

A VIABILIDADE JURÍDICA DO INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO NO ATUAL REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

Wesley Freitas Alves¹

RESUMO: Pretende-se com este artigo demonstrar a viabilidade jurídica do instituto da desaposentação no atual Regime Geral de Previdência Social (RGPS) brasileira à luz dos ensinamentos jurisprudenciais e doutrinários. O fenômeno jurídico da desaposentação ganhou força no cenário nacional com a extinção do benefício denominado de pecúlio no ano de 1994. Embora a desaposentação tenha como escopo melhorar o bem-estar financeiro dos segurados que continuaram exercendo atividade remunerada mesmo após terem se aposentado, há uma forte corrente oposta ao tema encabeçado pelos órgãos estatais, como o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e as Procuradorias Federais, os quais elegem como os principais argumentos polêmicos acerca da matéria a irreversibilidade e irrenunciabilidade dos benefícios previdenciários; ausência de lei expressa que autorize a desaposentação; imutabilidade do ato jurídico perfeito na concessão da aposentadoria; desequilíbrio financeiro e atuarial da previdência social; e, ainda, a necessidade de restituir o erário dos valores pagos a título de aposentadoria. Por último, deve-se ressaltar que a desaposentação é um tema extremamente complexo, prova disso, é que no ordenamento jurídico pátrio não há um entendimento jurisprudencial uniformizado, ou seja, desde a primeira instância até o Superior Tribunal de Justiça (STJ) foram proferidas várias decisões distintas sobre o referido instituto. No entanto, quem vai dar o veredito final nessa celeuma jurídica é o Supremo Tribunal Federal (STF), onde a ação, com repercussão geral reconhecida, encontra-se com julgamento suspenso.

Palavras-chave: Desaposentação. Aposentadoria. Previdência Social

ABSTRACT: The aim of this article is demonstrate the legal feasibility of retirement institute in the current Brazilian General Social Security System (RGPS) in the light of jurisprudential and doctrinal teachings. The retirement legal phenomenon gained strength on the national scene with the benefit called peculium extinction in 1994. Although the retirement has the scope to improve the financial well-being of insured persons who were employed continued even after they retired, there is a strong opposite current to the theme headed by state agencies such as the National Social Security Institute (INSS) and the Federal Attorney, which elect as the main controversial arguments about the matter the irreversibility and non-waiver of social security benefits; absence of express law authorizing the retirement; the perfect legal immutability in providing retirement; financial and actuarial imbalance of social security; and also the need to restore the treasury of the amounts paid as retirement. Finally, it should be noted that the retirement is an extremely complex issue, proof of this is that the Brazilian legal system there is no uniform legal understanding, that is, from the first instance to the Superior Court of Justice (STJ) were made several separate decisions on such Office. However, who will give the final verdict on this legal stir is the Federal Supreme Court (STF), where the action with recognized general repercussion, is with suspended judgment.

Keywords: Nor retired . Retirement. Social security

¹ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário FACEX - UNIFACEX. Email: <wesley.tst9@gmail.com>.

*Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.5, n.1, 2014. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 15 de dezembro, 2014; Aprovado em 20 de maio, 2015.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como temática principal analisar a viabilidade jurídica do instituto da desaposentação no atual Regime Geral de Previdência Social (RGPS) brasileira, que consiste na possibilidade de um segurado já aposentado que tenha continuado a exercer atividade laboral, possa se desaposentar com o intuito de pleitear nova aposentadoria mais vantajosa.

O fenômeno jurídico da desaposentação é mais uma tese relativamente nova na seara do direito previdenciário que vem proporcionando calorosos debates na esfera administrativa, especialmente, no âmbito do Poder Judiciário pátrio. Atualmente ainda não se tem uma uniformização jurisprudencial acerca da matéria, razão pela qual inexistem qualquer que seja legislação disposta especificamente sobre o tema. Deste modo, o grande embate jurídico gira em torno da necessidade da devolução dos proventos já recebidos a título de aposentadoria para obter um benefício mais vantajoso.

