



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MARCOS GALDINO DE LIMA

DESAPOSENTAÇÃO: A APOSENTADORIA DO TRABALHADOR
APOSENTADO

SOUSA - PB
2008

MARCOS GALDINO DE LIMA

DESAPOSENTAÇÃO: A APOSENTADORIA DO TRABALHADOR
APOSENTADO

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Esp. Maria do Carmo Élide Dantas Pereira.

SOUSA - PB
2008

MARCOS GALDINO DE LIMA

DESAPOSENTAÇÃO: A APOSENTADORIA DO TRABALHADOR APOSENTADO

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Prof.^a Esp. Maria do Carmo Élide Dantas Pereira

Aprovada em: de de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

Maria do Carmo Élide Dantas Pereira – Esp. - CCJS
Professora Orientadora

Francivaldo Gomes de Moura – Esp – CCJS
Professor

Paulo Abrantes de Oliveira – Grad – CCJS
Professor

Dedico

À minha querida mãe, pelo infinito amor e esforço para trazer-me ao mundo e ensinar-me os primeiros passos da vida, sem o que nada seria possível, inesquecível em todo o meu viver.

À minha querida esposa, pela compreensão em razão das horas furtadas dela para dedicação no curso e pelas constantes injeções de ânimo e esperança, com a qual compartilho parte de minha razão de viver.

Agradeço

A Deus, o pai eterno, que por infinito amor enviou o unigênito Jesus para nos salvar, provando seu amor incondicional.

A minha família, pelas contribuições, incentivo e carinho.

Aos amigos, pelo companheirismo e presença diuturna.

A Ana, minha linda esposa, pelo amor, amizade e afeto que nos une.

Ao Professor Admilson Leite Pereira Júnior pelas discussões iniciais acerca deste tema, à Professora Maria do Carmo Elida Dantas Pereira pela orientação e auxílio, e, em fim, aos mestres, pelos conhecimentos compartilhados.

RESUMO

A aposentadoria sempre foi um sonho de muitos, pois era sinônimo de senilidade tranqüila e feliz. Ocorre que as reiteradas reformas previdenciárias vêm dificultando o acesso e diminuindo os valores dos benefícios previdenciários. Geralmente o valor da aposentadoria não é mais suficiente para a manutenção própria e da família e o aposentado vê-se coagido a retornar ao mercado de trabalho para complementar a renda originária dos proventos. O trabalhador que retorna ou permanece na ativa é segurado obrigatório em relação às novas atividades, ficando inclusive sujeito às contribuições previdenciárias (art. 12, § 4º da Lei nº 8212/1991). É vedada a cumulação de mais de uma aposentadoria pelo mesmo regime previdenciário (art. 40, § 6º da CF/88 e art. 124, II da Lei nº 8.213/1991). Embora o trabalhador aposentado que volta à ativa esteja sujeito às contribuições (descontadas na fonte) não fará jus a nenhuma prestação previdenciária, exceto ao salário-maternidade e a reabilitação profissional, quando empregado (art. 18, § 2º da Lei nº 8.213/1991). Assim, o segundo tempo de contribuição é inútil e a cobrança de contribuição do trabalhador já aposentado, se revela injusta. O instituto da desaposentação busca corrigir tal injustiça, desconstituindo o ato concessivo da aposentação originária para somar o novo tempo de contribuição e obter-se aposentação financeiramente mais satisfatória. Doravante o intuito do presente trabalho será demonstrar o alcance da desaposentação, seus requisitos, etc. Serão utilizados os métodos bibliográficos, o histórico-evolutivo e o exegético-jurídico. Logo, verificar-se-ão as questões atuariais e financeiras dos regimes, sendo imprescindível que o interessado na desaposentação restitua tão somente os valores necessários a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial. Restando comprovada a plena viabilidade jurídica do instituto da desaposentação perante o ordenamento pátrio como instrumento capaz de corrigir a injustiça da cobrança de contribuição previdenciária do trabalhador aposentado e efetivar a justiça social, embora, inexista, ainda, regulamentação legal no ordenamento pátrio.

Palavras-chave: Desaposentação. Nova aposentadoria. Viabilidade jurídica.

ABSTRACT

The retirement has always been a dream of many, it was synonymous with senility calm and happy. It occurs reiterated that the pension reforms are hindering the access and reducing the values of benefits. Usually the value of retirement is no longer sufficient to maintain itself and the family retired and is being coerced to return to the labour market to supplement the income from the proceeds. A worker who returns or remains in active insured is mandatory for new activities, including being subject to contributions (Article 12, paragraph 4 of Law No. 8212/1991). It prohibited the addition of more than a retirement scheme for the same Welfare (Article 40, paragraph 6 of CF/88 and article 124, II of Law No. 8.213/1991). Although the employee returns to active retiree who is subject to contributions (deducted at source) will do justice to any provision Welfare, except to pay and maternity and vocational rehabilitation, when employee (Article 18, paragraph 2 of Law No. 8.213/1991). So the second time a contribution is useless and collection of contribution from the employee has retired, it is unfair. The Office of not retirement search correct this injustice, discard the act of retirement from grant to add the new contribution of time and to get more satisfactory retirement financially. Now the aim of this work will demonstrate the extent of not retirement, their requirements and so on. Are the methods used library, the historical evolution and exegesis-law. Soon, there will be issues of actuarial and financial systems, and can not miss that the person in not retirement return only the values needed to maintain the financial and actuarial balance. Remaining proven the full viability of the Office of legal not retirement before the planning homeland as an instrument capable of correcting the injustice of charging contribution of the worker retired and effective social justice, although no there legal regulations in order homeland.

Keywords: not retirement. New retirement. Feasibility legal.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 9 |
| CAPÍTULO 1 O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL..... | 11 |
| 1.2 A Seguridade Social..... | 12 |
| 1.1.2 Definição de Seguridade Social..... | 14 |
| 1.1.3 A finalidade da Seguridade Social..... | 15 |
| 1.2 Breve histórico evolutivo da Seguridade Social..... | 16 |
| 1.2.1 Definição de Previdência Social..... | 19 |
| 1.2.2 A Previdência Social na Constituição Federal de 1988..... | 20 |
| 1.2.3 A finalidade da Previdência Social..... | 22 |
| CAPÍTULO 2 OS REGIMES DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO..... | 23 |
| 2.1 Definição de Regime Previdenciário..... | 24 |
| 2.2 Espécies de Regimes Previdenciários..... | 24 |
| 2.3 Uma breve análise da questão atuarial nos sistemas previdenciários | 25 |
| 2.4 As prestações previdenciárias..... | 26 |
| 2.4.1 As prestações previdenciárias no Regime Geral de Previdência Social..... | 27 |
| 2.4.2 As prestações previdenciárias nos Regimes Próprios de Previdência Social | 29 |
| 2.5 A aposentadoria..... | 29 |
| 2.5.1 Natureza jurídica da aposentadoria..... | 31 |
| 2.5.2 A irrenunciabilidade da aposentadoria..... | 32 |
| 2.6. A possibilidade de cumulação dos proventos de aposentadoria com o salário de novo trabalho pós-aposentação..... | 34 |
| 2.7 Inacumulabilidade de aposentadoria pelo mesmo regime | 36 |
| CAPÍTULO 3 O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO..... | 37 |
| 3.1 Definição de Desaposentação..... | 40 |
| 3.2 Modalidades do Instituto da Desaposentação..... | 42 |
| 3.3 Distinguindo a Desaposentação de outros institutos jurídicos..... | 44 |
| 3.3.1 Desaposentação X Renúncia pura à aposentadoria..... | 45 |
| 3.3.2 Desaposentação X Revisão de benefício previdenciário..... | 47 |
| 3.3.3 Desaposentação X Reversão..... | 47 |
| 3.4 O desfazimento do ato concessivo da aposentadoria..... | 48 |
| 3.5 Requisitos da desaposentação..... | 49 |
| 3.5.1 Obediência ao princípio da paridade das formas..... | 50 |
| 3.5.2 Observância do caráter atuarial e financeiro do sistema e o não prejuízo aos regimes ou a terceiros..... | 51 |
| 3.5.3 A restituição do valor necessário ao equilíbrio financeiro..... | 52 |
| 3.5.4 Contagem recíproca e compensação entre os regimes..... | 54 |
| 3.6 Contrapontos: a argumentação dos opositores à desaposentação..... | 55 |
| 3.7 A posição dos Tribunais de Superposição..... | 57 |
| 3.8 A viabilidade do instituto da desaposentação..... | 58 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 60 |
| REFERÊNCIAS..... | 62 |

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu o sistema de Seguridade Social e o inseriu no Título da Ordem Social, como objetivo a ser alcançado pelo Estado brasileiro, com atuação tripartite e simultânea nas três áreas: previdência social, saúde e assistência social.

O Direito Previdenciário é enquadrado no ramo do direito público, em atenção a clássica divisão de Ulpiano (direito público e privado). Ocorre que modernamente tal divisão já não é absoluta e, com a Constituição Federal de 1988, a Seguridade Social enquadrada no título correspondente à Ordem Social, correntes moderna do direito atual defendem vigorosamente a ruína da classificação do direito em apenas dois grandes ramos e que os direitos coletivos e difusos, a exemplo do direito previdenciário, estariam num terceiro ramo: o dos direitos sociais. Nesse sentido, Ibrahim (2007, p. 10/20).

O trabalhador assalariado sempre sofreu com os desgastes físicos, com baixa remuneração e sem qualquer proteção contra os infortúnios do porvir, sobretudo, quando decorrentes da senilidade, ocasião em que não já detém o vigor da juventude.

É cediço que após históricos anos de reivindicações da classe trabalhadora ao Poder Público, começaram a obter significantes melhorias nas condições de trabalho. As concessões avançaram ao ponto de ser deferida, aos trabalhadores, uma remuneração na inatividade, que posteriormente passou a chamar-se aposentadoria.

Aos poucos, surgiram os modernos institutos de previdência social com o fito de garantir o bem-estar dos trabalhadores que por motivos de idade avançada ou de doença, não pudessem mais permanecer na ativa. E a aposentadoria foi transformando-se no sonho de todo trabalhador, que passou a idealizar uma senilidade feliz e tranqüila.

No entanto, nas últimas décadas, seguiram-se reiteradas ondas legislativas de alteração na previdência social, alvejando dificultar o acesso aos benefícios previdenciários e diminuir os valores pagos a título de benefícios previdenciários.

É inegável a crescente incompatibilidade entre os valores pagos a título de proventos e os gastos que só aumentam gradativamente à medida que a idade do

segurado, também, aumenta. Além disso, a condição do idoso é agravada em face da senilidade, eis que a saúde vai se fragilizando à medida que a idade aumenta, servindo os proventos, nessa fase, praticamente, para cuidar da saúde.

Nesse sentido, o aposentado atual vê-se premido a retornar ao mercado de trabalho ou nele continuar as atividades laborais para complementar a renda originária dos proventos que se mostram insuficientes à manutenção própria e familiar.

O art. 12, § 4º, da Lei nº 8.212/1991 determina que o aposentado que retorna a ativa é segurado obrigatório da previdência social em relação a nova atividade e inclusive se sujeitando às contribuições previstas em lei que são descontadas na fonte.

Já a Lei nº 8.213/1991, no artigo 18, § 2º, determina que o aposentado que retornar ou permanece na ativa não fará jus a nenhuma prestação da previdência social, exceto salário-família e a reabilitação profissional quando empregado.

Assim, o segundo tempo de contribuição é inútil ao trabalhador aposentado e a cobrança de contribuições previdenciárias se mostra manifestamente injusta, eis que inexiste contraprestação adequada.

Tal situação fez surgir na doutrina previdenciária o instituto da desaposentação com o escopo de corrigir a injusta cobrança do trabalhador aposentado, de modo a permitir a desconstituição do ato administrativo concessivo da aposentação para somar o segundo tempo de contribuição e pleitear nova aposentadoria mais vantajosa financeiramente.

A discussão é saber se é viável a aplicação deste instituto perante o vigente ordenamento jurídico brasileiro e, sendo, quais seus principais requisitos e limite de alcance.

Merecem atenção acurada as questões atuariais e financeiras, pois nelas se estruturam os sistemas previdenciários e do seu correto manejo decorre a permanência existencial dos institutos de previdência social.

O presente trabalho monográfico se propõe a investigar a necessidade de restituição de valores recebidos a título de proventos quando da desaposentação no regime de origem ou entre regimes diversos.

Para atingir-se o intuito proposto, será utilizado na presente pesquisa os métodos bibliográficos, com base teórica na coleta de informações em obras especializadas; o histórico-evolutivo para melhor compreender a evolução dos

direitos previdenciários no tempo; e o exegético-jurídico, para análise das proposições constitucionais e demais leis *latu sensu* relacionadas ao tema.

No primeiro capítulo será feita uma abordagem acerca do sistema previdenciário brasileiro, com análise histórico-evolutiva da Seguridade Social e de sua atuação tripartite, bem como sobre a previdência social na ótica da Constituição Federal de 1988.

