecúlio, a Lei nº 8.213/1991 previa originariamente em seus artigos 81, II e 82, o pagamento aos aposentados de todas as contribuições que foram vertidas ao RGPS após a concessão da aposentadoria. Segundo Wladimir Novaes Martinez:

O pecúlio era o único benefício de pagamento único em dinheiro existente no RGPS (...), consistia na devolução por parte do INSS das contribuições vertidas pessoalmente pelo segurado que depois de aposentado voltou ao trabalho e contribuiu. Na condição de benefício não substituidor dos salários ele podia ser acumulado com qualquer prestação previdenciária¹³.

Contudo, a Lei nº 8.870/1994 revogou o inciso II do art. 81, da Lei de Planos e Benefícios da Previdência Social, que previa o pagamento de pecúlios ao segurado aposentado por idade ou por tempo de serviço que voltar a exercer atividade abrangida pelo regime geral, quando dela se afastar.

A Lei nº 8.870/1994 ainda revogou o instituto do abono de permanência em serviço, disposto no artigo 87 e parágrafo único, da Lei nº 8.213/1991. Tal benefício fundamentava-se no pagamento da importância de 25% calculada sobre o valor da aposentadoria por tempo de serviço, sobre a qual o segurado teria direito, se homem, com 35 anos ou mais de serviço, e se mulher, com 30 anos ou mais de serviço, caso fizesse opção por prosseguir em atividade e não se aposentar.

¹¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Reversibilidade da prestação previdenciária**. Repertório de Jurisprudência, IOB. São Paulo: IOB, 1988.

¹² MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Renúncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários**. Suplemento Trabalhista — LTr: São Paulo, n. 4, 1987.

¹³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Op. cit., p. 109.

Entretanto, ao extinguir o pecúlio e o abono de permanência, restou ao aposentado que continuasse trabalhando somente a possibilidade de receber de forma cumulativa com a aposentadoria o salário-maternidade, nos termos do artigo 103, do Decreto 3.048/1999, bem como o salário-família e a reabilitação profissional, após a Lei nº 9.528 de 1997 excluir a possibilidade de o aposentado auferir o auxílio-acidente, conferindo a seguinte redação ao §2º, do artigo 18, da Lei nº 8.213/1991:

§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.

A apreciação da origem do instituto da desaposentação deve percorrer também a disposição do §2º, do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho e as implicações no âmbito do Direito Previdenciário. Introduziu-se na CLT, no ano de 1997, por meio da mencionada Lei nº 9.528, dispositivo prevendo que, ao se aposentarem, os trabalhadores tinham seus contratos de trabalhos automaticamente extintos. Eis o que versava o referido artigo:

Art. 453 - No tempo de serviço do empregado, quando readmitido, serão computados os períodos, ainda que não contínuos, em que tiver trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houver sido despedido por falta grave, recebido indenização legal ou se aposentado espontaneamente.

(...)

§ 2º O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício.

Criava-se, então, nova modalidade de extinção do contrato de trabalho a partir do momento da concessão da aposentadoria espontânea¹⁴. Em outras palavras, o trabalhador que fosse jubilado teria seu vínculo laboral encerrado.

Nesta esteira de pensamento, posicionava-se também o Tribunal Superior do Trabalho na OJ nº 177, SDI-1:

OJ N.º 177. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS - DJ 30.10.2006. A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria. Histórico: Redação original - Inserida em 08.11.2000

Todavia, o §2º do art. 453, da CLT foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN nº 1.721-3, que reconheceu não subsistir hipótese de

¹⁴ TERAN, Teddy Arthur Monteiro. Uma análise da desaposentação frente aos princípios constitucionais previdenciários. Revista Jus Navegandi, março/2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37196/uma-analise-da-desaposentacao-frente-aos-principios-constitucionais-previdenciarios>>. Acesso em: 30 setembro 2016.

a aposentadoria espontânea ser causa de extinção do contrato individual de trabalho, pois criaria situação prejudicial ao trabalhador por simplesmente exercer seu direito de aposentadoria espontânea. Vejamos o julgado:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da “relevância e urgência” dessa espécie de ato normativo.
2. Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, caput e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade.
3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente).
4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmbito de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador.
5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum.
6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego.
7. Inconstitucionalidade do §2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97.

Portanto, depreende-se que a relação jurídica é firmada entre o trabalhador e o INSS, de forma que não seria coerente resolver o contrato de trabalho assim que o empregado fosse aposentado. Em consonância com tal entendimento, o TST cancelou a OJ nº 177, e editou a OJ nº 361, que disciplina que “a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho se o empregado permanece prestando serviços ao empregador após a jubilação. Assim, por ocasião da sua dispensa imotivada, o empregado tem direito à multa de 40% do FGTS sobre a totalidade dos depósitos efetuados no curso do pacto laboral”.