Ora, não há como negar a relevância deste tema, pois até mesmo o órgão superior do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF), entendeu que a matéria é de repercussão geral, atingindo questões de ordem econômica, política, social e jurídica da sociedade.

Convém destacar que para a elaboração deste trabalho foi realizado um estudo teórico interdisciplinar, percorrendo as doutrinas das áreas do direito constitucional, administrativo e, principalmente, previdenciário. Além disso, utilizou-se também na construção desse estudo jurisprudências dos tribunais pátrios, bem como consultas a sítios especializados na matéria.

Ressalta-se, por fim, que a presente pesquisa tem como objetivo geral apresentar de forma detalhada o instituto da desaposentação para a sociedade, como também para comunidade acadêmica. Por sua vez, tem-se como objetivos específicos expor as polêmicas acerca do tema, apresentar a evolução jurisprudencial dos tribunais pátrios e, ainda, sugerir medidas alternativas a fim de evitar o abarrotamento de processos administrativos e judiciais.

2 NOÇÕES GERAIS DO INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO

Antes de tratar especificamente da desaposentação se faz necessário apresentar, ainda que de forma resumida, alguns aspectos inerentes à aposentadoria, uma vez que para se chegar ao ápice do aludido tema deve-se primeiro passar pelo processo de aposentação para só então se desaposentar.

Em linhas gerais, a aposentadoria é um benefício previdenciário destinado, exclusivamente, aos segurados que se encontram em situação de risco social. Convém ressaltar que a aposentadoria é um direito de caráter subjetivo, ou seja, é um direito de cunho personalíssimo (*intuitu personae*) colocado à disposição do segurado quando cumpridas as exigências estabelecidas pela legislação.

Legalmente, a aposentadoria apresenta-se como um direito social, previsto no art. 7º, inciso XXIV e no art. 201, ambos da Constituição Federal de 1988, cuja regulamentação encontra-se na legislação infraconstitucional, mais precisamente na Lei de nº 8.213/1991, que trata dos planos de benefício da Previdência Social e no Regulamento da Previdência Social (RGP) – Decreto de nº 3.048/1999.

O art. 201, da Lei Maior, por sua vez, prevê que a Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, o qual ampara a grande massa dos trabalhadores brasileiros que exerce atividade remunerada, exceto os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios que são vinculados aos seus respectivos regimes próprios. Naquele existem quatro espécies de aposentadorias, quais sejam: aposentadoria por invalidez, idade, especial e por tempo de contribuição. Deve-se ressaltar que a grande problemática da desaposentação gira em torno desta última espécie de aposentadoria, já que muitos segurados se aposentam cada vez mais cedo por meio da aposentadoria por tempo de contribuição e, ainda, permanecem trabalhando.

De acordo com Kertzman, a aposentadoria por tempo de contribuição “é o benefício devido a todos os segurados, exceto o especial que não contribua individualmente, que tiver contribuído durante 35 anos, se homem, ou 30 anos, se mulher.”² Além do mais, exige-se uma carência mínima 180 (cento e oitenta) contribuições mensais, isto é, o equivalente a 15 (quinze) anos. Portanto, hoje é perfeitamente possível que uma mulher se aposente aos 46 (quarenta e seis) anos de idade, sendo necessário apenas que tenha iniciado suas contribuições para Previdência Social a partir dos 16 (dezesesseis) anos sem ter perdido a qualidade de segurada.

Entretanto, nada obsta que um segurado aposentado por idade continue ou retorne ao mercado de trabalho e requeira a desaposentação com o intuito de obter outra aposentadoria em melhores condições financeiras.

² KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 11.ed. Salvador: JusPODIVW, 2014. p. 366.

*Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.5, n.1, 2014. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 15 de dezembro, 2014; Aprovado em 20 de maio, 2015.

Cumpra esclarecer que a aposentadoria por tempo de contribuição sofre severas críticas da doutrina moderna, razão pela qual o tempo de contribuição não é condição *sine qua non* de risco social que impossibilite o segurado de trabalhar.³

De acordo com o professor Ibrahim, a desaposentação trata-se da:

Possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime Geral de Previdência Social ou em Regime Próprio de Previdência Social, mediante a utilização de seu tempo de contribuição⁴.