O segundo capítulo analisará os regimes do sistema previdenciário brasileiro; além de focalizar as prestações previdenciárias conforme for o regime, abordará, ainda, a questão da inacumulabilidade de aposentadorias pelo mesmo regime.

Por fim, o terceiro capítulo tratará, em específico, da problemática do tema em apreço, onde serão analisadas as questões do equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes, bem como, a viabilidade do instituto da desaposentação. Partindo-se de definições primordiais para analisarem-se as modalidades do instituto, a distinção da desaposentação de outros institutos jurídicos que apresentam alguma similaridade, a possibilidade do desfazimento do ato concessivo da aposentadoria e a observância do caráter atuarial e financeiro dos sistemas previdenciários. Também analisará a necessidade ou não da restituição de valores recebidos a título de proventos, bem como, se é viável ou não a desaposentação no atual ordenamento jurídico pátrio.

CAPÍTULO 1 O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO NO BRASIL

O Sistema previdenciário brasileiro é muito pueril, desenvolveu-se bastante a partir da Constituição de 1988, porém ainda não é o ideal, pois apesar de um de seus pilares primordiais ser a cobertura universal, muitos trabalhadores, sobretudo, os do setor informal não têm acesso ao sistema e ficam à margem de exclusão da proteção previdenciária.

Todo sistema previdenciário tem como fundamento basilar a efetividade da justiça social, servido para amparar os trabalhadores ante a implementação de contingências.

Convém ressaltar que não se deve confundir o sistema previdenciário com a seguridade social, a primeira é espécie, e, a segunda, gênero.

1.2 A Seguridade Social

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 implantou no Brasil, o modelo de Seguridade Social com atuação em 03 (três) áreas: previdência social, assistência social e saúde. Sendo as três modalidades de atuação estatal espécies do gênero Seguridade Social.

A Seguridade Social busca a proteção da sociedade num contexto geral quando o indivíduo necessitar e atuando de forma tripartite busca saciar as demandas sociais, conforme a condição financeira do necessitado e o tipo de contingência social. Para tanto, servindo-se de um sistema protetivo organizado em três áreas distintas, mas alvejando sempre a proteção social.

Como todo sistema, a seguridade social possui várias regras e inúmeros princípios, alguns de ordem constitucional e outras de ordem infraconstitucional, mas todos formando um arcabouço sistemático e coeso de sustentação protecionista das contingências humanas.

Os principais princípios são elencados na própria Constituição Federal no parágrafo único do art.194. Embora no referido parágrafo conste o termo “objetivos” e não “princípios”, a doutrina previdenciária vêm sustentando de forma majoritária que se tratam dos princípios norteadores da seguridade social.

Constituição Federal de 1988.

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

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

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados

Tanto é assim que o legislador pós-constituente de 1991 ao instituir o plano de custeio da previdência social, por meio da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, no art. 1º, parágrafo único, repetiu o parágrafo único do art. 194 da CF/88, apenas permutando o termo “princípios” no lugar de “objetivos”.

Lei nº 8.212/1991

Art. 1º A Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar o direito relativo à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. A Seguridade Social obedecerá aos seguintes princípios e diretrizes:

- a) universalidade da cobertura e do atendimento;
- b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- d) irredutibilidade do valor dos benefícios;
- e) equidade na forma de participação no custeio;
- f) diversidade da base de financiamento;
- g) caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

Cabe ao Estado a centralização de todo o sistema de Seguridade Social que o organiza, normatiza e participa diretamente do seu plano de custeio, também é o Estado, por meio de órgãos e instituições competentes, que o gerencia e fiscaliza.

A principal instituição pública responsável diretamente pelo gerenciamento do sistema de Seguridade Social brasileiro é o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Previdência Social – MPS, cuja autarquia é a responsável diretamente pelo custeio, pela concessão, cessação e manutenção das prestações/benefícios previdenciários.

Na precisa lição de Sergio Pinto Martins (2006, p. 20) não é apenas o poder público que vai participar do sistema de Seguridade Social, mas toda a sociedade de forma direta ou indireta, por meio de um conjunto integrado de ações de ambas as partes (Sociedade e Estado), nos termos do *caput* do art. 194 da CF/88.

Não se pode olvidar também que o custeio da Seguridade Social não é apenas atribuição do poder Público, mas de toda a sociedade, de forma direta e indireta conforme previsão legal, e mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consoante orientação constitucional prevista no art. 195 da CF/88.

1.1.2 Definição de Seguridade Social

Nos termos do art. 194, *caput*, da Constituição Federal, a Seguridade Social consiste em um conjunto integrado de iniciativa de poderes públicos com a participação da sociedade que assegura os direitos à previdência social, à assistência social e à saúde.

Sérgio Pinto Martins (2006, p. 19) chama a atenção para a palavra “conjunto” trazida no art. 194 da CF/88 que revela ser a Seguridade Social composta de várias partes organizadas, formando um sistema.

Tomando a Seguridade Social como um sistema, a Carta Constitucional de 1988 previu a mesma como gênero da proteção social que se concretiza de forma tripartite nas espécies: previdência social, saúde e assistência social.

Assim a Constituição Federal, no art. 196, *caput*, impõe a saúde como um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No *caput* do art. 201, da CF/88, está previsto que a Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Já no *caput* do art. 203, da CF/88, consta determinação de que a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social.

Para Oliveira (200, p. 16) a assistência social é a política que prevê o atendimento das necessidades básicas quanto à proteção da família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa, portadora de deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social.

1.1.3 A finalidade da Seguridade Social

A Seguridade Social atuando em três áreas distintas deixa transparecer sua finalidade mor que é alcançar o bem-estar e a justiça social da sociedade num contexto geral.

Assim, a Previdência Social destina-se àqueles que podem contribuir para a previdência, mas as contribuições são revertidas em prol dos segurados na forma de prestações previdenciárias, ante a implementação de alguma contingência prevista em lei.

Já o direito à saúde, é universal e prestado na forma da lei a quem dela precisar, dispensando-se toda e qualquer contribuição/pagamento antes, durante ou após o ato da prestação.

A assistência social dispensa contribuição prévia por parte do necessitado, busca atender àqueles que não têm condição mínima para subsistência, garantindo-

lhes o recebimento de um valor em pecúnia suficiente, pelo menos em tese, à manutenção mensal básica.

Nesse entretanto, Santos (2008, p. 04) ensina que

Na Seguridade Social nem todos contribuem, mas todos têm direito a algum tipo de proteção social; quem pode contribuir é segurado da previdência social; quem não pode contribuir tem direito à assistência social, desde que preenchidos os requisitos legais; mas todos têm direitos à assistência à saúde.

Com razão, Santos (2008, p. 02) ainda leciona que ao se garantir os mínimos necessários à sobrevivência do indivíduo, a seguridade social é instrumento de bem-estar.

Prossegue a mesma autora afirmando que a Seguridade Social também é um redutor das desigualdades sociais causadas pela falta de ingressos financeiros no orçamento do indivíduo e de sua família, e instrumento de justiça social.

Resta patente a finalidade da Seguridade Social: alcançar o bem-estar e a justiça social, amparando a todo aquele que necessitar, conforme a lei e em consonância com a condição financeira do necessitado e o tipo de necessidade, mediante instrumentos e institutos capazes de efetivar a justiça social.

1.2 Breve histórico evolutivo da Seguridade Social

Embora desde priscas eras o homem tenha demonstrado maior preocupação com o presente, sobretudo, quando ainda era nômade e praticante das atividades de coletas diárias, com o passar do tempo ele começa a demonstrar acentuada preocupação com o futuro, pois a partir do momento em que melhor se desenvolve socialmente, domina novas técnicas de produção e de “retenção do excedente” da coleta ou produção, deixa o nomadismo e passa ao sedentarismo. E neste estado fica explícito o início da preocupação humana com o porvir.

Já o homem moderno sempre demonstrou acentuada preocupação com o porvir, principalmente, no tocante a ocorrência de contingências em idade avançada,

quando já não detém o vigor da juventude e já não pode enfrentar as adversidades da vida com o mesmo vigor de antes.

É nesta senda que surgem os modernos institutos de previdência social, com o fito de assegurar ao trabalhador, durante a ocorrência de contingências, uma soma em pecúnia para compensar ou, ao menos, amenizar os efeitos das contingências.

Ab initio, se faz necessário uma análise histórica, pelo menos em traços gerais, acerca do instituto da aposentadoria; isto em busca da melhor compreensão da problemática discutida neste trabalho científico (desaposentação), que não se arvora na condição de pretender esgotar a matéria, haja vista tratar-se de um instituto neófito no mundo jurídico, mas apenas trazer uma contribuição a mais ao debate técnico.

Na Europa, por volta do século XVIII surge, entre o proletariado – trabalhadores das fábricas européias com elevadíssimas horas de jornada, às vezes chegando a mais de 18 horas/dia – uma acentuada preocupação com os desgastes físicos impostos pela elevada jornada diária e bem como pelas contingências que ocorriam quando o trabalhador estava em idade avançada sem mais poder exercer as atividades laborais.

Segundo Horvath Júnior e Tanaca (2006, p. 12) a Revolução Industrial é a marca do surgimento do Direito do Trabalho e Previdenciário:

No final do século XIX com a Segunda onda da Revolução Industrial, é que as nações começam a desenvolver a proteção aos trabalhadores e demais integrantes da sociedade. Aumenta a intervenção do Estado nas relações sociais. O Estado começa a se preocupar com o dever social e aplicação da receita tributária no auxílio aos desafortunados.

A preocupação dos trabalhadores europeus espalhou-se pelo resto do mundo e esta preocupação, agora de ordem mundial, fez surgir em cada país institutos de previdência social no intuito de garantir o bem-estar dos trabalhadores que por fatores alheios à sua vontade não pudessem mais exercer as atividades do trabalho.

Essa preocupação de ordem mundial, buscando garantir aos operários melhores condições de trabalho e o bem-estar no futuro, atravessou o Atlântico e chegou ao Brasil. No entanto, aqui no Brasil, não poucos percalços de ordem econômica, política (dependência da metrópole) e social (sociedade escravocrata),

mitigaram o desenvolvimento das condições sociais do trabalhador brasileiro. O que acabou impondo um lento processo de desenvolvimento e retardado sistema de ampliação dos direitos trabalhistas, previdenciários e sociais no Brasil.

Em se tratando de matéria previdenciária, no Brasil, a primeira norma ainda incipiente e tímida que surge é, segundo Sérgio Pinto Martins (2006, p. 06), o Decreto de 1º/10/1821 de Dom Pedro de Alcântara, que concedeu aposentadoria aos mestres e professores, após 30 (trinta) anos de serviço. Embora o referido decreto concedesse aposentadoria, não havia um sistema protetivo razão pela qual ainda não se podia falar em previdência no Brasil.

Segundo o professor Gonçalves (2000, p. 22) em 24 de janeiro de 1.923, foi sancionada a chamada Lei Eloy Chaves (Decreto Legislativo nº 4.682), por meio da qual foram criadas Caixas de Aposentadorias e Pensões nas ferrovias. Agora pode-se falar em previdência no Brasil, pois foi instituído uma espécie de sistema protetivo para resguardar os ferroviários de futuras contingências. Assim, a Lei Eloy Chaves foi a primeira norma a instituir uma espécie de previdência, ainda, embrionária no Brasil.

O sistema previdenciário brasileiro demorou muito para principiar e seus primeiros vértices surgem apenas no limiar do século XX (1923), ainda de forma tímida limitando-se apenas à classe dos ferroviários federais. Ao longo dos anos seguintes, a população passa a reivindicar mais do Poder Público os direitos de proteção contra as contingências do porvir, no entanto, não há avanço muito significativo e segue-se uma lenta maturação do sistema previdenciário nas décadas seguintes.

Para tanto, basta observar que a expressão "previdência social" era desconhecida do direito constitucional brasileiro até a Constituição Republicana de 1946 quando a trouxe, de forma inédita, inserto em seu arcabouço constitucional. Segundo Martins (2006, p. 11) foi a Constituição de 1946 que iniciou uma sistematização constitucional da matéria previdenciária, o que inexistia no bojo das constituições pretéritas.

Verifica-se que a Constituição de 05 de outubro de 1988, amplia o acesso e aperfeiçoa a forma de contribuição para o sistema, inaugurando novos ares no trato do direito previdenciário do Brasil; avançando em pontos pontuais, de modo a inserir no texto constitucional um capítulo tratando exclusivamente da Seguridade Social,

implantando no Brasil o modelo de Seguridade Social com atuação em 03 (três) áreas: previdência social, assistência social e saúde.

No dizer de Horvath Júnior e Tanaca (2006, p. 13) o Estado Brasileiro deixou de ser um Estado Previdência para ser um Estado de Seguridade Social garantindo o mínimo social necessário à existência humana digna.

1.2.1 Definição de Previdência Social

Segundo o dicionarista Ximenes (2000, p. 755) a palavra previdência significa a qualidade de quem é previdente. E nesse contexto é cediço que previdência deriva do verbo “prever” que significa “antever”, cuja idéia principal é a de ver antecipadamente o porvir e nele prevê fato ou situação que poderá ocorrer.