Por fim, a Lei nº 9.876/1999 criou o denominado fator previdenciário, forma de cálculo que tem o objetivo de evitar aposentadorias precoces, de maneira a incentivar que o contribuinte labore por um período maior para que o seu benefício tenha um valor mais alto.

De acordo com a fórmula, o valor da renda mensal do benefício será menor se o aposentado for mais novo e possuir uma maior expectativa de vida.

Assim, tais mudanças legislativas no decorrer de todos esses anos criaram um cenário propenso à popularização da tese da desaposentação, entendida como a única forma do jubilado ter contrapartida das contribuições vertidas após a concessão da sua aposentadoria.

3.2. Definição

A ausência de base legal para a desaposentação amplia o debate jurídico e concebe o tema como um dos mais polêmicos no Direito Previdenciário. A criação doutrinária sobreveio da necessidade de entender como fica a situação daqueles que permanecem contribuindo para a previdência mesmo depois de se aposentarem, sem por isso usufruir de alguma contraprestação. O objetivo do pleito da desaposentadoria é compensar o sujeito que se aposentou, mas que continua em atividade laboral vertendo contribuições para a previdência.

Com efeito, muitos aposentados que se encontram insatisfeitos com o valor dos seus benefícios, buscam complementar a renda mensal retornando às atividades laborativas e, dessa forma, tornam-se novamente segurados obrigatórios do Regime Geral e contribuintes previdenciários, conforme preconiza o artigo 11, §3º, da Lei nº 8.213/1991:

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

Não obstante, para o senso comum, teria o sujeito que receber uma contrapartida em decorrência das contribuições previdenciárias vertidas, sendo este o fundamento para a postulação da desaposentação. Isto é, o objetivo consiste na obtenção de benefício que seja mais vantajoso em virtude do novo tempo contributivo.

A definição do instituto da desaposentação deriva da análise de um conjunto de lições doutrinárias e de decisões jurisprudenciais face à inexistência de embasamento legal. Faz-se necessário compreender também os traços já delineados sobre o tema no direito pátrio para que se possa averiguar as consequências decorrentes da constatação de sua ilegitimidade.

Fábio Zambitte Ibrahim assim leciona sobre a matéria:

A desaposentação é definida como a reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos, com o objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário. Tal vontade surge, frequentemente, com a continuidade laborativa da pessoa jubilada, a qual pretende, em razão das contribuições vertidas após a aposentação,

obter novo benefício, em melhores condições, em razão do novo tempo contributivo¹⁵.

Para melhor compreensão do instituto também é válido o ensinamento dos doutrinadores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, que prelecionam:

(...) a desaposentação é o ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, em regra por ter permanecido em atividade laborativa (e contribuindo obrigatoriamente, portanto) após a concessão daquela primeira aposentadoria¹⁶.

A partir do exposto, conclui-se que a desaposentação configura ato de renúncia do direito à aposentadoria ora concedido ao segurado que continua em atividade remunerada e queira aproveitar do tempo de contribuição posterior à concessão do primeiro benefício em contagem para uma nova aposentadoria, sendo mais vantajosa financeiramente devido à inclusão de tais contribuições previdenciárias. Portanto, resta nítido que a desaposentação possui duas implicações: a desconstituição ou renúncia da aposentadoria que se está em gozo e a constituição de uma nova.

Essa renúncia com o intuito de constituir situação jurídica e econômica mais favorável decorreria por meio da concessão de benefício mais vantajoso seja no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) seja no Regime Próprio (RPPS). Desse modo, a desaposentação pode configurar-se de duas maneiras: averbando-se o tempo de contribuição em um mesmo regime ou através da transmudação entre regimes previdenciários diversos¹⁷. Posto isto, a renúncia pode ter o fito de complementar a contagem do tempo de contribuição no mesmo regime, ou para que se insira o período contributivo em outro regime, caso obtenha maiores vantagens de se aposentar sob regime diverso.

A migração entre os regimes previdenciários se torna factível pela possibilidade de contagem recíproca entre os mesmos. Nesta modalidade de desaposentação, para que o segurado tenha majorado seu benefício em razão das novas contribuições vertidas em favor de outro regime, diverso do qual fora jubilado, é necessário requerer a expedição de certidão de tempo de contribuição (CTC) perante o regime de origem, para utilizá-la no regime o qual o segurado queira aderir.

Imperioso destacar que a Lei n° 8.213/1991 estatui como modalidades: a aposentadoria por invalidez, por idade, por tempo de contribuição e a especial. No entanto, algumas considerações devem ser feitas com relação ao ensejo da desaposentação.

¹⁵ IBRAHIM, Fabio Zambitte. Op. cit., p. 724.

¹⁶ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Op. cit., p. 878.

¹⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p.36.

Posições doutrinárias e jurisprudenciais asseveram que não seria possível em se tratando de aposentadoria por invalidez, uma vez que o segurado ao recuperar a capacidade para o trabalho terá seu benefício cessado¹⁸, independentemente de manifestação de vontade do aposentado. Diante disso, não haveria que se cogitar a desaposentação, porque a incapacidade total e permanente são os fatos geradores da proibição do segurado de retornar ao trabalho, e quando recuperada a aptidão, configura a única possibilidade do aposentado por invalidez regressar ao labor após a concessão do benefício.