Em outras palavras, a desaposentação é um ato voluntário do segurado que deseja renunciar a atual aposentadoria, com objetivo de obter outra mais vantajosa, em decorrência da continuidade de atividade remunerada.

Convém destacar que a desaposentação não é sinônimo de reajuste no valor da aposentadoria, nem muito mesmo de revisão do benefício. Como já dito, pretende-se com referido instituto desaposentar para, em seguida, requerer nova aposentadoria incluindo-se nos cálculos as contribuições vertidas ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em virtude da continuidade laborativa após a primeira aposentação. Assim, notas-se que a desaposentação tem o escopo de melhorar saúde financeira do aposentado.

Não é demais lembrar que, no nosso país, milhares de pessoas se aposentam cada vez mais cedo, mesmo assim, continuam no mercado de trabalho com o intuito de obter uma renda extra para sobreviver de forma digna. Essas pessoas, para Previdência Social, são consideradas como segurados obrigatórios, ou seja, aquelas pessoas que exercem atividade remunerada abrangida por qualquer um dos regimes básicos de Previdência Social, mesmo os que já estejam aposentados, estarão automaticamente filiados e deverão contribuir para o respectivo regime. No entanto, não gozam de nenhuma prestação previdenciária, salvo o benefício do salário família e o serviço da reabilitação profissional como estabelece o art. 18, §2º, da Lei de nº 8.213/1991.

Isto é, se o segurado aposentado vier a ficar incapacitado de exercer atividade remunerada em virtude de alguma doença ou acidente de qualquer natureza, não fará jus ao benefício do auxílio doença. Por conseguinte, de acordo com as regras atuais, pode-se falar que as contribuições realizadas pelos segurados obrigatórios já aposentados não lhe servirão

³ IBRAHIM, Fábio Zambite. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**. 5.ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 31.

⁴ IBRAHIM, op. cit., p. 35.

em nada, mas tão somente para custear o sistema de previdenciário em favor de terceiros. Logo, constata-se o desequilíbrio entre as contribuições vertidas ao INSS e as prestações fornecidas por este órgão autárquico.

É importante dizer que, até o ano de 1994, os segurados aposentados pelo RGPS que voltassem a exercer atividade abrangida pelo mesmo regime, quando dela se afastavam faziam jus ao benefício denominado de “pecúlio”. Em linhas gerais, esta prestação pecuniária consistia na devolução das contribuições vertidas à previdência social do segurado aposentado que continuava trabalhando⁵. Isso, portanto, nada mais era que uma forma de recompensar os trabalhadores que continuavam exercendo atividade profissional mesmo após a aposentação.

A partir disso, a tese da desaposentação ganhou força no cenário doutrinário e jurisprudencial. Deste modo, convém passar à análise, nos tópicos abaixo, acerca das principais polêmicas arguidas pelos opositores no que tange o instituto da desaposentação.

3 AS POLÊMICAS ACERCA DO FENÔMENO JURÍDICO DA DESAPOSENTAÇÃO

Pode-se afirmar que um dos maiores opositores ao instituto da desaposentação é a autarquia federal responsável por administrar as prestações previdenciárias, que é o INSS. Tem-se também aliado ao órgão autárquico as Procuradorias Federais, que representam os interesses da União no âmbito contencioso. Por óbvio, não poderia ser diferente, pois ambas as instituições representam o Estado.

De todas as polêmicas acerca do referido tema, destacam-se como as principais: irreversibilidade e irrenunciabilidade dos benefícios previdenciários; ausência de lei expressa que autorize a desaposentação; imutabilidade do ato jurídico perfeito na concessão da aposentadoria; desequilíbrio financeiro e atuarial da previdência social; e, por fim, necessidade de restituir o erário dos valores pagos a título de aposentadoria⁶.

3.1 IRREVERSIBILIDADE E IRRENUNCIABILIDADE DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

Eis aqui um dos principais argumentos contrário ao tema da desaposentação adotado pelo INSS, razão pela qual boa parte de suas decisões administrativas no sentido de negar à

⁵ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 6.ed. São Paulo: LTR, 2014. p. 170.