Martins (2006, p. 275) faz lembrar que etimologicamente a palavra previdência vem do latim *previdere*, ver com antecipação as contingências sociais e procurar compô-las, ou de *pra evidentia*, prever, antever

Nair Lemos Gonçalves, *apud* Gonçalves (2000, p. 43) acrescenta que “o evidente propósito de antecipadamente, reunir recursos dos interessados e organizar mecanismos que pudessem e possam atender a contingências sociais prováveis e futuras. É isto a previdência social”.

Nesse curso a Lei nº 8.213/1991, que instituiu o plano de custeio da Previdência Social no art. 1º prevê:

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

É certo que o citado artigo não trouxe uma definição legal, mas dele pode-se retirar alguns elementos que servem de norte. Assim, previdência social seria um conjunto de normas e princípios que ganham vida por meio dos órgãos públicos instituídos em lei, formando um sistema protetivo do trabalhador e do segurado (pois

se admite segurado facultativo) contra a ocorrência de contingências previstas em lei.

Nesse sentido Martins (2006, p. 276) ensina:

É a Previdência Social o segmento da seguridade social, composto de um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, contra contingências de perda ou redução da sua remuneração, de forma temporária ou permanente, de acordo com a previsão da lei.

Não se pode confundir previdência social com o órgão responsável pela concessão e manutenção dos benefícios. A primeira é sempre um sistema composto de princípios e normas regentes da matéria previdenciária e o segundo é sempre um instituto previsto em lei, regido pelo conjunto de normas previdenciárias, responsável pelo custeio, concessão e manutenção das prestações previdenciárias, no caso do RGPS o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

1.2.2 A Previdência Social na Constituição Federal de 1988

A constituição Federal de 5 de outubro de 1988 inaugurou um novo conceito de seguridade social no Brasil composto por três segmentos básicos a saber Previdência Social, Saúde e Assistência Social.

A partir da Constituição de 1988, em matéria de proteção social, o poder público passou a guiar-se pelos princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, de modo que todos os cidadãos têm acesso à proteção social, inclusive, com a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações rurais que, de certo modo, se equiparam às urbanas.

Mas nem sempre foi assim. O sistema previdenciário brasileiro é de desenvolvimento recente e restritivo ao longo dos anos, alcançando maior desenvolvimento, sobretudo, a partir da carta constitucional de 1988, mas ainda não é o ideal.

Com a Constituição Federal de 1988 houve avanços significativos no trato da questão previdenciária no Brasil.

Para Coimbra (1999, p. 46) o primeiro dos avanços a ser notado e apontado na constituição é que torna a proteção abrangente da população inteira.

Tratando da Assistência Social, como instrumento estatal, para socorrer aos necessitados, Coimbra (1999, p. 46) afirma:

Todo membro da sociedade, acometido pela necessidade, ameaçado pela miséria, à assistência social tem direito, seja no caso de vir a ser atingido por um sinistro de cujos feitos venha a deplorar-se, seja no caso de já ser vítima de acontecimentos anteriores à promulgação do novo texto constitucional. Importa isso dizer que é à necessidade vem dar socorro, consoante seja necessário.

Outros avanços significativos é que a proteção previdenciária ampliou sua cobertura contra os riscos para alcançar os riscos biológicos (morte, invalidez e gravidez), os riscos profissionais (acidente de trabalho e desemprego) e os riscos do grupo familiar (encargo familiar e proteção às famílias numerosas). Isto apenas no campo previdenciário, pois não se podem olvidar avanços nos setores de saúde e assistência social.

A previdência social continua atuando por meios de regimes previdenciários, com previsão constitucional, conforme os requisitos legais.

Na sistemática da vigente Constituição vislumbra-se a existência de dois tipos de regimes: regimes públicos e regime privado.

Nos regimes públicos encontram-se: o Regime Geral de Previdência Social – RGPS – gerido administrativamente pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS – e atende a todos os servidores do setor privado; o Regime Previdenciário Próprio dos Servidores Públicos Civil – RPPS –; e, o Regime Previdenciário Próprio dos Militares.

Já o regime privado é o regime complementar previsto no art. 202 da CF/88, que é administrado pelo setor privado (geralmente bancos e instituições financeiras). Este tipo de regime é supervisionado e fiscalizado pelo Banco Central do Brasil e pela Susep (Superintendência de Seguros Privados).

Atualmente, os regimes de previdência privada de caráter complementar são regidos pela Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 4.206, de 23 de abril de 2002.

O sistema previdenciário na Constituição Federal de 1988 deixou de ser custeado pela contribuição triplíce (segurados, empregadores e União) para ser custeado/suportado compulsoriamente pela sociedade, de forma direta e indireta, mediante contribuições sociais e recursos provenientes dos orçamentos da União dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios, na forma disposta no art. 193 da CF/88.

Tem-se, destarte, o que a doutrina previdenciária vem chamando de sistema solidário de previdência social. Pois nele a sociedade é solidária e ele em conjunto com Poder Público suporta todo o ônus das contingências sociais.

1.2.3 A finalidade da Previdência Social

A Previdência Social vista como parte integrante de um sistema constitucional protetivo tem por finalidade garantir a subsistência do segurado ante a implementação de contingências previstas em lei, e, objetiva primariamente disponibilizar e garantir meios indispensáveis de manutenção do segurado ante a implementação e durante o período em que perdurar a situação caracterizadora da contingência.

A Constituição Federal de 1988, no art. 201, prevê que a Previdência Social atenderá precipuamente:

- I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II – proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV – salário-família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e
- V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

Nessa ótica, a doutrina previdenciária vem sustentando de forma majoritária que a finalidade de Previdência Social consiste na proteção do segurado, ante, a insurgência de alguma contingência, o que por via de consequência implica em se fazer justiça social, pois se busca proteger o trabalhador quando ele mais necessita.

Para Oliveira (2000, p. 15):

A Previdência Social objetiva assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por meio de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

O professor Odonel Urbano Gonçalves (2000, p. 43) ensina que:

O homem acautela-se ao organizar um sistema de previdência para quando, incapacitado para o trabalho, por idade ou por doença, não possa, por suas próprias forças, auferir rendimento para se sustentar. Cuidando de situação em que toda a sociedade tem interesse no bem-estar daqueles que não podem trabalhar, organiza-se o sistema de tal forma que o trabalhador integre-se nele, obrigatoriamente.

Assim, dispõe a Lei do Plano de Benefícios (Lei nº 8.213/1991), no art. 1º:

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

Destarte, fica retratado o caráter de justiça social almejado pela Previdência Social que, em regra geral, buscar ofertar condições de subsistência mínima nas situações de incapacidade do segurado, justamente quando da insurgência de contingências.

Para o professor Odonel Urbano Gonçalves (2000, p. 43) a Previdência social é, portanto, a denominação dada ao sistema que tem como finalidade manter a subsistência da pessoa que trabalha, quando se torne ela, pessoa incapaz para o trabalho (por idade ou por doença).

Assim, arremata-se que a finalidade da Previdência Social é proteger o trabalhador impossibilitado ante a existência de uma contingência legal que o impeça de prover sua própria manutenção e da família, bem como proteger aos segurados em geral quando da ocorrência de um evento disciplinado na lei.

CAPÍTULO 2 OS REGIMES DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

O atual sistema previdenciário brasileiro atua dividido em regimes, como dito alhures, buscando assim, por meio de regras específicas e inerentes a cada regime, tratar os iguais, igualmente e os desiguais, desigualmente, e pôr em efetividade a justiça social.

A divisão das prestações previdenciárias entre regimes diversos, busca efetivar a justiça social, à medida que cada regime comporta um arcabouço próprio com regras particulares e peculiares, permitindo tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, em atenção ao princípio constitucional do tratamento isonômico.

2.1 Definição de Regime Previdenciário

Entenda-se por regime previdenciário o conjunto de regras constitucionais e legais que regem e sistematizam a aquisição e concessão de benefícios aos beneficiários de cada regime, em virtude da ocorrência de fatos especiais (contingências) expressamente determinados, com o fim de garantir ao segurado e família amparo, apoio e retribuição pecuniária em razão da ocorrência de determinada contingência prevista legalmente.

2.2 Espécies de Regimes Previdenciários

Nos termos da Constituição Federal de 1988, são dois os regimes de previdência em vigor, a saber, o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e

Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), os quais embora apresentem pontos de convergência em alguns aspectos, com vistas à obtenção da maior uniformidade possível, têm fisionomia e destinatários próprios diversos.

O primeiro regime (RGPS) inserto na Constituição Federal tem previsão constitucional nos arts. 201 e 202, sendo aplicáveis aos trabalhadores pertencentes, em regra, à iniciativa privada, e, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); já o segundo (RPPS) está previsto no art. 40 da Constituição Federal, destinando-se especificamente aos servidores públicos efetivos, regidos pelos respectivos estatutos funcionais.

2.3 Uma breve análise da questão atuarial nos sistemas previdenciários

É cediço que todo órgão financeiro precisa apresentar um equilíbrio financeiro em suas contas sob pena de inviabilidade. E não é diferente com os sistemas previdenciários, todo ele deve primar pelo equilíbrio financeiro e atuarial das contas previdenciárias.

Conforme a doutrina majoritária os sistemas previdenciários podem organizar suas contas optando por um entre dois regimes previdenciários existentes, a saber: o regime de capitalização e o regime de repartição simples. Os sistemas previdenciários (público ou privado, onde existir) observando uma série de requisitos e peculiaridades próprios e sociais, optando por um dos regimes, sob a égide normativa de tal regime organizará suas contas e será, conseqüentemente, regido, em busca do indispensável equilíbrio financeiro e atuarial.

No entanto, Martins (2006, p. 280) faz referência à existência de um terceiro regime: o misto.

No regime de capitalização, as contribuições são recolhidas dos trabalhadores/segurados ao longo da vida laboral para custear a aposentadoria do próprio segurado, formando uma espécie de conta única e individual por segurado, gerando capitalização financeira das cotizações mensais que são recolhidas de cada contribuintes.

No regime de repartição simples, guiado pelo princípio da solidariedade social, os trabalhadores da ativa pagam os benefícios dos inativos na esperança de que a geração futura pague seus pecúlios quando se aposentarem. Em traços gerais as contribuições arrecadadas num mês servem para pagar os benefícios concedidos daquele mesmo mês.

Já o regime misto, conforme leciona Sergio Pinto Martins (2006, p. 280), seria uma combinação das regras dos regimes de capitalização e de repartição simples.

No caso do Brasil adotou-se o sistema de repartição simples, por razões de solidariedade entre as pessoas para combater as contingências sociais e amparar o maior número de necessitados possíveis.

A Constituição Federal vigente, no *caput* do art. 40, determina que os regimes próprios de previdência devem ser estruturados segundo o critério do equilíbrio financeiro e atuarial.

De igual forma, estabelece a Carta Suprema, no art. 201, que a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo, de filiação obrigatória e observando-se critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Assim, percebe-se haver uma necessidade constitucional de serem adotados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, seja nos regimes próprios, seja no regime geral.

Entenda-se por equilíbrio financeiro a sistemática arrogada em cálculos contábeis que, em um exercício financeiro (de 1º de janeiro a 31 de dezembro), as receitas previdenciárias pagarão as despesas previdenciárias, sem deixar débito para exercícios futuros.

Já o equilíbrio atuarial, também seria a sistemática baseada em cálculos contábeis que garante que as receitas devem ser suficientes para pagar as despesas, mas em um período maior, não apenas no exercício financeiro em vigência, cujo período deve ser determinado pelo cálculo atuarial.

2.4 As prestações previdenciárias

A doutrina previdenciária sempre colocou como critério diferenciador dos regimes seus respectivos beneficiários. O RGPS se aplica aos trabalhadores da atividade privada e o RPPS aos servidores públicos. Convém observar que essa regra já não é mais absoluta, razão pela qual, acima, consta-se que o RGPS se aplica “em regra” aos trabalhadores da iniciativa privada e o RPPS aos servidores públicos efetivos, pois com a Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, foi inserido no art. 40 da CF/88 o parágrafo 13, determinado a aplicação do RGPS ao servidor público ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público.

Feita essa observação, é necessário uma apertada análise acerca das prestações previdenciárias de cada regime.

Os regimes previdenciários recolhem contribuições previdenciárias dos segurados do sistema, que obedecidos os requisitos legais revertem em prol dos mesmos na forma de prestação previdenciária. Eis aí, a razão pela qual a doutrina previdenciária de forma majoritária sustenta que o sistema previdenciário é um sistema de prestação (contribuição) e contraprestação (prestação previdenciária)

A doutrina previdenciária classifica as prestações previdenciárias como sendo de dois tipos: os benefícios e os serviços.

Para Gonçalves (2000, p. 108) prestação significa o gênero que é devido ao beneficiário (segurado ou dependente) pelo órgão de previdência social. As prestações comportam dentro de si espécies: prestação benefício (que se refere a dinheiro) e prestação serviço (que se refere ao serviço social e reabilitação profissional).