No tocante à aposentadoria especial, o segurado não poderá retornar à atividade laborativa que o exponha aos agentes nocivos, sob pena de cancelamento do benefício, consoante impõe o art. 57, §8º, da Lei nº 8.213/1991. Portanto, o segurado poderá retornar ao trabalho, desde que as atividades não o sujeitem a agentes perigosos ou insalubres. No mais, as outras modalidades de aposentadoria mostram-se compatíveis com o instituto da desaposentação.

3.3. Natureza jurídica da desaposentação e seus efeitos

Para compreender os reflexos da desaposentação no cenário jurídico, importa aprofundar o estudo do tema, substancialmente, no que concerne ao ato de renúncia e nas questões técnicas que envolvem o alcance do desfazimento da aposentadoria. Segundo preconiza Wladimir Novaes Martinez, a desaposentação “é ato administrativo vinculado complexo (...). O passo inicial é a desistência de direito próprio, o de receber as mensalidades de uma prestação anteriormente constituída que esteja mantida”¹⁹.

A materialização do ato concessivo da aposentação consiste em ato jurídico administrativo, isto é, consubstancia-se em ato administrativo do Estado, o qual exercendo tipicamente suas funções irá reconhecer ao beneficiário o direito à prestação. Nesse ínterim, verifica-se que a concessão do benefício previdenciário emana de ato jurídico estatal a fim de se reconhecer situação prevista em lei ao segurado²⁰.

Ocorre que, sendo o ato concessivo da aposentaria ato jurídico administrativo, como já alinhavado, poderá ser cessado através da renúncia, instituto que interessa no presente estudo.

¹⁸ BAZZO, Marlon. O caráter contributivo da previdência social e o fenômeno da desaposentação. Curitiba: UFPR, 2013, p. 61. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35630/51.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 1 outubro 2016.

¹⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Op. cit., p. 51.

²⁰ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Desaposentação**. Revista de Previdência Social, ano XXIX, nº 301, dezembro de 2005.

A seu turno, a renúncia pode ser conceituada como o despojamento pelo titular de direito que possui, revelando-se como modalidade de extinção de direitos. Roseval Rodrigues da Cunha Filho leciona que a renúncia é “o abandono ou a desistência do direito que se tem sobre alguma coisa. (...) importa sempre num abandono ou numa desistência voluntária pela qual o titular de um direito deixa de usá-lo ou anuncia que não o quer utilizar”²¹.

Em verdade, na desaposentação o que se pretende não é propriamente renúncia, como o termo leva a crer, isto porque o segurado pretende aproveitar de todos os preceitos da aposentadoria concedida anteriormente para se obter uma nova. Então, se os pressupostos do benefício permanecem, não há de se falar em abdicação do direito. Configura-se, na realidade, uma transformação da aposentadoria, com acréscimo de direitos, vez que o segurado teria desconstituído seu benefício, e ato contínuo, constituído novo, ou seja, não deixaria de recebê-lo em nenhum instante.

Sabe-se que o benefício previdenciário possui natureza disponível, em razão do seu caráter de direito patrimonial. É justamente em decorrência desse conteúdo econômico que se confere legitimidade ao ato de renúncia à aposentadoria, no qual pode o segurado renunciar ao recebimento das prestações mensais relativas à sua aposentadoria. Neste sentido, prelecionam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Entendemos que a renúncia é perfeitamente cabível, pois ninguém é obrigado a permanecer aposentado contra seu interesse. E, neste caso, a renúncia tem por objetivo a obtenção futura de benefício mais vantajoso, pois o beneficiário abre mão dos proventos que vinha recebendo, mas não do tempo de contribuição que teve averbado²².

Desta feita, a renúncia ao benefício em si configura um direito, de modo que a renúncia aos proventos não resulta na perda do direito à aposentadoria, o qual fora adquirido e passou a compor a esfera patrimonial do segurado. Para o fenômeno jurídico da desaposentação, utiliza-se tão somente da renúncia daquelas parcelas que seriam recebidas na hipótese de o segurado continuar aposentado. Contudo, salienta-se que a renúncia à aposentadoria é plenamente possível, mas não resulta na legitimidade de se requerer a desaposentação, como será explanado ao decorrer deste ensaio.

Em contraposição, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS assevera que o direito à aposentadoria não é passível de renúncia, em razão do seu caráter alimentar, podendo ser extinto unicamente com a morte do beneficiário. Entende a Autarquia que a aposentadoria reveste jaez de irreversibilidade - exceto aquela por invalidez que “tende à irreversibilidade”-,

²¹ CUNHA FILHO, Roseval Rodrigues da. **Desaposentação e Nova Aposentadoria**. Revista de Previdência Social, Ano XXVII, Nº 274, Setembro de 2003.

²² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Op. cit., p. 732.

de forma a constituir-se em ato jurídico perfeito, apenas tendo o condão de ser desfeita por ocasião de erro ou irregularidade na sua concessão²³. O indeferimento pelo INSS da desaposentadoria fundamenta-se no dispositivo 181-B, do Decreto n° 3.048/1999 que regulamenta a Previdência Social, o qual estabelece que “as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis”.

O artigo supracitado esbarra em algumas inadequações, sobretudo ao impor restrições ao direito de renúncia e reversão da aposentadoria em esfera de direitos disponíveis do segurado. Ademais, tal artigo ultrapassa os limites de regulamentação, vez que institui norma em órbita sem previsão legal, isto é, inova no ordenamento jurídico em relação a conteúdo reservado à função legislativa. Doutrinando a respeito do postulado da legalidade, Maria Sylvia Zanella di Pietro salienta que a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, neste caso um regulamento, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei²⁴.

Por ser instituto criado diante da omissão legislativa, surgiram diversos posicionamentos doutrinários, não obstante também diferentes decisões judiciais sobre o tema. Diante disso, busca-se a seguir investigar quais as principais objeções à desaposentação, as quais levaram os ministros da Suprema Corte a pautarem pela sua inviabilidade, a saber, a falta de previsão legal, ofensa à solidariedade e ao equilíbrio atuarial do sistema previdenciário, bem como a incompatibilidade com o regime de repartição.

4. OS PRINCIPAIS IMPEDIMENTOS À DESAPOSENTAÇÃO

4.1 A ausência de previsão legal

Fruto de criação doutrinária, a desaposentação ainda não possui norma positivada, e por isso, muito se discute a falta de vedação legal referente ao fenômeno jurídico. Apesar do tema já ter sido tratado em alguns projetos de lei, não há nenhuma norma jurídica que de forma expressa regulamente a matéria.

Aqueles que defendem a possibilidade de ocorrência da desaposentação salientam que a simples ausência de vedação legal não enseja o seu impedimento, argumentando que “se não

²³CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Op. cit., p. 731.

²⁴DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, pág. 65.

há proibição *ipso facto* subsistirá a permissão”²⁵. Contudo, a Autarquia previdenciária federal ao indeferir os pleitos de desaposentadoria aduz que o art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/1991, veda o emprego das contribuições que foram vertidas posteriormente à concessão da aposentadoria, e em decorrência do estabelecido no dispositivo, o ordenamento jurídico impediria o aproveitamento do período contributivo após o trabalhador renunciar à sua aposentadoria.

Ocorre que a visão mais acertada sobre o mencionado art. 18, §2º, da Lei de Benefícios, é a de que a intenção do legislador não foi a de vedar a contagem das contribuições recolhidas após a aposentadoria com o fim de majorar seu valor. O que a *ratio legis* da norma pretende é proibir a acumulação de aposentadorias.

É cediço que em decorrência do princípio da legalidade, conforme lição de Hely Lopes Meirelles, a Administração Pública apenas pode realizar aquilo que a lei autoriza e, por sua vez, o administrado está autorizado a fazer tudo o que não seja vedado pela lei²⁶. Em razão disso, a falta de previsão legal sobre o direito à desaposentação acarreta como consequência o indeferimento do pleito pelo INSS, pois a autarquia está vinculada à aplicação do que está expresso na legislação, não subsistindo ilicitude nesta sua conduta.

Portanto, conclui-se pela inconstitucionalidade da desaposentação pelo fato de não estar prevista na legislação. Outrossim, se não existe hipótese legal do direito à desaposentação, não há como conceber sua viabilidade, pois se faz necessário que o legislador ordinário, competente para instituir os benefícios previdenciários, estabeleça as circunstâncias nas quais as cotizações irão repercutir.

4.2. A solidariedade da previdência e o sistema de repartição

A Constituição Federal estabelece no art. 195 que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, por meio de recursos decorrentes dos orçamentos da União, dos Estados, Distrito Federal, e dos Municípios, bem como das contribuições sociais. Esse financiamento se dá de forma direta, pelo recolhimento das contribuições sociais, e indireta, através das dotações orçamentárias previstas no orçamento fiscal²⁷.

Desse dispositivo constitucional decorre implicitamente a ideia de solidariedade, na qual se fundamenta a imposição de participação por toda a coletividade no custeio do sistema de seguridade social. Para o ilustre Fábio Zambitte Ibrahim, o princípio da solidariedade

²⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Op. cit., p. 173.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 39ª.ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2013, p. 91.

²⁷ IBRAHIM, Fabio Zambitte. Op. cit., p. 84.

configura o “verdadeiro espírito da previdência social: a proteção coletiva, na qual as pequenas contribuições individuais geram recursos suficientes para a criação de um manto protetor sobre todos, viabilizando a concessão de prestações previdenciárias”²⁸.

