

ISSN 2317-210X

Juris Plenum Previdenciária

Juris Plenum Previdenciária

Ano I - número 01 - fevereiro de 2013

Coordenadora da Revista

Cirlene Luiza Zimmermann - Procuradora Federal

Conselho Editorial

Fábio Zambitte Ibrahim - Doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Miguel Horvath Jr. - Doutor em Direito Previdenciário

Roberto Luis Luchi Demo - Juiz Federal Substituto em Brasília/DF

Wladimir Novaez Martinez - Advogado Especialista em Direito Previdenciário

Editores Plenum Ltda.

Av. Itália, 460 - 1º andar
CEP 95010-040 - Caxias do Sul/RS
Fone: (54) 3733-7447
plenum@plenum.com.br
www.plenum.com.br

© JURIS PLENUM PREVIDENCIÁRIA

EDITORA PLENUM LTDA

Caxias do Sul - RS - Brasil

Publicação trimestral de doutrina, jurisprudência e outros assuntos. Todos os direitos reservados à Editora Plenum Ltda. É vedada a reprodução parcial ou total sem citação da fonte.

Os conceitos emitidos nos trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores.

E-mail para remessa de artigos: plenum@plenum.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

J95 Juris Plenum Previdenciária: doutrina / Editora Plenum.
Ano I, n. 01 (fev./abr. 2013). - Caxias do Sul, RS:
Editora Plenum, 2013.
200p. ; 23cm.

Trimestral
ISSN 2317-210X

1. Direito previdenciário. 2. Direito Civil.
I. Editora Plenum.

CDU: 349.2

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito previdenciário	349.3
2. Direito Civil	347

Editoração eletrônica: Editora Plenum Ltda.

Tiragem: 3.100 exemplares

Distribuída em todo território nacional

Serviço de atendimento ao cliente: 54-3733-7447

SUMÁRIO

Apresentação.....7

Assunto especial da edição: Desaposentação

- Comentário
 - Aspectos controversos da renúncia às prestações - Wladimir Novaes Martinez9
- Doutrina
 - A desaposentação e a não obrigatoriedade da devolução das parcelas recebidas - Luiz Fernando S. Dória Junior 13
 - Análise crítica sobre a desaposentação no Regime Geral de Previdência Social - Alexandre Sormani23
 - Desaposentação: a vedação constitucional da simulação de renúncia à aposentadoria e as propostas para a legalização do recálculo do benefício - Cirlene Luiza Zimmermann33
 - Desaposentação e o valor da causa: acesso ou restrição jurisdicional? - Sérgio Henrique Salvador57
 - Desaposentação e suas principais características - Sérgio Henrique Salvador63
 - Desaposentação - novos dilemas - Fábio Zambitte Ibrahim69
 - O que é a desaposentação? Como este instituto está sendo interpretado pelos órgãos do poder judiciário? - Natércia Caixeiro Lobato79
- Prática Forense
 - Desaposentação - Petição Inicial89
 - Desaposentação II - Petição Inicial96
 - Desaposentação - Justiça Estadual - Impossibilidade - Sentença 102
 - Desaposentação - Procedente - Sentença 110
 - Desaposentação - Negativa de seguimento de recurso extraordinário - Memoriais DVD

○ Jurisprudência Comentada	
▪ TRF3: Agravo Legal em Apelação Cível nº 369-04.2011.4.03.6106	115
▪ Comentário: Ana Júlia Kachan	121
▪ Comentário: Rafael Andrade de Magalho	125
○ Acórdãos Selecionados	
▪ STJ: AgRg no AgRg no Recurso Especial nº 1.267.580	129
▪ STJ: AgRg no Recurso Especial nº 1.274.318	131
▪ STJ: AgRg no Recurso Especial nº 1.308.683	135
▪ TNU: PEDILEF nº 2010.70.50.008729-1	140
○ Fluxogramas	
▪ Rito Ordinário	141
▪ Rito do Juizado Especial Federal Cível.....	143

Assuntos Diversos: Doutrina

▪ A decadência na revisão do ato concessório de benefício previdenciário sob o enfoque do direito intertemporal - Roberto Luis Luchi Demo	145
▪ A evolução histórica da previdência social no Brasil - Arthur Laércio Homci.....	159
▪ O auxílio-acidente previdenciário e sua concessão independente do grau da sequela - Bruno Augusto Sampaio Fuga, Juliana Chede Trautwein	171
▪ Tutela jurisdicional da seguridade social - Paulo Afonso Brum Vaz.....	175

Normas para envio de artigos doutrinários	199
--	------------

APRESENTAÇÃO

Segundo pesquisa realizada em 231 Juizados Especiais Federais (JEFs) de todo o país pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea), a pedido do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é réu em 73% das causas que tramitam nos JEFs.¹

Considerando que o INSS mantém relação direta com mais de 65 milhões de contribuintes ligados ao Regime Geral de Previdência, além de contar com mais de 30 milhões de beneficiários, aos quais são pagos, mensalmente, cerca de R\$ 35 bilhões, é esperado que a autarquia seja a maior demandada na esfera federal do Poder Judiciário.

Esses números, por outro lado, também evidenciam a importância da área previdenciária para os profissionais do Direito, de modo que a existência de um veículo que permita e fomente o debate constante das diversas questões que envolvem o Direito Previdenciário, por meio da disponibilização de abalizada doutrina, bem como mantenha os profissionais sempre atualizados com relação à jurisprudência e à legislação sobre a matéria, além de disponibilizar modelos de prática, se apresenta de grande relevância.

É com esse intuito que surge a Revista *Juris Plenum Previdenciária*!

Os estudantes de Direito costumam ter um contato superficial com o ramo previdenciário no decorrer do curso superior, muito aquém do que deveriam e precisariam, considerando a demanda existente na área. Assim, uma publicação que propicie aos profissionais aprofundar-se no estudo da matéria, para entendê-la e aplicá-la melhor, é indispensável.

A Revista *Juris Plenum Previdenciária* terá periodicidade trimestral, propondo-se a publicar suas edições até os meses de fevereiro, maio, agosto e novembro de cada ano. Os temas em matéria previdenciária são diversificados e a revista pretende abordar todos eles, sendo que, sempre que entender que uma determinada temática mereça um tratamento diferenciado, em razão do surgimento de tese inovadora, de divergência ou pacificação jurisprudencial ou de mudança legislativa, apresentará uma edição especialmente voltada ao debate do assunto.

É o caso deste primeiro número, cuja temática central é a desaposentação, instituto criado para designar a situação em que o beneficiário de uma aposentadoria por tempo de contribuição, que continuou trabalhando e recolhendo contribuições previdenciárias após o

¹ STJ. *Pesquisa do Ipea traça perfil dos Juizados Especiais Federais*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106886&acs.tamanho=100&acs.img_tam=1.1>. Acesso em: 12 set. 2012.

jubilamento, renuncia ao benefício para recuperar o tempo de contribuição computado para a sua concessão, reutilizando-o para a obtenção de um novo benefício de aposentadoria, que somará o tempo de contribuição anterior e posterior ao primeiro benefício, ou de uma certidão de tempo de contribuição para ser utilizada na busca de uma aposentadoria em outro regime previdenciário.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral na questão constitucional suscitada no Recurso Extraordinário 661.256, em que se discute a validade jurídica do instituto da desaposentação,² sendo que a palavra final deve ser dada este ano.

Ainda que muitos daqueles que lidam com a matéria já tenham uma opinião definida sobre o tema, “temos que aprender a gastar tanto tempo em busca de provas de que estamos errados quanto de razões que demonstrem que estamos certos”.³ E é com esse propósito que a primeira edição da Revista Juris Plenum Previdenciária trata da desaposentação, buscando ajudar você, leitor e estudioso do Direito Previdenciário, a aperfeiçoar seu ponto de vista, confirmando-o, mudando radicalmente seu entendimento ou, ainda, encontrando a disposição da virtude, segundo Aristóteles,⁴ ou seja, um meio-termo.

Cumpramos registrar que o Conselho Editorial da revista foi escolhido dentre os juristas mais relevantes no trato dos temas previdenciários, constando, desde já, o nosso agradecimento pelo interesse e colaboração.

Por fim, aos que queiram contribuir com nossas próximas edições, as normas para submissão de artigos doutrinários encontram-se ao final da revista.

Desejamos a todos uma proveitosa leitura e pesquisa!

CIRLENE LUIZA ZIMMERMANN
Coordenadora da Revista Juris Plenum Previdenciária
Procuradora Federal
Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul

² STF. *Desaposentação é tema de repercussão geral*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=195735>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

³ MLODINOW, Leonard. *O andar do bêbado: como o acaso determina nossas vidas*. Tradução Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 203.

⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ASPECTOS CONTROVERSOS DA RENÚNCIA ÀS PRESTAÇÕES

WLADIMIR NOVAES MARTINEZ

Advogado Especialista em Direito Previdenciário.

A decisão do STJ que estabeleceu um prazo de decadência para as ações de desaposentação, quando confundiu esse instituto técnico com a revisão de benefícios, é um entendimento que corre o risco de ser aplicado também à transformação de prestações.

De todo modo, suscita controvérsias relativas à abdicação do titular de um direito disponível.

Não fora a desaposentação, por nós sugerida pela primeira vez em 1987, e seriam bem menores as especulações doutrinárias sobre a renúncia de prestações previdenciárias.

Pressuposto lógico

O pressuposto lógico de uma renúncia é o primado magno da liberdade do ser humano, um respeito à individualidade das pessoas, o poder que elas desfrutem de fazer o que não for vedado (se isso não prejudicar terceiros).

Conforme a área do conhecimento que a admita, essa desistência deve ser considerada em particular, em face da natureza da proteção ao cidadão e da eficácia científica da norma pública.

Direito disponível

Sem prejuízo de excepcionalmente alguém desejar dispensar qualquer pretensão, no Direito Previdenciário, submetido à eficácia da norma pública (vontade estatal de o cidadão ser protegido contra os sinistros sucedidos), considera-se disponível o direito que uma vez renunciado não obste a obtenção dos meios dignos de subsistência humana.

À evidência, tal estudo não pode ignorar a condição pessoal de cada indivíduo, sua faixa etária, presença da família, condição econômica, entre outros elementos que possam assegurar-lhe alguma independência. Quase sempre a ideia associa-se à abstenção de um benefício em favor de outro, que seja superior.

Distinções necessárias

Ab initio são necessárias algumas distinções.

Suspensão é a paralisação do pagamento de mensalidades de uma concessão ou manutenção que esteja sob dúvidas ou nos casos em que o ato praticado pelo beneficiário a impôs.

Quando a motivação se desfaz (fim da volta ao trabalho do percipiente da aposentadoria por invalidez ou da aposentadoria especial) as quitações são restabelecidas.

Cessação   um ato formal institucional cabível em cada caso, conforme o tipo de benefício. Excetuado o auxílio-acidente, finda uma inaptidão, acaba o benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez). Falecendo o beneficiário, completando maioridade o pensionista ou recuperando a higidiez, cessa naturalmente o benefício.

Cancelamento   uma modalidade oficial extrema de encerramento do benefício provocado por algum motivo devidamente apurado pelo órgão gestor. Evidentemente, submetido ao devido processo legal.

Transforma o   a cessa o das mensalidades de um benefício com a substitui o por outro.

Desaposenta o, por seu turno, consiste na cessa o das mensalidades de um benefício, seguindo-se a concessão de outro, do mesmo tipo, com a nova o do cáculo da renda mensal inicial.

Revisão   um procedimento formal mediante o qual o órgão gestor revê ou não os elementos determinantes do tipo ou da renda mensal do benefício.

Renúncia   pura e simplesmente a desistência de um benefício (que não visa   desaposenta o nem   transforma o).

Renúncia às mensalidades

Uma vez que se trata de um direito assegurado da subsistência da pessoa humana, assegurado em determinadas circunstâncias o tempo de filia o, de serviço ou de contribui o, não pode ser renunciado.

Eventualmente, renunciáveis são as mensalidades de um benefício. Com as exce es civilistas de praxe, assim, quem tem direito simples pode deixar de receber essas mensalidades vitimadas pela decadência.

Não há previsão legal expressa sobre a matéria, ausente doutrina e jurisprudência consultável. Inexiste prazo legal para essa desistência, a qualquer momento o titular do direito poderá exercitá-la.

Acolhida do INSS

Tendo em vista tratar-se de direito individual unilateral, a despeito da publicização do Direito Previdenciário, o órgão gestor da previdência social é obrigado a admitir a abdicação de um benefício.

Requerida a renúncia, esse gestor não teria outra opção senão atendê-la, fazendo cessar as mensalidades da prestação.

Vale registrar que diante da omissão normativa, caso o segurado arrependa-se do arrependimento e novamente solicite aquele benefício, esses gestores teriam dificuldades em atender a prestação, em alguns casos admitindo a irreversibilidade dessa renúncia. Esse é um sério risco que o renunciante corre.

Motivação do titular

Quem se aposentou precocemente e obteve uma renda mensal inicial abaixo do esperado por força do fator previdenciário, se pretender deixar de receber e continuar contribuindo para que mais tarde melhore o benefício por intermédio da renúncia, deve saber que, então, seria preferir que continuasse fruindo o benefício para, mais tarde, requerer a desaposentação.

Com todos os seus percalços.

Após a renúncia, uma solução possível talvez seja a transformação em aposentadoria por idade, a qual, mesmo sem ter havido volta ao trabalho, poderá dispensar a presença deletéria do fator previdenciário.

Segurança jurídica

Na prática, neste cenário não se pode afirmar a presença de alguma segurança jurídica. Não se sabe o que pensarão os gestores da previdência social nem o Poder Judiciário. Não há doutrina relevante, jurisprudência invocável e norma legislativa.

A DESAPOSENTAÇÃO E A NÃO OBRIGATORIEDADE DA DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS RECEBIDAS*

THE UNRETIREMENT AND THE NOT OBLIGATION TO RETURNS THE INSTALLMENTS RECEIVED

LUIZ FERNANDO S. DÓRIA JUNIOR

Advogado. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela UFBA. Professor da Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste - SEUNE.

SUMÁRIO: Introdução - 1. A desaposentação: 1.1. Conceito; 1.2. Natureza do ato; 1.3. A renúncia como fator preponderante; 1.4. Hipótese de revisão de cálculo da renda mensal inicial?; 1.5. O posicionamento jurisprudencial pátrio - Conclusão - Referências.

RESUMO: Este artigo trata da não obrigatoriedade de devolver as parcelas já recebidas no caso de ser concedida a desaposentação, conceituando-a e analisando a natureza do instituto, terminando por fazer uma análise doutrinária e jurisprudencial.

PALAVRAS-CHAVES: Desaposentação; devolução; parcelas recebidas.

ABSTRACT: This article is about the not obligation of returning the parcels already received when granted unretirement, conceptualizing and analyzing the nature of the institute, ending by making a doctrinal and jurisprudence analysis.

KEYWORDS: Unretirement; return; installments received.

INTRODUÇÃO

A desaposentação é um instituto técnico nascente, porém efervescente, visto que são inúmeros os pedidos judiciais com o intuito de se obtê-la, razão pela qual se torna imprescindível uma breve regulamentação acerca da matéria para que a solução dos pedidos não sofra as negativas administrativas e o demorado encaminhamento judicial.

* Artigo de autor convidado.

Data de recebimento do artigo: 11.01.2013.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 11.01.2013.

Cumpra esclarecer que o TCU - extremamente rígido no controle dos atos administrativos - sustenta “o direito de um segurado renunciar a uma aposentadoria para, depois, novamente se aposentar, ou seja, a pessoa se desaposentar”.¹

O instituto em comento difundiu-se quando os aposentados se deram conta de que, sem prejudicar quaisquer terceiros, poderiam melhorar sua situação previdenciária, principalmente com a contagem recíproca do tempo de serviço.

Nada mais justo, principalmente em se tratando de um país como o Brasil, onde as dificuldades sociofinanceiras dos trabalhadores são extremamente visíveis, motivo este determinante em se requerer a desaposentação.

Ademais, em se tratando de direito patrimonial, logo disponível, não haveria qualquer impedimento em se renunciar a uma aposentadoria no intuito de se obter uma nova posteriormente.

Importa destacar que são claras as dificuldades para a compreensão dos atos individualizados que a desaposentação apresenta, quais sejam: a) renúncia às mensalidades de um benefício em manutenção; b) portabilidade do irrenunciável, definitivo e irreversível tempo de serviço, do regime de origem para um regime instituidor da nova aposentadoria.

Ressalte-se que a desaposentação não pretende o duplo cômputo do tempo de serviço. Ela segue as regras da contagem recíproca, partindo do princípio de que “melhorar é preciso”, em que a ideia do solicitante é de melhorar sua situação pessoal e/ou social.

Quem pretende se desaposentar, em regra, não pretende devolver ao erário os valores que recebeu em sua primeira aposentadoria. No que se refere à necessidade de se reporem as mensalidades obtidas, Wladimir Novaes Martinez destaca, *in verbis*:

De outro lado não há consenso científico sobre a necessidade de reposição das mensalidades auferidas no regime previdenciário em que se opera a abdicação, seguido de nova aposentação, particularmente quando se tratar de migração dentro de um mesmo regime, parecendo correto que os juízes, quando optarem pela devolução, devam delegar a tarefa da quantificação ao matemático.²

Outrossim, é alimentar a natureza da parcela obtida a título de aposentadoria, razão pela qual se torna inadmissível a devolução das parcelas já recebidas.

1. A DESAPOSENTAÇÃO

1.1. Conceito

Desaposentar-se significa renunciar a uma aposentadoria já concedida a fim de se obtê-la futuramente. A desaposentação nada mais é do que o direito de um segurado renunciar a uma aposentadoria para, depois, novamente se aposentar.

¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 17.

² Op. cit., p. 18.

Wladimir Novaes Martinez conceitua o instituto ora apresentado como sendo o “ato de desconstituição do benefício mantido com vistas à nova aposentação”.³ O principal objetivo é a desconstituição do ato administrativo concessivo da aposentadoria, “para fins de aplicação do seu tempo de contribuição em outro ou no mesmo regime previdenciário, visando à obtenção de um benefício mais vantajoso”.⁴

Cumprido ressaltar que a aposentadoria é um direito garantido pela Constituição Federal a todo trabalhador, conforme dispõe o artigo 7º, inciso XXIV, *in verbis*:

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

[...]

XXIV - aposentadoria;

[...]

O direito acima referido é tratado mais uma vez pela Carta Magna nos artigos 201 e 202, tendo sido ainda regulamentado pelas Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 1991.

Destarte, como benefício previdenciário que é, a aposentadoria é uma prestação pecuniária, devida pelo Regime Geral de Previdência Social aos segurados que cumprirem certos requisitos, destinada a prover-lhes a subsistência nas eventualidades que os impossibilitem de, por seu serviço, auferir recursos.

A aposentadoria é, portanto, um direito social dos trabalhadores, com caráter patrimonial, pecuniário, personalíssimo e individual, cuja natureza é de seguro social. Trata-se de um direito disponível, tendo em vista que depende apenas da volição pessoal.

Embora se trate de poupança coletiva, a base está na participação individual. É a união que faz a força, mas na realidade cada um de nós está cuidando de si mesmo e só depende dos outros na medida em que os outros dependem de nós [...]. Falando em termos mais técnicos, a previdência é um seguro obrigatório.⁵

Logo, visa a desaposentação à desconstituição de uma aposentadoria antes deferida para que se possa obter uma nova aposentação mais vantajosa. Desaposentar compreende renúncia às mensalidades da aposentadoria usufruída, a abdicação do direito de se manter aposentado.

Sendo assim, a desaposentação é uma renúncia à aposentação, sem prejuízo do tempo de serviço ou do tempo de contribuição, seguida ou não de volta ao trabalho, aproveitando-se o período anterior no mesmo ou em outro regime da Previdência Social, sempre que a situação do segurado melhorar e não causar prejuízo a terceiros.

³ Op. cit., p. 22.

⁴ MACHADO NETO apud MARTINEZ, 2010, p. 23.

⁵ LEITE, Celso Barroso. *A Previdência Social ao alcance de todos*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 14-15.

1.2. Natureza do Ato

Desaposentação é ato administrativo formal, vinculado, provocado pelo interessado, o qual almeja ao desfazimento da manutenção das mensalidades da aposentadoria, compreendendo a desistência com declaração oficial desconstitutiva. “Desistência correspondendo a revisão jurídica do deferimento da aposentadoria anteriormente outorgada ao segurado”.⁶

Abrange a situação de quem legítima, legal e regularmente jubilara-se (pressuposto imediato) nas hipóteses possíveis e que requereu a abdicação do ato formal concessório com o intuito de se tornar um ativo, produzindo, então, efeitos práticos e jurídicos.

Wladimir Novaes Martinez faz uma importante distinção quando afirma que “a desaposentação é o inverso da aposentação; restabelecimento do cenário pretérito, voltar ao estágio em que se encontrava quando da concessão do benefício”,⁷ cujo principal objetivo é o aproveitamento do tempo de serviço.

O juiz Wellington Mendes de Almeida aduz que a renúncia à aposentadoria não implica na renúncia ao próprio tempo de serviço que serviu de base para a concessão do benefício, visto que “se trata de direito incorporado ao patrimônio do trabalhador, que dele pode usufruir dentro dos limites legais”.⁸

O desfazimento do benefício - aposentadoria - reclama a exteriorização da vontade do requerente, o qual deseja voltar *in statu quo ante* e concretizar um direito personalíssimo de refazer a situação jurídica anterior à aposentadoria. A desaposentação é ato pessoal que depende exclusivamente da vontade expressa do titular do direito, sendo preferível que ele pessoalmente a manifeste por escrito.

Outrossim, desaposentar-se é direito subjetivo do titular da relação jurídica de previdência social, envolvendo praticamente as mesmas pessoas da concessão, órgão gestor e titular do direito, o qual pode almejar a portar o tempo de serviço para outro regime. Independe da vontade da administração, tendo em vista que se trata de ato unilateral impulsionado exclusivamente pelo interessado.

Cumprе esclarecer que a aposentadoria de quem preencheu os requisitos legais não pode ser destruída por nenhum ato jurídico. Todavia, o ato formal dinâmico da aposentação pode ser desfeito; o direito ao benefício fica potencialmente suspenso e é refeito, restabelecido por vontade do titular. Isso significa que quem pode se aposentar pode se desaposentar.

Mediante a concretização do ato da desaposentação, há a desconstituição do estado jurídico de jubilado, retornando a pessoa à condição de não aposentado. Trata-se do

⁶ MARTINEZ, op. cit., p. 30.

⁷ Idem, *ibidem*.

⁸ Trecho do Acórdão proferido pela 6ª Turma do TRF da 4ª Região, na Apelação Cível nº 0404738-1, publicado no DJ de 06.09.1998, p. 516.

exercício de um direito subjetivo, razão pela qual e em face da definitividade da prestação previdenciária não há desaposentação de ofício.

Urge evidenciar que não se trata de anulação nem de nulidade, visto que a concessão da aposentadoria observava as regras legais e caracterizava o ato jurídico perfeito. Há a constituição de um novo *status* jurídico: de desaposentado.

Na desaposentação, cessam a manutenção e o pagamento das mensalidades, o benefício antes concedido finda-se e o tempo de serviço é portado para o mesmo ou outro regime.

Ademais, cumpre destacar que o segurado terá a aposentadoria cancelada caso este retorne ao labor, sem prejuízo do tempo de serviço anterior. “Prosseguindo com as contribuições, terá direito adiante (a rigor, até mesmo a uma nova aposentadoria por invalidez)”.⁹

De regra, o principal objetivo do desaposentando é portar o tempo de serviço ou de contribuição do regime de origem para outro regime de previdência social. Normalmente, do Regime Geral da Previdência Social para o Regime Próprio da Previdência Social.

A rigor, durante o tempo em que o benefício foi mantido, se o segurado retornou ao trabalho, as contribuições que então verteu serão consideradas para futuros benefícios no Regime Geral da Previdência Social ou fora dele.

1.3. A Renúncia como Fator Preponderante

Para o Direito Previdenciário, renúncia é a abdicação de um direito pessoal disponível - caso das mensalidades das prestações previdenciárias -, desde que não cause prejuízo a terceiros; é o abandono de um direito por seu titular.

Consoante mencionado alhures, a desaposentação é um ato administrativo complexo, envolvendo várias etapas até se chegar à desaposentação propriamente dita. “O passo inicial é a abdicação de um direito próprio, o de receber as mensalidades de uma prestação anteriormente constituída que esteja sendo mantida (nunca de um direito por vir).”¹⁰

A desaposentação tem como pressuposto a renúncia à aposentadoria, embora esta não ponha fim ao direito à prestação, apenas suspende-o. Uma vez desaposentado, porta-se o tempo de serviço para outro regime e o direito a esse tempo será integralizado na Certidão de Tempo de Contribuição; o tempo de serviço é irrenunciável.

Wladimir Novaes Martinez vai além, quando afirma que “a qualquer momento, quem apenas renunciou (sem pretender portar o tempo de serviço), desejando fruir o ócio remunerado por outra fonte, poderá reaver aquele direito”.¹¹

Ressalte-se que a renúncia aos proventos não implica na perda do direito à aposentadoria, tendo em vista que este já foi adquirido e incorporou ao patrimônio do segurado.

⁹ MARTINEZ, op. cit., p. 70.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 42.

¹¹ Idem, ibidem, p. 43.

“Apenas parcelas que seriam devidas caso o segurado estivesse aposentado são renunciadas”.¹² Não visa à desconstituição de um direito anteriormente deferido.

Para o ministro Gilson Dipp, a desaposentação é uma opção válida, que pressupõe uma renúncia, a qual possui natureza de opção e que permite ao segurado obter uma vantagem em sua fonte de subsistência.¹³ O desejo de renunciar não deve ser presumido; há de ser expresso, claro e formalmente demonstrado.