Segundo Horvath Júnior e Tanaca (2005, p. 69) os benefícios são os valores pagos em dinheiro aos segurados e seus dependentes. Já os benefícios, ainda segundo o mesmo autor, são as prestações de assistência e amparo dispensadas pela Previdência Social aos beneficiários em geral.

2.4.1 As prestações previdenciárias no Regime Geral de Previdência Social

Em se tratando do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) a Lei nº 8.213/1991 (Lei do Plano de Benefícios) elenca quais são as prestações previdenciárias devidas em razão de determinados eventos, por disposição legal, e expressa o rol de benefícios e serviços.

Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I – quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria por idade;
- c) aposentadoria por tempo de contribuição;
- d) aposentadoria especial;
- e) auxílio-doença;
- f) salário-família;
- g) salário-maternidade;
- h) auxílio-acidente;
- i) revogada. Lei nº 8.870, de 15-4-1994.

II – quanto ao dependente:

- a) pensão por morte;
- b) auxílio-reclusão;

III – quanto ao segurado e dependente:

- a) *revogada*. Lei nº 9.032, de 28-4-1995.
- b) Serviço social;
- c) Reabilitação profissional.

Em traços gerais e a título de exemplificação, a doutrina previdenciária classifica como benefícios: aposentadoria por invalidez, por idade, por tempo de contribuição, a especial, etc. E como serviços: o serviço social e a reabilitação profissional.

É cediço que no direito brasileiro foi instituído um órgão previdenciário com competência para o recolhimento das contribuições previdenciárias e bem como para ofertar aos beneficiários as prestações previdenciárias, sejam elas benefícios ou serviços. Esse órgão previdenciário é o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Previdência Social (MPAS), consoante afirmação alhures.

Por questões de ordem técnica e para não fugir a temática proposta, neste compêndio, aborda-se apenas o benefício aposentadoria, embora existam benefícios e serviços conforme dispositivo legal supra.

2.4.2 As prestações previdenciárias nos Regimes Próprios de Previdência Social

Os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) são regrados, primariamente, pela norma constitucional e pela lei nº 9.717/1998, em caráter geral. Mas cada ente público possuidor de RPPS deve publicar suas normas, óbvio que em sintonia com a Constituição Federal e com a Lei nº 9.717/1998 (lei geral).

Semelhantemente ao RGPS, no RPPS são oferecidos como contraprestação aos segurados benefícios e serviços.

Os benefícios consistem em pagamento de renda continuada como aposentadorias, pensões e auxílios, etc.

Já os serviços são prestações disponibilizadas em favor dos segurados como o serviço social e a reabilitação profissional.

2.5 A aposentadoria

Do regramento legal inserido no art. 18 da Lei nº 8.213/1991, acima transcrito, percebe-se que o instituto da aposentadoria é gênero, dela decorrendo as espécies: aposentadoria por invalidez, por idade, por tempo de contribuição, a especial e a compulsória.

O instituto da aposentadoria é um direito de ordem constitucional, vez que inserido na Constituição Federal de 1988, assegurado ao servidor público ou trabalhador privado de perceber determinada remuneração na inatividade diante da ocorrência de certos fatos jurídicos, previamente estabelecidos em lei, ou, mesmo

na ativa, mas diante da ocorrência de determinadas contingências, também previamente estabelecidas em lei.

O conceito geral de aposentadoria tem aplicação em ambos os regimes previdenciários (RGPS e RPPS), porém não se pode olvidar a existência de requisitos específicos em cada regime para a aquisição de cada espécie do benefício (aposentadoria) na inatividade ou diante de contingências estabelecidas em lei.

Não se pode falar em aposentadoria de forma geral, com requisitos iguais, para todos os regimes previdenciários, posto que cada regime comporta espécies próprias de benefícios, observando-se as peculiaridades individuais de cada regime.

No RGPS têm-se as espécies: aposentadoria por invalidez, regida pelos arts. 42 ao 47 da Lei nº 8.213/1991; aposentadoria por idade, prevista nos art. 48 a 51 do Plano de Benefícios; aposentadoria por tempo de contribuição, regulamentada nos arts. 52 ao 56 da Lei nº 8.213/1991; a aposentadoria especial, devida ao segurado que tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, também prevista na Lei nº 8.213/1991, nos artigos 57 e 58; e, a compulsória que será imposta ao trabalhador que completar 70 (setenta) anos de idade e a trabalhadora que completar 65 (sessenta e cinco) anos, nos termos do art. 51 da Lei nº 8.213/1991.

Martinez (2008, p.138) classifica as aposentadorias em três tipos: a) Forçadas (aposentadoria por invalidez); b) voluntários (especial, tempo de contribuição, idade e do professor); e c) compulsória (quando se atinge a idade de 70 anos). Tal classificação tem aplicação nos RPPS e também, no RGPS, com a adequação necessária aos limites de idade.

Nos RPPS encontram-se, regulamentado nos seus estatutos, geralmente, as aposentadorias das espécies: voluntárias e compulsória, mas há de se reconhecer a existência das aposentadorias por invalidez e a especial, por simetria ao RGPS.

Quanto às aposentadorias de forma voluntária Ibrahim (2007, p. 32) ensina;

Podem ser em razão da idade e tempo de contribuição, de modo semelhante ao RGPS, com a diferença da existência de limite de idade mínimo do RPPS para a aposentação por tempo de contribuição que é de 60 anos para homens e 55 anos para mulheres.

Em se tratando das aposentadorias forçadas, nos RPPS, Ibrahim (2007, p. 32) esclarece:

Também comporta o RPPS a aposentadoria por invalidez, quando há a incapacidade permanente para o trabalho fato a ser avaliado pela perícia médica. A aposentação especial também tem amparo constitucional, mas não há normatização legal sobre o assunto de modo que o benefício não encontra guarida na maioria dos RPPS.

A aposentadoria da espécie compulsória encontra guarida nos Regimes Próprios de Previdência, por determinação constitucional.

A aposentadoria compulsória nos RPPS está regradada no art. 40, § 1º, II da CF/88, sendo ela deferida ao servidor público, homem ou mulher, que atinge a idade 70 anos. Pois a Constituição Federal no pré-citado artigo não permite que esteja nos quadros públicos aquele que já completou a idade de 70 anos.

2.5.1 Natureza jurídica da aposentadoria

A aposentadoria em si (entenda-se em *latu sensu*, proventos), tem a característica, em regra, de ser um substitutivo da remuneração do trabalhador segurado quando na ativa.

O salário tem natureza alimentar, ou seja, natureza de verba alimentícia, e por isso, mesmo, não pode ser penhorado, nos termos do art. 649, IV, do CPC, pela nova redação dada pela Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

Assim, se a aposentadoria tem característica substitutiva do salário, inegavelmente tem também a natureza de crédito alimentar. Destarte a natureza jurídica da aposentadoria é de verba alimentícia, posto que necessária para a manutenção do segurado e família, razão pela qual comporta a idêntica proteção do salário. O que, aliás, foi reconhecido pelo legislador no inciso IV, do art. 649, do CPC (redação dada pela Lei nº 11.382/2006), ao incluir no rol dos bens absolutamente impenhoráveis os proventos de aposentadoria.

Já quanto à natureza do ato concessivo da aposentadoria, o mesmo é sempre praticado por um ato administrativo, após o segurado preencher os requisitos legais para a concessão.

No sistema previdenciário brasileiro, seja por meio do RGPS, gerido pelo INSS, seja por meio dos RPPS, gerido pelo ente (União, Estados, Distrito Federal ou Município) instituidor, a gestão compete ao poder Público. Assim o ato concessivo da aposentadoria é um ato administrativo.

Mas a natureza jurídica do ato concessivo da aposentadoria, ainda é matéria tormentosa, tanto que Ibrahim (2008, p. 33) chega a confundir o ato administrativo com o ato jurídico ao afirmar:

A concessão da aposentaria é materializada por meio de um ato administrativo, pois consiste em ato jurídico emanado pelo Estado, no exercício de suas funções, tendo por finalidade reconhecer uma situação jurídica subjetiva.

O ato concessivo da aposentadoria, em sua essência é puramente ato administrativo tipicamente emanado pelo Estado, mas na esfera administrativa. Já o ao jurídico é proveniente das decisões judiciais quando o poder judiciário age em sua função judicante típica.

Considerando que, em regra, o ato concessivo da aposentação não necessita de um pronunciamento jurídico, não há se falar que o ato concessivo da aposentadoria seja ato jurídico.

Ademais, mesmo, quando o Estado se furta em conceder a aposentação e o segurado recorre às vias judiciais, o ato concessivo ainda continua a ser ato administrativo; pois o provimento judicial reconhece o direito do segurado, mas não o concede, ordena ao órgão competente a implantação do benefício, em favor do requerente, o que é feito por meio de um mero ato administrativo.

Nessa ótica, com razão prossegue Ibrahim (2007, p. 33):

É ato administrativo na medida em que emanado poder público, em função típica (no contexto do Estado Social) e de modo vinculado, reconhecendo o direito do beneficiário em receber sua prestação.

Para o precitado autor o ato concessivo da aposentadoria tem natureza meramente declaratória, já que [este ato] somente reconhece ao segurado o direito

assegurado em lei, mediante a prova do atendimento de requisitos legais (IBRAHIM, 2007, p. 33)

2.5.2 A irrenunciabilidade da aposentadoria

A aposentadoria reveste-se, e não há como negar, de um manto de proteção social, por isso merecendo guarida jurídica e legal contra sua retirada ao talante do órgão instituidor.

De igual modo, não há como negar-se, que a aposentadoria, para o segurado, se reveste de um caráter de direito patrimonial até porque aposentadoria é substitutiva do salário, e se ao salário não se nega o caráter patrimonial, não há como se afastar tal caráter da aposentadoria.

Em se tratando de direito patrimonial, cabe ao seu titular os direitos da propriedade consubstanciados no usar, gozar e dispor. Assim, cabe ao titular do direito patrimonial, de forma unilateral, o exercício desse direito no momento e na forma que lhe for mais conveniente, ressalvando-se apenas que esse exercício deve submeter-se aos fins sociais apregoados na legislação, vez que modernamente se afasta a antiquada idéia de direito de uso absoluto.

Reconhecendo-se à aposentadoria o caráter patrimonial, não há como se afastar o seu caráter renunciável, à vontade do seu titular. Até porque a regra protetora é contra atos de segundos ou terceiro contra a aposentadoria (direito social), veja-se que mesmo se proibindo a renúncia à aposentadoria por parte de seu titular, não há como coagi-lo a ir receber mensalmente as prestações beneficiárias, o que acaba por consequência implicando em renúncia. O que não pode é o órgão instituidor ao seu mero talante retirar a aposentadoria daquele que cumpriu toda a exigência legal.

Em que pese, no art. 181-B do Decreto nº 3.048/1999, existir expressa proibição ao direito de renunciabilidade dos benefícios previdenciários (aposentadoria), tal regra se mostra eivada de inconstitucionalidade por extravasar os limites constitucionais.

Decreto nº 3.048/1999

Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.(*acrescido pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/1999*)

A Constituição Federal, no art. 84, dispôs que o chefe do executivo poderá editar decretos com o fito de regularizar leis. Mas veja que tal decreto não poderá contrariar a lei e nem poderá dispor sobre matéria não disposta na lei. E o art. 181-B do citado Decreto, inova em matéria não disposta na lei a que se propõe regular, além de restringir direitos que é matéria afeita às leis, configurando verdadeira violação ao princípio da hierarquia das normas (invasão de competências). Nesse norte, ao arrepio da lei, o art. 181-B do Decreto nº 3.048/1999 fere a Lei nº 8.213/1991 e afronta à Constituição Federal, deixando visível sua manifesta inconstitucionalidade.

Os opositores à desaposentação sustentam a impossibilidade em razão do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, que como limites protetores tornam a aposentadoria irrenunciável, não podendo o segurado renunciá-la.

Martinez (2008, p. 117) leciona que o ato jurídico perfeito é garantia do cidadão e não do órgão gestor.

Essa garantia do cidadão é contra os atos nefastos do órgão instituidor que poderia alterar o benefício conforme se alterassem as normas regentes. É do bom alvitre, ressaltar que em matéria previdenciária a lei nova não alcança fatos pretéritos consumados sob a égide de uma lei vigente, à época. O que não se pode é pretender usar tal argumento para prejudicar o cidadão, como bem advertiu Martinez (2008, p. 117):

Compondo o patrimônio jurídico do indivíduo, uma segurança sua o ato jurídico perfeito não podem ser argüido contra ele petrificando condição gessadora de um direito maior, que é o de legitimamente melhorar de vida. Por ser produto dessa proteção constitucional a administração pública não poderá, de *ex officio*, desfazer a aposentação.

Martinez (2008, p. 117) arremata assegurando que o indivíduo que teve e tem o poder de requerer, tem também o direito de desfazer o pedido.