É com base em tal princípio que se justifica a obrigatoriedade do aposentado que retorna ao mercado de trabalho verter contribuições. A solidariedade se traduz, portanto, em postulado que determina que o indivíduo em atividade laboral é obrigado a contribuir, não para uso exclusivo seu, mas para manutenção da rede protetiva.

Resta evidenciado, então, que o financiamento do sistema decorre da compulsoriedade sob a qual se sujeita a população economicamente ativa para benefício daqueles inativos. A dinâmica consiste nas contribuições vertidas por geração em favor de outra, sem que exista alguma contrapartida para isso. Como se pode observar, a solidariedade atinente ao sistema previdenciário pátrio não permite a correspondência entre o valor vertido pelo segurado e o possível benefício ao qual terá direito, haja vista que as cotizações passam a compor um fundo sem qualquer individualização. Desse modo, não há como sustentar a possibilidade da desaposentação.

Ademais, também há incompatibilidade com o regime de financiamento da Previdência Social brasileiro, qual seja, o de repartição simples, no qual os segurados realizam suas contribuições que são direcionadas para fundo único, encarregado de sustentar todos os beneficiários do sistema, pautado na solidariedade antes mencionada. Neste regime, encontra-se o referido pacto intergeracional, explicado por Fábio Zambitte Ibrahim como sendo o modo pelo qual “os trabalhadores de hoje custeiam os benefícios dos aposentados atuais, dentro do mesmo exercício”²⁹. Assim, no regime de repartição simples, expressão da solidariedade, mesmo que o jubilado retorne ao labor, as contribuições vertidas por ele não serão utilizadas a seu favor, mas sim para o custeio do sistema considerando toda a sociedade.

4.3. Equilíbrio atuarial do sistema

A análise do equilíbrio atuarial no sistema previdenciário é de suma importância ao considerar os impactos financeiros aos cofres públicos caso a desaposentação fosse legalizada no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, Wladimir Novaes Martinez³⁰ assevera:

²⁸ IBRAHIM, Fabio Zambitte. Op. cit., p. 65.

²⁹ Idem, p. 40.

³⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Op. cit., p. 86.

O desfazimento do ato administrativo da aposentação não pode causar prejuízos para o plano de benefícios do RGPS ou do RPPS, na regulamentação do assunto convido ouvir as ponderações de um atuário. Ele implica em custos internos que, de *lege ferenda*, poderiam ser cobrados.

Para melhor elucidação, a atuária configura ciência do seguro e opera nos cálculos analisando a probabilidade de eventos, avaliando os riscos e os recursos disponíveis para cobri-los, conjecturando a viabilidade do risco a ser protegido³¹. Neste contexto, como o fundo é destinado a formar reserva para atender a todos sobre os quais o risco se concretiza, a observância de seu equilíbrio atuarial é de extrema relevância para que os recursos previdenciários sempre possam acobertar os benefícios que serão concedidos no futuro, como prevê o *caput* do art. 201, da Constituição Federal.

A corrente que se filia à viabilidade da desaposentação argumenta que sua admissão no ordenamento jurídico não geraria desequilíbrio atuarial no sistema, pois embora a renda mensal da nova aposentadoria tenha valor maior que o benefício anterior, a expectativa de vida do segurado será menor. Ademais, as novas cotizações realizadas pelo segurado após ter se aposentado gerou excedente que atuarialmente não estava previsto, o qual poderia ser utilizado na concessão de benefício mais vantajoso.

Todavia, não assiste razão tal corrente, uma vez que a contribuição vertida se destina a todos, e não somente para o próprio contribuinte, evidência da solidariedade do sistema, como já delineado neste trabalho. Além disso, as cotizações realizadas pelos jubilados que retornam ao mercado de trabalho não são suficientes, pois o valor gasto com o aumento no valor dos benefícios seria significativamente maior que o *quantum* vertido pelo aposentado.

Há de se perceber também que o fundo de previdência geral é onerado ainda mais caso a desaposentadoria fosse admitida, pois o segurado, já em gozo de benefício, receberá renda mensal em valor máximo possível, enquanto comparado com o indivíduo que aguarda o momento adequado para se aposentar, em atividade. Esse descompasso atuarial é evitado a todo custo pelo sistema, como pode ser evidenciado pela instituição do fator previdenciário, bem como na possibilidade do segurado optar por aposentar-se de forma integral ou proporcional, onde poderá receber benefício com valor menor.

5. DECISÃO DO STF CONSIDERA INVIÁVEL A DESAPOSENTAÇÃO

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 26/10/2016, decidiu por maioria de votos pela inviabilidade do aposentado que permanece em atividade ter

³¹ IBRAHIM, Fabio Zambitte. Op. cit., p. 43.

seu benefício majorado considerando as novas contribuições à previdência. O Pretório Excelso analisou três ações que versavam sobre a desaposentação, quais sejam, os Recursos Extraordinários 381.367, 661.256 e 827.833. Os mencionados processos tiveram julgamento iniciado nos anos de 2010 e 2014, e encontravam-se suspensos, com placar de votos em 2x2, aguardando-se desde então a conclusão pela Suprema Corte³².