Logo, importa destacar que ninguém deseja renunciar ao tempo de serviço ou à aposentadoria, mas sim à percepção de suas mensalidades. “Portanto, não havendo qualquer óbice legal à renúncia e redundando esta em um benefício para o segurado, não há como se inviabilizar a desaposentação - que trata exatamente da possibilidade jurídica da renúncia à aposentadoria para a obtenção de uma situação jurídico-previdenciária favorável”.¹⁴

Martinez enfatiza ainda que “com a renúncia opera-se o desfazimento de um ato regular antes praticado, que somente pode ser produzido por quem for capaz para isso na Administração Pública”.¹⁵

No tocante à existência de prazos - prescricional e/ou decadencial -, o ordenamento jurídico vigente não estabelece acerca de tempo para a expressão da renúncia, bem como obter declarada a desaposentação.

É evidente que não se pode pensar em renúncia sem que sobrevenha o “Termo de Desaposentação”, definindo o novo estado jurídico a partir de certa data-base. Até que o pedido seja atendido ou não, as mensalidades do benefício devem ser continuamente mantidas.

Em analogia ao Direito do trabalho, ao comentar o artigo 9º da Consolidação das Leis Trabalhistas, Eduardo Gabriel Saad afirma, a respeito da renúncia:

É um ato unilateral do empregado (ou do empregador) desistindo de um direito que a lei lhe assegura. Para ter validade, esse ato não deve referir-se a direito do empregado que resulte de norma legal cogente, portanto inderrogável, ou que derive de sentença normativa ou de cláusula indisponível de pacto coletivo. A renúncia tem como pressuposto a certeza dos direitos a que ela se dirige. Pode ser expressa ou tácita, quaisquer dessas formas de expressão da renúncia são aceitas - em relação ao empregado - apenas no que tange aos seus direitos não tutelados por norma cogente. Sua inatividade, porém, ante um ato arbitrário de seu empregador não corresponde à figura da renúncia tácita, mas é uma conduta geradora de prescrição.¹⁶

¹²SILVA, Fábio de Souza. *Direito previdenciário*. Niterói: Impetus, 2005. p. 99-122.

¹³Manifestação colhida no REsp nº 606.821/CE, Proc. nº 2003.0101949-5, do STJ, de 18.02.2004.

¹⁴CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 290.

¹⁵Op. cit., p. 63.

¹⁶SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. 36. ed. São Paulo: LTr. p. 44-45.

1.4. Hipótese de Revisão de Cálculo da Renda Mensal Inicial?

Renda Mensal Inicial - RMI é uma expressão própria do Direito previdenciário que designa o montante dos benefícios de pagamento continuado - dentre os quais se inclui a aposentadoria - e, excetuadas as revisões de cálculo e os reajustamentos provenientes da perda do poder aquisitivo da moeda, consiste na importância a ser mensalmente repassada ao titular do direito.

Trata-se do valor mensal que o segurado ou dependente irá receber em virtude do preenchimento de certos requisitos legais. Em se tratando de desaposentação, tratará o presente estudo somente ao que diz respeito à aposentadoria de forma generalizada.

Outrossim, renda mensal é o montante do numerário quantificado em moeda corrente nacional, em princípio inalterável, protegido por lei, divisível somente quando envolver a participação de mais de uma pessoa.¹⁷

Quando o beneficiário - aposentado - requer o benefício - aposentadoria - tempos após o preenchimento dos requisitos legais, "sofrendo perdas de mensalidade por força dos princípios *dormientibus non succurrit jus e tempus regit actum* - o cálculo da renda inicial é feito com base na legislação vigente ao tempo do cumprimento dos requisitos legais".¹⁸

Sendo assim, uma vez fixado o *quantum* a ser percebido pelo aposentado, em razão da existência do processo inflacionário, o montante sempre será reajustado temporariamente. Quando esse reajuste não ocorre e ocorre de modo equivocado, cabe ao segurado requerer - dentro do prazo decadencial de 10 anos - a revisão do cálculo da renda mensal inicial.

Entretanto, importa destacar que inexistente qualquer relação entre a desaposentação e a revisão de cálculo da renda inicial, bem como com a tentativa de se incluírem contribuições vertidas após a aposentação de quem continuou trabalhando e contribuindo.

Isso porque "a desaposentação pressupõe regularidade, legalidade e legitimidade do cálculo da renda inicial, descabendo, portanto, na hipótese a sua revisão".¹⁹

Ademais, a inclusão de contribuições após a concessão da aposentadoria encontra obstáculo legal inserto na disposição do artigo 18, § 2º, do RGPS, conforme segue abaixo, *ipsis litteris*:

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:
[...]

§ 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

¹⁷ Pensão por morte e auxílio-reclusão são os benefícios previdenciários de que mais de uma pessoa participa, razão pela qual são considerados como "divisíveis".

¹⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr. p. 793.

¹⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 77.

decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

1.5. O Posicionamento Jurisprudencial Pátrio

Importa ressaltar que o Tribunal de Contas da União, embora pudesse esperar resistências à inovação, vem reagindo bem à ideia, reconhecendo o direito de alguém a abdicar da percepção de mensalidades de um benefício de um regime e portar o tempo de serviço ou de contribuição para outro regime.

Assim sendo, manifestando-se acerca do tema em comento, veja-se a decisão do Tribunal de Contas da União no processo 002.392/81-0, em que foi relator José Antonio B. de Macedo, cuja ementa segue adiante:

1. Aposentadoria. A concessão da aposentadoria em favor de Helena Maria Castro de Souza, a partir de 06.06.80, já foi considerada legal em sessão de 16.01.81 (fls. 15v.). 2. Trata-se, agora, da renúncia à aposentadoria em causa. Tendo em vista estar a servidora trabalhando em empresa privada, e deseja computar o tempo de serviço público para futura aposentadoria previdenciária. 3. O Diretor-Geral do Departamento de Pessoal do Ministério das Comunicações, através da Portaria nº 1.861/87 (fls. 19), homologou a mencionada renúncia, com efeitos a contar de 01.01.88.

Destaque-se, ainda, a ementa do Acórdão nº 885/2003, publicado no DOU de 14.05.2003, donde se extrai mais um aresto do Tribunal de Contas da União a favor da desaposentação, qual seja: “Aposentadoria já considerada legal. Renúncia à aposentadoria, visando o aproveitamento do tempo de serviço e o exercício em outro cargo público para o qual prestou concurso público. Determinação para o cancelamento do registro da aposentadoria”.

Da mesma forma, diversos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça têm reconhecido aos segurados o direito à desaposentação, conforme trechos de decisões abaixo colacionadas:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se firmado no sentido de que é plenamente possível a renúncia à aposentadoria, por constituir direito patrimonial disponível. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.²⁰

²⁰ AgRg no REsp 1055431/SC, Relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 15.10.2009, DJe 09.11.2009.

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 692.928/DF, Relator Ministro Nilson Naves, DJ de 05.09.2005). 3. Recurso especial improvido.²¹

CONCLUSÃO

Destarte, embora seja um tema bastante recente, a jurisprudência pátria, especialmente o Tribunal de Contas da União e o Superior Tribunal de Justiça, já vem reconhecendo o direito dos segurados à desaposentação.

REFERÊNCIAS

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, Celso Barroso. *A Previdência Social ao alcance de todos*. 5. ed. São Paulo: LTr, 1993.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr.

_____. *Desaposentação*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. 36. ed. São Paulo: LTr.

²¹REsp 663.336/MG, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 06.11.2007, DJ 07.02.2008, p. 1.

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A DESAPOSENTAÇÃO NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL *

CRITICAL ANALYSIS ON THE UNRETIREMENT IN THE GENERAL WELFARE OF SOCIAL SECURITY

ALEXANDRE SORMANI

Juiz Federal/SP. Ex-Procurador Federal. Mestre em Direito
pelo Centro de Pós-Graduação da ITE/Bauru/SP.

SUMÁRIO: Introdução - Possibilidade jurídica? - Devolução dos valores recebidos da aposentadoria? - Conclusão - Referências.

RESUMO: No presente artigo, pretende-se avaliar a possibilidade jurídica da desaposentação no Regime Geral de Previdência Social e a necessidade de devolução, aos cofres públicos, dos valores recebidos pelo beneficiário a título da aposentadoria renunciada.

PALAVRAS-CHAVE: previdenciário; regime geral; desaposentação; renúncia de benefício; devolução de valores.

ABSTRACT: In this article, we intend to evaluate the possibility of legal unretirement in the General Regime of Social Security and the need to return, the public coffers, the amount received by the beneficiary under the retirement waived.

KEYWORDS: retirement; general rules; unretirement; resignation of benefit; return values.

INTRODUÇÃO

A desaposentação consiste na renúncia da aposentadoria. Não é um instituto novo, pois já foi objeto de previsão na Lei 6.903/81, em seu artigo 9º,¹ atualmente revogado, que tratava da aposentadoria dos juizes temporários da União.

* Data de recebimento do artigo: 13.02.2013.

Datas de pareceres de aprovação: 14.02.2013 e 18.02.2013.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 20.02.2013.

¹ Art. 9º Ao inativo do Tesouro Nacional ou da Previdência Social que estiver no exercício do cargo de juiz temporário e fizer jus à aposentadoria nos termos desta Lei, é lícito optar pelo benefício que mais lhe convier, cancelando-se aquele excluído pela opção.

Justifica-se, na prática, a desaposentação para que o aposentado aproveite o tempo que foi computado no seu benefício em outra aposentadoria, no mesmo regime ou em regime previdenciário diverso, que esse beneficiário entenda mais favorável. É o caso típico daquele que, estando em gozo de aposentadoria por tempo proporcional, continua a trabalhar e a contribuir para a Previdência Social. Assim, para usar todo o tempo, anterior e posterior à jubilação, precisa desfazer a sua aposentadoria proporcional e obter, por exemplo, uma aposentadoria por tempo integral, cujo cálculo lhe será mais favorável.

Muito embora esse exemplo seja o mais corriqueiro (desfazimento de uma aposentadoria proporcional para obter uma aposentadoria integral), não é a única situação em que a desaposentação seria admissível. Pode-se admiti-la na renúncia de uma aposentadoria do Regime Geral da Previdência para uma nova aposentadoria no regime próprio de servidor público.

Ainda, aquele que recebe aposentadoria integral também poderia ter interesse na desaposentação para obter uma renda mais favorável, por conta, por exemplo, de um maior tempo de contribuição (Tc) no cálculo do fator previdenciário.

Logo, há uma gama de exemplos em que a desaposentação mostra-se útil ao aposentado.

A desaposentação merece ser analisada em dois tópicos, para fins didáticos: (I) sua possibilidade jurídica; (II) a exigibilidade ou não de devolução dos valores já recebidos.

POSSIBILIDADE JURÍDICA?

O direito à aposentadoria é de natureza subjetiva do segurado, cujos requisitos encontram-se definidos em lei de forma objetiva, basicamente: qualidade de segurado, carência e evento (tempo de contribuição, idade ou invalidez). Não há espaço para o agente público previdenciário optar se concede ou não o benefício. Se houver o preenchimento dos requisitos, concede; caso contrário, nega.

Desta forma, enquanto para o segurado o direito à aposentadoria é um direito subjetivo, para a Administração a concessão do benefício é um ato administrativo, cujos requisitos vêm definidos em lei. O administrador público não tem liberdade de avaliação ou de decisão segundo critérios de conveniência ou de oportunidade no que diz com a aposentadoria. Ainda que seja inoportuna a concessão do benefício previdenciário por conta de variados fatores, a análise deve se circunscrever sempre aos requisitos de lei. A lei preconiza de forma prévia e objetiva a tipificação legal do único comportamento administrativo admissível diante da situação igualmente prevista em termos objetivos na própria lei. Portanto, indubitável o enquadramento do ato de concessão de aposentadoria na categoria dos atos administrativos vinculados ou regrados.

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração ao expedi-los não interfere com apreciação subjetiva alguma. (MELLO, 1996, p. 249).

Se o interessado preenche os requisitos de lei, não há espaço para o administrador público exercer um juízo discricionário para conceder ou não o benefício. Ora, se o ato que concede a aposentadoria é um ato vinculado à lei, decerto, adotando-se o princípio jurídico de que atos se desfazem com a mesma forma que são feitos, a conclusão é de que o desfazimento da aposentadoria também deve ser previsto em lei.

Há um expressivo brocardo neste sentido: *nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur*, isto é, nada é tão natural, como algo se dissolver da mesma maneira pela qual foi constituído; assim a obrigação verbal se desfaz mediante palavras, e a obrigação de puro consentimento se resolve por um consentimento contrário. (FRANÇA, 1969, p. 65).

Portanto, nessa linha de raciocínio, se a concessão da aposentadoria é realizada por um ato administrativo regrado em lei, seu desfazimento também deveria estar regrado em lei.

Portanto, nessa concepção, se a lei não prevê o desfazimento da aposentadoria por manifestação unilateral do beneficiário, não há possibilidade jurídica do desfazimento. Todavia, o contraponto que se faz a esse entendimento baseia-se na premissa de que a aposentadoria é um ato renunciável, porquanto faz parte do patrimônio disponível do beneficiário. Em outras palavras, ninguém é obrigado a permanecer aposentado, podendo a ela renunciar.

Mas a aposentadoria é, de fato, disponível?

Veja-se que há, aqui, uma distinção entre a natureza do ato que concede a aposentadoria - ato administrativo, de direito público e vinculado à lei, como já dito -, a natureza do direito do segurado à aposentadoria, isto é, a natureza desse direito após ser inserido no patrimônio jurídico do aposentado e a natureza própria do benefício de aposentadoria.

O direito à aposentadoria é um direito subjetivo do segurado que preenche os requisitos de lei. Assim, o objeto desse direito - a aposentadoria - é um bem jurídico.

O bem jurídico aposentadoria liga-se com o beneficiário por uma relação jurídica preconizada na legislação previdenciária. A vinculação do ato concessivo da aposentadoria na lei propicia a coerção jurídica para impor ao agente público a implantação do benefício ao beneficiário. Mas, se de um lado há ao agente público o dever de conceder o benefício àquele que preenche os requisitos legais, não se visualiza a mesma coerção jurídica que obrigue o aposentado a permanecer aposentado.

A aposentadoria garante ao indivíduo definitividade e irreversibilidade da prestação previdenciária, porém a imutabilidade da situação é obrigação imposta ao instituto segurador, não constituindo razão que impeça o segurado de obter inatividade em melhores condições. O direito é do segurado, e a obrigação é daquele que tem a incumbência de satisfazer o benefício previdenciário. Em outras palavras, a definitividade e a irreversibilidade dos benefícios é garantia que milita em favor do segurado, como regra de proteção, de maneira que se o detentor do direito abre mão da prestação previdenciária, não se legitima a resistência do INSS. (MIRANDA, 2007, p. 262).

Os bens jurídicos disponíveis, isto é, os que fazem parte do patrimônio disponível do sujeito, eram denominados coisas que estão no comércio na vetusta legislação civil. Os indisponíveis, coisas fora do comércio. Obviamente, o sentido da expressão “comércio” não tem o significado próprio do Direito comercial, mas sim o significado de alienabilidade, de disposição.

Na dicção do revogado Código Civil, são coisas fora do comércio aquelas insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis (art. 69 do CC 1916). Em outras palavras, o patrimônio indisponível abrangia direitos que por sua natureza não poderiam ser alienados e aqueles que, por força de lei, não se permitiriam a alienação.

Ora, a renúncia somente é possível em relação aos bens que compõem o patrimônio disponível do sujeito de direitos.

Assim, para compreender se a aposentadoria é um bem irrenunciável, cumpre-se aferir se é possível enquadrá-la adequadamente em uma das hipóteses de bens fora do comércio, para manter, aqui, a expressão do Código. Como dito, repise-se que os bens fora do comércio consistem nos insuscetíveis de apropriação e nos legalmente inalienáveis.

Os bens insuscetíveis de apropriação podem ser exemplificados como:

[...] os bens de uso inexaurível, p. ex.: o ar, o mar alto, a luz solar, porém a captação, por meio de aparelhagem, do atmosférico ou da água do mar para extrair certos elementos com o escopo de atender determinadas finalidades, pode ser objeto de comércio; e os direitos de personalidade, como à vida, à honra, à liberdade, ao nome, ao estado, à capacidade da pessoa natural ou jurídica. (DINIZ, 1986, p. 166).

A aposentadoria não se encaixa nesses exemplos e, portanto, não poderia ser considerada um bem insuscetível de apropriação: não é um bem inexaurível e não condiz com os direitos de personalidade.

Logo, somente poderia se falar que a aposentadoria é indisponível se a legislação a considerasse explicitamente como tal, pois, aí, seria um bem legalmente inalienável.

Embora não se possa vender a aposentadoria para terceiros, eis que o direito à aposentadoria é restrito às condições que devem ser preenchidas apenas pelo titular, a lei não veda explicitamente que o aposentado renuncie a esse direito.

Portanto, esse entendimento, que vem sendo admitido pela jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, permite a conclusão de que uma coisa é o ato concessivo do benefício, cuja natureza de ato administrativo regado e vinculado à lei é inegável, outra é o direito subjetivo que o aposentado tem, direito esse que é disponível pelo titular, pois a aposentadoria faz parte de seu patrimônio disponível.

Assim, se somente a previsão explícita em lei poderia considerar irrenunciável a aposentadoria, não havendo vedação constitucional ou legal, o direito à inatividade é renunciável, podendo o segurado pleitear a sua desaposentação, especialmente por ser a aposentadoria direito disponível, de nítida natureza patrimonial.

A respeito do tema, há precedente do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a aposentadoria é direito patrimonial disponível, sendo, portanto, passível de renúncia (AgREsp nº 497683/PE, Relator Ministro Gilson Dipp, j. 17.06.2003, DJ 04.08.2003, p. 398).

Não se ignora que o artigo 181-B do regulamento da Previdência Social explicitamente proíbe a renúncia aos benefícios de aposentadoria.

Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. (Artigo acrescentado pelo Decreto nº 3.265, de 29.11.1999).

Decerto, não pode um decreto, ato normativo secundário, criar uma proibição não prevista em lei. Nos termos do artigo 5º, inciso II, da Constituição, somente os atos normativos primários (leis ordinárias, leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias e emendas constitucionais) podem estabelecer novos direitos, novos deveres e novas obrigações, porque derivam diretamente da Constituição, isto é, somente esses atos que podem inovar o ordenamento jurídico. Os decretos e regulamentos têm por escopo apenas regulamentar os atos normativos primários e, assim, não inovam o ordenamento jurídico.

Portanto, o artigo 181-B do Regulamento da Previdência Social - RPS é inválido, pois ultrapassou a atribuição meramente regulamentar de um ato dessa natureza.

Logo, conclui-se ser possível juridicamente a desaposentação.

DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS DA APOSENTADORIA?

No entanto, admitido o direito à desaposentação, os valores já recebidos a título da aposentadoria renunciada devem ser devolvidos aos cofres públicos?

A resposta a esta questão exige algumas considerações. Embora não se possa descartar a hipótese de simples renúncia à aposentadoria sem visar à concessão de um novo benefício, na prática, a desaposentação não se limita apenas à renúncia. Envolve, também, a concessão de outro benefício em substituição ao renunciado, com a consideração dos salários de contribuição posteriores à inatividade.

Então, a desaposentação com a finalidade de obter uma nova aposentadoria mais vantajosa causaria prejuízo aos cofres públicos? A resposta é negativa. Não há prejuízo algum.

Não se ignora que a Constituição Federal estabelece um sistema de Previdência Social de caráter contributivo. Nesse sistema, há de se observar sempre critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, na dicção do artigo 201 da Constituição Federal, na versão da EC 20/98. Entretanto, a desaposentação não representa desequilíbrio atuarial ou financeiro ao sistema previdenciário. Ora, as contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício, embora impositivas no regime geral por força do disposto no artigo 11, § 3º, da Lei 8.213/91,² são atuarialmente imprevistas e não foram levadas em conta quando da concessão da primeira aposentadoria. Não se ignora, também, que o fundamento da exigência de contribuições no retorno à atividade pelo aposentado reside no princípio da solidariedade social.

² § 3º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

A solidariedade ou solidarismo é princípio diretor que ocupa o mais elevado grau de importância na seguridade social, derivado da própria natureza do direito social, cujo conceito se encontra vazado na cooperação de toda a sociedade na promoção e financiamento de ações que visem cobrir necessidades sociais (arts. 194, *caput*, e 195 da CF). Garante-se a proteção dos menos favorecidos com suporte nos recursos alocados por toda a sociedade para o sistema. (MIRANDA, 2007, p. 27).

Porém, a nova aposentadoria é custeada pelas contribuições anteriores ao benefício renunciado e, também, custeada pelas contribuições posteriores, ainda que recolhidas sob o fundamento da solidariedade. Assim, a nova aposentadoria tem prévio custeio e, portanto, não gera desequilíbrio financeiro ao sistema previdenciário.

Ainda que o benefício visado seja de outro regime previdenciário, como no caso do regime próprio dos servidores públicos, não há também que se falar de prejuízo atuarial ao regime originário. É cediço que o disposto no artigo 201, § 9º, da Constituição (na versão da EC 20/98) assegura a contagem recíproca do tempo de contribuição em regimes diversos, devendo os aludidos regimes se compensar financeiramente na forma da lei.

Assim, todos os servidores que contribuíram parte da sua vida laboral para o RPPS [Regime Próprio de Previdência Social] e parte para o RGPS [Regime Geral de Previdência Social] poderão se aposentar em qualquer um deles (naquele no qual esteja vinculado no momento da aposentadoria) sem causar prejuízo ao outro. De forma que o regime que pagar o benefício receberá o valor das contribuições que foram pagas para o outro regime proporcionalmente ao tempo contribuído. (SPECHOTO, 2010, p. 94).

Mesmo assim, não se visualiza prejuízo financeiro ao regime que deve compensar o regime instituidor do novo benefício. A compensação financeira exigida pela Constituição não significa o repasse de contribuições ou seguro do regime previdenciário de origem. A lei (artigo 4º da Lei 9.796/99) estabelece a compensação financeira, pelo pagamento do regime de origem ao instituidor da nova aposentadoria, de um valor baseado no cálculo da menor renda mensal inicial calculada pelas normas do regime geral ou do regime próprio,³ com a manutenção, no regime de origem, das contribuições a esse vertidas.

³ Art. 4º Cada regime próprio de previdência de servidor público tem direito, como regime instituidor, de receber do Regime Geral de Previdência Social, enquanto regime de origem, compensação financeira, observado o disposto neste artigo.

§ 1º O regime instituidor deve apresentar ao Regime Geral de Previdência Social, além das normas que o regem, os seguintes dados referentes a cada benefício concedido com cômputo de tempo de contribuição no âmbito do Regime Geral de Previdência Social:

I - identificação do servidor público e, se for o caso, de seu dependente;

II - o valor dos proventos da aposentadoria ou pensão dela decorrente e a data de início do benefício;

Expressivo exemplo é trazido pela doutrina (*sic*):

Conforme dispõe esse dispositivo legal, o regime instituidor deve apresentar à Previdência Social o valor dos proventos da aposentadoria ou pensão dela decorrente e o tempo de serviço total do servidor, com destaque relativo ao tempo de contribuição ao RGPS, dentre outras informações (§ 1º do art. 4º). Com tais dados, o INSS calculará qual seria a renda mensal inicial de tal benefício, segundo as normas do RGPS (§ 2º do art. 4º). Com isso, encontrar-se-á a base de cálculo da compensação financeira, relativa ao primeiro mês de competência do benefício, que corresponderá ao valor do benefício pago pelo regime instituidor ou à renda mensal do benefício apurada de acordo com as normas do RGPS, adotando-se sempre o que for menor (§ 3º do art. 4º). Identificada a base de cálculo, o valor da compensação financeira será apurado com a multiplicação da base de cálculo pelo percentual a que corresponde o tempo de contribuição ao RGPS no tempo de serviço total do servidor público (§ 4º do art. 4º), ou seja, se a soma total do tempo de serviço corresponde a 47 anos e o tempo de serviço pelo RGPS corresponde a 32 anos e 7 meses, realizar-se-á regra de três simples e se encontrará o percentual de 69,57%, que corresponde ao tempo de serviço pelo RGPS, percentual esse que deverá ser multiplicado pela base de cálculo, sendo que o valor da compensação financeira será reajustado nas mesmas datas e pelos mesmos índices de reajustamento dos benefícios da previdência social, mesmo que tenha prevalecido, no primeiro mês, o valor do benefício pago pelo regime instituidor (§ 5º do art. 4º). (MIRANDA, 2007, p. 263-264).

Logo, a desaposentação em um regime para a concessão de uma nova aposentadoria em outro regime não causa qualquer prejuízo financeiro ao regime previdenciário que deve compensar o outro, pois, se não houvesse a renúncia da aposentadoria, o regime de origem teria que pagar a manutenção do benefício. Há, assim, previsão atuarial do gasto da aposentadoria que é substituído pela compensação ao regime previdenciário que passa a conceder o novo benefício.

III - o tempo de serviço total do servidor e o correspondente ao tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social.

§ 2º Com base nas informações referidas no parágrafo anterior, o Regime Geral de Previdência Social calculará qual seria a renda mensal inicial daquele benefício segundo as normas do Regime Geral de Previdência Social.

§ 3º A compensação financeira devida pelo Regime Geral de Previdência Social, relativa ao primeiro mês de competência do benefício, será calculada com base no valor do benefício pago pelo regime instituidor ou na renda mensal do benefício calculada na forma do parágrafo anterior, o que for menor.

§ 4º O valor da compensação financeira mencionada no parágrafo anterior corresponde à multiplicação do montante ali especificado pelo percentual correspondente ao tempo de contribuição ao Regime Geral de Previdência Social no tempo de serviço total do servidor público.