2.6. A possibilidade de cumulação dos proventos de aposentadoria com o salário de novo trabalho pós-aposentação

Persistia dúvida na doutrina e na jurisprudência se o ato da aposentadoria extinguiu o vínculo empregatício ou não. Para uns, a aposentadoria provocaria a extinção natural do contrato laboral e para outros, não. E a parte majoritária da doutrina sempre caminhou no sentido de que o vínculo empregatício não se romperia com a aposentadoria e que a relação jurídica entre o empregado e empregador é diversa da entre o empregado e a instituição previdenciária.

A celeuma agravou-se quando o legislador, por meio da Lei nº 9.528/1997, incluiu o § 2º no art. 453 da CLT, para constar expressamente que "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".

No entanto, o STF apreciando a ADI nº 1.721-DF, arrimado no art. 7º, I, da CF/88 (proteção contra despedida arbitrária), considerou que toda despedida se configura como arbitrária quando não se fundar em falta grave, em motivos de ordem técnica e por razões econômico-financeiras (arts. 482 e 165, CLT), sendo vedado que o fato em si da aposentadoria acarrete a extinção do vínculo contratual. Na mesma decisão o STF declarou a inconstitucionalidade do § 2º do art. 453 da CLT.

Discute-se a extinção do vínculo empregatício pela aposentadoria quando o trabalhador entra na inatividade (pela concessão da aposentadoria) e continua a exercer as atividades do mesmo cargo.

Em se tratando de trabalhador privado aposentado não há qualquer óbice legal a que volte a exercer atividades após a aposentação, conforme exposição acima.

Já no caso do servidor público deverá, antes de retornar a ativa, se submeter a regra da cumulação de cargos prevista no art. 37, XVI e XVII da CF/88, pois o parágrafo 10º do art. 37 da CF/88 veda a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma da Constituição, os cargos eletivos e

os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração (*ad nutu*).

2.7 Inacumulabilidade de aposentadoria pelo mesmo regime

A Lei nº 8.212/1991, no art. 12, § 4º (*acrescido pela Lei nº 9.032, de 28/04/1997*), determina que é segurado obrigatório do Sistema Previdenciário, o aposentado em relação a cada atividade que exercer após-aposentadoria, devendo inclusive contribuir para o sistema em relação a cada atividade.

O aposentado que retorna ao mercado de trabalho e exerce atividade remunerada contribui compulsoriamente para o sistema, de modo que a contribuição previdenciária é retida de imediato na fonte.

A Constituição Federal, no art. 40, § 6º, vedou a percepção de mais de uma aposentadoria à conta do regime de previdência social nos regimes próprios.

A Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social, também possui dispositivo legal vedando o recebimento de duas aposentadorias pelo mesmo regime previdenciário (art. 124, II, da Lei nº 8.213/1991).

Assim, essa segunda contribuição do trabalhador pós-aposentação se mostra inútil ao trabalhador aposentado, posto que não poderá cumular aposentadorias provenientes do mesmo regime e nem pleitear qualquer incremento em decorrência das novas cotizações.

Ainda mais, todos sabem que o sistema previdenciário brasileiro segue a sistemática de contribuição/contraprestação. Destarte, se o aposentado que volta a trabalhar não pode auferir nova contraprestação (nova aposentadoria) do mesmo regime, porque inacumulável, e nem qualquer espécie de incremento, porque legalmente vedado, logo a exigência de contribuição do aposentado trabalhador é injusta.

A doutrina previdenciária buscando afastar a injustiça da cobrança da contribuição do trabalhador aposentado, tem caminhado no sentido de que o aposentado que volta ao mercado de trabalho pode renunciar a primeira

aposentadoria (respeitando a regra legal da inacumulabilidade de aposentadorias no mesmo regime e a da Constituição Federal em relação aos servidores públicos) e, agregando as novas contribuições pós-aposentadoria, pleitear nova aposentadoria em melhores condições financeiras que a primeira.

A esse novo instituto a doutrina chamou desaposentação em evidente alusão ao termo aposentação, em síntese buscando desligar o vínculo do trabalhador aposentado com o regime anterior para pleitear nova aposentadoria mais vantajosa financeiramente. Desse instituto, trata em maiores detalhes técnicos o capítulo que segue.

CAPÍTULO 3 O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO

Ao longo da história, após muita luta, a sociedade brasileira conquistou o direito à aposentadoria que deveria ser sinônimo de direito a uma senilidade digna e feliz, após inúmeros anos de dedicação exclusiva às atividades laborais. Porém, atualmente, não é o que ocorre na prática.

A aposentadoria atual – um sonho almejado pela sociedade brasileira de datas anteriores – já não atende mais às reais necessidades de subsistência do trabalhador e de sua família, razão pela qual o sonho de uma aposentadoria tranqüila fica cada dia mais distante da maioria da população brasileira.

Embora o legislador constitucional tenha esteado novos ares de cunho social no direito previdenciário brasileiro, reconhecendo, ampliando e facilitando o acesso dos trabalhadores ao sistema previdenciário, o legislador ordinário pós-1988 tem reiterado inúmeras alterações na legislação previdenciária no sentido de dificultar o acesso (postergando/ampliando os requisitos para acesso aos benefícios).

Ademais, há uma crescente incompatibilidade entre os valores recebidos a título de proventos e os gastos que aumentam à medida que a idade do segurado aumenta. Via de regra a condição do idoso é agravada em face do aumento da idade, vez que a saúde fica debilitada e os proventos servem quase que exclusivamente para cuidar da saúde.

Neste sentido, o aposentado brasileiro atual vê-se coagido a retornar ao mercado de trabalho e nele continuar a exercer atividades laborais para complementar a renda originária dos proventos que se mostra insuficiente para a manutenção própria e familiar.

De um modo geral, quem exerce atividade remunerada enquadra-se como segurado obrigatório de algum regime previdenciário (RGPS ou RPPS), nos termos dos artigos 12 e 13 da Lei nº 8.212/1991.

E nesse rumo o aposentado que volta à ativa, por determinação legal, será segurado obrigatório em relação a nova atividade e compulsoriamente terá sua cotização previdenciária recolhida na fonte (art. 12, § 4º da Lei nº 8.212/1991, *acrescido pela redação da Lei nº 9.032, de 28/04/1997*).

Art. 12 da Lei nº 8.212/1991

§ 4º 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 esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social. *(acrescido pela Lei nº 9.032, de 28/04/1997).*

Neste contexto, observe-se que geralmente os segurados que voltam à ativa pós-aposentação sequer chegarão a preencher os requisitos para pleitearem nova aposentadoria, vez que tal benefício é concedido quando o trabalhador já está com a idade avançada, não havendo tempo hábil para completar os requisitos necessários a uma nova aposentadoria.

Além disso, o trabalhador aposentado não poderá pleitear nova aposentadoria posto que a Lei nº 8.213/1991, no art. 18, § 2º (*redação da Lei nº 9.528/1997*), veda a concessão de duas aposentadorias cumulativas por um mesmo regime previdenciário.

Ademais, ressalte-se que os trabalhadores aposentados que retornam ao mercado trabalho, em outra ou apenas continuam a atividade anterior, estão sujeitos às contribuições previdenciárias em relação a atividade pós-aposentação, mas não poderão pleitear incremento ou qualquer espécie de benefício previdenciário do Poder Público com base no tempo de contribuição pós-aposentação, posto que tal concessão foi vedada pela Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, *com redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997*).

Art. 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. *(com redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997).*

Assim, o segundo tempo de contribuição é inútil ao segurado e a cobrança de contribuição do aposentado que retorna à ativa se mostra manifestamente injusta, eis que inexistente contraprestação adequada.

Tal situação, fez surgir na doutrina previdenciária o instituto da desaposentação com escopo de corrigir a injusta cobrança da contribuição previdenciária do trabalhador aposentado. No entanto, uma segunda aposentação pelo mesmo regime é vedada legalmente.

Nesse norte, o instituto da desaposentação "excluiria o vínculo do segurado com o regime de origem e possibilitaria a emissão da certidão de tempo de contribuição, com a respectiva averbação em regime próprio" (IBRAHIM, 2007, p. 38), permitindo que o trabalhador aposentado pleiteie nova aposentadoria em melhores condições financeiras.

Observe-se que não se trata de cumulação de aposentadorias, mas de renúncia de uma para a obtenção de outra em melhores condições financeiras.

3.1 Definição de Desaposentação

Prefaciando a obra "Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria" de Fábio Zambitte Ibrahim, 2ª edição, publicado pela Editora Impetus, no ano de 2007, o advogado previdenciarista Wladimir Martinez Novaes afirma:

Com efeito, pelo que sabemos, fomos os primeiros a considerar a hipótese da desaposentação no Brasil, ou, pelo menos, ter publicado os primeiros trabalhos sobre o assunto, criando o neologismo desaposentação, que se refere à revisão do ato de aposentação, cujo objeto é a aposentadoria.

O referido advogado avoca para si, justificadamente, no livro "Desaposentação", de sua autoria, publicado em 2008, pela editora LTr, o lançamento no mundo jurídico do termo desaposentação em artigo publicado pela Editora LTR, em 1987:

Creemos que fomos um dos primeiros a cogitar desse instituto técnico e a publicar um artigo versando o assunto (Renúncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários, São Paulo: Ltr, 1987, *in Supl. Trab.* N. 4/87). Logo após a ocasião criamos o neologismo, hoje amplamente adotado, de chamar "desaposentação" ao ato de desconstituição do benefício mantido com vistas a nova aposentação.

É certo que a desaposentação é um neologismo da doutrina previdenciária que, agora nos últimos anos, vem sendo debatida açodadamente, mas ao que parece, foi mesmo introduzida no mundo jurídico precipuamente pelo Advogado

previdenciaria Wladimir Novaes Martinez nos idos do ano de 1987, como ele próprio tem pugnado.

O instituto da desaposentação é tão somente a construção doutrinária que visa à desconstituição do ato concessivo da aposentadoria, geralmente, com a finalidade de se obter uma nova aposentadoria financeiramente mais satisfatória.

Inexiste ponto pacífico na doutrina previdenciária, pois se trata eminentemente de instituto jurídico criado pela doutrina e acolhido pela jurisprudência brasileira, sem qualquer elemento normativo que o discipline, razão pela qual goza de intrincados debates jurídicos, favoráveis e contrários.

Porém, atualmente, chega a ser majoritária a corrente favorável, com sobra; discutindo-se acirradamente apenas questões técnicas como o alcance do instituto, limites/restrições, e, o grande calo, continua sendo o equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes previdenciários (restituição de valores recebidos durante a aposentadoria.).

Ibrahim (2007, p. 34) define o instituto da desaposentação como sendo:

a reversão do ato que trasmutou o segurado em inativo, encerrando, por consequência, a aposentadoria. Aqui tal conceito é utilizado em sentido estrito, como normalmente é tratado pela doutrina e jurisprudência, significando tão-somente o retrocesso do ato concessivo de benefício almejando prestação maior.

A desaposentação traduz-se na 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, mediante a utilização de seu tempo de contribuição (IBRAHIM, 2007, p. 35). De modo a ser possível o trabalhador aposentado solicitar uma Certidão de Tempo de Contribuição junto ao regime de origem e proceder a averbação junto ao novo regime, *in casu*, instituidor e receber nova aposentadoria financeiramente mais favorável.

Sustenta, ainda, Ibrahim (2007, p. 35) que a idéia da desaposentação é:

Liberar o tempo de contribuição utilizado para a aquisição da aposentação, de modo que este fique livre e desimpedido para averbação em outro regime ou mesmo para novo benefício no mesmo sistema previdenciário, quando o segurado tem tempo de contribuição posterior à aposentação, em virtude da continuidade laborativa.

Para Ibrahim (2007, p. 36) há duas possibilidades de desaposentação: averbação de tempo de contribuição em outro regime previdenciário com a contagem deste tempo no mesmo regime e condiciona/restringe a desaposentação a finalidade de obter benefício mais vantajoso.

Já Martinez (2008, p. 36) amplia a possibilidade da desaposentação e entende ser possível a aplicação deste instituto mesmo quando o segurado não busque outro benefício financeiramente mais vantajoso, mas desde que seja apenas vantajoso ao talante do segurado.

Seria o caso do aposentado que tendo meios suficientes de manutenção não mais deseja continuar a receber os proventos da aposentadoria e nem pretende outro benefício melhor.

Carla Mota Blank Machado Neto (apud, Martinez, 2008, p. 21) sustenta que "a desaposentação consiste na desconstituição do ato administrativo declaratório de concessão da aposentadoria, para fins de aplicação do seu tempo de contribuição em outro ou no mesmo regime previdenciário, visando a obtenção de um benefício mais vantajoso" (Desaposentação, São Paulo: LTR, 2007, *in jornal do 26º CBPS*, p. 69/70).

3.2 Modalidades do Instituto da Desaposentação

É bom esclarecer que há duas espécies de desaposentação: a que se opera no mesmo regime, e, a que ocorre, como bem disse Ibrahim (2007, p. 38), com a transmutação entre regimes previdenciários diversos.