De efeito, o STF reconheceu a repercussão geral em tais ações, de modo que em decorrência da relevância jurídica, política, social e econômica acerca da matéria analisada, a decisão proferida deverá ser aplicada nos demais casos que tratam do mesmo assunto. O entendimento prevalecente dos ministros foi o de que compete ao legislador instituir a possibilidade dos benefícios serem recalculados em virtude das contribuições posteriores, terminando o julgamento em 7 votos a 4 pela inviabilidade da desaposentação. Vejamos a tese fixada pelo Tribunal:

“No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”³³.

O Ministro Marco Aurélio, relator do Recurso Extraordinário 381.367, já havia proferido voto a favor da desaposentação, no ano de 2010, quando aduziu que o contribuinte teria direito ao recálculo dos valores do benefício levando-se em consideração a atual conjuntura do aposentado que continuou a trabalhar, sendo desnecessário desfazer do benefício já percebido. Na obra de Frederico Amado em passagem do Informativo 600 do STF, dispõe que no voto o referido relator:

(...) enfatizou que o segurado teria em patrimônio o direito à satisfação da aposentadoria tal como calculada no ato da jubilação e, ao retornar ao trabalho, voltaria a estar filiado e a contribuir sem que pudesse cogitar de restrição sob o ângulo de benefícios. (...) Ao trabalhador que, aposentado, retorna à atividade caberia o ônus alusivo à contribuição, devendo-se a ele a contrapartida 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 aposentadoria³⁴.

Desse modo, o relator entendeu que não haveria inconstitucionalidade do art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/1991, devendo-se interpretar tal dispositivo de acordo com a Constituição Federal na acepção da impossibilidade de duplicar benefícios, mas não pelo ângulo de se recalcularem os proventos da aposentadoria. Portanto, como já mencionado neste estudo, a literalidade da norma busca a não cumulação de aposentadorias, nada aludindo acerca de

³² AMADO, Frederico. Op. cit., p. 871.

³³ Disponível em:

<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4157562&numeroProcesso=661256&classeProcesso=RE&numeroTema=503>>. Acesso em: 03 novembro 2016.

³⁴ AMADO, Frederico. Op. cit., p. 870.

proibição do aproveitamento das contribuições recolhidas após a aposentadoria. Tanto é assim que o instituto da desaposentação não possui previsão legislativa específica.

Já o Min. Luis Roberto Barroso, relator dos outros dois processos, votou pelo direito do segurado à desaposentação. Entretanto, observou que não haveria necessidade de devolução dos valores já rebebidos. Propôs para a concessão de novo benefício que o cálculo deveria considerar a idade e expectativa de vida do contribuinte à época da aferição da primeira aposentadoria. Nesta toada, o novo benefício se basearia somente na alíquota e no tempo de contribuição quando da sua concessão, implicando redução do valor que seria majorado ao final.

A mudança na forma de contagem das variáveis do fator previdenciário proposta pelo Min. Barroso faria com que o segundo benefício, decorrido da desaposentadoria, fosse espécie de “intermediário em relação a duas situações extremas também aventadas: proibir a desaposentação ou permiti-la sem a restituição de qualquer parcela dos proventos anteriormente recebidos”. Portanto, para Barroso, “a solução proposta se afiguraria justa, porquanto o segurado não contribuiria para o sistema previdenciário em vão, mas também não se locupletaria deste último, além de preservar seu equilíbrio atuarial”³⁵, consoante se infere dos trechos dos Informativos 762 e 765 do STF na doutrina de Frederico Amado.

Contudo, essa nova fórmula de cálculo desvirtuaria, em tese, o instituto do fator previdenciário, o qual leva em conta a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição previdenciária do segurado ao se aposentar³⁶.

Os outros dois votos vencidos foram o da Ministra Rosa Weber e do Ministro Ricardo Lewandowski³⁷, que seguiram o posicionamento de que o segurado possui direito à desaposentação. O Min. Lewandowski asseverou que, em razão da crise econômica que o Brasil enfrenta, o segurado se vê obrigado a voltar ao mercado de trabalho com o fim de aumentar sua renda. E, assim, a renúncia ao benefício para obtenção de um novo mais vantajoso é plenamente legítima, pois a aposentadoria é direito patrimonial, revestida de caráter disponível. E na visão da Min. Weber haveria correlação entre o vínculo formado pelo segurado com a previdência que geraria direitos e obrigações recíprocas, sendo razoável que o aposentado aproveite do novo período contributivo no cálculo do novo benefício.

Por outro lado, a corrente vencedora seguiu o entendimento do Min. Dias Toffoli, que apresentou seu voto ainda em sessão realizada no ano de 2014. Para o ministro, apesar de a

³⁵ AMADO, Frederico. Op. cit., p. 872.

³⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., p. 561.

³⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328199>>. Acesso em: 29 outubro 2016.

Carta Maior não conter vedação à desaposentação, não existe também previsão para tal direito, aduzindo neste sentido:

A Constituição disporia, de forma clara e específica, que ficariam remetidas à legislação ordinária as hipóteses em que as contribuições vertidas ao sistema previdenciário repercutissem, de forma direta, na concessão dos benefícios, nos termos dos artigos 194 e 195³⁸.

Toffoli ainda argumenta que a aposentadoria é “irrenunciável” e o fator previdenciário, ao beneficiar aquele que adia maior tempo para gozar da sua aposentadoria, deveria ser levado em consideração. Ao se admitir a desaposentação, permitindo o aproveitamento das contribuições posteriores, estar-se-ia subvertendo o objetivo para o qual o referido instituto foi criado, acarretando ônus ao sistema, uma vez que o fator passaria “a ser manipulado pelo beneficiário da maneira que melhor o atendesse”³⁹, estimulando as aposentadorias precoces.

Naquela ocasião, o Ministro Teori Zavascki acompanhou o voto de Dias Toffoli no sentido de não subsistir direito subjetivo à desaposentação, tendo em vista o caráter solidário do sistema previdenciário, em que as contribuições possuem o intuito de não serem de uso exclusivo do segurado, mas para a manutenção de toda a coletividade. De acordo com Zavascki, na época em que vigia o pecúlio, o regime geral da previdência possuía caráter de capitalização. Contudo, com a extinção de tal disciplina legal “as contribuições pagas destinaram-se ao custeio atual do sistema geral de seguridade, e não ao pagamento, ou eventual incremento ou melhoria de futuro benefício para o próprio segurado ou para seus dependentes”⁴⁰, atribuindo característica de regime de repartição.

Em igual esteira de posicionamento, votaram pela ilegalidade da desaposentação os Ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia. Na concepção de Fachin, cabe ao legislador estabelecer a possibilidade de recálculo dos benefícios considerando as contribuições recolhidas após a aposentadoria, e tendo em conta que a seguridade social é mantida por toda a sociedade, conforme previsão constitucional, recai sobre o Congresso a função de ponderar a respeito do equilíbrio atuarial do sistema. Por sua vez, o Min. Luiz Fux ressaltou que a obrigatoriedade de contribuição tem o fito de preservar o sistema de custeio, baseando-se no princípio da solidariedade.

A seu turno, o Min. Gilmar Mendes asseverou que o art. 18, §2º, da Lei de Benefícios Previdenciários contém vedação à desaposentação, bem como o Decreto nº 3.048, o qual instituiu a irreversibilidade e irrenunciabilidade da aposentadoria. O ministro destacou que não

³⁸ AMADO, Frederico. Op. cit., p. 873.

³⁹ Idem, p. 874.

⁴⁰ Idem, p. 875.

existiria uma omissão legal relativa à matéria, mas que as normas existentes condizem com os princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. Segundo ele, o tema deve ser submetido ao Congresso para sua revisão, não competindo ao Judiciário delinear critérios. Já o Min. Celso de Mello observou que a lei, ao instituir o disposto no art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/1991, concebeu a intenção do legislador de justamente não autorizar direito ali não previsto, melhor dizendo, a ausência de previsão legal não importaria na existência do direito. Por fim, a Min. Cármen Lúcia, atual presidente do Supremo, também reconheceu que o tema deveria ser tratado pelo legislador, mas não haveria ausência de previsão normativa, pois a Lei nº 8.213/1991 trata do assunto, além da matéria ter sido alvo de projeto de lei. Assim, para a ministra não existe falta de tratamento legal, apenas o tratamento dado foi diverso do esperado pelos beneficiários. E os pressupostos legais adotados se coadunam com a solidariedade e equilíbrio atuarial da seguridade social, fatores pelos quais inviabilizaria a desaposentação.

Com efeito, observa-se que a maioria dos ministros da Suprema Corte pautou-se no argumento da ausência de previsão legal em relação à renúncia da aposentadoria e a possibilidade de concessão de uma nova, recalculada com base nas contribuições posteriores e idade atualizada. Não obstante essa falta de regulamentação, a conclusão pela inviabilidade da desaposentação assentou-se na análise como um todo do disposto nas normas que versam sobre os benefícios previdenciários, fundamentando-se ainda nos comandos da Constituição Federal e na decorrente base principiológica que rege o sistema previdenciário brasileiro.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das divergências criadas sobre o tema, a decisão pelo Pleno foi uma das mais esperadas ao longo dos últimos anos, não apenas em relação aos já demandantes e aos futuros beneficiários, mas também ao governo, em decorrência do impacto para o fundo da Previdência, levando-se em consideração o hodierno cenário de instabilidade e crise financeira no país.