§ 5º O valor da compensação financeira devida pelo Regime Geral de Previdência Social será reajustado nas mesmas datas e pelos mesmos índices de reajustamento dos benefícios da Previdência Social, mesmo que tenha prevalecido, no primeiro mês, o valor do benefício pago pelo regime instituidor.

Bem por isso, na linha de entendimento atual do colendo Superior Tribunal de Justiça, entende-se que não há necessidade de devolução das prestações recebidas, independentemente do regime previdenciário objetivado.

Confira-se entendimento daquela colenda Corte Superior:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA PENDENTE DE JULGAMENTO NO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESCABIMENTO. DESAPOSENTAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE.

1. A pendência de julgamento, no Supremo Tribunal Federal, não enseja o sobrestamento dos recursos que tramitam no Superior Tribunal de Justiça.

2. Está sedimentada neste Tribunal Superior a tese da desnecessidade de o segurado devolver os valores recebidos a título de aposentadoria como consequência da renúncia a esta para utilizar posterior tempo de contribuição para futura concessão de benefício da mesma natureza.

3. Com a ressalva de meu entendimento, esposado pormenorizadamente nos Agravos Regimentais nos Recursos Especiais 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS (sessão de 27.06.2012 da Segunda Turma), curvo-me à jurisprudência consolidada na Terceira Seção do STJ acerca do tema ora em debate, que posteriormente foi adotada pela Segunda Turma.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1324196/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.08.2012, DJe 24.08.2012)

O raciocínio, exposto no excerto acima, que considera desnecessária a devolução das prestações recebidas, funda-se em duas premissas identificáveis: (I) o benefício era devido até a renúncia e (II) a verba é de caráter alimentar.

Decerto, há copiosa jurisprudência sobre a natureza alimentar dos benefícios previdenciários. Por conta da natureza alimentar do benefício, já se decidiu⁴ a respeito da

⁴ PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. PARCELAS RECEBIDAS POR FORÇA DE TUTELA ANTECIPADA, POSTERIORMENTE MODIFICADA. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER ALIMENTAR.

1. A controvérsia estabelecida em tela está em saber se os valores percebidos pelo segurado, por força de tutela antecipada posteriormente revogada, deveriam ou não ser devolvidos aos cofres públicos.

2. “Esta Corte, de fato, perfilha entendimento no sentido da possibilidade de repetição de valores pagos pela Administração, por força de tutela judicial provisória, posteriormente reformada, em homenagem ao princípio jurídico basilar da vedação ao enriquecimento ilícito. Entretanto, tal posicionamento é mitigado nas hipóteses em que a discussão envolva benefícios previdenciários, como no caso em apreço, tendo em vista o seu caráter de verba alimentar, o que inviabiliza a sua restituição.” (REsp 1.255.921/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 15.08.2011.) Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 151.349/MG, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22.05.2012, DJe 29.05.2012).

desnecessidade de devolução de valores recebidos de boa-fé, apesar de o benefício ter sido concedido de forma indevida.

No caso da desaposentação, a devolução das prestações não se funda na ilegalidade da aposentadoria, ao contrário, a aposentadoria era devida, válida, o que houve foi a sua renúncia. Logo, se no caso de pagamento indevido e de boa-fé há razoável consenso sobre a não necessidade de devolução por conta da natureza alimentar do benefício, com muito maior razão, se o pagamento era devido.

Portanto, não há, nesse entender, motivo para a restituição das parcelas pagas da aposentadoria, pois o valor era devido até então e, ainda, possui natureza alimentar. Logo a renúncia da aposentadoria, para o fim de desaposentação, é, nesse raciocínio, com efeitos *ex nunc*.

Em contraponto a essa conclusão, tem-se a dizer que não se trata de validade do pagamento da aposentadoria, do caráter alimentar do benefício ou da inexistência de desequilíbrio atuarial ou financeiro do sistema previdenciário. Esses argumentos são todos verdadeiros. O que se depara é com uma vedação legal ao aproveitamento, no Regime Geral de Previdência, das contribuições vertidas aos cofres previdenciários, após a jubilação.

Nos termos da legislação previdenciária, em vigor, as contribuições vertidas aos cofres previdenciários, após a aposentadoria, não justificam a concessão de novos benefícios, exceto o salário-família e a reabilitação profissional, quando empregado (art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91).⁵

Assim, para contornar essa previsão legal há de compreender a desaposentação como uma renúncia *ex tunc*, isto é, desde o início da concessão do benefício. O retorno da situação ao *statu quo ante* não impõe ao beneficiário a vedação do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91, porquanto o segurado não estaria, para todos os efeitos de direito, aposentado, e, assim, as suas contribuições posteriores à primeira aposentadoria poderiam ser consideradas sem qualquer ressalva.

Neste entender, a renúncia sem a devolução dos valores recebidos, assim por dizer, renúncia parcial (pois se circunscreve apenas à parte que interessa ao segurado), com efeitos *ex nunc*, seria uma forma de burla à revogação do abono de permanência por tempo de serviço, revogação essa realizada pela Lei 8.870/94.

Diante do dispositivo legal mencionado, somente se pode cogitar do aproveitamento de contribuições previdenciárias recolhidas após a aposentadoria, para fins de obter novo benefício dessa natureza, se restaurada a situação existente antes do ingresso do segurado na inatividade. Para que isso ocorra, é indispensável que o segurado, com a desaposentação, proceda à devolução dos valores recebidos durante o período em que permaneceu aposentado, sob pena de burla ao disposto no § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, pouco importando, no caso, que o regime financeiro previdenciário seja o da repartição simples.

⁵ Percebe-se que essa restrição legal não existe na desaposentação para aposentadoria em regime previdenciário diverso.

Além disso, admitir-se a desaposentação para posterior aposentadoria no mesmo regime, sem a restituição dos proventos recebidos, seria restaurar o extinto abono de permanência, de forma indireta e em condições muito melhores às outrora admitidas, o que se mostra flagrantemente contrário ao sistema previdenciário vigente. (MIRANDA, 2007, p. 264-265).

Portanto, se a desaposentação somente se justifica por não haver vedação em lei, por óbvio, não há que se falar do exercício desse direito se houver restrição legal.

CONCLUSÃO

A renúncia à aposentadoria é possível, pois não há vedação legal. Como a lei estabelece o não aproveitamento das contribuições vertidas após a jubilação para fins de uma aposentadoria no mesmo regime geral (art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91), a única possibilidade de contornar essa proibição é o desfazimento integral da primeira aposentadoria, o que implica a devolução dos valores já recebidos.

[...] a renúncia à aposentadoria concedida com base no RGPS, ainda que para obtenção de benefício semelhante no mesmo regime, não encontra vedação legal. Contudo, considerando a legislação previdenciária vigente, nova aposentadoria no mesmo regime somente se mostra viável se o interessado restituir os valores recebidos a título de proventos. (MIRANDA, 2007, p. 264).

Como já observado, a consolidação do tema no âmbito da jurisprudência do colendo STJ é no sentido da desnecessidade da devolução dos valores recebidos a título da aposentadoria renunciada, contudo, no âmbito doutrinário, é possível visualizar, ainda, controvérsias a respeito. Sem a pretensão de dar uma palavra final sobre o assunto, este texto é apenas uma singela contribuição ao debate, de modo a instigar o pensamento jurídico a respeito deste importante assunto que continua a visitar os pretórios do Brasil e, inclusive, é tema de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

REFERÊNCIAS

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito civil brasileiro: teoria geral do Direito civil*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1986.
- FRANÇA, R. Limongi. *Brocardos jurídicos: as regras de Justiniano*. São Paulo: RT, 1969.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da Seguridade Social: Direito previdenciário, infortunistica, assistência social e saúde*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- SPECHOTO, Karina. *Dos regimes próprios de previdência social*. São Paulo: LTr, 2010.

DESAPOSENTAÇÃO: A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DA SIMULAÇÃO DE RENÚNCIA À APOSENTADORIA E AS PROPOSTAS PARA A LEGALIZAÇÃO DO RECÁLCULO DO BENEFÍCIO*

UNDO RETIREMENT: THE CONSTITUTIONAL PROHIBITION OF SIMULATION THE RENUNCIATION TO RETIREMENT AND THE PROPOSALS TO LEGALIZE THE RECALCULATION OF THE BENEFIT

CIRLENE LUIZA ZIMMERMANN

Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul - UCS.
Procuradora Federal.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Desaposentação: mera desistência ou simulação de renúncia à aposentadoria? - 2. A desaposentação no Superior Tribunal de Justiça: a fundamentação das decisões permite o alcance que o instituto tem tido na prática? - 3. A vedação constitucional da simulação de renúncia à aposentadoria - 4. Exigências constitucionais para a legalização da desaposentação e a opção do recálculo do benefício - Considerações finais - Referências.

RESUMO: O prefixo de oposição des- transforma o significado original de alguns radicais no seu sentido oposto. Assim, o significado literal da palavra desaposentação é o ato de desfazer a aposentadoria. Todavia, na prática, o termo tem sido utilizado para designar o interesse do aposentado em recuperar o tempo de contribuição anterior à aposentadoria para obtenção de novo benefício (mais vantajoso) no mesmo ou em outro regime previdenciário. Enquanto a sociedade aguarda a palavra final do Judiciário sobre a

* Artigo de autora convidada.

Data de recebimento do artigo: 02.02.2013.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 04.02.2013.

validade jurídica do instituto, tendo em vista a repercussão geral da questão reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, pretende-se com o presente estudo debater um pouco mais o tema, ponderando sobre a (in)adequação do termo “desaposentação” e da expressão “renúncia à aposentadoria”, esmiuçando o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, expondo os aspectos constitucionais que inviabilizam o instituto e analisando, com sugestões para obtenção de conformidade constitucional, as propostas de lei que visam à legalização da renúncia à aposentadoria e à criação do instituto do recálculo.

PALAVRAS-CHAVE: previdência social; desaposentação; princípios constitucionais; renúncia; recálculo.

ABSTRACT: The prefix of opposition des- transforms the original meaning of some radicals in your opposite direction. So the literal meaning of the word “undo retirement” is the act of undoing retirement. In practice, however, the term has been used to designate the interest of retired in the regain contribution time prior to retirement for obtaining new Value (advantageous) in the same or another pension system. While the society awaits final word from the Judiciary on the legal validity of the institute, in view of the overall impact of the issue recognized by the Supreme Court, it is intended with this study to discuss the topic a bit, pondering the adequate or not the term “undo retirement” and the term “waiver of retirement”, detailing the positioning of the Superior Court of Justice on the matter, exposing the constitutional aspects that make impracticable the institute and analyzing institute, with suggestions for achieving constitutional compliance, the proposed law aimed at legalizing the resignation for retirement and the creation of the recalculation.

KEYWORDS: welfare; undo retirement; constitutional principles; resignation; recalculation.

INTRODUÇÃO

Os pedidos de desaposentação são fundamentados em dois pilares: o primeiro é o de que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível, passível, portanto, de renúncia; e o segundo é o de que a Previdência Social no Brasil adota o regime de capitalização, em que todas as contribuições do segurado ao sistema devem lhe reverter em uma contraprestação.

No tocante ao primeiro ponto, importa analisar se efetivamente a desaposentação pretendida trata-se de mera desistência ou, na realidade, de simulação de renúncia à aposentadoria, tendo em vista não se verificar, na prática, um real interesse do aposentado em deixar de receber o benefício, mas apenas de obter outro mais vantajoso utilizando o tempo de contribuição já computado para a concessão da aposentadoria renunciada.

Quanto à ideia de que o segurado, se continuou contribuindo para o sistema após a aposentadoria, tem o direito de computar essas contribuições para o recálculo de seu benefício ou para a obtenção de uma nova aposentadoria em outro regime, cuja concessão dependeria da recuperação do tempo de contribuição utilizado na concessão do benefício

originário, ao qual renunciaria, imprescindível ponderar se os princípios constitucionais que regem a Previdência Social no Brasil permitem esse raciocínio.

A desaposentação tem sido apresentada à sociedade por seus defensores de forma simplista, amparada em princípios assistencialistas, os quais são incompatíveis com os princípios em que o Regime Geral da Previdência Social é estruturado no Brasil, em especial o da solidariedade, o contributivo, o da prévia fonte de custeio e o da manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.

No Superior Tribunal de Justiça, a desaposentação não tem sido analisada com a profundidade que merece, sendo centrados os debates na legalidade dos pagamentos efetuados a título de aposentadoria (a qual nem se questiona diante de uma concessão regular), o que impediria a restituição das prestações em caso de renúncia. Todavia, se a desaposentação importa em restituir ao segurado todo o tempo de contribuição utilizado para a concessão do benefício ao qual está renunciando, ou seja, retornar ao *statu quo ante* no que se refere ao “banco do tempo de contribuição”, imprescindível que essa restituição ocorra em todos os sentidos. Assim, analisar-se-á se a fundamentação das decisões do STJ permite o alcance que o instituto tem tido na prática.

Com o presente estudo pretende-se, portanto, verificar se o constituinte realmente vedou a desaposentação enquanto renúncia à aposentadoria para recuperação do tempo de contribuição e, se sim, se haveria alguma alternativa, conforme a Constituição, de os segurados que permanecem contribuindo para o sistema após a aposentadoria beneficiarem-se dessas contribuições, sem afrontar o princípio da solidariedade que rege a Previdência Social no Brasil.

1. DESAPOSENTAÇÃO: MERA DESISTÊNCIA OU SIMULAÇÃO DE RENÚNCIA À APOSENTADORIA?

O termo desaposentação tem sido utilizado no âmbito do Direito Previdenciário para designar a situação em que o beneficiário de uma aposentadoria concedida pelo Regime Geral da Previdência Social (RGPS) que continuou trabalhando e recolhendo contribuições previdenciárias após o jubramento renuncia ao benefício para recuperar o tempo de contribuição computado para a sua concessão. O objetivo da desaposentação é a nova utilização do mesmo tempo de contribuição para a obtenção de um novo benefício de aposentadoria pelo RGPS, cujo cálculo da renda mensal inicial levará em conta o tempo de contribuição recuperado mais o tempo de contribuição posterior ao início do benefício renunciado; ou de uma certidão de tempo de contribuição (CTC) para ser utilizada na busca de uma aposentadoria em algum regime próprio de previdência.

Administrativamente, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) tem defendido a impossibilidade de renúncia ao benefício de aposentadoria, nos termos do previsto expressamente no Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99), que dispõe em seu art. 181-B que “as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela Previdência Social, na forma deste regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis”.

Todavia, tratando-se a aposentadoria de direito patrimonial disponível, não cabe ao segurador público definir acerca de como o beneficiário vai dispor desse direito, sendo perfeitamente cabível a renúncia,¹ ainda mais pelo fato de inexistir disposição legal em sentido contrário, motivo pelo qual a previsão constante do Decreto claramente extrapolou a função regulamentadora do ato, já que não complementou nem explicou nenhuma norma, mas criou regra, o que não é admitido pelo ordenamento constitucional vigente em nosso país.

Registre-se que o estabelecido no § 2º do art. 18 da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei nº 8.213/91), com redação dada pela Lei nº 9.528/97, isto é, que “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”, não pode ser considerado fundamento para a norma exposta no ato regulamentar que veda a renúncia à aposentadoria. Isso porque, ao limitar os benefícios do aposentado que permanece ou retorna à atividade sujeita ao RGPS, o legislador apenas vedou que o segurado percebesse dois benefícios substitutos do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho, mas em momento nenhum proibiu que renunciasse ao benefício de aposentadoria com o qual já foi contemplado.

Diante disso, entende-se que o INSS, por meio de sua representação judicial, reatualizada pela Procuradoria-Geral Federal (PGF), órgão da Advocacia-Geral da União (AGU), não deve defender a irreversibilidade e a irrenunciabilidade das aposentadorias. A atuação da PGF no trato da matéria deve estar voltada à adequada compreensão e aplicação do instituto da desaposentação, termo que não traduz fielmente o real objetivo de quem busca

¹ A renúncia pura e simples à aposentadoria depois de concedida nem poderia ser questionada pelo INSS, já que tal fato pode ser comparado ao do segurado que, por exemplo, mesmo tendo completado o tempo de contribuição para obtenção do benefício, decide não se aposentar, independentemente dos motivos, não havendo nenhuma disposição legal que o obrigue a se jubilar. Todavia, já houve entendimento jurisprudencial no sentido da irrenunciabilidade da aposentadoria, em razão de sua natureza alimentar. Segundo consta da ementa dos Embargos Infringentes nº 2011.50.01.004964-7, decididos pela 1ª Seção Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, tendo como relator o Desembargador Federal Messod Azulay Neto e publicados no DJ Seção Única, página 00101, em 07 de janeiro de 2013, “assim como a pensão alimentícia, no âmbito do direito civil, é possível a renúncia às prestações mensais, mas não ao benefício em si, que é intocável, intangível. A aposentadoria não é um direito patrimonial e, portanto, disponível, possuindo, outrossim, um caráter institucional, isto é, os direitos e obrigações não decorrem de ato de vontade, porém da lei”. Da mesma ementa extrai-se outro argumento pela irrenunciabilidade da aposentadoria: o fato de a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por meio do julgamento do AgRg no REsp 1.298.511/RS, ter adotado o entendimento de que o prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei nº 8.213/91 se aplica às demandas em que se pleiteia a desaposentação (2ª Turma, AgRg no REsp 1305914/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27.08.2012), faz com que se chegue à conclusão de que também não é possível a renúncia à aposentadoria, uma vez que é insito do ato de renúncia - ato de liberalidade - o seu exercício a qualquer momento. Assim, conclui o relator: “caso fosse admissível a renúncia ao benefício de aposentadoria, igualmente seria possível a renúncia ao prazo decadencial fixado na lei, o que é terminantemente vedado pelo artigo 201 do Código Civil”.

a sua aplicação. A pura e simples desaposentação ou renúncia à aposentadoria não teria motivos para ser vetada, apesar de, na prática, ser remota a possibilidade de alguém requerê-la. A desaposentação com vistas à restituição de “tempo de contribuição” é que deve ser analisada com cautela e adequadamente compreendida, pois restituir “tempo de contribuição” não é o mesmo que restituir “tempo”, como querem fazer entender os defensores do instituto ardilosamente denominado como desaposentação, já que na prática desaposentar-se é o que, definitivamente, nenhum beneficiário objetiva.

Assim, recomenda-se a leitura dos memoriais apresentados pela PGF ao Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário (RE) nº 381.367/RS,² no qual os segurados que ajuizaram a ação discutem a (in)constitucionalidade do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91, com o conseqüente direito de renúncia aos benefícios de aposentadoria que vêm percebendo e a condenação da autarquia a conceder-lhes nova aposentadoria, incluindo-se as contribuições vertidas ao sistema após o retorno. Tal RE foi interposto anteriormente ao advento do instituto da repercussão geral, mas a repercussão geral da questão já foi reconhecida pelo STF no RE nº 661.256, de relatoria do Ministro Ayres Britto.

2. A DESAPOSENTAÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES PERMITE O ALCANCE QUE O INSTITUTO TEM TIDO NA PRÁTICA?

Ao julgar o Recurso Especial (REsp) nº 1.113.682/SC, em 23.02.2010, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro Jorge Mussi, sendo vencido o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. O voto vencedor foi fundamentado, basicamente, em decisão anteriormente proferida pela Corte:

Com efeito, a renúncia à aposentadoria, para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não importa em devolução dos valores percebidos, “pois enquanto perdeu a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos” (REsp 692.628/DF, Sexta Turma, Relator Ministro Nilson Naves, DJU de 05.09.2005).

[...]

De mais a mais, como não se cogita de cumular benefícios - não se trata de reunir uma aposentadoria à outra, visto que, findada uma pela renúncia, outra se iniciará -, não há, também a meu juízo, justificativa plausível para que se imponha ao autor, como pretende o recorrente, “a obrigação de devolver os valores já percebidos a este título”.

Ocorre que a controvérsia cingia-se à questão da necessidade ou não de devolução dos valores recebidos pelo segurado a título de aposentadoria em razão da imperiosidade do

² O inteiro teor dos referidos memoriais encontra-se na presente edição da Revista Juris Plenum Previdenciária.

retorno da relação jurídica ao *statu quo ante*. Todavia, preferiram os Ministros que aderiram ao voto vencedor desviar o foco da discussão, debatendo a legalidade dos pagamentos efetuados ou a legitimidade do segurado em recebê-los. Ora, tendo sido regular a concessão do benefício, indubitavelmente que os pagamentos das prestações eram devidos, bem como, estando aposentado o segurado, é certo que deve receber seus proventos nos termos da lei.

Por outro lado, o voto vencido, proferido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, ateu-se ao que realmente precisa ser analisado no tocante ao assunto desaposeñtaçãõ. Extraem-se os seguintes trechos do voto:

[...] Para a desconstituição da aposentadoria e o aproveitamento do tempo de contribuição para a concessão de benefício em regime diverso é imprescindível conferir efeito *ex tunc* à renúncia, a fim de que o segurado retorne à situação originária, inclusive como forma de preservar o equilíbrio atuarial do sistema previdenciário. [...] Assim, já tendo o segurado usufruído da aposentadoria do regime geral de previdência por lapso de tempo considerável, deverá restituir aos cofres públicos o numerário despendido pela Administração Pública com o pagamento do benefício, para readquirir a plena utilização daquele tempo de serviço. [...] Assim, a fim de garantir o interesse do segurado em obter uma situação mais favorável a ele, bem como para afastar qualquer prejuízo financeiro para o INSS, imprescindível o ressarcimento para os cofres públicos para a efetivação da desaposeñtaçãõ e o aproveitamento do período que deu ensejo à aposentadoria do Regime Geral de Previdência (grifos nossos).³

Se, em matéria previdenciária, fala-se em “tempo de contribuição” e não apenas em “tempo”, significa que o tempo a ser considerado como requisito para a concessão de

³ Ementa: PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA DA APOSENTADORIA A FIM DE SE APROVEITAR O TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO NO CÁLCULO DE NOVA APOSENTADORIA EM REGIME PREVIDENCIÁRIO DIVERSO. EFEITO *EX TUNC*. NECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO AOS COFRES PÚBLICOS DO NUMERÁRIO DESPENDIDO PELA ADMINISTRAÇÃO COM O PAGAMENTO DO BENEFÍCIO OBJETO DA RENÚNCIA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Sendo a aposentadoria direito patrimonial e, portanto, disponível, bem como inexistindo norma legal em sentido contrário, segue-se o entendimento defendido por esta Corte que reconhece o direito do segurado de renunciar à sua aposentadoria, a fim de reaproveitar o tempo de contribuição no cálculo de nova aposentadoria em regime previdenciário diverso.

2. Entretanto, para a desconstituição da aposentadoria e o aproveitamento do tempo de contribuição para a concessão de benefício em regime diverso é imprescindível conferir efeito *ex tunc* à renúncia, a fim de que o segurado retorne à situação originária, inclusive como forma de preservar o equilíbrio atuarial do sistema previdenciário.

3. Dessa forma, além de renunciar ao benefício, deverá o segurado devolver os proventos recebidos no período que pretende ver acrescentado ao tempo já averbado.

4. Assim, já tendo o segurado usufruído da aposentadoria do Regime Geral de Previdência por lapso de tempo considerável, deverá restituir aos cofres públicos o numerário despendido pela Administração Pública com o pagamento do benefício, para readquirir a plena utilização daquele tempo de serviço.

5. Recurso Especial desprovido.

benefícios ou de certidão de tempo de contribuição para fins de contagem recíproca não é uma mera soma de dias, meses e anos, mas de períodos de efetivo recolhimento de contribuições pelo segurado ao sistema.

Assim, se a desaposentação importa em restituir ao segurado todo o tempo de serviço/contribuição utilizado para a concessão do benefício ao qual está renunciando, ou seja, retornar ao *statu quo ante* no que se refere ao “banco do tempo de contribuição”, imprescindível que essa restituição seja integral, isto é, que não se devolvam ao segurado apenas os dias, meses e anos, pois esses sem contribuição de nada lhe servem no âmbito previdenciário, mas também as contribuições, de modo que efetivamente tenha direito de usufruir o tempo de contribuição para a obtenção de outra prestação. Ocorre que, para se devolver ao segurado o tempo de contribuição, imprescindível que ocorra o ressarcimento dos valores por ele recebidos durante o período em que esteve aposentado, de modo que as contribuições consideradas para o cálculo do referido benefício possam ser novamente utilizadas.

A desaposentação, portanto, envolve a restituição do tempo e das contribuições, pois tempo sem contribuição para nada serve em matéria de benefícios previdenciários que utilizam os salários de contribuição que serviram de base de cálculo para os valores das contribuições vertidas ao sistema para calcular o valor do benefício, como é o caso da aposentadoria por tempo de contribuição envolvida na questão da desaposentação. Ocorre que para restituir ao “banco do tempo de contribuição” do segurado as contribuições correspondentes ao tempo, a Previdência Social precisa recuperar esse valor de quem dele se beneficiou, ou seja, do próprio segurado, que se aproveitou do referido tempo e das correspondentes contribuições para receber a prestação mensal da aposentadoria durante determinado período.

Os defensores da desaposentação, com base nas decisões do STJ, têm dado ao instituto um alcance muito maior do que aquele que efetivamente foi analisado pelo Tribunal. A culpa dessa distorção, salvo melhor juízo, é do próprio STJ, que até agora não se ateve, salvo raros votos vencidos, a julgar a questão com a profundidade que merece. Ao invés de analisar minuciosamente as raízes do instituto, para verificar quais, efetivamente, podem sustentá-lo, o Tribunal da Cidadania mais parece uma instituição política em época de campanha eleitoral, já que está usando a causa da seguridade social, com destaque para a desaposentação, como manchete de notícias que mais parecem ações de *marketing*, tamanho seu poder de instigar os advogados a investir nas ações judiciais que debatem o tema. Essa é a interpretação que, infelizmente, se dá ao fato de o Tribunal Superior divulgar notícias assim intituladas: “STJ é vanguarda nos direitos da seguridade social”⁴ e “Demora do Congresso deixa desaposentadoria nas mãos da Justiça”,⁵ em que realça a sua atuação, dentre outros temas, garantindo a possibilidade da desaposentação sem

⁴ STJ. *STJ é vanguarda nos direitos da seguridade social*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br:80/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92658>. Acesso em: 28 jun. 2009.