Dessas espécies tratar-se-á em maiores detalhes logo à frente. Mas convém pontuar que a primeira espécie ocorre quando o segurado já aposentado continua a trabalhar e recolher as cotizações previdenciárias no mesmo regime; e, a segunda, quando o segurado também aposentado por um regime continua a trabalhar e verter as contribuições previdenciárias em outro regime previdenciário, ficando vinculado a este último regime quanto as novas cotizações (art. 12, § 4º, da Lei nº 8.212/1991).

É certo que a segunda possibilidade aventada, ocorrerá com maior frequência quando o segurado já aposentado pelo RGPS passa a exercer atividade vinculada a um RPPS; mas, ao menos no campo das hipóteses, é possível cogitar-se a migração pós-aposentadoria de um RPPS para o RGPS, embora talvez não seja muito vantajoso em regra. Exemplificando, temos o caso hipotético de um servidor de nível médio que pós-aposentadoria é contratado por uma grande empresa privada com salário mais vantajoso e passa a cotizar compulsoriamente contribuições para o RGPS.

Em síntese o instituto da desaposentação pode ocorrer no mesmo regime ou com migração entre regimes (RGPS para RPPS ou de um RPPS para outro RPPS).

Mas, também há de se admitir a ampliação do citado instituto para alcançar a situação daquele que pretende fazer cessar o mero recebimento das prestações previdenciárias, sem almejar nova contagem de tempo, até porque não há como o órgão instituidor coagir o beneficiário ao recebimento contínuo das parcelas mensais.

Além disso, é necessário ressaltar que a desaposentação não implica na renúncia ao direito adquirido à aposentadoria, vez que irrenunciável. O que se renuncia é o direito às prestações mensais: uma vez obtido os requisitos da aposentadoria, esta passa a fazer parte do patrimônio do segurado, sendo, portanto, amparada pelo manto protetor do direito adquirido.

Nesse tirocínio, segue a lição de Martinez (2008, p. 28):

Desaposentar compreende renúncia às mensalidades da aposentadoria usufruída, a abdicação do direito de se aposentar, que se mantém potencialmente indestrutível. Portanto, pressupõe a existência do referido direito, seja o simples seja o adquirido, mas não uma pretensão parecida. Nem apreensão por vir. A desaposentação não reclama motivação maior, mas freqüentemente a idéia do solicitante é de melhorar sua situação pessoal ou social.

Prossegue Martinez (2008, p. 30) sustentando que a desaposentação é modalidade de desfazimento da aposentação, ou seja, desconstituição do estado jurídico de jubilado, retornando a pessoa à condição de não aposentado. O que em tese pode satisfazer a alguém que já não mais deseja o estado de aposentado.

Assim, a aposentação deve ser vista como uma renúncia específica à aposentação e, no mais comum dos casos, mas não necessariamente, objetivando uma nova e melhor aposentação, conforme Martinez (2008, p. 36).

Dessarte, não há como se obstruir o direito a desaposentação daquele segurado que apenas não mais deseja continuar na condição jurídica de aposentado, mas, como bem disse Martinez (2008, p. 28), apenas, melhorar sua situação social.

Observe-se que o que se renuncia na verdade não é o direito a aposentação, mas sim o direito às prestações mensais, pois o direito a aposentadoria permanece intocável, vez que protegido pelo manto protetor do instituto constitucional do direito adquirido. Assim, caso no futuro, tal segurado volte a necessitar das prestações previdenciárias, poderá solicitar a reintegração de seu benefício, vez que se trata de direito adquirido, observando-se apenas a prescrição das parcelas esmaecidas pela ação temporal.

Andre Santos Novaes (*apud* Martinez, 2008, p. 59) perfilhando entendimento semelhante, diz:

A disponibilidade não se refere ao direito à aposentadoria em si mesma irrenunciável, mas ao pagamento das mensalidades. O direito ao benefício é de ordem pública, cuja disposição está nas mãos apenas do legislador. Ele é irreversível, o que cessarão são os pagamentos.

Para Ibrahim (2007, p. 37) o benefício previdenciário torna-se inalienável uma vez preenchidos os requisitos necessários ao seu implemento, ganhando revestimento de ato jurídico perfeito contra qualquer ataque do Poder Público:

O benefício previdenciário é direito inalienável do segurado e de seus dependentes, assegurado pela lei e pela Constituição, não podendo ser excluído pelo Poder Público, uma vez preenchidas as condições a seu implemento. Qualquer tentativa neste sentido será eivada do vício da inconstitucionalidade. Uma vez obtidos, não haveria a possibilidade jurídica do interessado em revertê-lo, não só em razão do ato jurídico perfeito, mas também devido à própria lógica protetiva do sistema previdenciário.

Assim, outro não pode ser o entendimento, pois em sendo negado tal direito, basta ao segurado, que possui outro meio de subsistência, não ir mensalmente ao órgão pagador receber as prestações previdenciárias (proventos) que, após certo lapso temporal, o próprio órgão instituidor fará cessar o pagamento mensal, obtendo destarte, o segurado, resultado semelhante ao da desaposentação, sem escopo de nova contagem de tempo.

3.3 Distinguindo a Desaposentação de outros institutos jurídicos

A doutrina tem apresentado uma confusão técnica quando trata a desaposentação como renúncia à aposentadoria. O que de certo modo dificulta o entendimento de cada instituto que portam requisitos exclusivos, além de dificultar a compreensão e a viabilidade técnica do instituto da desaposentação que começa a brotar no direito previdenciário brasileiro, como a solução para corrigir a injustiça da cobrança da contribuição previdenciária do trabalhador aposentado.

É conveniente, verificar de início que o instituto da desaposentação não se confunde com o instituto da reversão, disciplinado no art. 25 da Lei nº 8.112/1990; nem como Instituto da Renúncia pura da aposentadoria e nem com o Instituto da Revisão. Às vezes, em determinadas situações os institutos retro citados podem ter alguns ares de semelhanças, mas há diferenças pontuais entre os mesmos.

Virou praxe, na doutrina previdenciária, a confusão entre o Instituto da Renúncia à Aposentadoria e o da Desaposentação. Desse modo, a diferença entre os institutos é medida que se impõe.

3.3.1 Desaposentação X Renúncia pura à aposentadoria

A renúncia à aposentadoria consiste na desistência do beneficiário em perceber seus vencimentos de inatividade sendo, portanto, apenas uma abdicação dos frutos advindos da aposentação.

Como tal, é ato privativo e volitivo do servidor renunciante, dependendo tão somente de manifestação unilateral do beneficiário, não podendo o Poder Público obstar essa pretensão. Nessa espécie, o ato administrativo permanece íntegro em relação ao ente público que o produziu.

Segundo José Ricardo Caetano Costa (2001) o instituto da aposentação em sentido técnico, é um ato constitutivo positivo, na desaposentação temos um ato

desconstitutivo negativo. O titular do direito pode, portanto, a qualquer tempo solicitar a cessação do ato concessório de seu benefício.

Embora exista a “aposentadoria compulsória” aos 70 (setenta) anos de idade para os servidores públicos não fica afastada a condição de ato positivo e volitivo em relação ao servidor, pois o mesmo não é obrigado a aceitar a aposentadoria compulsória (se quiser, pode renunciar o recebimento dos proventos).

Assim, entende-se que a aposentadoria compulsória é obrigatória para o órgão público que, por mandamento constitucional, não poderá manter em seu quadro aquele servidor que completou a idade constitucional (70 anos) limite para permanecer em atividade pública. Já o servidor, se não quiser receber os proventos da aposentadoria compulsória estará apenas exercendo uma faculdade, pois não há como o Poder Público o coagir a receber os proventos contra própria vontade.

À renúncia à aposentadoria, meramente dos proventos, melhor seria chamar de “renúncia pura à aposentadoria” ou “renúncia simples” para diferenciar das outras espécies de renúncias e evitar os percalços e confusões que se vêem nas doutrinas previdenciárias.

Nestes termos, a renúncia pura à aposentadoria não exerce poderes de desconstituição sobre o ato administrativo concessivo e tampouco consiste em instrumento adequado para se extinguir o vínculo existente entre o servidor e o ente público ao qual está ligado. Por conseqüência, não garante ao servidor renunciante a obtenção de certidão de tempo de serviço para o fim de averbação em outro regime de previdência.

A “renúncia pura à aposentadoria” também não pode ser, de maneira alguma, considerada como meio eficaz a desincompatibilizar e possibilitar o ingresso ou mesmo a reinvestidura do servidor no serviço público, pois se trata de mera desistência/abandono dos frutos advindo da aposentação.

A desaposentação é uma espécie de renúncia específica, ou complexa, da aposentadoria, sem que isso implique necessariamente a perda do direito a aposentação, eis que intocável como dito anteriormente, é como se o exercício desse direito ficasse temporariamente “suspenso” para ser reavido depois (com a nova aposentação). Na desaposentação, busca-se apenas desconstituir o ato administrativo concessivo da aposentação e cancelar o recebimento mensal das prestações decorrentes da aposentação de origem.

3.3.2 Desaposentação X Revisão de benefício previdenciário

A revisão consiste em recalcular o salário de benefício original, considerando as contribuições anteriores que propiciaram a concessão de um benefício previdenciário, isto quando ocorre erro na concessão do benefício que continua vigente ou quando a concessão é indeferida, destarte nada tendo haver com desaposentação.

A revisão de benefício vem disciplinada no art. 103 da Lei nº 8.213/1991 e conforme lembrou Lopes (2008) todo e qualquer direito ou ação objetivando a revisão de benefício previdenciário, por parte do segurado, se submete ao prazo decadencial, que é de 10 anos.

Diferentemente da desaposentação que busca o desfazimento do ato concessório para pleitear certidão de tempo de contribuição para solicitar nova aposentadoria mais vantajosa financeiramente, seja no regime de origem ou em outro regime.

E tal instituto não comporta prazo decadencial, a uma porque inexistente disposição legal, a duas porque a natureza do instituto técnico impede um prazo decadencial, sob pena de descaracterização primária do instituto. Nesse sentido Martinez (2008, p. 53).

3.3.3 Desaposentação X Reversão

Não há se confundir o instituto da reversão com o da desaposentação.

A reversão é forma de reingresso do servidor ao serviço público e ocorre quando com o restabelecimento, mediante laudo médico, do servidor em gozo de aposentadoria por invalidez e a pedido do servidor, no interesse da administração, de servidor aposentado por tempo de contribuição (art. 25 da Lei nº 8.112/1990).

Para Carvalho Filho (2008, p. 557) também é causa de reversão quando há vício de legalidade no ato que concedeu a aposentadoria e a Administração tem o dever de anular tal ato obrigando o servidor a retornar a seu cargo anterior.

Observação interessante à temática em apreço é a de Alexandrino e Paulo (2007, p. 289) a de que voltando ao desempenho de seu cargo o revertido poderá contar esse novo tempo de atividade para, depois, aposentar-se com proventos integrais.

Embora os proventos integrais sejam sempre mais vantajosos, não há se confundir a reversão com a desaposentação, eis que se trata de mero reingresso de servidor público no cargo anteriormente exercido.

3.4 O desfazimento do ato concessivo da aposentadoria

É pacífico em matéria previdenciária que o ato concessivo da aposentação é puro ato administrativo do Poder Público vinculado, eis que deverá obedecer a certos requisitos (lapso temporal, comprovação das contribuições e requerimento do interessado) e estando preenchidos os requisitos não poderá o órgão instituidor furtar-se a expedir o ato concessivo.

Uma vez expedido o ato administrativo, em consonância com os requisitos legais para tal, passará a produzir imediatamente seus efeitos jurídicos e já não poderá ser atacado por disposições legais posteriores, mesmo que tais disposições venham a mexer completamente na estrutura previdenciária. Eis que o direito à aposentação, processado em conformidade com a norma vigente, adquire o *status* de ato jurídico perfeito e fica envolto pelo manto protetor do direito adquirido, tornando-se inatacável.

Isso, para evitar que o segurado, como bem afirmou Ibrahim (2007, p. 43) vivesse numa eterna insegurança caso seu benefício pudesse ser revisto a qualquer momento, principalmente quando da revisão dos requisitos de elegibilidade previdenciários, que são freqüentemente alterados em virtude de questões atuariais.

O que se discute na doutrina e jurisprudência é se o ato concessivo pode ser desfeito, vez que porta o *status* de ato jurídico perfeito e amparado pela égide protetora do direito adquirido.

De início, convém ressaltar que a mantença irretocável do ato jurídico perfeito e do direito adquirido é condição *sine qua non* para a existência de segurança jurídica tão necessária em qualquer ordenamento.

Martínez (2007, p. 117) aponta que o ato jurídico perfeito é garantia do cidadão e não do órgão gestor.

Ibrahim (2007, p. 44) chama a atenção para o fato de que a segurança jurídica não significa imutabilidade das relações sobre as quais incide a norma jurídica, mas muito pelo contrário, a garantia da preservação do direito, o qual pode ser objeto de renúncia por parte do seu titular em prol de situação mais benéfica.

Martínez (2007, p. 117) arremata;

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

Frise-se, ainda, que o direito previdenciário é ramo do direito social e, no atual estado democrático, o direito social em confronto com as normas estatais pende mais para o lado social, buscando melhorar a condição social dos cidadãos, posto ser característica emblemática do direito social contemporâneo.