⁶ ZARZANA, Dávio Antonio Prado; ZARZANA JÚNIOR, Dávio Antonio Prado. **Desaposentação: passo a passo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 76-86.

*Revista de Direito UNIFACEX, Natal-RN, v.5, n.1, 2014. ISSN: 2179-216X. Paper avaliado pelo sistema *blind review*, recebido em 15 de dezembro, 2014; Aprovado em 20 de maio, 2015.

renúncia da aposentadoria a fim de obter outra em melhores condições financeiras são fundamentadas com base no art. 181-B, do Decreto 3.048/99, o qual dispõe: “as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.” Assim, uma vez concedido à aposentadoria, para a Previdência Social, não há mais como o segurado de livre iniciativa modificar o ato concessório, sob pena de ferir o princípio constitucional da segurança jurídica.

Entretanto, os precedentes jurisprudenciais vêm adotando uma linha no sentido da possibilidade da renúncia da aposentadoria, haja vista que se trata de um direito patrimonial do segurado, portanto, disponível. Nesse contexto, deve-se expor a posição de Martinez acerca da renúncia de direitos disponíveis que “seriam aqueles que uma vez abdicados não prejudicariam o titular nem a terceiros. Notadamente, os patrimoniais, aqueles incorporados à pessoa humana.”⁷

Ora, o direito de se aposentar é personalíssimo, inerente à pessoa, cabendo somente ao detentor do direito decidir o momento que pretende requere-la. Até mesmo porque a autarquia previdenciária não concede benefício *ex officio*, para tanto, se faz necessário que o segurado passe por um processo administrativo junto ao INSS a fim de gozar dos proventos de sua aposentadoria. Sendo assim, como o segurado não tem a obrigação de se aposentar, também não pode se exigir que ele permaneça *ad aeternum* com uma prestação previdenciária miserável que mal dá para satisfazer as necessidades básicas do cotidiano.

3.2 AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA CONCESSÃO DA DESAPOSENTAÇÃO

Outra polêmica a respeito do instituto da desaposentação é a ausência de legislação regulamentando a matéria, por causa disso o INSS deixa muitos segurados sem receber um benefício mais vantajoso na via administrativa.

Como se sabe, a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, o qual se encontra expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Ou seja, o Estado somente pode agir por meio dos seus agentes públicos quando a lei o autorizar, caso contrário, seus atos não terão validade no mundo jurídico. Enquanto para o administrado, o princípio

⁷ MARTINEZ, op. cit., p. 269.

revela que é possível fazer tudo aquilo que a lei não o proíbe, prevalecendo, assim, a autonomia da vontade.

Nesse contexto, a professora Di Pietro se manifesta da seguinte forma: “a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei.”⁸ Aduz, ainda, Fábio Zambitte Ibrahim que “a vedação no sentido da impossibilidade da desaposentação é que deveria constar de lei. A sua autorização é presumida, desde que não sejam violados outros preceitos legais ou constitucionais.”⁹ Por fim, nesse contexto dispõe o art.5, II, da Lei Maior que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Assim, percebe-se que, como não há lei autorizando a desaposentação, nem muito mesmo proibindo, deve-se prevalecer à vontade dos segurados, haja vista que eles são hipossuficientes frente ao Estado. Ademais, não se pode aceitar que o segurado tenha privado sua liberdade fundamental pela inércia do Poder Legislativo, pois isso estaria ferindo a um só tempo, vários ditames legais e, especialmente, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

3.3 IMUTABILIDADE DO ATO JURÍDICO PERFEITO NA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA

Apresenta-se também como argumento controvertido ao tema da desaposentação a imutabilidade do ato jurídico perfeito na concessão das aposentadorias. Deve-se destacar que o ato jurídico perfeito, assim como o direito adquirido e a coisa julgada encontram-se salvaguardados pela égide da Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XXXVI, o qual dispõe: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” Nota-se, assim, que o referido diploma legal tem como escopo manter a ordem e o equilíbrio do sistema jurídico brasileiro, a fim de não permitir que modificações na legislação interfiram nos direitos já adquiridos pelos indivíduos.