⁵ STJ. *Demora do Congresso deixa desaposentadoria nas mãos da Justiça*. Disponível em: <http://stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=98932>. Acesso em: 04 abr. 2011.

a necessidade de devolução dos benefícios já pagos, pois, como a pessoa já contribuiu com a seguridade, não haveria por que devolver os benefícios pagos.

Ponderando sobre a desaposentação, Duarte defende a impossibilidade da simples revisão da aposentadoria por tempo de serviço/contribuição já concedida, admitindo a revogação do ato, desde que desfeitas todas as consequências jurídicas que ele havia trazido (efeitos *ex tunc*), inclusive com a devolução das parcelas recebidas a esse título, ainda que tenham natureza alimentar, sob pena de se admitir enriquecimento ilícito e prejuízo para o universo previdenciário (criação de despesa não autorizada em lei, com afronta aos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público), em que vigora o princípio da solidariedade social.⁶

Nesse aspecto, cabe reforçar a constitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97, já mencionado anteriormente, tendo em vista sua compatibilidade com os princípios constitucionais da solidariedade e da universalidade, previstos nos arts. 3º, I, 194, I, e 195 da Constituição Federal de 1988.

Aragonés Viana explica que a desaposentação tem relação direta com o fato de no Brasil a concessão da aposentadoria não estar condicionada ao afastamento do mercado de trabalho. No entanto, também entende que a desaposentação somente seja possível com a respectiva devolução dos valores recebidos, especialmente na hipótese de aposentadoria proporcional por tempo de contribuição, sob pena de esse benefício perder sua natureza previdenciária, travestindo-se de *plus* salarial, não sendo essa, por certo, a finalidade da previdência social.⁷

As questões previdenciárias, dentre elas a desaposentação, devem ser analisadas a partir dos princípios constitucionais que regem o sistema no Brasil, em especial, o contributivo e o da prévia fonte de custeio. A prevalência desses princípios implicará, pela evidente incompatibilidade, no afastamento do olhar paternalista com que uma parcela do Poder Judiciário e da sociedade enxerga a desaposentação. Além disso, acredita-se que a análise racional dos reais objetivos desse instituto (revisão da aposentadoria com a inclusão do tempo de contribuição posterior à jubilação) à luz do Direito previdenciário permitirá encontrar pontos em comum, de modo que sua inserção no sistema talvez até se torne possível, quiçá até com esse nome, apesar de sua inadequação.

3. A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DA SIMULAÇÃO DE RENÚNCIA À APOSENTADORIA

Os defensores da desaposentação amparam sua crença em dois pilares: o primeiro é o de que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível, passível, portanto, de renúncia; e o segundo é de que o RGPS no Brasil adota o regime de capitalização, em que todas as contribuições do segurado ao sistema devem lhe reverter em uma contraprestação.

⁶ DUARTE, Marina Vasques. Desaposentação e revisão do benefício no RGPS. In: ROCHA, Daniel Machado (Org.). *Temas atuais de Direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 81, 89.

⁷ VIANA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 569-570.

Quanto ao fato de a aposentadoria ser um direito patrimonial disponível e, por consequência, passível de renúncia, até se concorda, conforme já afirmado anteriormente. Todavia, é de se destacar aqui, mais uma vez, que a desaposentação instituída não se trata de uma verdadeira renúncia à aposentadoria, mas de uma simulação de renúncia, já que o segurado quer continuar aposentado, entretanto, com uma renda melhor do que a percebida até então, ou seja, busca, na realidade, uma revisão do seu benefício, com a inclusão das contribuições vertidas após a jubilação inicial e o recálculo do fator previdenciário, tendo em vista o avançar da idade e a alteração do tempo de contribuição.

Por outro lado, o argumento de que toda contribuição para o Regime Geral da Previdência Social deve gerar uma contraprestação é um grande equívoco, pois, se assim fosse, qual é a contraprestação das outras fontes de financiamento do sistema (empresas, loterias, importadores)?⁸

O raciocínio da desaposentação está, na prática, amparado na falsa ideia de que o Regime Geral da Previdência Social é de capitalização, do contrário, não teríamos afirmações do tipo “a desaposentadoria nada mais é do que você requerer de volta o valor pago à Previdência”.⁹ Todavia, se o segurado dependesse apenas das suas contribuições para definir o valor de sua aposentadoria, os valores dos benefícios seriam bem inferiores.¹⁰

⁸ Art. 195 da Constituição Federal de 1988. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (*Vide* Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da Previdência Social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

⁹ GÔES, Bruno; BIASETTO, Daniel. *Decisão do STF sobre “desaposentadoria” pode afetar regime da Previdência*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/decisao-do-stf-sobre-desaposentadoria-pode-afetar-regime-da-previdencia-7305536>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

¹⁰ Nesse sentido, trecho do voto da Desª Federal Marisa Santos, no julgamento da Apelação Cível nº 0009606-91.2009.4.03.6119/SP, pelo egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

Nem se alegue que houve contribuição para isso, pois que o sistema é projetado para funcionar de forma solidária, uma vez que, se somarmos, rigorosamente, as contribuições vertidas somente pelo segurado, veremos que elas não serão suficientes para custear nem mesmo o seu benefício, sendo necessário o aporte de outros recursos, que vêm de outras fontes de financiamento.

(TRF3, Apelação Cível nº 0009606-91.2009.4.03.6119/SP, Nona Turma, Relatora Desª Federal Marisa Santos, data do julgamento: 27.09.2010, Publicado no DE em 04.10.2010)

Vejamos:

Nos termos do art. 201, *caput*, da Constituição Federal de 1988, a previdência social no Brasil será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial. Assim, o sistema previdenciário brasileiro caracteriza-se pelo seu caráter contributivo, do qual só participa aquele que contribui. O sistema contributivo pressupõe um custeio específico, podendo ser de repartição, como é o caso do Regime Geral da Previdência Social, em que as contribuições de toda a coletividade servem para financiar todo o sistema, aplicando-se o princípio da solidariedade e afastando-se a necessidade de correspondência entre custeio e benefício; ou de capitalização, utilizado nas previdências privadas complementares, em que o segurado financia o próprio benefício para uma espécie de fundo de administração, cuja finalidade é a concessão de um benefício futuro com base nessas contribuições.¹¹

Consideremos que o segurado X tenha se aposentado por tempo de contribuição em janeiro de 2013, aos 55 anos de idade e contando com 35 anos de contribuição.

Nos termos do art. 29, inciso I, da Lei nº 8.213/91¹² combinado com o art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.876/99,¹³ o salário de benefício da aposentadoria por tempo de contribuição consiste na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, multiplicada pelo fator previdenciário, que, nos termos do § 7º do art. 29 da Lei nº 8.213/91, será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a seguinte fórmula:

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

¹¹ O art. 202 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, prevê que "o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao Regime Geral de Previdência Social, será facultativo, baseado na *constituição de reservas que garantam o benefício contratado*, e regulado por lei complementar" (grifos nossos). A Lei Complementar nº 109/2001 é a que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar.

¹² Art. 29. O salário de benefício consiste: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99) [...]

¹³ Art. 3º Para o segurado filiado à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação desta Lei, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário de benefício será considerada a média aritmética simples dos maiores salários de contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do *caput* do art. 29 da Lei nº 8.213, de 1991, com a redação dada por esta Lei. [...]

§ 2º No caso das aposentadorias de que tratam as alíneas b, c e d do inciso I do art. 18, o divisor considerado no cálculo da média a que se refere o *caput* e o § 1º não poderá ser inferior a sessenta por cento do período decorrido da competência julho de 1994 até a data de início do benefício, limitado a cem por cento de todo o período contributivo.

Onde:

f = fator previdenciário;

Es = expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria;

Tc = tempo de contribuição até o momento da aposentadoria;

Id = idade no momento da aposentadoria;

a = alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

O fator previdenciário do segurado X do nosso exemplo será 0,71692.¹⁴

Considerando que o segurado X do nosso exemplo sempre tenha contribuído pelo teto do salário de contribuição da Previdência Social, atualmente, R\$ 4.159,00,¹⁵ vamos supor que esse foi o resultado da média aritmética simples dos seus maiores salários de contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994.

Logo, seu salário de benefício inicial será de R\$ 2.981,67 (4.159,00 x 0,716921).

Considerando essa renda mensal multiplicada pela expectativa de sobrevida do segurado X do nosso exemplo (25,1 anos = 326,3 meses, tendo em vista o pagamento de 13 prestações anuais em razão do abono anual, previsto no art. 40 da Lei nº 8.213/91),¹⁶ a previsão atual de desembolso do INSS para com o agora beneficiário é de R\$ 972.918,90.

Por outro lado, se somarmos todas as contribuições efetuadas pelo segurado ao INSS (35 anos = 455 meses, incluindo a contribuição sobre o décimo terceiro salário), considerando o atual valor mensal máximo de contribuição, equivalente a R\$ 457,49 (teto do salário de contribuição - R\$ 4.159,00 - multiplicado pela alíquota de 11%), teremos o montante de R\$ 208.158,00.

$$^{14}f = \frac{35 \times 0,31 \times 1}{25,1^*} + \frac{(55 + 35 \times 0,31)}{100}$$

$$f = 0,432271 \times (1 + 0,6585)$$

$$f = 0,716921$$

*Dado extraído da tabela de expectativa de sobrevida utilizada nos benefícios concedidos a partir de 1º de dezembro de 2012. Fonte: IBGE - Diretoria de Pesquisas (DPE). Coordenação de População e Indicadores Sociais (COPIS). Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/cws/contexto/conrmi/index.html>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

¹⁵Tabela de contribuição mensal dos segurados empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso, para pagamento de remuneração a partir de 1º de janeiro de 2013, em observância à Portaria Interministerial MPS/MF nº 15, de 10 de janeiro de 2013:

Salário de contribuição (R\$)	Alíquota para fins de recolhimento ao INSS (%)
até 1.247,70	8,00
de 1.247,71 até 2.079,50	9,00
de 2.079,51 até 4.159,00	11,00

¹⁶Art. 40. É devido abono anual ao segurado e ao dependente da Previdência Social que, durante o ano, recebeu auxílio-doença, auxílio-acidente ou aposentadoria, pensão por morte ou auxílio-reclusão. (Vide Decreto nº 6.927, de 2009) (Vide Decreto nº 7.782, de 2012)

Parágrafo único. O abono anual será calculado, no que couber, da mesma forma que a Gratificação de Natal dos trabalhadores, tendo por base o valor da renda mensal do benefício do mês de dezembro de cada ano.

Se o sistema previdenciário brasileiro fosse de capitalização, o segurado, após a aposentação, somente poderia requerer de volta o valor pago à Previdência, logo, não poderia obter um benefício maior do que R\$ 637,93 (o montante total de suas contribuições dividido pelo número de meses de sua expectativa de sobrevida).

Algum segurado já questionou se não deveria receber menos, já que o valor que está recebendo da Previdência Social é bem superior ao que pagou? Provavelmente não, porque, no dizer de Napoleão, conforme escreve Balzac: “o homem defende muito mais seus interesses do que seus direitos”.¹⁷

Assim, evidente a importância do princípio da solidariedade no sistema previdenciário. Acerca dele, assim se manifestou Luís Roberto Barroso, em parecer juntado aos autos da ADI 3105/DF, mencionado no voto do Ministro Gilmar Mendes:

Uma das principais características do direito constitucional contemporâneo é a ascensão normativa dos princípios, tanto como fundamento direto de direitos, como vetor de interpretação das regras do sistema. Dentre os princípios que vêm merecendo distinção na quadra mais recente está o *princípio da solidariedade, cuja matriz constitucional se encontra no art. 3º, I*. O termo já não está mais associado apenas ao direito civil obrigacional (pelo qual alguém tem direito ou obrigação à integralidade do crédito ou da dívida), mas também, e principalmente, à ideia de justiça distributiva. *Traduz-se na divisão de ônus e bônus na busca de dignidade para todos*. A solidariedade ultrapassa a dimensão puramente ética da fraternidade, para tornar-se uma norma jurídica: o dever de ajudar o próximo. Conceitos importantes da atualidade, em matéria de responsabilidade civil, de desenvolvimento sustentado e de proteção ambiental fundam-se sobre este princípio, inclusive no reconhecimento de obrigações com as gerações futuras (grifos nossos).¹⁸

Na referida ADI 3105/DF, estava em discussão a constitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária por força de Emenda Constitucional 41/2003 sobre os proventos de aposentadoria e pensões dos servidores públicos. A ação foi julgada improcedente, tendo em vista a referida contribuição social tratar-se de exigência patrimonial de natureza tributária, ou seja, de um tributo cujo fato gerador é a percepção dos proventos, independentemente de qualquer contraprestação. O mesmo ocorre com a contribuição incidente sobre os salários percebidos pelos segurados que voltam ao mercado de trabalho após a aposentação. Sua contribuição para o RGPS é um tributo, tal qual o Imposto de Renda, não se podendo cogitar de nenhuma contraprestação específica.

¹⁷ Apud CHIARELLI, Carlos Alberto. *Temas contemporâneos na sociedade do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 201.

¹⁸ STF, Tribunal Pleno, ADI 3105/DF, Relatora Min. Ellen Gracie, Relator p/ o Acórdão Min. Cezar Peluso, julgamento em 18.08.2004, publicado no DJ de 18.02.2005, p. 4.

Salvador defende que a análise da convalidação do instituto da desaposentação “deve se pautar na evidência da necessidade, no direito de uma vida inativa melhor e em melhores condições econômicas, sem perquirir critérios atuariais ou da bilateralidade”. Ampara seu entendimento na aplicação da Teoria Escisionista ao Direito Previdenciário brasileiro, a qual “direciona a tutela previdenciária na análise dos vários, distintos e autônomos relacionamentos jurídicos que são criados a partir da eclosão da necessidade de interesse social e previdenciário, sem análise concomitante do estado efetivo de filiação contributiva”, tal qual preconizada pela Teoria Unitária, que “está arrimada nos efeitos jurídicos da vinculação bilateral, ou seja, restringe a tutela previdenciária àqueles que comprovem o adimplemento de suas obrigações, num pacto dual, sinalagmático e de total reciprocidade jurídica”.¹⁹

Na visão do autor, a previdência social deveria ser prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social. Ocorre que esse é o conceito da assistência social, prevista no art. 203 da Constituição Federal de 1988,²⁰ sendo que a aposentadoria por tempo de contribuição, objeto do instituto da desaposentação, trata-se de cobertura do evento idade avançada, previsto no art. 201, inciso I,²¹ ou seja, é atendida pela previdência social e não pela assistência social.

Ainda, convém ressaltar que os segurados que estão recorrendo à desaposentação não são os mais necessitados do sistema, como quer fazer crer o autor, especialmente porque, conforme argumenta Cruz, aquele que já se aposentou e continuou desenvolvendo seu mister tem “sob um ponto de vista comparativo aos ‘apenas trabalhadores’ ou ‘apenas aposentados’, privilegiada condição socioeconômica, porquanto durante algum período percebia, simultaneamente, rendas da sua atividade laborativa e da inatividade previdenciária”, além de já se encontrar amparado pela Previdência Social, pois busca tão somente um *plus* para sua renda.²²

Assim, evidente que o entendimento defendido por Salvador para argumentar a favor da desaposentação ofende os princípios da seletividade (seleção dos benefícios/serviços/riscos sociais mais relevantes) e da distributividade (a serem distribuídos para as pessoas mais necessitadas), previstos no art. 194, inciso III, da Constituição Federal de

¹⁹ SALVADOR, Sérgio Henrique. A desaposentação e a Teoria Escisionista do Direito previdenciário. *Revista de Direito Previdenciário*, São Paulo, ano 2, v. 4, p. 33-43, 2011.

²⁰ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...]

²¹ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (*Vide* Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) [...].

²² CRUZ, Henrique Jorge Dantas da. *A ilegitimidade constitucional da desaposentação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-26/ilegitimidade-constitucional-desaposentacao-desconstrucao>>. Acesso em: 28 jun. 2011.

1988,²³ bem como o caráter contributivo imposto ao sistema previdenciário brasileiro pelo constituinte e a obrigatoriedade de observância de critérios que preservem o seu equilíbrio financeiro e atuarial, tudo de acordo com o art. 201, *caput*, da Constituição.

Aqui, cabe reforçar que o ato de renúncia ao benefício com a finalidade de recuperação do tempo de contribuição para obtenção de novo benefício de aposentadoria, se aceito, não pode ser apenas parcial, devendo o beneficiário/segurado devolver ao INSS todos os valores percebidos pelo tempo de vigência da aposentadoria “renunciada”, recompondo, assim, o *statu quo ante* para ambas as partes, sob pena de violação não só ao § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, mas também ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial.

Aliás, foi com o intuito de atender a esse princípio e de não anular o risco social da idade avançada escolhido pelo constituinte para ser protegido pela aposentadoria, evitando a aposentadoria precoce, que foi criado o fator previdenciário pela Lei nº 9.876/99.

O fator previdenciário trata-se de uma fórmula que procura correlacionar o esforço de contribuição com o tempo esperado de duração do benefício. Quanto mais cedo e com menos tempo de contribuição ocorre a aposentadoria, menor é o fator, que aumenta quando o segurado possui tempo de contribuição e idade elevados. Logo, tem como principal objetivo postergar a idade da aposentação.²⁴

Todavia, a admissão da desaposentação deturpa os objetivos do fator previdenciário, já que o segurado não terá mais motivos para postergar sua aposentação com a finalidade de ser premiado com um fator previdenciário e um provento mais elevados. Pelo contrário, a desaposentação estimula a aposentadoria prematura, já que permite que o segurado usufrua de um valor de aposentadoria enquanto ainda tem plenas condições de desenvolver sua atividade laboral, aumentando sua renda atual, bem como que o valor do benefício seja majorado quando efetivamente houver a desvinculação do mercado de trabalho. A burla, entretanto, vai além, já que a desaposentação poderia ser requerida infinitamente, independentemente de o beneficiário continuar trabalhando e contribuindo,

²³ Art. 194 da Constituição Federal de 1988. 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

²⁴ ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. Proteção social no Brasil: a seguridade social assistencial e o enfoque contributivo da Previdência Social. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, ano XXXVI, n. 381, p. 649-665, ago. 2012.

já que o simples fato de ter avançado na idade aumentaria o seu fator previdenciário, o que representa também uma grave violação ao princípio da isonomia.

O Projeto de Lei nº 3.299/2008 busca revogar o fator previdenciário, sendo apoiado pela classe trabalhadora em geral. Contudo, além disso, o PL busca introduzir a idade mínima para a aposentadoria, o que, aliás, deveria ter sido feito já em 1999, ao invés da criação do tão criticado fator, que, sem dúvida, foi o grande impulsionador da desaposentação, desenvolvida com a ideia de burlá-lo.

Disso, conclui-se que, se efetivamente for extinto o fator previdenciário e criada outra fórmula para substituí-lo, que preveja uma idade mínima para a obtenção da aposentadoria no valor de 100% do salário de benefício, a chance de a desaposentação cair em desuso é grande, exceto para os casos das aposentadorias proporcionais ou por idade, cuja renda mensal inicial não alcançará o percentual máximo.

Há ainda o princípio da segurança jurídica, consistente no respeito ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/88), que é violado com a desaposentação. Em respeito a esse princípio, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal já decidiu que o ato de concessão de aposentadoria com proventos integrais em conformidade com a lei vigente ao tempo da reunião dos requisitos para a concessão não pode ser desfeito para lavrar-se outro, com proventos proporcionais.²⁵ Contraditoriamente, já que admite a desaposentação, o Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma) adota o mesmo entendimento quanto à impossibilidade de conversão da aposentadoria integral em proporcional, conforme se extrai da ementa do AgRg no REsp nº 968.730/SP, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado no DJ de 21.06.2010:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RMI. APOSENTADORIA COM PROVENTOS INTEGRAIS. REVISÃO PARA PROVENTOS PROPORCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE.

O benefício previdenciário é regido pela lei vigente no momento em que implementados os requisitos para a sua concessão. Contudo, optando o segurado por esperar o lapso de tempo necessário para a aposentadoria com proventos integrais (Lei 8.213/91), não há como revisar a RMI para proventos proporcionais (Decreto 89.312/84), por se tratar de benefícios diversos.

Também é preciso considerar que a desaposentadoria é vedada pela ausência de lei que permita ao INSS concedê-la, já que a Autarquia Previdência somente poderia aceitá-la se houvesse ato legislativo que a autorizasse, em atenção ao *caput* do art. 37 da Constituição. A respeito, assim se manifesta a Desembargadora Federal Marisa Santos, ao relatar a Apelação Cível nº 0009606-91.2009.4.03.6119/SP: “A ausência de previsão legal reflete, precisamente, a proibição, e não a permissão de contagem do tempo, pois

²⁵ STF, AgRg no RE nº 297.406/SP, Segunda Turma, Relator: Ministro Gilmar Mendes, data do julgamento: 30.09.2008. A mesma questão está em discussão pelo Plenário do Tribunal no RE nº 630.501/RS.

que, em termos de sistema, o aposentado por tempo de serviço que retorna ou permanece em atividade contribui para o regime como um todo”.²⁶

Por fim, se eventualmente admitida a desaposentação da forma como vem sendo aceita por parte do Judiciário, a questão do equilíbrio financeiro e atuarial precisa ser amplamente analisada. Conforme estudo realizado pela Previdência Social visando a mensurar os custos da desaposentação no sistema, existem hoje cerca de 500 mil brasileiros aposentados por tempo de contribuição que continuam trabalhando e contribuindo e que, se obtiverem a desaposentação, exigirão um aumento no volume de recursos para custeio do regime previdenciário de quase R\$ 50 bilhões.²⁷

Há decisões judiciais que discordam do argumento de que a desaposentação representaria desequilíbrio atuarial ou financeiro ao sistema protetivo, pois “as contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício são atuarialmente imprevistas e não foram levadas em conta quando da verificação dos requisitos de elegibilidade para a concessão da primeira aposentadoria”. Assim, continuando a contribuir para a Previdência Social após a jubilação, não subsistiria vedação atuarial ou financeira à revisão do valor do benefício.²⁸ De fato, tais contribuições não foram levadas em consideração quando da concessão da primeira aposentadoria (e nem poderiam), mas o sistema previdenciário brasileiro, com fundamento no princípio da solidariedade que o rege, previu atuarialmente essas contribuições, tanto que estabeleceu no § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, que elas não gerariam qualquer benefício ao aposentado, exceto salário-família e reabilitação profissional.

Muitos são os fundamentos constitucionais que impedem a desaposentação da forma como ela vem sendo admitida por parte do Poder Judiciário, todavia, independentemente de eventuais mudanças que venham a ocorrer no tratar da questão diante de eventual supressão do fator previdenciário ou da postura que será adotada pelo Judiciário a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 661.256, com repercussão geral reconhecida, o legislador poderia pensar em uma alternativa à desaposentação, implementando uma espécie de revisão, amparada por estudos que garantam o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, para complemento da aposentadoria²⁹ nos casos em que houve contribuição após a jubilação.

²⁶ TRF3, Apelação Cível nº 0009606-91.2009.4.03.6119/SP, Nona Turma, Relatora Desª Federal Marisa Santos, data do julgamento: 27.09.2010, publicado no DE em 04.10.2010.

²⁷ MACIEL, Fernando. *Desaposentação e solidariedade*. Disponível em: <<https://conteudoclippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2013/1/16/desaposentacao-e-solidariedade>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

²⁸ TRF3, Apelação/Reexame Necessário nº 0012772-02.2010.4.03.6183/SP, Décima Turma, Relator Des. Federal Sérgio Nascimento, Data do Julgamento: 21/08/2012, Publicado no e-DJF3 em 29.08.2012.

²⁹ Em alguns países, como Portugal, a desaposentação acontece de forma automática, na forma de um complemento, conforme: GÓES, Bruno; BIASSETTO, Daniel. *Decisão do STF sobre “desaposentadoria” pode afetar regime da Previdência*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/decisao-do-stf-sobre-desaposentadoria-pode-afetar-regime-da-previdencia-7305536>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

4. EXIGÊNCIAS CONSTITUCIONAIS PARA A LEGALIZAÇÃO DA DESAPOSENTAÇÃO E A OPÇÃO DO RECÁLCULO DO BENEFÍCIO

Tramitam na Câmara dos Deputados alguns projetos de leis cujo intuito é a inclusão da desaposentação no sistema previdenciário brasileiro. Dentre eles, destacam-se o PL 1.168/2011,³⁰ que se propõe a estabelecer os critérios para a desaposentação (renúncia à aposentadoria, pelo seu titular) e despesão (renúncia à pensão, pelos dependentes do segurado falecido). Esse PL foi apensado ao PL 5.668/2009,³¹ que objetiva alterar a

³⁰ Artigo 1º. A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social do RGPS, passa a vigorar com alteração na redação do art. 18, § 2º, acrescentando o art. 37-A, acrescenta o parágrafo único ao art. 54 e modifica o inciso III do artigo 96, acrescentando o parágrafo único conforme a seguinte redação: Art. 18. [...]

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, fará jus ao salário família, ao auxílio-doença, ao auxílio-acidente, ao serviço social e à reabilitação profissional, quando empregado, bem como terá direito ao recálculo de seu benefício com base no tempo e no valor das contribuições realizadas em função do exercício dessa atividade.