3.5 Requisitos da desaposentação

Chega a ser regra comezinha que em matéria jurídica todo e qualquer instituto porta um conjunto normativo que o regerá, obedecendo a requisitos próprios que dão sustentação e define a aplicação no arcabouço de relações jurídicas.

O instituto da desaposentação não é diferente, também, possui requisitos próprios. Neste trabalho, não se busca esgotar tais requisitos, mas apenas

mencionar os que se julgam necessários à análise do tema em estudo, que serão brevemente analisados nos itens que seguem.

3.5.1 Obediência ao princípio da paridade das formas

É certo, como alhures pontuado, que o ato administrativo concessivo da aposentação é ato vinculado, devendo, destarte, para produzir efeitos obedecer a uma série de requisitos, sem os quais não se aperfeiçoa.

Para se desfazer um ato administrativo aplica-se o princípio da paridade das formas, pelo qual um ato só pode ser desfeito mediante outro de igual envergadura, ou seja, produzido conforme a forma normativa que o primeiro.

Se o ato administrativo concessivo da aposentação é vinculado, de igual modo, tal ato só pode ser desfeito por outro também vinculado.

Nesse norte, Kravchychyn (2007) sustenta:

para que o fato jurídico aposentadoria seja retirado do ordenamento, pelo princípio da paridade das formas, necessário se fará um outro ato administrativo vinculado: o ato da desaposentação, com requisitos idênticos à emissão do ato de aposentação, veículo introdutor da aposentadoria.

Embora a desaposentação seja direito subjetivo do segurado e, nisso não há oposição entre seus defensores, necessariamente trata-se de ato vinculado, assim como a aposentação, uma vez preenchidos os requisitos, nada mais se discute, não podendo de forma alguma tal direito ser obstruído.

A renúncia é instituto originário do direito civilista e nele tal instituto concretiza-se mediante ato unilateral do agente, consistente no abandono voluntário de um direito ou de seu exercício; é ato, portanto, que independe da aquiescência de outrem (KRAVCHYCHYN, 2007).

Assim, apresenta-se como requisito inafastável à desaposentação que a renúncia, como ato vinculado (requisitos + vontade do interessado/segurado), seja proposta perante o órgão instituidor apenas para fins de registros e apreciação dos

requisitos vinculados (obediência ao regramento legal), mas jamais para aperfeiçoamento mediante deferimento do órgão.

3.5.2 Observância do caráter atuarial e financeiro do sistema e o não prejuízo aos regimes ou a terceiros

É certo que quando o trabalhador migra entre regimes previdenciários, e pretende aposentar-se no novo regime previdenciário, carecerá de efetuar a compensação financeira entre os regimes, pois do contrário o regime sai no prejuízo arcando com despesa para a qual não possui aporte financeiro suficiente.

Nesse curso, Cunha Filho (2004) sustenta que:

A compensação entre regimes decorre e tem como escopo a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial nos regimes de previdência social envolvidos na operação de contagem recíproca, pelo que a compensação entre regimes previdenciários compõe e viabiliza o procedimento de contagem recíproca. Constitui a compensação financeira entre regimes no reembolso que o regime previdenciário de origem, ou seja, o regime em que o segurado ou servidor esteve vinculado, paga ao regime previdenciário instituidor, que é o regime que irá conceder-lhe o benefício, conforme arts. 1º, §2º e 4º, da Lei nº 9.796/99.

Assim, fica patente a necessidade de aplicarem-se parâmetros atuariais e financeiros entre os regimes quando da desaposentação, isso para evitar prejuízo ao sistema e aos segurados em geral que são os custeadores diretos dos regimes.

Não se pode olvidar que contraria as características de sustentação do instituto da desaposentação caso venha em seus efeitos causar danos a terceiros.

Martinez (2008, p. 60) vislumbra algumas hipóteses em que se rejeita a idéia de danos a terceiros (deixar de pagar pensão alimentícia para os alimentandos).

Na mesma linha prossegue Martinez (2008, p. 60) sustentando que a motivação será pessoalmente nobre e expressada quando do pedido (*in casu* da desaposentação). Dessa forma, se a deliberada intenção do aposentado é desaposentar para nada receber e, dessa forma, não ter de pagar pensão alimentícia à ex-esposa é descabida a desaposentação. Solução viável será o órgão

gestor continuar retendo o valor desse ônus civil e repassar para o regime instituidor apenas a diferença, sem que assim o interessado conseguisse deixar de cumprir o seu dever para com os dependentes.

É assim, porque a desaposentação é incompatível com danos aos regimes e/ou a terceiros.

3.5.3 A restituição do valor necessário ao equilíbrio financeiro

A grande discussão acerca da desaposentação é quanto à devolução ou não do valor recebido pelo trabalhador a título de aposentadoria.

Como constatado anteriormente, duas são as modalidades em que se apresenta o instituto da desaposentação e a presente problemática deve sempre analisada em consonância com cada uma de suas modalidades. A primeira, no mesmo regime e a segunda com migração entre regimes.

Quanto à primeira modalidade não há se falar em restituição de valor algum, pois o benefício de aposentadoria, quando originariamente concedido, foi feito com o intuito de permanecer durante o restante da vida do segurado. Se este deixa de receber as prestações vindouras, estaria, em verdade, favorecendo o regime previdenciário (IBRAHIM, 2007, p. 60 e 61).

Considerando a aposentação devidamente concedida, após preenchimento dos requisitos necessários, sob o amparo da lei vigente, com intuito duradouro, que o trabalhador aposentado somará cotizações futuras às anteriores para pleitear nova aposentadoria, inexistente qualquer prejuízo ao regime previdenciário e a terceiro, eis que o acréscimo da aposentadoria decorrerá das cotizações pós-aposentação no mesmo regime.

Neste norte, com razão Ibrahim (2007, p. 61) arremata:

A exigência da restituição de valores recebidos dentro do mesmo regime previdenciário implica obrigação desarrazoada, pois se assemelha ao tratamento dado em caso de ilegalidade na obtenção da prestação previdenciária.

A desaposentação em mesmo regime previdenciário é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do

segurado. Não faz o menor sentido determinar a restituição de valores fruídos no passado.

Não havendo prejuízos ao regime previdenciário e nem a terceiros, não há se falar em devolução ou restituição de qualquer valor recebido a título de proventos, quando legalmente concedida a aposentação.

No que toca a segunda modalidade de desaposentação, com migração entre os regimes previdenciários, a celeuma apresenta pontos difíceis à primeira vista.

Martinez (2007, p. 110 e 111) aponta algumas correntes doutrinárias quanto à restituição dos valores recebidos a título de proventos: a primeira, sustentando a não devolução/restituição; a segunda defende a devolução parcial; a terceira defende a devolução integral e a quarta defende a devolução apenas do necessário (observando-se os parâmetros atuariais imprescindíveis), a última corrente se filia Wladimir Novaes Martinez.

Para Ibrahim (2007, p. 61/62) em caso de migração entre regimes será desnecessário a restituição de valores, vez que o sistema previdenciário brasileiro adotou a sistemática de repartição simples (os da ativa sustentam os da inatividade para serem sustentados no futuro), aduzindo ainda que se trata de benefício previdenciário, com característica de verba alimentícia, razão pela qual não se poderia exigir a devolução de qualquer valor devidamente recebido.

Já Martinez (2008, p. 36) entende que se deve restituir apenas o necessário à manutenção do equilíbrio financeiro dos regimes envolvidos:

Restituindo-se o que for atuarialmente necessário para a manutenção do equilíbrio financeiro dos regimes envolvidos com o aproveitamento do período anterior no mesmo ou em outro regime de previdência social, sempre que a situação do segurado melhorar e isso não causar prejuízo a terceiros.

Quanto à desaposentação no mesmo regime parece que a melhor solução é a inexistência de restituição de qualquer valor, pois como aduzido por Ibrahim (2007, p. 61), na prática, tem-se mero recálculo do valor da prestação em razão das novas cotizações do trabalhador aposentado.

No entanto, a desaposentação com transmutação entre regimes, pode causar prejuízos ao regime instituidor se este não receber a devida compensação pelo novo ônus que assumirá; como também, o regime de origem poderá sofrer prejuízos se efetuar a compensação integral para com o regime instituidor sem que

receba a restituição do valor necessário para manter o equilíbrio financeiro e atuarial, eis que já pago anteriormente ao segurado a título de proventos.

Observe-se que os regimes não podem ser prejudicados pela transferência dos encargos previdenciários e, em especial, o regime de origem que terá de repassar recursos para o regime instituidor, desfalcando o seu ativo em virtude de ter mantido o benefício a ser abdicado (MARTINEZ, 2008, p. 54).

Para que haja o equilíbrio financeiro entre os regimes tornando viável e sustentável o instituto da desaposentação do ponto de vista técnico do seguro social e atenda aos seus objetivos, é imprescindível o restabelecimento do *status quo ante* (MARTINEZ, 2008, p. 59).

Na atual sistemática, parece que a melhor técnica viável a desaposentação, sem causar prejuízos aos regimes e a terceiros, seria condicioná-la a restituição apenas do valor que for necessário para a manutenção do equilíbrio financeiro. Isto mediante cálculos atuariais, levando em consideração as cotizações e a expectativa de vida atual do trabalhador aposentado. Cujos cálculos devem ser feitos por contador com conhecimento em atuária e financeiros.

Afasta-se a necessidade de restituição integral, eis que o valor foi recebido legalmente. A devolução integral ocorre quando há anulação por vício na concessão do benefício. Este não é caso, pois a desaposentação só existe quando a aposentação é legalmente concedida.

Na Lei nº 9.796/1999 não há exigência para que o Poder Público, por meio de seus regimes previdenciários, efetue compensação integral, mas apenas do necessário ao equilíbrio financeiro e atuarial. Assim, exigir a devolução integral por parte do trabalhador aposentado (particular) seria ato incabível, ilegal e inconstitucional por ferir o tratamento isonômico previsto na Constituição Federal.

3.5.4 Contagem recíproca e compensação entre os regimes

O grande óbice à desaposentação seria a compensação entre os regimes, mas tal compensação encontra-se prevista no art. 201, § 9º da CF/88, acrescido ao

texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 20/98, nos arts. 94 a 96 da Lei nº 8.213/91, e ainda no art. 126 do Decreto nº 3.048/1999 que regulamenta a lei anterior.

Dispõe o citado texto constitucional ser assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública ou na iniciativa privada, estatuidos que nesses casos os regimes procederão à compensação entre si, nos termos da Lei.

A compensação entre os regimes previdenciários prevista na Carta magna foi disciplinada pela Lei nº 9.796/99 que dispõe sobre a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes de previdência dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria.

Estando tal matéria disciplinada legalmente, abertas estão as portas ao instituto da desaposentação, eis que já há uma norma disciplinando como se dará o processo de compensação entre os diversos regimes, de modo a manterem o equilíbrio financeiro e atuarial. O que acaba viabilizando a desaposentação na prática.

3.6 Contrapontos: a argumentação dos opositores à desaposentação

A primeira argumentação dos opositores à desaposentação é que a aposentadoria é irrenunciável, nos termos do art. 181-B do Decreto nº 3.048/1999. Ocorre que tal argumento não pode subsistir. Consoante demonstração alhures, o citado Decreto reveste-se de inconstitucionalidade, pois extravasa os limites constitucionais, inovando em matéria não disposta nas Leis a que se propõe a regulamentar (Lei nº 8.212/1991 e Lei nº 8.213/1991).

É pacífico, em matéria previdenciária, que a aposentadoria é substitutiva do salário, revestindo-se das características e proteção inerente ao mesmo. Se ao salário, não se nega o caráter patrimonial, não há como se negar tal característica ao seu substituto (a aposentadoria). Assim, se a aposentadoria porta o caráter

patrimonial, o seu titular fará uso na qualidade de bem patrimonial, podendo ou não, ao seu talante, exercer o direito da renúncia.

Os opositores sustentam também que a desaposentação (renúncia aos proventos, alvejando melhor aposentadoria) não poderia ser configurada como renúncia, eis que dependente de requerimento e concordância do órgão instituidor. Razão inexistente em tal argumentação. Veja-se que pelo princípio da paridade das formas, para que o fato jurídico aposentadoria seja retirado do ordenamento jurídico, necessário será outro ato administrativo de igual envergadura, *in casu*, o ato da desaposentação obedecendo a requisitos idênticos ao da aposentação.

Tecnicamente não se mostra adequado condicionar a desaposentação a desaposentação à concordância do órgão instituidor, eis que se trata de ato administrativo vinculado, preenchido os requisitos não há como se obstruir seus efeitos. Necessário será o conhecimento do órgão instituidor apenas para os fins administrativos de registros e anotações pertinentes, jamais para deferimento ou indeferimento (concordância).

Insistem os opositores em que a desaposentação não pode prosperar em razão de ausência de previsão legal. Veja-se que o fato de inexistir norma proibitiva é justamente, a contrário *sunsu*, o que viabiliza juridicamente a desaposentação. Pois ao particular é lícito fazer tudo aquilo que não está vedado na lei.