De fato, após considerar todos os aspectos levantados no presente ensaio, observa-se que a posição do Supremo Tribunal Federal mostrou-se adequada tendo em vista os princípios da solidariedade e do equilíbrio atuarial que norteiam o sistema da seguridade social, bem como a configuração de um regime de repartição simples. Assim sendo, não há como

conceber a viabilidade da desaposentação sem se afastar dos princípios que regem o Direito Previdenciário, e sem desprezar as consequências que ela acarretaria para o sistema.

Em que pese não existir vedação legal à desaposentação, a constatação de sua impossibilidade está em conformidade com a organização do sistema previdenciário brasileiro e com os princípios constitucionais que o conduzem. Ao decidir que compete ao Congresso Nacional instituir e regulamentar a matéria, o Supremo pautou-se essencialmente no princípio da legalidade, configurando a falta de previsão legal o ponto crucial para decidir que somente por meio de lei se poderia criar direitos.

Considerando o atual momento de crise financeira do país e o amplo debate por uma reforma previdenciária para socorrer a situação dos cofres públicos, dificilmente o legislador ordinário regulamentará o instituto da desaposentação. Há que se considerar não apenas as razões fáticas do cenário econômico brasileiro, mas, sobretudo, não se poderá fazê-lo ao arrepio dos pilares que regem o sistema da previdência. Caso a matéria, em remota hipótese, venha a ser objeto de regulamentação, deve-se considerar os impactos sociais e econômicos, de modo que o legislador delinear critérios que não coloque em perigo a “saúde financeira” do fundo.

Nesta toada, a solidariedade, que norteia o sistema, tem intrinsecamente característica de coletivização dos riscos sociais. Daí a configuração do regime de repartição simples, em que há formação de um fundo único, no qual são direcionadas todas as cotizações, mas sem que exista nenhuma individualização. Portanto, a contribuição previdenciária presta ao custeio dos benefícios para as futuras gerações, de modo a constituir um fundo mantido por toda a coletividade, e não para que se devolvam os valores ao contribuinte como forma de retorno.

Dessa forma, as cotizações realizadas pelos trabalhadores após serem jubilados, assim como aquelas provenientes de qualquer contribuinte previdenciário, serão dirigidas somente para custear o sistema em geral. Essa atuação solidária faz com que não exista correspondência direta entre o valor contribuído e o benefício a ser recebido.

Decorre logicamente dessa ideia de solidariedade, o princípio do equilíbrio atuarial, compreendido como a necessidade de manutenção financeira do fundo da previdência social para sustentar os riscos sociais do futuro, sem que acarrete sobrecarga. Diante da configuração do pacto intergeracional, em que a geração do presente, economicamente ativa, custeia os beneficiários atuais, ora inativos, há de se observar os recursos da previdência para que sempre possam garantir os benefícios que serão concedidos futuramente.

Analisando do ponto de vista atuarial, a desaposentação ensejaria um desequilíbrio para o fundo previdenciário, já que não é preciso ter conhecimento técnico para verificar que

os gastos decorrentes do aumento no valor das aposentadorias seriam bem maiores que os recolhimentos adicionais. Ademais, a manutenção da viabilidade financeira do sistema já se encontra em alerta tendo em vista o envelhecimento da população e o conseqüente aumento dos custos das políticas sociais, servindo como fundamento da necessidade de uma reforma previdenciária, além de demonstrar maior preocupação com os acontecimentos do futuro.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 7. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

BAZZO, Marlon. **O caráter contributivo da previdência social e o fenômeno da desaposentação**. Curitiba: UFPR, 2013, p. 61. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35630/51.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 1 outubro 2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1721/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 junho de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469598>>. Acesso em: 09 de setembro de 2016.

_____. DECRETO 3.048, de 06 de maio de 1999. “Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências”. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1999.

_____. LEI 8.213, de 24 de julho de 1991. “Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências”. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1991.

_____. LEI 8.742, de 07 de dezembro de 1993. “Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências”. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1993.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Desaposentação**. Revista de Previdência Social, ano XXIX, nº 301, dezembro de 2005.

CUNHA FILHO, Roseval Rodrigues da. **Desaposentação e Nova Aposentadoria**. Revista de Previdência Social, Ano XXVII, Nº 274, Setembro de 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

_____. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

MARQUES, Filipe; BRUNO, Raphael. **AGU demonstra no Supremo a impossibilidade da desaposentação sem previsão legal**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/465791>. Acesso em: 07 novembro 2016.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. **Renúncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários**. Suplemento Trabalhista — LTr: São Paulo, n. 4, 1987.

_____. **Reversibilidade da prestação previdenciária**. Repertório de Jurisprudência. São Paulo: IOB, 1988.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 39ª.ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2013.

NUNES, Raphael Marcelino de Almeida. **Supremo estimula diálogos institucionais no julgamento da desaposentação**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-05/observatorio-constitucional-stf-estimula-dialogos-institucionais-julgamento-desaposentacao#_ftn8>. Acesso em: 06 novembro 2016.