Art. 37-A. O recálculo da renda mensal do benefício do aposentado do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, se dará por requerimento do interessado ou de seu dependente, desde que beneficiário da pensão por morte, na própria Agência da Previdência Social e contemplará todo o tempo de contribuição e os valores dos salários de contribuição correspondentes a atividade exercida pelo Segurado.

Parágrafo único. Ao aposentado será assegurado o direito de opção pelo valor da renda mensal que for mais vantajoso.

Art. 54. [...]

Parágrafo único. As aposentadorias por tempo de contribuição, especial e por idade, concedidas pela Previdência Social do RGPS (Regime Geral de Previdência Social) na forma da lei, poderão ser renunciadas a qualquer tempo pelo próprio Segurado ou por seu dependente beneficiário da pensão por morte, assegurada a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício.

Art. 96. [...]

III - Não será contado por um regime previdenciário o tempo de contribuição utilizado para fins de aposentadoria concedida por outro, salvo na hipótese de renúncia ao benefício, prevista no parágrafo único do artigo 54 desta lei; [...]

Parágrafo único. Na hipótese de renúncia à aposentadoria devida pelo Regime Geral da Previdência Social, será contado o tempo correspondente a sua percepção, para fins de obtenção de novo benefício previdenciário em qualquer regime, sem devolução de verba de natureza alimentar.

³¹ Art. 1º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar com alterações em seu art. 18, § 2º, e com acréscimo de § 5º ao art. 55 e de art. 37-A, conforme a seguinte redação:

Art. 18. [...]

§ 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 outro benefício da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, sendo-lhe, porém, garantido o direito à percepção do salário-família, à reabilitação profissional, quando empregado, bem como ao recálculo de sua aposentadoria tomando-se por base os seus salários de contribuição correspondentes a esse período de atividade.

Art. 55. [...]

§ 5º Será computado como tempo de contribuição aquele correspondente ao exercício de atividade desenvolvida pelo aposentado do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Art. 37-A. Deverá ser recalculada, mediante requerimento do segurado, a renda mensal da aposentadoria por ele recebida do Regime Geral de Previdência Social - RGPS caso permaneça em atividade sujeita a esse Regime ou a ele retorne, devendo-se, para tanto, considerar os salários de contribuições correspondentes a esse período de atividade.

Lei nº 8.213/91, para permitir o recálculo da renda mensal do benefício do segurado que permanece ou que retorna à atividade.

Antes desses Projetos de Lei, já tramitou o PL 7.154/2002, que previa, inicialmente, acrescentar o parágrafo único ao art. 54 da Lei nº 8.213/91, o qual disporia sobre a possibilidade de renúncia à aposentadoria por tempo de contribuição e especial concedida pelo RGPS³² e depois se propôs a alterar o art. 96 da Lei nº 8.213/91, para prever que o tempo correspondente à percepção da aposentadoria renunciada para fins de obtenção de benefício por outro regime previdenciário somente seria contado mediante indenização da respectiva contribuição.³³ O PL foi vetado totalmente no Congresso Nacional.

Dos Projetos de Lei em tramitação, verifica-se que se propõem a garantir o direito de renúncia às aposentadorias por tempo de contribuição, especial e por idade, concedidas pelo RGPS, assegurando a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a sua concessão para a obtenção de novo benefício previdenciário em qualquer regime, sem necessidade de devolução dos valores recebidos a título de aposentadoria. Além da renúncia, objetiva-se garantir ao aposentado pelo RGPS que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, o recálculo de sua aposentadoria com base no tempo e no valor das contribuições realizadas em função do exercício dessa atividade. Tanto a renúncia quanto o recálculo poderiam ser feitos a requerimento do interessado, a qualquer tempo, por quantas vezes quisesse, sem quaisquer exigências de intervalos mínimos entre os pedidos, contemplando, sempre, todo o tempo de contribuição do segurado (anterior e posterior à data de início do benefício ou das revisões processadas).

Tais propostas, salvo melhor juízo, confrontam parcialmente a exigência constitucional de organização da previdência social no Brasil com observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

A fim de sanar tal violação, entende-se imperiosa a fixação de algumas exigências mínimas para a admissão da renúncia ou do recálculo da aposentadoria, as quais servirão de base para os cálculos atuariais do sistema, cuja elaboração depende da previsão de gastos para definição do *quantum* arrecadatório necessário para a manutenção do equilíbrio financeiro.

Assim, seria necessário fixar critérios como o estabelecimento de um número máximo de vezes em que será permitido o requerimento de renúncia ou de recálculo da

³² Art. 1º Fica acrescentado ao art. 54 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, o seguinte parágrafo único:

Art. 54. [...]

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

³³ Art. 96. [...]

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

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

aposentadoria, bem como o tempo mínimo de contribuição após a aposentadoria ou o recálculo anterior para poder requerer o primeiro ou os sucessivos recálculos do benefício, respectivamente. Além disso, entende-se que somente o tempo de contribuição do segurado posterior à data de início do benefício ou das revisões anteriormente processadas é que poderá ser computado para efetuar o recálculo da renda mensal do benefício, enquanto que, no caso de renúncia para cômputo de todo o tempo de contribuição para obtenção de aposentadoria em outro regime ou então de outra espécie de aposentadoria no RGPS, deverão ser restituídos os valores já usufruídos, sob pena de não se restabelecer, integralmente, o *statu quo ante* e ameaçar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Para inclusão dessas sugestões que visam a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS, propõe-se a modificação dos PLs 1.168/2011 e 5.668/2009 para os seguintes termos:

Art. 1º A Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social do RGPS, passa a vigorar com alteração na redação do art. 18, § 2º, com acréscimo do art. 37-A, do parágrafo único ao art. 54 e do § 5º ao art. 55; e modificação do inciso III do art. 96, acrescentando o parágrafo único, conforme a seguinte redação: Art. 18. [...]

§ 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 outro benefício da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, sendo-lhe, porém, garantido o direito à percepção do salário-família, ao serviço social e à reabilitação profissional, quando empregado, bem como terá direito ao recálculo de sua aposentadoria com base no tempo e no valor das contribuições realizadas em função do exercício dessa atividade.

Art. 37-A. O recálculo da renda mensal do benefício do aposentado do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, se dará por requerimento do interessado ou de seu dependente, desde que beneficiário da pensão por morte, na própria Agência da Previdência Social e contemplará apenas o tempo de contribuição e os valores dos salários de contribuição correspondentes à atividade exercida pelo segurado após a aposentação.

§ 1º O recálculo previsto no caput poderá ser requerido uma única vez, desde que o tempo de contribuição posterior à aposentadoria seja de, no mínimo, cinco anos.

§ 2º O recálculo obedecerá à forma de cálculo prevista no art. 29, I, utilizando apenas o tempo de contribuição e os valores dos salários de contribuição correspondentes à atividade exercida pelo segurado após a aposentação, sendo, ao final, o salário de benefício apurado somado à renda mensal atual.

§ 3º Ao aposentado será assegurado o direito de opção pelo valor da renda mensal que for mais vantajoso.

Art. 54. [...]

Parágrafo único. As aposentadorias por tempo de contribuição, especial e por idade, concedidas pela Previdência Social do RGPS (Regime

Geral de Previdência Social) na forma da lei, poderão ser renunciadas a qualquer tempo pelo próprio Segurado ou por seu dependente beneficiário da pensão por morte, assegurada a contagem do tempo de contribuição que serviu de base para a concessão do benefício mediante restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria, devidamente corrigidos.

Art. 55. [...]

§ 5º Será computado como tempo de contribuição aquele correspondente ao exercício de atividade desenvolvida pelo aposentado do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.

Art. 96. [...]

III - Não será contado por um regime previdenciário o tempo de contribuição utilizado para fins de aposentadoria concedida por outro, salvo na hipótese de renúncia ao benefício, prevista no parágrafo único do artigo 54 desta lei; [...]

Parágrafo único. Na hipótese de renúncia à aposentadoria devida pelo Regime Geral da Previdência Social, será contado o tempo correspondente a sua percepção, para fins de obtenção de novo benefício previdenciário em qualquer regime, desde que restituídos os valores recebidos a título da aposentadoria renunciada, devidamente corrigidos.

Exemplificando a proposta de recálculo: determinado segurado que sempre contribuiu pelo teto da Previdência Social aposentou-se por tempo de contribuição em abril de 2000, aos 50 anos de idade e com 35 anos de contribuição, possuindo expectativa de sobrevida de 25,2 anos,³⁴ sendo o seu fator previdenciário apurado em 0,6916.³⁵

Em abril de 2010, esse segurado/beneficiário teria decidido requerer o recálculo do seu benefício, utilizando apenas o tempo de contribuição e os valores dos salários de contribuição (continuou sempre contribuindo pelo teto) correspondentes à atividade exercida após a aposentação. Seu fator previdenciário seria de 0,2384.³⁶

Em abril de 2010, o teto do salário de contribuição era de R\$ 3.467,40. Consideremos, hipoteticamente, que o valor atual da renda mensal da aposentadoria do segurado/beneficiário em questão fosse o fator previdenciário apurado quando da concessão multiplicado pelo atual teto, ou seja, R\$ 2.398,05. Esse valor seria somado ao salário de benefício

³⁴ IBGE - Diretoria de Pesquisas (DPE). Coordenação de População e Indicadores Sociais (COPIS). *Tabelas de Expectativa de Sobrevida*. Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/cws/contexto/conrmi/index.html>>. Acesso em: 02 maio 2010.

$$^{35}f = \frac{35 \times 0,31}{25,2} \times \left(1 + \frac{50 + 35 \times 0,31}{100}\right)$$

$$f = 0,43 \times (1 + 0,6085)$$

$$f = 0,6916$$

$$^{36}f = \frac{10 \times 0,31}{21,2} \times \left(1 + \frac{60 + 10 \times 0,31}{100}\right)$$

$$f = 0,1462 \times (1 + 0,631)$$

$$f = 0,2384$$

do recálculo, qual seja, R\$ 826,63 (atual teto multiplicado pelo fator previdenciário apurado no recálculo), resultando na nova renda mensal de R\$ 3.224,68.

Entende-se que tal proposta seria mais justa, evidenciando uma real revisão da renda mensal, sem desconsiderar por completo o fato de já existir uma aposentadoria anterior. No caso do segurado/beneficiário do exemplo, caso viesse a ser apurada a nova renda mensal considerando todo o tempo de contribuição e os valores dos salários de contribuição correspondentes à atividade exercida pelo segurado após a aposentação, teríamos um fator previdenciário de 1,1446,³⁷ ou seja, a nova renda mensal seria paga no teto do salário de contribuição da Previdência Social.

Todas essas sugestões são importantes, principalmente enquanto perdurar o fator previdenciário, principal indutor da desaposentação. Acaso o fator previdenciário venha a ser substituído e o novo modelo de cálculo do benefício não prever redutor do salário de benefício apurado, é provável que todas as questões ora enfrentadas passem a ser secundárias, exceto para as aposentadorias por tempo de contribuição proporcional ou por idade, conforme já referido anteriormente.

Registre-se que a exclusão dos empregados aposentados do rol de segurados, ou seja, contribuintes obrigatórios, até pode ser considerada para afastar a necessidade de buscar alternativas à desaposentação, todavia entende-se que isso geraria desigualdade, pois o aposentado passaria a ser um trabalhador mais barato. Entretanto, ainda existe a possibilidade de essa exclusão ocorrer apenas quanto à contribuição do empregado, que seria isenta, mantendo-se a contribuição do empregador sobre a folha de pagamentos.

De todo modo, tanto essas quanto outras sugestões que vierem a surgir terão sempre que passar pelo crivo dos especialistas em Ciências Atuariais, a quem cabe garantir a sustentabilidade da Previdência Social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A desaposentação com vistas à restituição de “tempo de contribuição” precisa ser analisada com cautela e adequadamente compreendida, pois restituir “tempo de contribuição” não é o mesmo que restituir “tempo”, como querem fazer entender os defensores do instituto ardilosamente assim denominado, já que na prática desaposentar-se ou renunciar à aposentadoria é o que, definitivamente, nenhum beneficiário objetiva.

O raciocínio da desaposentação está amparado na falsa ideia de que a Previdência Social adota o regime de capitalização, em que o segurado deve sempre obter retorno financeiro dos valores pagos a título de contribuição previdenciária. Todavia, se o sistema não fosse solidário, com a existência de diversas fontes de custeio, e o segurado dependesse

³⁷ $f = \frac{45 \times 0,31}{21,2} \times (1 + \frac{(60 + 45 \times 0,31)}{100})$

$f = 0,6580 \times (1 + 0,7395)$

$f = 1,1446$

apenas das suas contribuições para definir o valor de sua aposentadoria, os valores dos benefícios seriam bem inferiores, como se demonstrou no decorrer desse estudo. Ainda assim, até hoje, nenhum segurado questionou se não deveria receber menos, já que o valor que está recebendo da Previdência Social é bem superior ao que contribuiu.

Envolvendo a desaposentação a restituição pela Previdência Social ao segurado do tempo e das contribuições para a obtenção de nova aposentadoria com renda mais vantajosa, o RGPS precisa recuperar esse valor de quem dele se beneficiou, ou seja, do próprio segurado, que se aproveitou do referido tempo e das correspondentes contribuições para receber a prestação mensal da aposentadoria durante determinado período. Do contrário, o sistema, mantido pela sociedade, estaria arcando com um prejuízo, gerador de enriquecimento ilícito.

Assim, a simulação de renúncia à aposentadoria, com o intuito de recuperação do tempo de contribuição sem devolução das prestações percebidas, é vedada pelos princípios constitucionais que regem a Previdência Social no Brasil, em especial o da solidariedade, o contributivo, o da prévia fonte de custeio e o de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial.

As propostas de lei em tramitação que visam à legalização da renúncia à aposentadoria e à criação do instituto do recálculo possuem algumas afrontas constitucionais, entretanto, se fixados alguns critérios, que possam ser considerados atuarialmente, como o estabelecimento de um número máximo de vezes em que será permitido o requerimento de renúncia ou de recálculo da aposentadoria, bem como o tempo mínimo de contribuição após a aposentadoria ou o recálculo anterior para poder requerer o primeiro ou os sucessivos recálculos do benefício, respectivamente, as propostas poderão vingar. Além disso, a legislação deverá prever que somente o tempo de contribuição do segurado posterior à data de início do benefício ou das revisões anteriormente processadas é que poderá ser computado para efetuar o recálculo da renda mensal do benefício, enquanto que, no caso de renúncia para cômputo de todo o tempo de contribuição para obtenção de aposentadoria em outro regime ou então de outra espécie de aposentadoria no RGPS, deverão ser restituídos os valores já usufruídos, sob pena de não se restabelecer, integralmente, o *statu quo ante* e ameaçar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

REFERÊNCIAS

CHIARELLI, Carlos Alberto. *Temas contemporâneos na sociedade do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

CRUZ, Henrique Jorge Dantas da. *A ilegitimidade constitucional da desaposentação*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-26/ilegitimidade-constitucional-desaposentacao-desconstitucao>>. Acesso em: 28 jun. 2011.

DUARTE, Marina Vasques. Desaposentação e revisão do benefício no RGPS. In: ROCHA, Daniel Machado (Org.). *Temas atuais de Direito previdenciário e assistência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 73-94.

GÓES, Bruno; BIASETTO, Daniel. *Decisão do STF sobre “desaposentadoria” pode afetar regime da Previdência*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/decisao-do-stf-sobre-desaposentadoria-pode-afetar-regime-da-previdencia-7305536>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

IBGE - Diretoria de Pesquisas (DPE). Coordenação de População e Indicadores Sociais (COPIS). Disponível em: <<http://www010.dataprev.gov.br/cws/contexto/conrmi/index.html>>. Acesso em: 21 jan. 2013.

MACIEL, Fernando. *Desaposentação e solidariedade*. Disponível em: <<https://conteudoclippingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2013/1/16/desaposentacao-e-solidariedade>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

SALVADOR, Sérgio Henrique. A desaposentação e a Teoria Escisionista do Direito previdenciário. *Revista de Direito Previdenciário*, São Paulo, ano 2, v. 4, p. 33-43, 2011.

STJ. *STJ é vanguarda nos direitos da seguridade social*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br:80/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92658>. Acesso em: 28 jun. 2009.

_____. *Demora do Congresso deixa desaposentadoria nas mãos da Justiça*. Disponível em: <http://stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=98932>. Acesso em: 04 abr. 2011.

VIANA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. Proteção social no Brasil: a seguridade social assistencial e o enfoque contributivo da Previdência Social. *Revista de Previdência Social*, São Paulo, ano XXXVI, n. 381, p. 649-665, ago. 2012.

DESAPOSENTAÇÃO E O VALOR DA CAUSA: ACESSO OU RESTRIÇÃO JURISDICCIONAL?*

UNRETIREMENT AND THE VALUE OF THE CAUSE: ACCESS OR JURISDICTIONAL CONSTRAINT?

SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR

Advogado/MG. Pós-Graduado em Direito Previdenciário pela EPD/SP. Pós-Graduando em Processo Civil pela PUC/SP. Presidente da Comissão de Assuntos Previdenciários da 23ª Subseção da OAB/MG. Associado do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP. Professor do Instituto Brasileiro de Estudos Previdenciários - IBEP/SP. Professor de Direito Previdenciário e Processo Civil da FEPI - Centro Universitário de Itajubá.

SUMÁRIO: Introdução - Desaposentação e o valor da causa - Conclusão - Referências.

RESUMO: Análise pontual acerca do manejo processual do Instituto da Desaposentação no tocante à discussão do valor que deve ser dado à causa, sobretudo pela incontroversa complexidade da ação, cuja tarifação legal e objetiva do CPC não pode representar um óbice para o acesso da jurisdição.

PALAVRAS-CHAVE: desaposentação; valor da causa; exatidão; jurisdição; acesso.

ABSTRACT: Timely analysis about the procedural management of the Institute of Desaposentação regarding the discussion of the value that should be given to the cause, mainly by incontrovertible complexity of action, whose charging legal and objective of the CPC cannot represent an obstacle to access the jurisdiction.

KEYWORDS: desaposentação; causes of value; accuracy; jurisdiction; access.

* Data de recebimento do artigo: 10.01.2013.

Datas de pareceres de aprovação: 11.01.2013.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 11.01.2013.

INTRODUÇÃO

Como corolário republicano, a instrumentalidade do processo norteia toda a própria entrega da tutela jurisdicional, pois a sua adequada compreensão jurídica justifica até mesmo a esperada entrega jurisdicional.

De fato, o comando constitucional do artigo 5º, inciso XXXV, da Lei Maior apresenta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, enquanto garantia democrática destinada a todos os jurisdicionados.

Notória e lúcida neste tocante a lição do Professor Cássio Scarpinella Bueno:

Mas o princípio da efetividade do processo pode ser entendido mais amplamente. Também é por ele que se pode entender necessário buscar a redução do binômio “direito e processo”, reconhecendo-se o processo como instrumento de e para realização concreta do direito material.¹

Logo, sem instrumentalidade inexistente exercício de qualquer direito.

A este basilar aspecto, válida aqui a abordagem acerca da acessibilidade jurisdicional no tocante ao instituto da Desaposentação.

DESAPOSENTAÇÃO E O VALOR DA CAUSA

De fato, incorreta a compreensão da Judicatura a respeito, reprimindo e restringindo sobremaneira o adequado procedimento perquirido pelos jurisdicionados, em especial quanto à simplista análise do valor da causa.

Neste íterim a Desaposentação enquanto instrumento de evolução da técnica previdenciária protetiva há de ser mais bem aferida quando de sua instrumentalidade, no tocante à exatidão do valor dado à causa.

É que o valor da causa colocará a ação dentro do abreviado rito do Juizado Especial Federal ou a inserirá no rito da Justiça Federal Comum.

A uma primeira análise, se valendo dos parâmetros da norma processual, fica nítido que a aferição do valor que será dado à causa é de simples cálculo matemático, conforme preceitua o artigo 260 do CPC, prática esta corrente, habitual e distorciva na aplicação deste instituto.

É que o instituto da Desaposentação possui uma sensível complexidade que lhe é peculiar, dadas as nuances de sua abordagem.

Ora, fazendo o uso da análise fria do dispositivo processual, certamente e na maioria das situações a causa remontará ao Juizado Especial Federal, já que no cômputo das

¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 187.

diferenças entre o novo benefício e o atual, multiplicado por doze, o resultado obtido não ultrapassará o limite objetivo de sessenta salários mínimos da alçada do JEF.

Entretanto, outras análises devem ser feitas, a afirmar, com clareza, que a Desaposentação não pode ser tramitada no âmbito dos juizados especiais, como fruto da verificação do valor que deve ser dado à causa, ante a simplificação das fórmulas que natura o JEF.

Temerário assim, no início da demanda, já objetivar com clareza o exato valor da causa em termos da Desaposentação.

Primeiramente, que sua complexidade jurídica é evidente, pois seus meandros são diversos, como, por exemplo, a própria aceitação jurídica; a necessidade ou não do protocolo administrativo; a polêmica questão da devolução ou não dos atrasados; o marco inicial de concessão da nova aposentadoria, se da distribuição da ação ou da citação e mesmo, se a partir da prolação da sentença ou, ainda, se a contar do trânsito em julgado; o valor da nova aposentadoria e seus consectários, enfim, a dedução em juízo envolve diversas questões de alto relevo técnico, que revela sua incontrovertida complexidade.

Logo, a uma primeira vista, se mostra incompatível com o rito concentrado e de simplicidade das fórmulas preconizado do Juizado Especial Federal.

Portanto, a própria quantificação do valor atribuído à causa não pode ser absoluta e pre-determinada, tampouco ajustada aos moldes da previsão do estatuto processual vigente, pois o valor da nova aposentadoria perseguida é questão controvertida nos autos, que demandará, certamente, de análise pericial contábil, ante o constitucional princípio do equilíbrio atuarial.

Lado outro, sabido que as ações previdenciárias possuem elástico tempo de duração perante o Judiciário, seja pelas prerrogativas processuais da Fazenda Pública, seja pela notória quantidade de feitos até então existentes, o que prolonga e muito a ocorrência do trânsito em julgado.

Por isto, o valor dado como nova aposentadoria pode sofrer sensíveis alterações durante este longo período de demanda, pois, certamente, quando da ordem da implantação, seu valor financeiro será outro, influenciado pelos reajustes legais da política governamental e pelos consectários de uma condenação judicial, sem prejuízo das necessárias inserções de todas as contribuições vincendas no período de tramitação processual.

Assim, fácil aferir que o valor da aposentadoria almejada com seus certos efeitos futuros e pretéritos é questão por demais controvertida, podendo afirmar que o valor dado à causa, por estas singularidades, não possui conteúdo econômico imediato, capaz de invocar, com precisão, as hipóteses dos artigos 259 e 260 do CPC.

Sob outro aspecto, a quantificação econômica alocada na Lei 10.259/2001 não se trata de norma processual absoluta a avocar todas as demandas previdenciárias que se sujeitam a esta valoração monetária de 60 (sessenta) salários mínimos, ou seja, deve ser compreendido com certo tempero jurídico.

É que cabe ao jurisdicionado fazer a opção pelo rito processual preconizado, ou seja, adequar sua dedução jurídica aos regramentos existentes, mas, observando cada caso, a singularidade jurídica de cada pretensão, que não são uniformes e equivalentes.

Neste sentido, o patamar de 60 (sessenta) salários mínimos não deve ser usado de maneira ampla, irrestrita, genérica, como regra absoluta de distribuição processual, devendo cada caso ser observado de maneira acurada, sempre perquirindo a natureza da causa de pedir.

Neste sentido, cabe ressaltar que a Comissão Nacional de Interpretação da Lei 9.099/95, coordenada pela Escola Nacional da Magistratura, sedimentou em sua quinta conclusão que vale estender ao JEF, pela similitude dos ritos:

“O acesso ao Juizado Especial Cível é por opção do autor”.

Esta natureza optativa do foro, já que se trata de competência relativa, também foi reconhecida por ampla maioria no I Congresso Brasileiro de Direito Processual de Santa Catarina, em agosto de 1997, além de ser defendida pela Escola Nacional da Magistratura, OAB/SP e pelos Juristas Cândido Rangel Dinamarco e Antonio Raphael Silva.

O colendo STJ, que faz a interpretação dos diplomas federais, de igual forma já se posicionou a respeito, senão vejamos:

[...] a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, que cabe aos autores de um processo escolher entre os Juizados Especiais e a Justiça Comum como a jurisdição competente para o julgamento de suas ações, conforme dispõe a Lei 9.099/95. (STJ, REsp 151.703/RJ, 05.1998)

Portanto, a escolha do rito do JEF é mera liberalidade processual a ser manifestada pelo jurisdicionado, pouco importando o valor que atribuiu à causa, podendo aqui invocar a análise acurada dos dispositivos da Lei 9.099/95, pela principiologia, já que se trata de incontroversa fonte supletiva do JEF e não há qualquer incompatibilidade a respeito.

Por fim, na discussão acerca da impugnação ao valor dado à causa cabe exclusiva iniciativa da parte suplicada, que deve aviar, se for o caso, o incidente processual da impugnação, em que certamente a questão será mais bem debatida sem ocasionar a suspensão da causa principal, incidente, aliás, que no anteprojeto de reforma do CPC será extinto, para ser alocado tão somente como preliminar de defesa.