Para entender melhor o ato perfeito, convém expor o pensamento do professor Mello acerca do tema: “o ato administrativo é perfeito quando esgotado as fases necessárias à sua

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 65

⁹ IBRAHIM, op. cit., p. 69.

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.”¹⁰

Aplicando-se este conceito no campo prático do direito previdenciário, têm-se como ato jurídico perfeito o momento em que se concede a aposentadoria ao requerente, depois de averiguado todos os requisitos legais para concessão do benefício.

Cabe salientar, ainda, que uma vez cumpridas às exigências da legislação previdenciária para concessão da prestação, a Administração Pública não poderá se opor a requisição do segurado, razão pela qual está obrigada a conceder o benefício, pois se trata de um ato vinculado, não tendo margem de liberdade para decidir.

No entanto, a regra constitucional do ato jurídico perfeito não se deve interpretada de forma absoluta, principalmente quando limitar condições mais benéficas para os indivíduos e a coletividade. Ora, nem mesmo o direito a vida é absoluto no nosso ordenamento jurídico, quem dirá um ato jurídico perfeito. Nessa esteira, Wladimir Novaes resume o ato jurídico perfeito da seguinte forma:

Compondo o patrimônio jurídico do indivíduo, uma segurança sua, o ato jurídico perfeito não pode ser arguido, contra ele, petrificando condição gessadora de um direito maior, que é o de legitimidade melhorar de vida. Por ser produto dessa proteção constitucional, a Administração Pública não poderá *ex officio* desfazer a aposentação. Porém, o indivíduo que teve e tem o poder de requerer deve ter o direito de desfazer o pedido.¹¹

Ainda, nessa linha, é importante mencionar a posição do professor Ibrahim acerca do tema. Veja-se:

As garantias do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada visam assegurar a própria razão de ser do direito, que é a pacificação social, por meio da permanente intencionalidade do valor Justiça, e, justamente em razão deste componente valorativo, não devem tais prerrogativas transmudar-se em impedimentos insuperáveis à consecução de determinado propósito, em detrimento da coletividade.¹²

Logo, observa-se que, em regra, o ato jurídico perfeito é um instrumento constitucional que visa resguardar os indivíduos da tirania do Estado contra atos abusivos que violem direitos e garantias já asseguradas por meio de normas constitucionais e

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 386.

¹¹ MARTINEZ, op. cit., p. 170.

¹² IBRAHIM, op. cit., p. 51.

infraconstitucionais. Deste modo, não pode a Administração Pública se valer de uma prerrogativa constitucional para engessar um direito fundamental de tamanha importância para os segurados. Além do mais, sabe-se que as necessidades coletivas sofrem mudanças com o passar do tempo e, por isso, o direito tem que ser ajustado periodicamente para atender os anseios sociais.

3.4 DESEQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O desequilíbrio financeiro e atuarial da previdência social é mais um ponto bastante polêmico no sentido da impossibilidade da desaposentação. Destaca-se, neste viés, o art. 195, § 5º, da Lei Maior, ao dispor: “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado, ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.” Nota-se, por conseguinte, que nenhuma prestação da seguridade social, aí incluídas suas espécies, tais como: saúde, previdência e assistência social poderão ser constituídas sem a sua respectiva base de financiamento.

Entretanto, convém dizer que a desaposentação, em momento algum, cria ou majora benefício da seguridade social, nem muito menos no âmbito da previdência social. O que se pretende é um benefício mais vantajoso com base nas novas contribuições vertidas ao INSS. Se assim não for possível, como bem afirma Ibrahim, gerará um excedente aos cofres públicos que poderiam ser utilizados em prol da concessão de um novo benefício.¹³

Outra situação que também não gera desequilíbrio financeiro e atuarial para previdência social ocorre com a mudança de regime previdenciário por parte do segurado. Já que os regimes básicos se compensam financeiramente quando é feita averbação de tempo de contribuição de um regime para o outro.