Rebatem os opositores que a desaposentação incorre em enriquecimento ilícito dosegurado. Esse é um ponto controverso e tormentoso, pois há corrente doutrinária sustentando ser desnecessária a restituição de valores, a restituição integral e a restituição parcial (apenas do valor necessário ao equilíbrio atuarial e financeiro).

Atualmente ganha força, e parecer ser a mais volumosa, a corrente que defende a desnecessidade de restituição de valores ao órgão instituidor.

Porém, é certo que em qualquer sistema as despesas necessitam de aporte financeiro prévio, não há como se quitar débitos sem o recurso financeiro necessário, sob pena de quebra no equilíbrio das contas. Assim, parece mais sensato que, na desaposentação, haja a restituição do valor necessário ao equilíbrio atuarial e financeiro dos sistemas previdenciários, cujo valor deve ser identificado mediante prévio cálculo atuarial. Isso para evitar prejuízos ao sistema e a terceiros, eis que o direito não se presta a convalidar atos ilícitos, seu escopo é amparar a justiça dando a cada um, o que lhe pertence.

3.7 A posição dos Tribunais de Superposição

Entre os Tribunais de Superposição: Superior Tribunal de Justiça – STJ e Supremo Tribunal Federal – STF, a presente matéria foi discutida apenas no STJ.

No STJ foi julgado o Recurso Especial Nº 692.628/DF, na sexta turma, em 17/05/2005, manejado pelo INSS, onde a corte superior sustentou a disponibilidade, a renunciabilidade da aposentadoria e desnecessidade da restituição de valores.

STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 692.628 - DF (2004/0146073-3). EMENTA: Previdenciário. Aposentadoria. Direito à renúncia. Expedição de certidão de tempo de serviço. Contagem recíproca. Devolução das parcelas recebidas. **1.** A aposentadoria é direito patrimonial disponível, passível de renúncia, portanto. **2.** A abdicação do benefício não atinge o tempo de contribuição. Estando cancelada a aposentadoria no regime geral, tem a pessoa o direito de ver computado, no serviço público, o respectivo tempo de contribuição na atividade privada. **3.** No caso, não se cogita a cumulação de benefícios, mas o fim de uma aposentadoria e o conseqüente início de outra. **4.** O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito ex nunc e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos. **5.** Recurso especial improvido. (*Resp nº 692.628/DF. Recorrente: INSS. Recorrido: Ronaldo Gomes de Souza. Rel. Min. Nilson Naves. Julg. 17/05/2005. Pub.: 05/09/2005, no DJ*)

O citado aresto passou a formar precedente jurisprudencial no STJ, conforme consta no Informativo nº 247, de 16 a 20 de maio de 2005.

APOSENTADORIA PREVIDENCIÁRIA. RENÚNCIA. TEMPO. APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA. A aposentadoria previdenciária, na qualidade de direito disponível, pode sujeitar-se à renúncia, o que possibilita a contagem do respectivo tempo de serviço para fins de aposentadoria estatutária. Note-se não haver justificativa plausível que demande devolverem-se os valores já percebidos àquele título e, também, não se tratar de cumulação de benefícios, pois uma se iniciará quando finda a outra. Precedentes citados: REsp 497.683-PE, DJ 4/8/2003; RMS 17.874-MG, DJ 21/2/2005, e MS 7.711-DF, DJ 9/9/2002. REsp 692.628-DF, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 17/5/2005.

De igual forma o STJ decidiu, por meio da sua quinta turma, ao apreciar os autos do Recurso Especial nº 663.336/MG, em acórdão publicado em 07/02/2008, cujo recurso também fora interposto pelo INSS.

STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 663.336/MG (2004/0115803-6). EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. MUDANÇA DE REGIME PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA ANTERIOR COM O APROVEITAMENTO DO RESPECTIVO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. NÃO-OBRIGATORIEDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Tratando-se de direito disponível, cabível a renúncia à aposentadoria sob regime geral para ingresso em outro estatutário. 2. "O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito *ex nunc* e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos" (*Resp 663.336/MG. Recorrente: INSS. Recorrido: Ana Maria Athayde Polke. Rel.: Min. Arnaldo Esteves Lima. Julg. 06/11/2007. Pub.:07/02/2008*).

A jurisprudência do STJ revela ainda algumas decisões monocráticas que vêm acompanhando o entendimento colimando nos recursos especiais citados.

Assim, o entendimento que majoritário no STJ é a possibilidade de renúncia à aposentadoria anterior com aproveitamento do respectivo tempo de contribuição, bem como a desnecessidade de restituição de valores, vez que a aposentadoria possui natureza alimentar e quando do recebimento dos proventos pelo segurado tal verba era indiscutivelmente devida, lícita e legal.

3.8 A viabilidade do instituto da desaposentação

O instituto da desaposentação mostra-se plenamente viável a corrigir a injusta cobrança da contribuição previdenciária do aposentado que retorna à ativa, sem que possa pleitear, na atual sistemática previdenciária, qualquer benefício em decorrência das novas cotizações, vez que já possuidor de aposentadoria.

Sendo certo que o instituto da desaposentação tem como escopo excluir o vínculo do trabalhador aposentado com o regime de origem, de modo a permitir que ele possa pleitear Certidão de Tempo de Contribuição para proceder à averbação

junto a novo regime previdenciário ou no próprio regime de origem e obter nova aposentadoria em melhores condições financeiras.

Com razão Ibrahim (2007, p. 39) ao sustentar que a desaposentação colima proteger o segurado.

No entanto, Ibrahim (2007, p. 39) assegura que a desaposentação só seria viável “quando evidenciado seu intuito de obter prestação mais vantajosa no mesmo ou em outro regime previdenciário, afastando-se a reversibilidade pura e simples da aposentadoria”; ou seja, ao puro talante do segurado.

É cediço que a aposentadoria visa a proteção do segurado quando já não mais pode, por falta de vitalidade, prover seu próprio sustento e de sua família.

É certo, também, que apenas o mero acúmulo de recursos financeiros não implica, por si só, em satisfação/felicidade e/ou proteção do segurado. A satisfação é algo interno a cada pessoa que escudada em alguns elementos/caracteres externos faz com que o indivíduo alcance a satisfação interna e abstrata.

Logo a situação mais vantajosa nem sempre implica em somas financeiras. Ao menos, em tese, é possível que alguém tenha recursos financeiros próprios, e suficientes a sua manutenção, possa encontrar a satisfação interna no abandono da condição de aposentado (que sempre soa equivocadamente como classe desprestigiada, por representar ônus ao país).

A desaposentação é uma renúncia à aposentação, sem prejuízo do tempo de serviço ou do tempo de contribuição, *per si* irrenunciáveis, seguida ou não de volta ao trabalho (MARTINEZ, 2008, p. 36).

Assim, mostra-se plenamente viável a desaposentação ao mero talante do segurado, ou como disse Ibrahim (2007, p. 39), “pura e simples reversibilidade da aposentadoria”, quando o segurado tiver meios próprios de manutenção e isso lhe trazer a felicidade.

Pois poderá o segurado deixar de receber o benefício mensal, por mero capricho, que por via de consequência estará obtendo em parte efeitos semelhantes ao da simples reversibilidade da aposentadoria.

Ademais, se é certo que quem pode o mais (impor ônus ao regime, requerendo sua aposentação quando preenchidos os requisitos) pode o mínimo também (obter a simples reversibilidade do ato concessivo da aposentadoria).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Previdência Social, como instrumento social de efetividade da justiça social, exige cada vez mais aperfeiçoamento de seu arcabouço normativo para melhor acompanhar as mudanças sociais. Pois o direito sempre corre atrás dos fatos sociais. Assim, necessita o legislador previdenciário ficar antenado às reais necessidades sociais, pois é latente o desconhecimento da população acerca do tema analisado, principalmente, entre os trabalhadores que detêm menor poder aquisitivo.

As reformas previdenciárias são prementes e necessárias para consolidar o instituto abordado neste trabalho científico, de modo a acalmar as discussões doutrinárias e jurisprudenciais; além, de corrigir a injustiça da cobrança da contribuição previdenciária do trabalhador aposentado nos moldes praticados atualmente.

Restou descortinado o efetivo cabimento no ordenamento brasileiro do instituto da desaposentação, porque inexistente vedação legal e por ser um instrumento corretor da injusta cobrança de contribuição dos trabalhadores aposentados, pondo em efetividade a justiça social.

Da análise doutrinária constatou-se predominar a corrente mais ampla da desaposentação, de modo a possibilitar o aproveitamento do tempo de contribuição pós-aposentadoria, tanto no mesmo, como em regime diverso.

Restou comprovada a possibilidade de desfazimento do ato administrativo que concede a aposentação, mediante a mera renúncia das prestações previdenciária que não atinge o direito intocável da aposentação, eis que alcançado pelo manto protetor do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, sendo, destarte, uma garantia do segurado contra nefastos atos do Poder Público. Mas tal garantia não pode servir para prejudicar o próprio segurado, razão pela qual outro não pode ser o entendimento.

Verificou-se ser necessária a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial dos sistemas previdenciários, sob pena de desestruturação e inviabilidade futura, causando mal maior.

Assim, desnecessária será a restituição de qualquer valor pelo trabalhador aposentado que continua vinculado no mesmo regime, eis que a desaposentação, nesse caso, não trará prejuízos ao sistema e nem a terceiros. O acréscimo que haverá na segunda aposentação decorre das novas cotizações pós-aposentadoria e o cálculo se assemelha a mero recálculo do benefício original.

No que tange a desaposentação com transmudação de regimes, constatou-se ser necessário a compensação de valores de modo a manter-se o equilíbrio financeiro e atuarial, sendo exigível que o trabalhador aposentado restitua, apenas, os valores necessários a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial dos regimes para evitar danos aos regimes ou a terceiros.

Por fim, constata-se ser plenamente viável a segunda aposentação do trabalhador aposentado, como instrumento jurídico destinado a corrigir a injusta cobrança da contribuição previdenciária dos trabalhadores aposentados.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007

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

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. *Vade mecum acadêmico de direito*. Organização de Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a consolidação das leis do trabalho*. *Vade mecum acadêmico de direito*. Organização de Anne Jouce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. *Aprova o regulamento da previdência social e dá outras providências*. *Vade mecum acadêmico de direito*. Organização de Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o código de processo civil*. *Vade mecum acadêmico de direito*. Organização de Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais*. *Vade mecum acadêmico de direito*. Organização de Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. *Dispõe sobre a organização da seguridade social, institui o plano de custeio, e dá outras providências*. *Vade mecum acadêmico de direito*. Organização de Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. *Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências*. *Vade mecum acadêmico de direito*. Organização de Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BRASIL. Lei nº 9.717, de 27 de novembro de 1999. *Dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal e dá outras providências*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9717.htm>. Acesso em: 20 abr. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 692.628/DF. Recorrente: INSS. Recorrido: Ronaldo Gomes de Souza. Rel. Min. Nilson Naves. Julg. 17/05/2005. Pub.: 05/09/2005, no DJ. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200401460733&pv=000000000000> >. Acessado em: 12 jun 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 663.336/MG. Recorrente: INSS. Recorrido: Ana Maria Athayde Polke. Rel.: Min. Arnaldo Esteves Lima. Julg. 06/11/2007. Pub.:07/02/2008. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br/webstj/processo/justica/detalhe.asp?numreg=200401158036>>. Acessado em: 12 jun 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 1.721-DF Rel. Min. Carlos Britto, julg. em 11 de outubro de 2006 e publicada no DJU em 29 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=1721&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em: 25 maio 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19 ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2008.

COIMBRA, J. R. Feijó. *Direito previdenciário brasileiro*. 10 ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.

COSTA, José Ricardo Caetano. *Desaposentação*. Disponível em: < http://www.diariopopular.com.br/16_08_01/ponto_de_vista.html>. Acesso em 03 mar. 2008.

CUNHA FILHO, Roseval Rodrigues. *Desaposentação e nova aposentadoria*. Disponível em: <<http://www.ucg.br/Institutos/nucleos/nepjur/pdf/desaposentacao.PDF>>. Acesso em 03 mar. 2008.

GONÇALES, Odonel Urbano. *Manual de direito previdenciário*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

HORVATH JUNIOR, Miguel; TANACA, Priscila. *Resumo jurídico de direito previdenciário*. V. 17. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

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

KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. *Desaposentação, fundamentos jurídicos, posição dos tribunais e análise das propostas legislativas*. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1622, 10 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrinha/texto.asp?id=10741>>. Acesso em: 03 mar. 2008.

LOPES, Carlos Côrtes Vieira. *Decadência do direito à revisão de benefício previdenciário (uma análise de direito intertemporal)*. Disponível em: <<http://blog.infostf.com/2008/06/03/decadencia-do-direito-a-revisao-de-beneficio-previdenciario>>. Acessado em 21 jun. 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. São Paulo: LTr, 2008

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Aristeu de. *Manual prático da previdência social*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário: coleção sinopses jurídicas*. V. 25. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.