A propósito, recente entendimento jurisprudencial confirma toda a explanação ora ventilada:

APOSENTADORIA - DESAPOSENTAÇÃO - VALOR DA CAUSA - RITO DOS JEFs - OBSERVAÇÃO - [...] No caso em tela, a pretensão do autor não pode ser valorada com exatidão no momento do ajuizamento da ação, pois, o proveito econômico almejado não é o valor da aposentadoria percebida no Regime Geral, mas, pelo contrário, o cancelamento ou a renúncia dele, pela desaposentação, para galgar uma posterior aposentadoria mais vantajosa. (TRF 2ª R., AG 2010.02.01.007778-0, 1ª T. Esp., Rel. Juiz Federal Marcello Ferreira de Souza Granado, 28.01.2011)

Outro norte também pode se usado pelo intérprete a respeito, aliás, advindo mais uma vez da jurisprudência, que contribui sobremaneira com a interpretação da ciência jurídica.

É que o benefício atual, recebido pelo desaposentando, será extinto por sua renúncia manifesta, ou seja, desaparecerá do mundo dos fatos e da seara jurídica, não podendo, assim, a análise do valor que será dado à causa ser tão simplória e restritiva como defendem alguns.

Assim, o seguinte precedente a respeito:

“DESAPOSENTAÇÃO”. VALOR DA CAUSA. Nas ações de “desaposentação”, o benefício que o segurado vem recebendo, porquanto objeto de renúncia, deixa de subsistir, não podendo, ser considerado no valor da causa. (TRF, 4ª Região, AI nº 2009.04.00.044291-7/PR, 08.06.2010)

Importante aludida aferição, sobretudo de que das decisões proferidas pelo JEF só cabem recursos para os Colégios Recursais, o que prejudica e muito o acesso recursal até o colendo STJ, que sedimentou a questão, inclusive pela desnecessidade da devolução de qualquer valor, razão da importância do adequado direcionamento da ação, dentre outros motivos.

CONCLUSÃO

Portanto, revestido de importância é o presente debate, pois uma restritiva análise sem os pormenores do caso acaba por invalidar a essência do instituto e indiretamente denegar o acesso do protegido em busca da aprimoração da técnica social protetora.

Ademais, que ocorra o debate entre as partes acerca do valor da causa, conferindo à parte contrária a oportunidade do diálogo processual mediante o incidente próprio, dentro do caderno processual e em pleno contraditório, tendo em vista que a marcha processual é um conjunto de locuções codificadas, em busca de uma resposta definitiva e solucionadora.

Logo, a costumeira prática judicante acerca da análise fria e tão somente matemática do valor da causa, com ação de ofício, desprezando os pormenores do caso, na verdade, acaba demonstrando restrição dos pronunciamentos jurisdicionais, cuja limitação o Poder Originário não almejou, devendo, pois, ser revista.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. STJ. *REsp* 151.703/RJ. 05.1998.

BRASIL. TRF 2ª R. *AG* 2010.02.01.007778-0. 1ª T. Esp. Relator: Juiz Federal Marcello Ferreira de Souza Granado. 28.01.2011.

BRASIL. TRF 4ª Região. *AI* Nº 2009.04.00.044291-7/PR. 08.06.2010.

DESAPOSENTAÇÃO E SUAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS*

UNRETIREMENT AND ITS MAIN FEATURES

SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR

Advogado/MG. Pós-Graduado em Direito Previdenciário pela EPD/SP. Pós-Graduado em Processo Civil pela PUC/SP. Presidente da Comissão de Assuntos Previdenciários da 23ª Subseção da OAB/MG. Associado do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP. Professor do Instituto Brasileiro de Estudos Previdenciários - IBEP/SP. Professor de Direito Previdenciário e Processo Civil da FEPI - Centro Universitário de Itajubá.

SUMÁRIO: Introdução - Principais características - Conclusão - Referências.

RESUMO: Aplicabilidade do novel instituto da Desaposentação segundo as suas características principais, que acabam por justificá-lo e inseri-lo no contexto jurídico hodierno, cuja estrutura singular o posiciona dentro da ciência jurídica como verdadeiro utilitário a ser usado pelo destinatário do planejamento protetivo.

PALAVRAS-CHAVE: desaposentação; características; proteção previdenciária.

ABSTRACT: Office of the Applicability of novel Desaposentação according to their main characteristics, which ultimately vindicate him and insert it in today's legal environment, the unique structure whose position within the legal science as true utility to be used by the recipient of protective planning

KEYWORDS: desaposentação; characteristics; pension protection.

* Data de recebimento do artigo: 10.01.2013.

Datas de pareceres de aprovação: 11.01.2013.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 11.01.2013.

INTRODUÇÃO

Crescente como verdadeiro instrumental de abrigo previdenciário, o instituto da Desaposentação ganha formato próprio e abrangente, amoldando-se cada vez mais no cenário jurídico na realidade diária dos segurados tutelados.

De fato, sua justificação está inserida dentro do conceito de valor social, pois o âmago previdenciário encontra na dignidade humana um de seus principais aspectos propulsores.

Acerca da construção fática desse objetivo, Epaminondas de Carvalho,¹ em singular artigo científico sobre o tema, aborda que:

O instituto da desaposentação objetiva uma melhor aposentadoria do cidadão para que este elo previdenciário se aproxime, ao máximo, dos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, refletindo o bem-estar social.

Por sua vez, o Professor Theodoro Vicente Agostinho² com especial maestria leciona acerca desse novel instituto:

Urge ainda mencionar que a Desaposentação visa autenticamente o aprimoramento e concretização da proteção individual, não tendo o condão de afetar qualquer preceito constitucional, pois, jamais deve ser utilizada para a desvantagem econômica de quem quer que seja. Também é fato, que, por meio da Desaposentação, o indivíduo, diante de realidades sociais e econômicas divergentes, almeja em si, tentar superar as dificuldades encontradas, pugnando pela busca incessante por uma condição de vida mais digna.

Percebe-se, então, que esse incontroverso instrumental, de extrema atualidade no momento jurídico atual, detém vários caracteres que o colocam na condição de um autêntico instituto de direito, ainda mais por se tratar de uma ferramenta de acesso ao sistema protetivo.

PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Neste ângulo, o estudo conceitual da Desaposentação, por si só, retrata suas nuances diretivas e comprovadoras de sua absoluta legitimidade hodierna, ainda que contestada por alguns.

¹ CARVALHO, Felipe Epaminondas de. *Desaposentação: uma luz no fim*. Disponível em: <<http://forense.com.br/Artigos/Autor/FelipeCarvalho/desaposen-tacao.html>>.

² AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR, Sérgio Henrique. *Desaposentação: instrumento de proteção previdenciária*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 38-39.

Sendo, pois, ferramenta do abrigo previdenciário, importante conhecer seus modulados caracteres, valendo destacar, pontualmente, os seguintes:

Ato Jurídico por excelência, já que, de fato, a manifestação da Desaposentação reflete essencialmente na ordem jurídica, sobretudo pelo fato de que uma relação constitucional é invocada como exercício de adequação de suas finalidades, em que a vontade hipotética ganha terreno no plano fenomênico, além de que a aludida característica insere o instrumental dentro do ordenamento pátrio, mitigado por um específico ramo da ciência jurídica.

Ato Deliberativo Voluntário, sendo plenamente inviável dissociar tal fato jurídico da incontroversa deliberação voluntária do sujeito de direito, abrangido pela proteção previdenciária, em que o destinatário do pacote previdenciário é que manifesta seu interesse jurídico em desfazer uma situação jurídica existente, almejando uma correta adequação futura, tendo o direito social da aposentadoria aprimorado, como finalidade direta justificadora.

Ato Temporal: como conceitualmente explicitado, o que se vê, realmente, é a alteração temporal de um ato jurídico do presente, constituído no passado, mas com fim colimado de mudança para o futuro, isto é, com efeitos jurídicos a serem sentidos a partir da alteração perpetrada.

Ato Personalíssimo: já que o objeto da pretensão a ser desfeito, quer seja a aposentadoria, também encontra individualidade do sujeito de direito, pois esse interessado manifesta o manejo de sua pretensão conexas à sua personalidade jurídica.

Ato Subjetivo: na Desaposentação se perquirem as condições subjetivas do indivíduo protegido, suas necessidades, especificidades, deliberações, condições de vida, enfim, ao contrário do objetivismo, perpetra manifestação de vontade oriunda de condições subjetivas por excelência.

Ato Desconstitutivo: visa à desconstituição jurídica de uma relação atual, a modificação estrutural de um vínculo previdenciário para a formação e constituição de outro, melhor, mais vantajoso e em melhores condições econômicas.

Direito Patrimonial: por certo, integrante do patrimônio jurídico do sujeito de direitos tutelado pelo plano constitucional previdenciário, já que seu fim, objeto jurídico a ser desfeito, representa verdadeiro direito social que associa o patrimônio jurídico do trabalhador, razão por que o inverso, tratante do mesmo objeto jurídico, não pode ter interpretação divergente. Oportuno ressaltar que o colendo Tribunal Especial confirma essa característica, ora apontada:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RENÚNCIA A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE DIREITO DISPONÍVEL. ABDICAÇÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE RURAL PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. 1. Tratando-se de direito patrimonial disponível, é cabível a renúncia aos benefícios previdenciários. 2. Faz jus o autor à renúncia da

aposentadoria que atualmente percebe - aposentadoria por idade, na qualidade de rurícola - para o recebimento de outra mais vantajosa - aposentadoria por idade de natureza urbana. 3. Recurso especial conhecido e provido.³

Ato de Renúncia Vinculado: como antes explicitado, implica em uma verdadeira renúncia ao objeto da aposentação, mas de maneira vinculada ou conexa, isto é, só se justificando para a ocorrência de uma transmutação jurídica a dar novos contornos à relação previdenciária em que o interessado se encontra inserido, em que renuncia a algo, mas com projeção futura para a transformação positiva do objeto da reversão, razão por que a renúncia por si só implicaria desta forma na desistência do exercício de um direito, ao contrário da Desaposentação, que ratifica o desejo por uma nova prestação previdenciária com novas perspectivas sociais.

Direito Disponível: indubitavelmente, o ato positivo da aposentação ganha contornos jurídicos da disponibilidade, inserindo-se no patrimônio jurídico do tutelado como de direito disponível, já que sua vontade, justificada pelo seu fim, ganha relevo dentro da essência da tutela previdenciária.

Qualificando o ato positivo da aposentação, que resulta na aposentadoria, como um direito disponível, o horizonte norteador da Desaposentação ganha os mesmos ares, já que o titular de direitos delibera a seu exclusivo crivo exercer ou não tal prerrogativa.

Em plena percepção acerca desta notória disponibilidade da aposentadoria previdenciária, o colendo Superior Tribunal de Justiça já há alguns anos, por meio de suas íclitas duas Turmas Julgadoras da matéria, sedimentou acerca deste prisma, em que o guardião da Legislação Federal, englobando a análise de todos os diplomas jurídicos previdenciários correlatos, por meio de vários e reiterados julgados, asseverou sobre a disponibilidade jurídica da prestação previdenciária.

Neste ínterim, vale conferir a compreensão do íclito Tribunal:

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.⁴

³ STJ, REsp nº 310884/RS, 5ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ 26.09.05.

⁴ STJ, REsp nº 692.628-DF, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 17.05.2005.

Ato Instrumental: na sua essência, a Desaposentação se revela como uma ferramenta, um verdadeiro utilitário disponível ao sujeito de direitos, abrigado pela tutela previdenciária, que tem ao seu dispor um mecanismo válido de exercício de um direito social a ser aprimorado.

É que na Desaposentação ou desaposentadoria o que se cogita é a modificação de um ato jurídico existente, inserido em uma prestação previdenciária plenamente validada e usufruída, razão por que para esta alteração há a necessidade de se percorrer pelo caminho deste utilitário previdenciário, cuja instrumentalidade demonstra, de outro lado, sua imprescindibilidade.

Ato Judicial: diante do contexto vigente, ante a inexistência de uma regulamentação expressa, cuja missão foi entregue constitucionalmente ao Poder Legislativo, aludido instrumental tem sido proclamado tão somente por intervenção do Poder Judiciário, razão por que postular no cenário administrativo do gestor da prestação, seja pelo Regime Geral, seja pelo Regime Próprio de Previdência, é esbarrar em vários entraves jurídicos restritivos que na verdade excluem o interessado da própria proteção previdenciária.

Neste âmbito, importante e necessária se torna uma análise mais acurada desta característica.

É que a dimensão adjetiva da Desaposentação tem sido exaurida com todos os seus contornos pela tutela jurisdicional.

Essencialmente, ao que se percebe, a Desaposentação ganha oxigênio por meio da tutela jurisdicional, sendo inadmitida perante o gestor autárquico.

Referida qualidade do instituto demonstra nada mais do que a complexidade do assunto, quando abordado em seu tecnicismo jurídico, quando os personagens integrantes da relação previdenciária, devedores da aplicação da tutela social, fomentam discussões meramente técnicas, dissociados dos fundamentos sociais do texto constitucional.

Logo, o atuar judicante, como verdadeiro guardião de direitos fundamentais e dirimidor de conflitos, contribui e muito para o exercício dos até aqui explorados direitos sociais, pois a natureza social, existencial e substancial da aposentadoria é sempre destacada pelos pronunciamentos judiciais que dão vida ao tema.

De outro lado, tal aspecto de atual visibilidade no cenário jurídico vigente também reflete a análise restrita e fria dos gestores de Previdência, que invocam tão somente o equilíbrio atuarial como óbice à pretensão, além de vários outros elementos.

Assim, sendo um ato exclusivo de atual pronunciamento judicial, a Desaposentação acaba ganhando mais força, coesão e eficácia, pois o Poder Judiciário, por já reiteradas vezes, consigna a plena viabilidade jurídica do instituto, reforçando a tese de que a jurisprudência, como nobre fonte do direito e resultante de interpretação judicante, contribui e muito para a efetivação de direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Ao que se vê, como todo instituto da ciência jurídica, a Desaposentação possui caracteres próprios, específicos, que a legitimam no cenário hodierno, dando coesão aos seus fundamentos originários, o que, por si só, já afasta qualquer tentativa simplista e restritiva de sua atuação.

Portanto, mitigar a Desaposentação em seus caracteres é aferir sua absoluta validade como utilitário jurídico de concretização de um ideário constitucional, que, nas palavras do Mestre e Doutor Miguel Horvath Júnior,⁵ “consistem em cláusulas péticas implícitas na categoria de normas intangíveis relativas aos direitos fundamentais”.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR, Sérgio Henrique. *Desaposentação: instrumento de proteção previdenciária*. São Paulo: Conceito, 2011.

BRASIL. STJ. REsp nº 310884/RS. 5ª Turma. Relator: Ministra Laurita Vaz. *DJ*, 26 set. 2005.

BRASIL. STJ. REsp nº 692.628-DF. Relator: Min. Nilson Naves. *DJ*, 17 maio 2005.

CARVALHO, Felipe Epaminondas de. *Desaposentação: uma luz no fim*. Disponível em: <<http://forense.com.br/Artigos/Autor/FelipeCarvalho/desaposen-tacao.html>>.

Revista de Direito Previdenciário da Escola Paulista de Direito, São Paulo, ano II, n. 02, 2006.

⁵ *Revista de Direito Previdenciário da Escola Paulista de Direito*, São Paulo, ano II, n. 02, p. 247, 2006.

DESAPOSENTAÇÃO - NOVOS DILEMAS*

UNRETIREMENT - NEW DILEMMAS

FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM

Doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: Introdução - 1. A desaposentação como instrumento de desequilíbrio atuarial - 2. Pedidos frequentes de desaposentação - 3. A desaposentação como subterfúgio para aplicação de novas leis mais benéficas - 4. Regime jurídico aplicado ao novo benefício após a desaposentação - 5. Violação à isonomia frente a segurados que adiaram a aposentadoria até alcançar benefício pleno - Conclusão - Referências.

RESUMO: Este artigo trata da desaposentação como um elemento do desequilíbrio atuarial e de sua utilização para aplicação de leis mais benéficas, aborda também a violação da isonomia frente aos segurados que adiaram suas aposentadorias para atingir o benefício pleno.

PALAVRAS-CHAVE: Desaposentação; desequilíbrio atuarial; violação ao princípio da isonomia.

ABSTRACT: This paper discusses the unretirement as an element of the actuarial imbalance and its use for application to law enforcement more beneficial, also addresses the violation of equality forward to policyholders who have postponed their retirement to achieve the full benefit.

KEYWORDS: Unretirement; actuarial imbalance; violation of the principle of equality.

INTRODUÇÃO

O debate afeto à desaposentação tem evoluído nos últimos anos, a ponto de propiciar novas reflexões e alguns aprofundamentos sobre o tema. Pessoalmente, ao elaborar curta monografia sobre o instituto, não imaginava que o assunto fosse ganhar tamanho alcance, até pela ausência de ineditismo, já que a desaposentação eventualmente era mencionada em alguns eventos previdenciários.

* Data de recebimento do artigo: 09.01.2013.

Datas de pareceres de aprovação: 24.01.2013 e 28.01.2013.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 14.02.2013.

No entanto, por falta de bibliografia mais direcionada, a matéria que era relegada a alguns círculos acadêmicos ganhou espaço entre os profissionais da área e tornou-se assunto da hora, ocupando inúmeros painéis em congressos e seminários de todo o país.

Devido à oportunidade a mim dada pelo destino, participando de boa parte desses eventos e confrontando com diversos questionamentos e eventuais impedimentos à desaposentação, surge o momento no qual algumas novas considerações devem ser traçadas, afastando a desaposentação de outras ações, e mesmo reforçando o instituto frente a novas críticas, algumas até razoáveis.

1. A DESAPOSENTAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DESEQUILÍBRIO ATUARIAL

A crítica à desaposentação como violadora do equilíbrio atuarial não é, verdadeiramente, uma novidade no debate. No entanto, o argumento ainda impressiona e vejo frequentemente ser apontado como principal obstáculo à renúncia da aposentadoria com consequente concessão de novo benefício mais vantajoso, especialmente quando se abre tal oportunidade sem a restituição dos valores até então recebidos.

Quando a desaposentação ocorre dentro do mesmo regime, em especial no Regime Geral de Previdência Social - RGPS, não acredito haver maiores problemas, pois o segurado, ao retornar ao trabalho, volta a contribuir, propiciando um ingresso de receita imprevisto no sistema e, portanto, justificador de um recálculo de sua aposentadoria, que é ao final a razão de ser da desaposentação.

No entanto, quando a desaposentação objetivar a averbação do tempo de contribuição em Regime Próprio de Previdência Social - RPPS, a situação gera maior resistência, pois não é incomum que tal procedimento venha a originar benefícios vultosos no RPPS com averbação de contribuições mínimas ao RGPS.¹

Apesar de impressionar, o argumento não convence. Não é necessária uma demonstração matemática para expor que a desaposentação, nessas hipóteses, claramente propiciará benefícios de aposentadoria sem a correspondente fonte de custeio adequada, ou seja, sem embasamento atuarial.

Sem embargo, essa situação está longe de ser excepcional no serviço público. Ainda hoje, encontram-se com facilidade servidores públicos que ingressaram em RPPS com vasto tempo contributivo no RGPS, averbando o respectivo período e obtendo facilmente o benefício ampliado.²

¹ Deve-se observar que, no futuro, tal problemática deixará de existir, pois, com a EC nº 41/03 e a respectiva regulamentação da Lei nº 10.887/04, o benefício dos novos servidores públicos passa também a ser calculado com base nas suas remunerações em regra similar ao RGPS.

² A situação era especialmente mais gravosa antes da EC nº 20/98, época na qual sequer se exigia tempo mínimo de serviço público, permitindo-se, naquele tempo, a aposentadoria no dia seguinte à entrada em exercício do servidor. Atualmente, ao menos, exige-se dez anos de serviço público e cinco no cargo em que se dará a aposentadoria (art. 40, § 1º, da Constituição).

Ou seja, ao negar-se a desaposentação visando a benefício mais vantajoso em outro regime previdenciário, a questão atuarial é apresentada como trunfo intransponível, sustentáculo sacrossanto do regime, premissa elementar de venerável obediência. No entanto, nada mais longe da verdade. Tanto no RGPS como, em especial, no RPPS o cálculo atuarial previsto na Constituição Federal ainda é obra de ficção e somente bradada quando visa impedir alguma pretensão legítima não expressamente prevista dos participantes dos regimes previdenciários.

É típica a conduta do Administrador Público que, ao pretender denegar alguma demanda, apresenta interpretação restritíssima de determinado atributo necessário, como o fiscal de trânsito que avalia detalhes irrelevantes do veículo com base em instruções esquecidas no intuito de prejudicar determinado condutor.

Se a questão atuarial fosse tratada com a mesma seriedade que é apresentada pelos detratores da desaposentação, curvar-me-ia à crítica e abandonaria a tese pelo menos nos padrões atuais em regimes diversos, sem a restituição dos valores recebidos. Mas a realidade brasileira é outra, não havendo o rigor atuarial pretendido, especialmente nos regimes públicos, em qualquer quadrante da previdência social brasileira.

Por óbvio, isso não deve implicar o repúdio ao argumento atuarial ou um perigoso retorno a teses panfletárias que frequentemente bravejavam a eficácia plena de direitos sociais, tendo o financiamento como um mero percalço de fácil resolução, superável magicamente pela eficiência administrativa e pelo combate à corrupção.

Defendo que o argumento atuarial seja sempre levado em consideração no debate previdenciário, mas dentro dos devidos termos. Não há contradição sobre o que expus, mas entendo que o preceito atuarial deva ser considerado *cum grano salis*. Ou seja, se o próprio Poder Legislativo eventualmente produz alterações diversificadas no plano de benefícios da previdência social brasileira sem uma exposição do custeio necessário,³ sem sequer uma breve fundamentação matemática na exposição de motivos, não há razão para que ele também não seja temperado na interpretação de determinadas demandas, desde que compatíveis com o restante do ordenamento.

A ideia é simples. Se uma determinada situação gera benefícios sem o devido custeio, não há motivo para apresentar a falha atuarial, na mesma situação, pelo simples motivo de o segurado desejar desaposentar-se. Explico melhor: se é possível que uma pessoa, sem qualquer fundamento atuarial, consiga aposentar-se com valores elevados em RPPS, por uma questão de isonomia, a possibilidade deveria ser estendida para aquele que abre mão de sua aposentadoria anterior visando a igual vantagem.

Basicamente o que se diz é que não é possível aplicar à desaposentação um rigor atuarial que inexistente em qualquer outro tipo de prestação previdenciária brasileira, especialmente para aqueles que se aposentam em RPPS com longos períodos de RGPS

³ Por exemplo, a ausência de perda da qualidade de segurado criada pela Lei nº 10.666/03.

ou mesmo vasto interregno sem contribuição no serviço público. O argumento atuarial, portanto, no rigor ora apresentado nada mais reflete preconceito sabiamente definido em velho dito popular: dois pesos, duas medidas.

Espera-se que o Brasil, em algum momento, volte a levar a sério a questão atuarial e, aí, o tema da desaposentação poderá enfrentar maiores obstáculos e eventuais adequações. Todavia, essa não é a situação atual.

2. PEDIDOS FREQUENTES DE DESAPOSENTAÇÃO

Outro argumento contra a desaposentação, tipicamente *ad terrorem* (como a maioria deles, diga-se de passagem), é a pretensa possibilidade de o segurado, repetidas vezes, apresentar seu pedido de desaposentação.

De fato, se o segurado aposentado está em atividade, poderia perfeitamente a cada ano, ou mesmo, em situação absurda, mas possível, a cada mês, apresentar pedido de desaposentação com conseqüente prestação ampliada devido ao novo tempo contributivo.

Primeiramente, o principal culpado por tal possibilidade seria o legislador ordinário, pois caberia a ele estabelecer critérios claros e objetivos sobre a desaposentação, como tempo mínimo de contribuição pós-aposentadoria ou mesmo periodicidade mínima entre pedidos.⁴ Como tive a oportunidade de expressar em minha monografia sobre o tema, o ideal é a legislação prever o recálculo automático para os segurados que tenham tempo de contribuição posterior ao jubramento, tendo a desaposentação, hoje, funcionado como um verdadeiro artifício a essa omissão.

Aqui, novamente, a solução não apresenta grandes obstáculos, pois o Judiciário diante dessa questão poderia perfeitamente estabelecer uma periodicidade mínima para novos pedidos dentro de um crivo de razoabilidade, ou mesmo determinar a revisão periódica das aposentadorias cujos titulares tenham período de contribuição posterior em ação coletiva.

Não se trata, como possa parecer, de atribuir ao Judiciário a função legiferante, mas, sim, a função de estabelecer alguma segurança jurídica nas lides relativas à desaposentação que permita trazer certeza e previsibilidade no melhor interesse dos jurisdicionados, evitando assim decisões díspares no trato da matéria.

Apesar da concepção institucional do Judiciário como poder comprometido *a priori* com os casos individuais - microjustiça -, uma possível saída em matéria de direitos sociais seriam as ações coletivas, funcionando como ferramenta para alcançar-se a macrojustiça. Dentro de ações coletivas, os custos envolvidos na manutenção de direitos sociais podem ser mais claramente expostos, propiciando um juízo ponderativo mais apurado,

⁴ Daí o projeto de lei sobre o tema, aprovado e vetado na íntegra pelo Presidente da República, ter se mostrado uma clara decepção, já que nada disciplinava sobre a operacionalização da desaposentação.

e, por isso, não sem razão, tem sido cada vez mais importante a aplicação dos ideais de proporcionalidade e razoabilidade pelos Tribunais.⁵

Em ações coletivas, é possível ao Judiciário subsidiar sua decisão com pareceres técnicos, atuariais, os quais podem evidenciar com maior clareza a correição ou não de alguma restrição legal. Haja vista o delicado equilíbrio entre o plano de custeio e o plano de benefício, a intervenção judicial deverá sempre basear-se em critérios sólidos.

3. A DESAPOSENTAÇÃO COMO SUBTERFÚGIO PARA APLICAÇÃO DE NOVAS LEIS MAIS BENÉFICAS

Este ponto me parece o principal dentro do atual debate sobre a desaposentação. Tenho visto com preocupação situações das mais diversas em que o segurado, ao postular a desaposentação com conseqüente novo benefício, não visa tão somente agregar novo tempo contributivo a sua prestação, mas, em verdade, postular prestação previdenciária dentro de novas regras legais existentes desde que mais vantajosas.