Com se sabe, a previdência social faz de sua própria imagem uma propaganda negativa no sentido de demonstrar o *défict* financeiro. No entanto, não se deve atribuir aos aposentados tamanha responsabilidade, pois se a previdência encontra-se numa situação caótica financeiramente falando é em decorrência de inúmeras fraudes acompanhada também de péssimas administrações.

Por último, nunca é demais lembrar que os aposentados que continuam trabalhando contribuem para Previdência Social. Além do mais, os seus respectivos empregadores colaboram também para o sistema previdenciário com a parcela patronal que tem como base

¹³ IBRAHIM, Ibid., p. 59.

de cálculo a remuneração dos seus empregados. Desse modo, não há que se falar em desequilíbrio atuarial e financeiro da previdência social.

3.5 NECESSIDADE DE RESTITUIR O ERÁRIO DOS VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE APOSENTADORIA PELO APOSENTADO

Pode-se afirmar com veemência que de todas as polêmicas inerentes a desaposentação a que vem causando maior discussão jurídica refere-se à necessidade de restituir os valores já percebidos a título de aposentadoria a Previdência Social. A razão disso é que os opositores ao tema alegam que o sistema previdenciário poderá entrar em colapso ao ter que conceder novos benefícios mais vantajosos. Portanto, causaria desequilíbrio financeiro e atuarial, podendo inclusive levar a previdência a falência.

Não faz sentido tal argumento, como já demonstrado no tópico acima, existe contribuições tanto por parte do segurado, como também do patrão cuja finalidade pode ser destinada ao custeio dos novos benefícios fornecidos pela previdência social. Ademais, é inconcebível que um segurado que recebe em média 800,00 (oitocentos reais) a título de aposentadoria tenha que ressarcir a União a fim de obter uma prestação previdenciária mais benéfica, haja vista que os proventos de aposentadoria têm natureza alimentar, assim, dedicados essencialmente às necessidades básicas do ser humano como saúde, alimentação, moradia, educação, vestuário entre outras.

Nesse contexto, é importante apresentar o art. 201, §4º, da Constituição que expressa: “é assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.” Nota-se, então, que as aposentadorias visam exclusivamente substituir a renda dos trabalhadores que passaram a inatividade para que possam manter sua própria subsistência e nada mais. Por isso, não se pode aceitar e nem muito menos entender que os proventos de aposentadorias sejam devolvidos ao Estado.

Por derradeiro, somente seria possível ressarcir os cofres públicos quando se tratasse de um ato fraudulento na concessão da aposentadoria. Caso contrário, sendo aposentadoria concedida de boa fé, afastaria toda e qualquer possibilidade de restituir os valores já recebidos a título do referido benefício.

4 EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS ACERCA DA DESAPOSENTAÇÃO

Pretende-se neste tópico apresentar a evolução das principais decisões exaradas pelos tribunais que compõem a conjuntura organizacional do Poder Judiciário brasileiro, a fim de tornar o estudo mais didático e eficiente.

Antes de tudo, faz-se necessário ressaltar a importante decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) de nº 631.240, julgado sob o regime de repercussão geral, o qual estabeleceu que a concessão dos benefícios previdenciários por meio da via judicial dependerá de prévia negativa do INSS. Em outras palavras, somente a partir do indeferido administrativo pela autarquia previdenciária é que o segurado poderá recorrer à justiça, sob pena de ter o processo extinto sem que o juiz avalie a matéria (extinção sem resolução do mérito).¹⁴

Por oportuno, cabe destacar que as decisões dos juízes singulares, melhor dizendo, de primeira instância, foram no sentido de negar provimento ao instituto jurídico da desaposentação.¹⁵ Por sua vez, os Tribunais Regionais Federais (TRF's), órgão de segunda instância, em sua maioria, entenderam como legítima a tese da desaposentação, porém exigiu-se que os segurados restituíssem integralmente os proventos de aposentadorias já recebidos para Previdência Social, sob o argumento de causar prejuízo financeiro e atuarial ao sistema previdenciário. Nesse sentido, veja-se a AC de nº 200984000050355, de relatoria da Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, julgado em 18/01/2011, pelo TRF da 5ª Região.¹⁶

Com efeito, essa posição jurisprudencial não deve prosperar dentro do sistema jurídico, uma vez que os proventos oriundos das aposentadorias têm caráter estritamente de natureza alimentar, sendo estes utilizados para as necessidades vitais do cotidiano do ser humano. Além do mais, tal entendimento anda em descompasso com a ordem constitucional, que proclama pela construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a promoção do bem de todos etc.

¹⁴ Disponível em <<http://www.tvjustica.jus.br/index/detalhar-noticia/noticia/277161>> Acesso em: 15/10/2014.

¹⁵ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277020>> Acesso em: 15/10/2014.

¹⁶ Brasil. TRF-5 - AC: 200984000050355, Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data de Julgamento: 18/01/2011, Quarta Turma, Data de Publicação: 20/01/2011. Disponível em: <<http://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20859169/pedido-de-uniformizacao-de-intepretacao-de-lei-federal-pedilef-200972510004633-sc-tnu>>. Acesso em: 07/10/2014.

Ademais, para se conceder um benefício não é necessário mitigar outros direitos que se encontram resguardados pela ordem jurídica. Além disso, justificar a negativa do aludido instituto por causa do desequilíbrio financeiro e atuarial da previdência social não parece ser um argumento plausível, pois como já mencionado, os segurados aposentados que continuam trabalhando contribuem para o respectivo regime previdenciário, assim como o empregador contribui com a sua respectiva parcela patronal. Isso acontece de tal modo que essas contribuições poderão ser revertidas para o custeio das novas aposentadorias.

O aludido posicionamento prosperou por um bom tempo até a matéria subir para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que julgou contrariando a posição dos Tribunais Federais, no sentido de não ser necessária a devolução dos valores percebidos a título de aposentadoria. Tem-se como exemplo o precedente do STJ, da quinta turma, no julgamento do REsp de nº 1386354/RS 2011/0208913-8, relatora Ministra Marilza Maynard (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), julgado em 06/08/2013.¹⁷ Ressalte-se que, chegou a existir no órgão divergência acerca da devolução ou não dos valores, mas após julgamento em sede de “recursos repetitivos” chegou-se ao entendimento unanime no órgão e, por conseguinte, ocorreu a pacificação no que tange a não devolução das verbas anteriores, de modo a orientar os demais tribunais do país a tomarem a mesma postura.

Com isso, pode-se dizer que o STJ posicionou-se à luz da dignidade do ser humano, bem como em função do princípio da isonomia. Razão pela qual o que se tem hoje é um flagrante desrespeito com os segurados aposentados que continuam exercendo atividade profissional, pois lhe são atribuídos os mesmo deveres dos demais segurados, porém não tem os mesmo direitos. Tais desigualdades, não são dignas de um sistema protetivo que deve prezar pela correlação entre as prestações fornecidas e suas respectivas arrecadações.

Diante desse contexto, percebe-se que perante a corte do STJ não há mais o que se discutir sobre a matéria da desaposentação, pois já está sedimentada. Entretanto, o aludido fenômeno jurídico encontra-se sobrestado no Supremo Tribunal Federal (STF) aguardando o seu julgamento final, o qual terá repercussão geral em toda sociedade.

Deve-se ressaltar que a posição do Superior Tribunal possivelmente poderá influenciar de forma direta ou indireta na tomada de decisão da Suprema Corte. Prova disso, ocorreu no julgamento conjunto dos REs de nº 827833 e 661256, na sessão do dia 09 de outubro de 2014, cujo relator Ministro Luis Roberto Barroso proferiu seu voto a favor da possibilidade da

¹⁷ Brasil. STJ - AgRg no REsp: 1386354 RS 2011/0208913-8, Relator: Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), Data de Julgamento: 06/08/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/08/2013.

renúncia da aposentadoria para incluir o novo tempo de contribuição sem qualquer prejuízo financeiro aos aposentados.¹⁸

No entanto, o Ministro votou pelo condicionamento da desaposentação, levando em conta os proventos já recebidos pelos segurados, bem como, ponderando os fatores da idade, expectativa de vida e do fator previdenciário da nova aposentadoria que devem ser idênticos aos aferidos no momento da aquisição da primeira aposentadoria. Mas, o julgamento foi suspenso por causa da ausência de alguns ministros que estavam em missão institucional.