Da mesma forma, há sempre a hipótese do segurado aposentado por tempo de contribuição que postula a desaposentação, mesmo com tempo de contribuição posterior pífio, mas visando unicamente à melhoria de sua renda mensal devida, por exemplo, ao incremento do fator previdenciário, haja vista a majoração de sua idade e respectiva redução da expectativa de sobrevida.

Em minha opinião, tais situações são patologias desenvolvidas a reboque do instituto da desaposentação. De minha parte, ao menos, vislumbrei tal instrumento como mecanismo de justiça social para todos os segurados que haviam se jubilado antes do afastamento efetivo de suas atividades, ou mesmo para aqueles que haviam mudado de regime previdenciário e poderiam conjugar todo o tempo contributivo de suas vidas para fins de aposentadoria.

Por isso a pretensão de desaposentar-se visando unicamente obter vantagens em razão de um novo regime jurídico, ou ainda, devido a uma nova configuração fática não relacionada com tempo de contribuição como maior idade, parece-me indevida.

Do contrário, sempre que o legislador ordinário pretender aprimorar alguma regra de aposentadoria em razão de melhoria do sistema ou devido à maior contribuição de determinada geração, haverá um impedimento fático intransponível, que é a indireta extensão a todos os segurados via desaposentação.

Embora a isonomia seja um valor fundante do *Welfare State* e mesmo dos direitos sociais, a previdência social, devido a sua característica de natureza contributiva, carrega

⁵ Cf. GUNN, T. Jeremy. Deconstructing proportionality in limitations analysis. *Emory International Law Review*, v. 19, p. 467, 2005. Sobre a importância do princípio da proporcionalidade na aplicação dos direitos fundamentais, ver PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 310-365.

consigo maior correspectividade entre benefício e custeio, permitindo, por exemplo, que, devido a questões econômicas e arrecadatórias, uma geração tenha benefícios mais elevados ou reduzidos frente a gerações passadas sem maiores problemas. Isso é algo inerente aos regimes previdenciários de índole bismarckiana, que possuem maior correlação entre custeio e benefício.

Em suma, o benefício previdenciário do segurado é regido pela lei vigente à época do jubramento, não podendo o requerente criar instrumento de burla à lei sob pretexto de desaposentar-se. Como corretamente apontou o STF, a prestação previdenciária deve submeter-se ao *tempus regit actum*.⁶

Naturalmente, se há efetivamente novo tempo contributivo digno da desaposentação (algo ainda a ser fixado pelo Legislador ou, em último caso, pelo Judiciário), a pretensão deverá ser admitida, podendo o segurado alcançar nova prestação somente em tais situações. Importante notar que tal benefício, ao ser concedido, submeter-se-á à legislação vigente no momento do novo requerimento, pois os fatos serão subsumidos a regulamentação legal existente.

A nova prestação não poderá submeter-se à regra legal já revogada, como possa parecer, ainda que lhe seja mais vantajosa, sob pena de dar eficácia normativa sobre fatos posteriores a sua revogação. Alguns segurados tentam postular tal demanda, é o tema do item seguinte.

4. REGIME JURÍDICO APLICADO AO NOVO BENEFÍCIO APÓS A DESAPOSENTAÇÃO

Embora a ultra-atividade de normas jurídicas possa tomar lugar em situações excepcionais, essa não é a regra nem mesmo no Direito previdenciário. Ao ocorrer o evento determinante do benefício, ou seja, o fato ou conjunto de fatos suficientes para a prestação previdenciária, surge a prerrogativa legal para o segurado poder postular o que lhe é devido, mas sempre submetido à lei então vigente quando do preenchimento dos requisitos legais no momento do direito adquirido, ou, excepcionalmente, no momento do requerimento se houver nova lei mais vantajosa.

Situação inaceitável seria o segurado postular a desaposentação para, tendo o tempo de contribuição anterior livre, somá-lo com novo interregno contributivo e aplicá-lo sob a égide de legislação já revogada. Tal situação é esdrúxula, pois o direito adquirido demanda necessariamente um fato aquisitivo que há de ser aquele acumulado durante a concessão do benefício, e não fatos posteriores à revogação da lei pela qual se pretende adquirir o direito.⁷

⁶ RE 597.389, Min. Gilmar Mendes. O tema foi objeto de repercussão geral. Ver <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaRepercussaoGeralMeritoJulgado/anexo/01_RG_ReafirmacaoJurisprudencia.pdf>.

⁷ Sobre o tema, ver o meu Expectativa de direito e direito adquirido na previdência social. *Revista de Previdência Social LTr*, v. 296, p. 443, 2005.

Isso, de fato, acaba por se revelar problemático, já que muitos segurados, ao obter a desaposentação e consequente benefício no RGPS, na atualidade, têm obtido aumentos irrisórios especialmente para aqueles jubilados antes do fator previdenciário ou em época de sua aplicação parcial, logo após a aprovação da Lei nº 9.876/99. Aqui, apesar da pouca diferença, o procedimento é correto, os segurados devem submeter-se à regra vigente no momento do novo benefício.

Igualmente teratológica seria a pretensão de conjugar parcelas de regimes diferentes, como que criando verdadeiro sistema híbrido, postulando a aplicação de parcelas de um e outro - regime pretérito e atual, de acordo com a melhor configuração possível para o segurado. Isso sim seria claramente demandar de forma que o Judiciário se torne legislador ordinário.

Já decidiu o STF (embora em relação ao RGPS) que não é possível sob o argumento de direito adquirido mesclar as vantagens de dois regimes distintos de aposentadoria, beneficiando-se das vantagens decorrentes de um sistema híbrido:

[...] mesclar as vantagens de dois regimes distintos de aposentadoria, beneficiando-se das vantagens decorrentes de um sistema híbrido. Ademais, salientou-se a jurisprudência pacífica no sentido de que o aposentado possui direito adquirido ao *quantum* de seus proventos calculado com base na legislação vigente ao tempo da aposentadoria, mas não aos critérios legais com base em que esse *quantum* foi estabelecido, porque não há direito adquirido a regime jurídico. Asseverou-se não se ignorar que o direito adquirido pressupõe o atendimento de todas as condições para a obtenção da aposentadoria, como, na espécie, ocorreria. Entretanto, aduziu-se que, ante o princípio *tempus regit actum*, o tempo de serviço ou de contribuição obtido depois do advento da EC 20/98 não se rege mais pela disciplina legal que vigorava anteriormente, passando a sujeitar-se à nova ordem por ela instaurada. Concluiu-se que se o segurado quiser agregar tempo de serviço posterior à EC 20/98, tem de se submeter ao novo ordenamento, com observância das regras de transição. (RE 278718/SP, DJU de 14.06.2002).

É sabido que, ao se defrontar com novo regime previdenciário, poderá a lei trazer benesses e prejuízos, dependendo da prestação e da situação concreta do indivíduo. Inevitavelmente, durante mudanças, há prejuízos para aqueles que já se encontram no sistema e, por isso, em relação às reformas previdenciárias adequadamente desenvolvidas, as mutações normativas são fixadas em longos períodos de tempo, visando diluir o impacto negativo sobre a expectativa de direito. No entanto, não se pode extrair a prerrogativa de obter judicialmente a construção do regime que melhor se amolde a cada caso.

5. VIOLAÇÃO À ISONOMIA FRENTE A SEGURADOS QUE ADIARAM A APOSENTADORIA ATÉ ALCANÇAR BENEFÍCIO PLENO

Outro ponto recorrente quanto à desaposentação é a pretensa violação à isonomia, pois haveria evidente vantagem para segurado que se aposenta com proventos proporcionais recebendo o benefício, continua trabalhando, para anos mais tarde conseguir nova aposentadoria, em melhores condições.

A ideia é que o segurado que diligentemente mantém suas atividades sem aposentadoria até o marco legal que lhe garantiria o benefício pleno estaria em situação de desvantagem, pois, apesar de ter adiado seu jubileamento, o receberá frente ao outro que, precocemente, aposentou-se e manteve-se em atividade, mas recebeu benefício proporcional durante anos.

Inicialmente, um argumento que de pronto seria apto a excluir tal fundamento é o singelo fato de o sistema previdenciário público brasileiro ser financiado no regime de repartição simples, além de adotar planos de benefício que seguem, em regra, a dinâmica do benefício definido, no qual a prestação não tem correlação exata com as contribuições.⁸

Ademais, um segurado pode voluntariamente postergar sua aposentadoria por tempo indefinido por questões pessoais e nem por isso poderia impor tal adiamento para todos os seus pares sob alegação de violação à isonomia. Seria também evidente absurdo declarar que todos devam necessariamente receber o benefício de aposentadoria automaticamente ao preencher determinados requisitos legais. Sempre haverá segurados que terão condições mais vantajosas que outros, e o sistema previdenciário brasileiro possui exemplos dos mais variados.⁹

Dentro de uma complexa rede de proteção social, é inevitável que alguns venham a ter vantagens maiores que outros. A ideia é que algum grau de justiça formal deve existir dentro de qualquer sistema, isto é, a aplicação das normas de modo idêntico para todos - algo inerente à ideia de legalidade. Mesmo que eventualmente algumas regras sejam injustas em situações particulares, melhor é aplicá-las uniformemente para todos, pois a imprevisibilidade das regras seria injustiça maior.¹⁰

⁸ O que não significa que o benefício não possa ser calculado com base nas últimas remunerações, o que indiretamente implica uma relação fraca com as contribuições, característica típica de modelos bismarckianos de previdência social.

⁹ Somente como rápidos exemplos podem-se mencionar as situações de segurados com recolhimentos elevados em períodos fora da média de cálculo do salário de benefício frente a outros com recolhimentos elevados justamente dentro do período básico de cálculo; o segurado que falece após 20 anos de contribuição, mas já com a qualidade de segurado perdida, frente aos dependentes do segurado que somente exercia atividade por um único dia, falecendo devido a acidente de qualquer natureza.

¹⁰ Neste sentido, ver a clássica obra de John Rawls, *Uma teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 61-62. Como afirma o autor, a proposta de justiça social mais adequada não se limita a aspectos distributivos, devendo analisar aspectos que favorecem o agir cooperativo - eficiência, coordenação e estabilidade -, e por isso pode-se optar por ações que não seriam as melhores do ponto de vista exclusivamente da justiça, mas que proporcionem alguma estabilidade às relações (op. cit., p. 07).

Ainda que um segurado venha a obter uma vantagem maior frente a outro na situação inicialmente apontada, não há como indicar tal circunstância como impedimento à desaposentação. A possibilidade jurídica existe para todos e não se pode impedir uma pretensão legítima sob alegação de que outrem não seria beneficiado por sua inércia. É da essência do direito não amparar aqueles que permanecem inertes. *Dormientibus non succurrit jus*.¹¹ Não se podem negar pretensões legítimas de uma pessoa sob alegação de vantagem sobre as demais, sob pena de denegar a prestação jurisdicional na maioria das lides apresentadas em juízo.

Ademais, tal situação não é um impedimento à desaposentação, mas sim um argumento extra para a urgente regulamentação da matéria, permitindo que todos possam se beneficiar sem depender da iniciativa individual frente ao Judiciário. O argumento aqui apresentado implicaria negar prestações legítimas sob alegação de que nem todos recorrem ao Judiciário. Certamente insustentável.

CONCLUSÃO

Como sempre ressaltai, ao escrever obra pioneira sobre o tema da desaposentação há alguns anos, nunca imaginei a amplitude que o assunto alcançaria hoje. Fato imprevisível por certo, mas não imprevisível.

O modelo previdenciário brasileiro é um dos poucos que ainda permite aposentadorias precoces como a jubilação por tempo de contribuição. Instrumento ingênuo dos anos 50, visando assegurar o pleno emprego, mostrou-se ineficaz, pacto suicida de proteção social especialmente em um mundo cada vez mais envelhecido e com natalidade reduzida. Em quase todo o mundo tais prestações foram eliminadas nos anos 70, com poucas exceções.

No contexto atual, é comum que trabalhadores requeiram suas aposentadorias por tempo de contribuição e mantenham suas atividades remuneradas, até por ainda contarem com plena forma física e mental. É certo que essa realidade não é válida para todos os brasileiros, pois muitos não têm mais condições de permanecer em atividade, seja por alguma forma de limitação fisiológica, seja mesmo por inadequação profissional num mundo que demanda cada vez mais mão de obra qualificada.

Uma reforma previdenciária que certamente virá lidará com tais situações, possivelmente estabelecendo limites elevados de idade para aposentadoria, mas ampliando hipóteses de invalidez e, também, incremento do seguro-desemprego, incluindo readaptação profissional que permita a vida digna às pessoas excluídas do mercado de trabalho.

¹¹ Naturalmente, não se ignora aqui a possibilidade de ações coletivas em matéria previdenciária, amparando toda a clientela atingida, assim como a crônica dificuldade no acesso à Justiça no Brasil. No entanto, tais particularidades não invalidam a ideia geral da inércia da atividade jurisdicional e, por consequência, da obtenção de posições mais vantajosas para uns frente a outros.

A desaposentação cresceu como um animal inserido em ambiente farto de alimento. Segurados aposentados precocemente com continuidade de suas atividades remuneradas e um sistema normativo com previsão de contribuição sem contraprestação adequada. O resultado não poderia ser outro, senão a revisão de benefícios mediante inclusão do novo tempo de contribuição. Imprevisto, mas não imprevisível.

O tema encontra-se no momento sob análise do STF, no RE 381.367/RS. Ainda nesta data, não contamos com decisão definitiva sobre o tema, mas antecipando o futuro, talvez, o assunto perca sua importância em breve, seja lá qual for o resultado. Se contrário à desaposentação, o Tribunal encerrar o assunto, rapidamente cairá no esquecimento. Se aprová-la, certamente gerará forte estímulo a uma reforma previdenciária abrangente, a qual com toda certeza buscará eliminar o alimento da desaposentação, que é justamente a jubilação precoce.

REFERÊNCIAS

GUNN, T. Jeremy. Deconstructing proportionality in limitations analysis. *Emory International Law Review*, v. 19, 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RAWLS, Jonh. *Uma teoria da Justiça*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

O QUE É A DESAPOSENTAÇÃO? COMO ESTE INSTITUTO ESTÁ SENDO INTERPRETADO PELOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO?*

WHAT IS THE UNRETIREMENT? HOW THIS INSTITUTE IS BEING INTERPRETED BY THE ORGANS OF THE JUDICIARY?

NATÉRCIA CAIXEIRO LOBATO

Analista em Direito Previdenciário. Advogada/SP.

SUMÁRIO: Introdução - A interpretação jurisprudencial - Conclusão - Referências.

RESUMO: Artigo que aborda a desaposentação, seus conceitos básicos, a polêmica sobre o tema e como o Judiciário está lidando com o tema.

PALAVRAS-CHAVE: desaposentação; conceito; Judiciário.

ABSTRACT: Article that discusses unretirement, its basic concepts, the controversy on the topic and how the judiciary is dealing with the issue.

KEYWORDS: unretirement; concept; Judiciary.

INTRODUÇÃO

O conceito de desaposentação consiste no cancelamento da aposentadoria que vem sendo recebida ao longo dos anos e concessão de uma nova aposentadoria em substituição a este benefício para aquele trabalhador que continua no mercado de trabalho após a jubilação, possibilitando-lhe utilizar-se do tempo de contribuição após a jubilação para somar ao período já contribuído e obter, dessa forma, uma aposentadoria mais vantajosa, uma vez que continuou contribuindo para a Previdência Social, sem qualquer contraprestação por parte do Estado, exceto salário-família e reabilitação profissional (benefícios essencialmente assistenciais) quando empregado. É importante observar que o segurado aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social é segurado obrigatório.

* Data de recebimento do artigo: 21.01.2013.

Datas de pareceres de aprovação: 30.01.2013 e 31.01.2013.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 15.02.2013.

A aposentadoria é um direito fundamental social, sendo a possibilidade de sua renúncia tratada com a devida cautela, dessa forma somente quando a desaposentadoria implicar situação mais favorável ao segurado deve ser permitida.

Não seria admissível que, sendo a aposentadoria direito fundamental social protegido pelo instituto do ato jurídico perfeito, e incorporado ao patrimônio jurídico do aposentado, diante de hipótese mais favorável, cominasse em prejuízo para manter determinado ato anterior apenas porque supostamente realizado em conformidade com a legislação aplicável à época em que postulou o direito.

Uma das polêmicas jurídicas que envolvem o tema diz respeito ao fato de ser a aposentadoria um ato jurídico perfeito, o que impossibilitaria a renúncia unilateral qualquer que fosse o motivo.

O ato de concessão da aposentadoria, depois de percorridas todas as fases, assume a condição de ato jurídico perfeito.

Entretanto o ato jurídico perfeito não constitui valor absoluto, que não possa ser, enquanto decorrente do princípio constitucional da segurança jurídica, cotejado com outros princípios e sopesado à luz da fundamentalidade do direito social.

No caso da desaposentação, e sendo o ato jurídico perfeito dimensionado à luz da dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica somente estaria preservada com a possibilidade da renúncia.

Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, o ato administrativo é perfeito quando esgotadas as fases necessárias à sua produção. Portanto, o ato perfeito é o que completou o ciclo necessário à sua formação. Perfeição, pois, é a situação do ato cujo processo está concluído. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 272).

O ato jurídico perfeito e o direito adquirido são cláusulas pétreas, portanto, imodificáveis até mesmo por emendas constitucionais. Tal preceito tem o evidente propósito de resguardar direitos individuais e coletivos, mantendo-os a salvo de eventuais mudanças legislativas. O ato jurídico perfeito surge no próprio contexto do direito adquirido, pois este é originário por meio daquele, especialmente no Direito previdenciário.

A questão previdenciária, também abrangida pelo ato jurídico perfeito quando da concessão da aposentadoria, tem o propósito de assegurar o benefício do segurado em razão dos seus vários anos de trabalho e contribuição, sendo que a denegação do ato jurídico perfeito contraria a segurança jurídica, o que geraria uma situação de extrema insegurança ao aposentado, caso seu benefício pudesse ser revisto a qualquer momento, reconsiderando os requisitos de elegibilidade previdenciários, frequentemente alterados. Entretanto, o ato jurídico perfeito e a segurança jurídica não podem ser impedimentos ao livre exercício do direito, muito pelo contrário, pois essas garantias constitucionais devem preservar o direito dos aposentados, o qual pode e deve ser renunciado em favor de uma situação mais benéfica.

A legislação previdenciária, ao revogar o texto que definia o benefício pecúlio, Lei 9.032/95, simplesmente proporcionou um desvio de finalidade da contribuição efetuada pelos aposentados.

Para a existência do benefício pecúlio, a fonte de custeio contribuição do segurado aposentado que retorna ao trabalho foi estabelecida.

Com a extinção do pecúlio, essa fonte de custeio também deveria ter sido extinta. Observe a redação original da Lei:

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:

[...]

III - quanto ao segurado e dependente:

- a) pecúlios;
- b) serviço social;
- c) reabilitação profissional.

[...]

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ela retornar, somente tem direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios, não fazendo jus a outras prestações, salvo as decorrentes de sua condição de aposentado, observado o disposto no art. 122 desta lei.

Sua nova redação foi considerada constitucional e justificada pelo princípio da solidariedade:

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:

[...]

III - quanto ao segurado e dependente:

- a) pecúlios; (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)
- b) serviço social;
- c) reabilitação profissional.

[...]

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

Mas esse entendimento pode não estar correto, na prática o que está ocorrendo é dupla tributação. O Princípio da Solidariedade estabelece que toda a sociedade deve contribuir para a manutenção da Seguridade Social, mas os aposentados que continuam

trabalhando contribuem duplamente para a solidariedade (com sua contribuição destinada à previdência e com as demais contribuições que todos da sociedade igualmente contribuem).

Uma contribuição de natureza essencialmente previdenciária tornou-se contribuição solidária da seguridade social enquanto sistema. Somente para esclarecer, a Seguridade Social é composta pela Previdência Social, contributiva, acessível aos trabalhadores, e pela Assistência Social e Saúde, independentes de contribuição e acessíveis a todos, independentemente de qualquer contribuição.

O entendimento e a aplicação do princípio da solidariedade no caso dos aposentados que continuam trabalhando e são contribuintes estão equivocados. Veja-se que a situação se agrava se percebermos que o segurado que continua a trabalhar quase nada percebe do sistema previdenciário, em vista do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91. Se ficar doente, não terá direito ao auxílio-doença, por exemplo. Não poderá cumular aposentadoria atual com outra aposentadoria. E assim sucessivamente, ficando nas diversas hipóteses suscitadas pela legislação previdenciária carente de proteção.

É importante salientar que a contribuição previdenciária efetuada pelo aposentado que continua trabalhando tem a mesma natureza da contribuição efetuada pelo trabalhador não aposentado.

Ao trabalhador aposentado que retorna à atividade cabe o ônus alusivo à contribuição, devendo-se a ele em contrapartida os benefícios próprios, mais precisamente a consideração das novas contribuições, para que, voltando ao ócio, possa ter sua aposentadoria recalculada mediante as novas contribuições efetuadas, alterando o valor do benefício a que fará jus após o jubilo.

O que se verifica, porém, em relação às contribuições efetuadas pelo segurado aposentado que retorna ao trabalho é a ocorrência de uma transformação de contribuição para a Previdência Social em contribuição para a Assistência Social, gerada a partir da exclusão do benefício Pecúlio da legislação, que era especificamente direcionado a esse contribuinte.

Enfim, estará o aposentado que retorna ao trabalho desprotegido socialmente, a despeito de continuar a contribuir para os cofres da Previdência Social. Logo, não sendo possível a restituição dos valores em um regime solidário, nada mais conforme a legalidade do que a possibilidade de renúncia a direito decorrente de ato jurídico perfeito para obtenção de situação mais favorável, em vista mesmo da fundamentalidade do direito à aposentadoria.

A INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

A questão é constitucional, sendo que a jurisprudência já se postou de maneira diligente sobre a possibilidade de renúncia à aposentadoria. Veja-se, por exemplo, o seguinte acórdão (extraído da decisão constante do MS 2002.51.01.5074-0):

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA.

1. O segurado tem direito de, a qualquer momento, renunciar à aposentadoria. 2. Sendo legítimo o direito de renúncia, seus efeitos têm início a partir da sua postulação. 3. Apelação e remessa improvidas

(AC 01000325204, 1ª Região, 1ª Turma, Rel. Juiz Luciano Tolentino do Amaral, DJ 06.04.2000, p. 73).

Outra discussão de cunho relevante quando o assunto é desaposentação é a obrigatoriedade ou não de devolução dos valores já recebidos a título de aposentadoria.

Não há necessidade de devolução de valores, nem no caso de desaposentação no mesmo regime previdenciário, no qual não há argumentos que sustentem a devolução, pois como visa benefício posterior, somente agregará ao cálculo o tempo de contribuição obtido posteriormente, sem invalidar o passado.

Esse também é o entendimento de Castro e Lazzari, que afirmam:

Entendemos que não há necessidade da devolução dessas parcelas, pois não havendo irregularidade na concessão do benefício recebido, não há o que ser restituído. Como paradigma, podemos considerar a reversão, prevista na Lei nº 8.112/90, que não prevê a devolução dos proventos percebidos.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região mantinha até recentemente o entendimento unânime de ser necessária a devolução das parcelas recebidas, entretanto recentemente a 10ª Turma mudou seu entendimento, seguindo decisões repetidas do STJ, conforme podemos observar nesta decisão:

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007666-64.2007.4.03.6183/SP

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER INFRINGENTE. DESCABIMENTO.

I. Não se verificando um dos vícios que os ensejam, quais sejam, omissão, dúvida, contradição ou obscuridade, incabível a pretensão dos embargos de declaração (art. 535, CPC).

II. Os embargos de declaração objetivam complementar as decisões judiciais, não se prestando à revisão do que foi decidido no v. acórdão.

III. De meridiana clareza o acórdão, não há como se vislumbrar nos presentes embargos o intuito de se ver aprimorado o decisorio judicial, senão o de buscar efeitos modificativos vedados pela legislação processual.

IV. No presente caso, entendo que o fato de a parte autora receber mensalmente o benefício de aposentadoria por tempo de serviço (NB 101.497.385-3), concedido em 19.03.1996, afasta a alegada urgência na medida, razão pela qual indefiro o pedido de concessão de tutela antecipada.

V. Pedido da parte autora formulado na petição das fls. 189/190 rejeitado. Embargos de declaração do INSS improvidos.

[...] dou provimento à apelação da parte autora para reconhecer seu direito à renúncia da aposentadoria anteriormente concedida, com a imediata implantação de novo jubramento a ser calculado pelo

INSS, desde a data da citação, sem a necessidade da restituição de valores já recebidos, devendo a incidência de correção monetária e juros de mora sobre o valor das diferenças apuradas seguir o disposto na Resolução nº 134, de 21.12.2010, do Conselho da Justiça Federal, que aprovou o Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, observando-se a Súmula nº 08 desta Corte Regional e a Súmula nº 148 do egrégio Superior Tribunal de Justiça, sendo que os juros de mora são devidos a partir da citação, de forma global para as parcelas anteriores a tal ato processual e de forma decrescente para as parcelas posteriores até a data da conta de liquidação, que der origem ao precatório ou à requisição de pequeno valor - RPV, compensando-se do valor em atraso as parcelas já pagas relativas ao benefício anterior. Honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, excluídas as parcelas vincendas, considerando-se as prestações vencidas as compreendidas entre o termo inicial do benefício e a data da prolação desta decisão. Custas na forma da lei. Publique-se. Intimem-se. São Paulo, 14 de dezembro de 2011. WALTER DO AMARAL Desembargador Federal.