Portanto, tudo sinaliza que órgão máximo do Poder Judiciário acatará a tese da desaposentação, beneficiando assim, inúmeros aposentados que permanecem no exercício profissional remunerado. Ressalte-se, entretanto, que algumas restrições ao direito podem ser reconhecidas, caso os demais ministros sigam a mesma linha de raciocínio do ministro relator.

5 CONCLUSÃO

Chega-se a conclusão de que o instituto da desaposentação é legítimo, uma vez que não há norma específica em sentido contrário. Ademais, o segurado não pode ser compelido a contribuir sem existir nenhuma contraprestação por parte do INSS, ou seja, deve-se haver uma equivalência entre as contribuições e as prestações fornecidas pela Previdência Social. Por isso, os segurados almejam a renúncia da atual aposentadoria a fim de obter outro benefício mais benéfico em virtude das contribuições que foram vertidas a Autarquia Federal em razão da continuidade do exercício de atividade remunerada.

Contudo, deve-se ter cautela para requerer o benefício mais vantajoso, haja vista que em nada adiantará se o segurado aposentado, por exemplo, recebe (**percebe**) um salário mínimo a título de aposentadoria e continua trabalhando recebendo o mesmo valor como remuneração. Neste caso, o benefício não será majorado. Em razão disso, orienta-se que o segurado busque auxílio de um profissional com capacidade técnica para averiguar se haverá vantagem pecuniária no cálculo do novo benefício.

Além disso, o Poder Público deve estabelecer um prazo mínimo para que o segurado requeira a renúncia de sua aposentadoria atual a fim de obter outra em melhores condições financeiras. O ideal é que seja pleiteado administrativamente depois de três anos de trabalho, pois se entende que seja um período razoável de contribuições para aumentar o valor da

¹⁸ Disponível em <<http://www.tvjustica.jus.br/index/detalhar-noticia/noticia/277175>> Acesso em: 15/10/2014.

aposentadoria. Assim, objetiva-se com isso evitar o abarrotamento de pedidos na via administrativa ou, até mesmo, na esfera judicial.

Em último caso, em via alternativa, sugere-se que o Poder Legislativo, por meio de sua competência constitucional, edite norma no sentido de desonerar integralmente os trabalhadores aposentados que continuam exercendo atividade remunerada do tributo previdenciário. Com isso, extingiria de vez a celeuma jurídica da desaposentação. Deste modo, o aposentado que continuasse trabalhando, deixaria de ser segurado obrigatório e, por consequência, não verteria mais contribuições para o regime previdenciário.

Portanto, diante do que foi abordado e com base na maior doutrina resta claro que os objetivos deste artigo foram alcançados com êxito, restando apenas aguardar à posição final do STF que possivelmente será no sentido de deferir o instituto da desaposentação para felicidade de milhares aposentados que continuam exercendo atividade remunerada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Vade Mecum**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Decreto de nº 3.048, de 06 de maio de 1999**. Dispõe sobre o regulamento da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em 03/10/2014.

_____. **Lei de nº 8.213, de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em 10/11/2014.

_____. STJ - AgRg no REsp: 1055886 PB 2008/0103203-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 01/10/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/11/2009. Disponível em: <<http://STJ.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5918358/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-resp-1055886-pb-2008-0103203-0-stj-21/08>> Acesso em 12/10/2014

_____. TRF-5 - AC: 200984000050355, Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data de Julgamento: 18/01/2011, Quarta Turma, Data de Publicação: 20/01/2011. Disponível em: <<http://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20859169/pedido-de-uniformizacao-de-intrepretacao-de-lei-federal-pedilef-200972510004633-sc-tnu>>. Acesso em: 07/10/2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**. 5.ed. Niterói/RJ: Impetus, 2011.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 11.ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

ZARZANA, Dávio Antônio Prado; ZARZANA JUNIOR, Dávio Antônio Prado. **Desapontação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.