Concordamos que a desaposentação tem natureza de ato de índole desconstitutiva (renúncia à aposentadoria), não haveria, pois, como se possibilitar qualquer retroação. Deve-se manter hígida “a aposentadoria no período em que foi gozada”, não havendo “necessidade de devolução dos valores percebidos diante da natureza revogatória da desaposentação”.¹

Assim entende-se por conta da impossibilidade de se poder indicar, em regimes de solidariedade, o valor a ser devolvido e, em segundo lugar, pela natureza do ato, que é desconstitutivo - gerando efeitos apenas *ex nunc*. O que o segurado irá fazer posteriormente com a renúncia, para fins de melhora de sua condição, não implica qualquer alteração na natureza desconstitutiva do ato de renúncia.

Sobre a devolução das parcelas recebidas a título de aposentadoria, já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça no acórdão extraído do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.107.638:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ART. 557 DO CPC. MATÉRIA NOVA. DISCUSSÃO. NÃO CABIMENTO. PRECLUSÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO OBRIGATORIEDADE.

É permitido ao relator do recurso especial valer-se do artigo 557 do Código de Processo Civil, quando o entendimento adotado na decisão monocrática encontra-se em consonância com a jurisprudência dominante

¹ Marcelo Leonardo Tavares.

desta Corte Superior de Justiça. 2. Fica superada eventual ofensa ao artigo 557 do Código de Processo Civil pelo julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra a decisão singular do Relator. Precedentes. 3. Em sede de regimental, não é possível inovar na argumentação, no sentido de trazer à tona questões que sequer foram objeto das razões do recurso especial, em face da ocorrência da preclusão. 4. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 1.107.638/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 25.05.2009).

A ação de desaposentação, a partir de sua propositura, configura a manifestação de vontade do aposentado em desfazer o ato jurídico que determinou sua aposentadoria. É relevante recomendar que entre os pedidos postulados na petição inicial de desaposentação seja cumulado pedido de nova aposentadoria e que no novo cálculo inclua-se o período laborado posteriormente ao ato de aposentadoria.

Possuindo a sentença desta ação efeitos *ex nunc*, os valores atrasados são gerados a partir da manifestação de vontade - que se dá com a postulação administrativa ou com o ajuizamento da ação (data da distribuição).

Da mesma forma, a manifestação de vontade é indicativa da data de cessação do antigo benefício. Neste instante promove-se a estabilização da controvérsia, com a determinação de quais salários de contribuição e metodologia de cálculo serão utilizados para fins de cálculo do novo benefício. Não há como situação posterior, mesmo que decorrente da permanência no trabalho após a propositura da ação, implicar mudança nos limites objetivos da lide, sob pena de prejuízo ao direito de defesa do INSS.

A questão da desaposentação e seus efeitos tem sido amplamente discutida nos tribunais e a jurisprudência, ainda que não esteja uniformizada, caminha no sentido de permitir a desaposentação e seus efeitos benéficos aos segurados da Previdência Social.

A possibilidade do desfazimento do ato jurídico perfeito já está praticamente esclarecida, já a questão da não devolução dos valores recebidos, como já mencionado, encontra algum óbice, visto que a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência julgou a matéria conforme relacionado abaixo, determinando a devolução de todos os valores recebidos a título de aposentadoria:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO, PARA A OBTENÇÃO DE NOVA APOSENTADORIA DA MESMA ESPÉCIE, MEDIANTE O CÔMPUTO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO POSTERIOR À DATA DE INÍCIO DA PRIMEIRA APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE QUE A RENÚNCIA SEJA FEITA COM EFEITOS *EX TUNC*, COM A RESTITUIÇÃO DO VALOR ATUALIZADO DE TODAS AS PRESTAÇÕES RELATIVAS AO BENEFÍCIO QUE CONSTITUI OBJETO DA RENÚNCIA.

Para a concessão de nova aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, em substituição à anteriormente concedida, mediante o cômputo do tempo de serviço/contribuição relativo ao período compreendido entre a data de início da primeira aposentadoria e a data de sua cessação, é necessário que essa renúncia seja feita com efeitos *ex tunc*, isto é, com a reconstituição do *statu quo ante*, mediante a devolução do valor atualização das prestações relativas ao primeiro benefício. (PEDILEF 200772550000540, Relator Juiz Fed. Sebastião Ogê Muniz, DJ de 15.09.2009).

De acordo com a publicação no Informativo 600 do STF, o Supremo Tribunal Federal iniciou julgamento de recurso extraordinário onde se questiona a constitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 (“§ 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”).

O caso trata exatamente da questão da desaposentação de uma aposentada pelo RGPS que retornou à atividade e pleiteia novo cálculo de proventos, consideradas as contribuições de período referente a esse regresso, sob alegação de que o mencionado dispositivo legal estaria em confronto com o art. 201, § 11, da CF (“§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”), haja vista que, mesmo contribuindo como segurada obrigatória na qualidade de empregada, teria direito apenas às prestações de salário-família e de reabilitação profissional. (RE 381367/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 16.09.2010).

De acordo com o informativo, o Ministro Marco Aurélio proveu o recurso, entendendo pela possibilidade da desaposentação e recálculo do benefício com aproveitamento das contribuições posteriores à aposentadoria e pela desnecessidade de devolução das parcelas percebidas a título de aposentadoria, o Min. Dias Toffoli pediu vistas, suspendendo o julgamento.

O Min. Marco Aurélio, relator, proveu o recurso. Consignou, de início, a premissa segundo a qual o trabalhador aposentado, ao voltar à atividade, seria segurado obrigatório e estaria compelido por lei a contribuir para o custeio da seguridade social. Salientou, no ponto, que o sistema constitucional em vigor viabilizaria o retorno do prestador de serviço aposentado à atividade. Em seguida, ao aduzir que a previdência social estaria organizada sob o ângulo contributivo e com filiação obrigatória (CF, art. 201, *caput*), assentou a constitucionalidade do § 3º do art. 11 da Lei 8.213/91, com a redação conferida pelo art. 3º da Lei 9.032/95 (“§ 3º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991,

para fins de custeio da Seguridade Social”). Assinalou que essa disposição extinguiu o denominado pecúlio, o qual possibilitava a devolução das contribuições implementadas após a aposentadoria. Enfatizou que o segurado teria em patrimônio o direito à satisfação da aposentadoria tal como calculada no ato de jubilação e, ao retornar ao trabalho, voltaria a estar filiado e a contribuir sem que pudesse cogitar de restrição sob o ângulo de benefícios. Reputou, dessa forma, que não se coadunaria com o disposto no art. 201 da CF a limitação do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91 que, em última análise, implicaria desequilíbrio na equação ditada pela Constituição. Realçou que uma coisa seria concluir-se pela inexistência da dupla aposentadoria. Outra seria proclamar-se, conforme se verifica no preceito impugnado, que, mesmo havendo a contribuição - como se fosse primeiro vínculo com a previdência -, o fenômeno apenas acarretaria o direito ao salário-família e à reabilitação profissional. Reiterou que, além de o texto do examinado dispositivo ensejar restrição ao que estabelecido na Constituição, abalaria a feição sinalagmática e comutativa decorrente da contribuição obrigatória. Em arremate, afirmou que ao trabalhador que, aposentado, retorna à atividade caberia o ônus alusivo à contribuição, devendo-se a ele a contrapartida, os benefícios próprios, mais precisamente a consideração das novas contribuições para, voltando ao ócio com dignidade, calcular-se, ante o retorno e as novas contribuições e presentes os requisitos legais, o valor a que tem jus sob o ângulo da aposentadoria. Registrou, por fim, que essa conclusão não resultaria na necessidade de se declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91, mas de lhe emprestar alcance consentâneo com a Constituição, ou seja, no sentido de afastar a duplicidade de benefício, porém não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita. Após, pediu vista o Min. Dias Toffoli. (RE 381367/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 16.09.2010).

Assim pode-se concluir que a desaposentação é apenas uma maneira justa de se emprestar à legislação previdenciária interpretação em acordo com as disposições previstas em nossa Carta Magna, concedendo ao trabalhador aposentado, contribuinte obrigatório da Previdência Social, a devida contrapartida que deve ter mediante o recolhimento de suas contribuições à Previdência Social.

A Previdência Social e a Assistência Social têm fontes de custeio diversas. As fontes de custeio da Assistência Social garantem um superávit já estudado por diversos economistas. A realidade é que essa receita é desviada de seus fins verdadeiros, confundindo-se os conceitos de previdência social e assistência social, mascarando os números, em um jogo de estatísticas e interesses políticos, em detrimento do direito do cidadão. É dever da justiça garantir que situações como essas não prejudiquem o cidadão, aplicando princípios de igualdade e proporcionalidade, quando o cidadão desigual se coloca frente

à máquina do Estado, questionando justificativas inválidas que mascaram uma possível “incapacidade”/“dificuldade” de administrar as receitas públicas.

A desaposentação não possui previsão legal expressa, sendo este o principal argumento da Administração Pública para negar a aplicação do instituto. Entretanto, também não há previsão legal proibindo a utilização de tal instituto. A ausência de previsão legal para o exercício das prerrogativas inerentes à liberdade da pessoa humana não pode ser alegada pela Administração Pública como entrave à desaposentação, visto que cabe à pessoa, desde que perfeitamente capaz, julgar a condição mais adequada para sua vida, aposentada, ou não.

Portanto, como a desaposentação visa interesse exclusivo do aposentado, seja pelo Regime Geral da Previdência Social ou mesmo por Regimes Próprios de Previdência, a Administração Pública não pode negar a aplicação de tal instituto, pelo simples fato de ele não estar previsto expressamente em lei.

Di Pietro é um dos autores partidários de tal posição, dizendo resumidamente que a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo (como um regulamento), conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei. (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 68).

De fato, em um primeiro momento, a possibilidade de desaposentar-se e utilizar suas contribuições posteriores à aposentadoria para a obtenção de novo benefício pode parecer prejudicial ao Estado. Mas ao analisar mais profundamente a questão, se o idoso, contribuinte, obtiver um benefício melhor, será incentivado a continuar trabalhando, gerando riqueza, contribuindo, aposentando-se com dignidade, onerando cada vez menos o Estado para satisfação de suas necessidades mínimas, enfim a justificativa de que não há previsão legal de tal instituto não é suficiente, quando a dinâmica social aponta exatamente uma situação fática que exige uma solução justa e digna, que beneficia a todos.

O suposto “rombo” da Previdência Social não é justificativa para que o Estado se mantenha inerte em relação aos aposentados que voltam ao trabalho e contribuem à Previdência Social sem receber qualquer benefício previdenciário em função dessas contribuições. Não havia previsão de que as pessoas envelheceriam mais tarde, mas também não havia previsão de que essas pessoas se aposentariam e continuariam trabalhando e contribuindo.

CONCLUSÃO

Diante desses argumentos entende-se pela possibilidade da desaposentação, sem necessidade de devolução das parcelas recebidas a título de aposentadoria, vez que se trata de ato de renúncia com efeitos a partir de sua postulação.

REFERÊNCIAS

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DESAPOSENTAÇÃO - PETIÇÃO INICIAL

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA MM. ____^a VARA DE _____.

(nome, qualificação e endereço), por seu advogado e bastante procurador abaixo assinado (procuração em anexo 01), com escritório profissional na (endereço), onde recebe intimações e avisos, vem, respeitosamente à presença de Vossa Excelência, propor a presente

Ação Ordinária de Desaposentação

em face do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, com endereço _____ pelos motivos de fato e de direito que passa a expor, para ao final requerer o quanto segue:

Dos Fatos

O Autor requereu administrativamente sua aposentadoria por tempo de serviço em __/__/__, conforme documentação acostada em anexo (anexo 02).

Em __/__/__, o Autor recebeu a Concessão emitida pelo INSS, informando que sua aposentadoria havia sido deferida e o valor da RMI (Renda Mensal Inicial) seria de R\$ _____, conforme memória de cálculo (anexo 03).

Entretantes, o Autor continuou laborando na mesma empresa _____ durante mais 10 anos, tendo logrado um importante aumento de ordenado, conforme se comprova pela documentação anexa (anexo 04).

O Autor pretende somar este tempo de contribuição ao sistema previdenciário aos seus ganhos de aposentado, visto que contribuiu por uma década sem a devida contrapartida do INSS.

Seu intuito é desfazer esta aposentadoria de que é titular para posteriormente requerer nova Aposentadoria com a adição dos novos salários-de-contribuição para efeito de cálculo de sua Renda Mensal Inicial (RMI).

Do Direito

O instituto da desaposentação nada mais é que: uma renúncia que o segurado faz da sua aposentadoria buscando uma colocação mais favorável e economicamente mais vantajosa.

A aposentadoria é um direito de natureza patrimonial do trabalhador e, sendo patrimonial disponível, é possível a sua renúncia. A aposentadoria também é um direito personalíssimo, o que ratifica a possibilidade de renúncia.

Temos na doutrina pátria:

“A aposentadoria, a par de ser direito personalíssimo é ontologicamente direito disponível, por isso que direito subjetivo e patrimonial decorrente da relação jurídico-previdenciária.” DEMO, Roberto Luiz Luchi. Aposentadoria. Direito disponível. Desaposentação. Indenização ao sistema previdenciário. *Revista de Previdência Social*, n. 263, ano XXVI, p. 887, out. 2002.

“A aposentadoria é um benefício previdenciário disponível, cujo ato de requerimento e recebimento, concretiza a legítima expressão do princípio basilar da liberdade, e assim, a prática de tal direito pertence exclusivamente à discricção da pessoa, que, portanto, pode praticá-lo de acordo com circunstâncias pessoais.” MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A seguridade social na constituição federal*. 2. ed., São Paulo: LTr, 1992. p. 221.

“A desaposentação é o direito do segurado ao retorno à atividade remunerada, com o desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário.” CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 509.

“A contagem do tempo de serviço vinculado à antiga aposentadoria para fins de averbação em outra atividade profissional ou mesmo para dar suporte a uma nova e mais benéfica jubilação.” COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: Um Novo Instituto?. *Revista de Previdência Social*, v. 228, São Paulo: LTr, p. 1130-1134, nov 1999.

“Devemos ter em mente ainda que a desaposentação não se confunde com a anulação ou revogação do ato administrativo da jubilação, que pode ocorrer por iniciativa do INSS, motivada por ilegalidade na concessão.

O objetivo principal da Desaposentação é possibilitar a aquisição de benefícios mais vantajosos no mesmo ou em outro regime previdenciário.

Isso acontece pela continuidade laborativa do segurado aposentado que, em virtude das contribuições vertidas após a aposentação, pretende obter novo benefício em condições melhores, em função do novo tempo contributivo.

Não se trata, portanto de tentativa de cumulação de benefícios, mas sim do cancelamento de uma aposentadoria e o posterior início de outra.

Traduz-se, assim, na possibilidade de o segurado, depois de aposentado, renunciar ao benefício para postular uma outra aposentadoria futuramente.” 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/doutrina/texto.asp?id=10741>>. Acesso em: 14 out. 2009.

Desta feita, temos como argumentos favoráveis à aposentação reversa ou desaposentação: I) A aposentadoria é um direito personalíssimo, patrimônio disponível do titular, passível de renúncia; II) A desaposentação é a opção mais vantajosa dentro de um pressuposto legal (obtendo-se melhor contrapartida às contribuições), o que se harmoniza aos princípios constitucionais da dignidade humana e do bem estar social; III) Com a permanência do aposentado no trabalho, a contribuição continua compulsória ao RGPS (cf. Art. 11, § 3º da Lei nº 8.213/1991).

Temos como instituto da desaposentação, a situação em que o segurado abdica do seu direito ao benefício, mas não do direito de aproveitar, em outro benefício, do tempo de serviço que serviu de base para concessão da primeira aposentadoria.

Para tanto, é necessário o desfazimento do ato de concessão, restituindo-se as partes, segurado e INSS, ao *statu quo ante*, todavia, os pagamentos efetuados pela autarquia ao segurado, devido a sua natureza alimentar, não podem ser devolvidos. Corroborando este posicionamento, nos socorremos da jurisprudência:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. PRAZO. TERMO INICIAL. ART. 103 DA LEI 8.213/91 E SUAS POSTERIORES ALTERAÇÕES. SITUAÇÃO JURÍDICA CONSTITUÍDA ANTES DA SUA VIGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE RETROAÇÃO. RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. 1. O reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 2. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos. 3. O prazo decadencial estabelecido no art. 103 da Lei 8.213/91, e suas posteriores alterações, não pode retroagir para alcançar situações pretéritas. 4. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, o exame de eventual ofensa a dispositivo da Constituição Federal, ainda que para fim de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Recurso Especial nº 1271248/SC (2011/0188383-0), 6ª Turma do STJ, Rel. Vasco Della Giustina. j. 20.10.2011, unânime, DJe 09.11.2011).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. 1. O reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 2. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos. 3. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, o exame de eventual ofensa a dispositivo da Constituição Federal, ainda que para fim de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Recurso Especial nº 1267797/SC (2011/0172614-0), 6ª Turma do STJ, Rel. Vasco Della Giustina. j. 18.10.2011, unânime, DJe 03.11.2011).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDO NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ANTERIOR. EFEITOS *EX NUNC*. DESNECESSIDADE. 1. O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário que se encontra o segurado. 2. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício tem efeitos *ex nunc* e não envolve a obrigação de devolução das parcelas recebidas. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Recurso Especial nº 1255812/PR (2011/0120414-8), 6ª Turma do STJ, Rel. Haroldo Rodrigues. j. 09.08.2011, unânime, DJe 05.09.2011).

AGRAVO LEGAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. RETORNO AO CARGO ANTERIORMENTE OCUPADO. POSSIBILIDADE. EFEITOS *EX NUNC*. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. 1. A aposentadoria é direito patrimonial disponível, passível de renúncia, portanto. 2. A agravada tem direito de rever sua aposentadoria, com a conseqüente desaposentação e retorno ao cargo anteriormente ocupado ou resultante de sua transformação. 3. No que tange à renúncia e retorno ao cargo anteriormente ocupado, a questão está preclusa, já que a autarquia deixou de recorrer. A controvérsia gravita apenas em torno da necessidade de devolução das quantias recebidas durante a vigência da aposentadoria. 4. Segundo ampla jurisprudência do STJ, o ato de renunciar à aposentadoria tem efeitos *ex nunc* e não envolve a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto aposentado, o segurado fez jus aos proventos. 5. Agravo improvido. (Agravo Legal em Apelação Cível nº 2007.72.02.004020-0/SC, 3ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. José Jacomo Gimenes. j. 29.03.2011, unânime, DE 06.04.2011).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDO NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ANTERIOR. EFEITOS EX NUNC. DESNECESSIDADE. 1. O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário que se encontra o segurado. 2. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício tem efeitos ex nunc e não envolve a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto aposentado, o segurado fez jus aos proventos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Recurso Especial nº 1247651/SC (2011/0077425-8), 6ª Turma do STJ, Rel. Haroldo Rodrigues. j. 21.06.2011, unânime, DJe 10.08.2011).

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO À RENÚNCIA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. CONTAGEM RECÍPROCA. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS RECEBIDAS. DESNECESSIDADE. *In casu*, a parte autora pretende o reconhecimento de seu direito à renúncia de benefício previdenciário, para garantir expedição de certidão de tempo de serviço, com o objetivo de averbar o período junto a órgão público a fim de reivindicar aposentadoria estatutária por considerá-la mais vantajosa, sem que tenha que devolver qualquer parcela obtida em face de outro direito regularmente adquirido. A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça e desta e. Corte firmou entendimento no sentido da possibilidade do cancelamento de aposentadoria previdenciária em razão de renúncia, e da emissão de certidão de contagem de tempo de serviço pelo regime geral da previdência para fins de averbação em outro regime, sem que seja necessária a devolução das quantias já recebidas pelo segurado a título de jubilação. Precedentes. No que se refere à verba honorária, de acordo com o entendimento desta Turma, esta deve ser fixada em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa. Indevidas custas e despesas processuais, ante a isenção de que goza a autarquia (art. 4º, inciso I, da Lei 9.289/96). Remessa oficial e apelação do INSS desprovidas. Apelação da parte autora provida. (Apelação/Reexame Necessário nº 0001699-14.2002.4.03.6183/SP, 10ª Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Diva Malerbi. j. 16.08.2011, unânime, DE 24.08.2011).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. 1. O reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 2. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores

percebidos. 3. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, o exame de eventual ofensa a dispositivo da Constituição Federal, ainda que para fim de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Recurso Especial nº 1267797/SC (2011/0172614-0), 6ª Turma do STJ, Rel. Vasco Della Giustina. j. 18.10.2011, unânime, DJe 03.11.2011).

Temos que a aposentadoria é um direito do Autor e não uma obrigação imposta pelo INSS, sendo assim, o titular do direito (neste caso o trabalhador), pode, portanto, a qualquer tempo, solicitar a cessação do ato concessório do benefício.

Digno de notar que, o INSS vem indeferindo a desaposentação com espeque em norma infralegal, de aplicação subsidiária, qual seja, o artigo 181-B, do Decreto 3.048/99, onde se lê:

Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.

Ora excelência, o artigo supra deve ser desconsiderado, porquanto não pode um decreto regulamentador, norma subsidiária, prejudicar ou restringir a aquisição de direito do segurado.

Na doutrina pátria temos:

“Certamente 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.” IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: O caminho para uma melhor aposentadoria*. RJ: Impetus, 2005, p. 37.

“[...] o ato normativo decorrente do poder regulamentar conferido ao Poder Executivo não pode contrariar a Lei nem criar direitos, impor quaisquer obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previamente estabelecidos, sob pena de serem ilegais.” ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

“Entretanto, é patente que um Decreto, como norma subsidiária que é, não pode restringir a aquisição de um direito do aposentado, prejudicando-o, quando a lei ficou omissa. E, no tocante a admissibilidade da renúncia, a mesma já resta pacificada na jurisprudência pátria.

Não podem prosperar os argumentos de irrenunciabilidade e irreversibilidade da aposentadoria, que constituem garantias em favor do segurado, quando da pretensão de tolhimento do benefício pelo concessor do mesmo, não cabendo sua utilização em desfavor do aposentado, quando o mesmo optar pela desaposentação.” 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/doutrina/texto.asp?id=10741>>. Acesso em: 14 out. 2009.

“[...] o decreto regulamentar não inova a lei, apenas regulamenta-a. Ao regulamento não cabe qualquer tipo de ampliação, nem restrição do alcance da lei, possibilitando assim, a fiel execução das leis. O decreto regulamentador tem como limite a previsão legal. Naquilo que ultrapassar os limites da lei objeto da regulamentação é inválido” HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 40).

Dessa forma, extirpe de dúvidas, tem o Autor o direito subjetivo de obter do INSS a certidão de tempo de serviço que serviu como base concessiva do seu benefício originário, que se pretende renunciar, para utilizá-lo no cômputo do seu próximo requerimento de aposentadoria.

Do Pedido

Ex positis, é o pedido para:

- a) Que V. Exa. determine a citação da Autarquia-Ré no endereço supracitado, para que, se quiser, apresente defesa à presente exordial, sob as penas de revelia e confissão;
- b) A Declaração Judicial de Renúncia, na data da propositura da ação judicial, com o consequente Desfazimento da Aposentadoria de nº _____, da qual é titular o Autor, com a expedição de certidão de tempo de serviço, determinando-se a Averbação do Tempo de serviço prestado para fins de contagem da sua nova Aposentadoria, desde que lhe seja mais favorável;
- c) A produção de todos os meios de prova em direito admitidos, notadamente, a juntada de novos documentos;
- d) Requer-se que se digne Vossa Excelência a conceder os benefícios da Justiça Gratuita, em face da condição de pobreza do Autor, que não tem como arcar com as custas processuais e demais despesas sem prejuízo de seu sustento e de sua família, conforme declaração anexa (anexo 05).

Dá-se à causa o valor de R\$ _____.

Termos em que,

Pede deferimento.

_____, ____ de _____ de 20__.

p.p. _____

OAB-UF/

DESAPOSENTAÇÃO - II - PETIÇÃO INICIAL

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA VARA FEDERAL (OU DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL) DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE _____ - UF.

_____, brasileiro, casado, aposentado, portador do RG nº _____, inscrito no CPF/MF sob o nº _____, residente e domiciliado na Rua _____, nº ____, Bairro _____, na cidade de _____ - UF, por intermédio de seu advogado infra-assinado (procuração anexa), que esta subscreve, vem à presença de Vossa Excelência, propor

AÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE DESAPOSENTAÇÃO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO

em desfavor do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, Autarquia Federal, com Superintendência Regional na cidade de _____ - UF, com endereço na Rua _____, nº ____, Bairro _____, cidade de _____ - UF, CEP _____, pelos motivos de fato e de direito a seguir expostos.

I - DOS FATOS

Na data de ___ de _____ de 199__, foi concedido à parte autora o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, sob o nº _____. Na época, contava com ___ anos e ___ meses de contribuição.

Conforme Carta de Concessão em anexo (Doc. ____), foi aplicado o fator previdenciário ___ sobre a média aritmética simples dos maiores salários de contribuição.

Todavia, mesmo já aposentado, em razão dos módicos valores de seu benefício - insuficientes para sustentar a si e a sua família durante o merecido período de descanso após longos anos de labor -, viu-se obrigado a permanecer (ou retornar) ao mercado de trabalho.

Assim, continuou a verter contribuições à Autarquia Previdenciária, visto ser contribuinte obrigatório e possuir registro de trabalho.

Permaneceu em atividade até ___ de _____ de 20__, e deseja aproveitar essas contribuições para fazer jus à Aposentadoria Integral, a qual não pode optar em 199_.

Por razões a seguir elucidadas, é seu direito poder renunciar ao benefício para optar por outro mais vantajoso.

II - DOS FUNDAMENTOS

Inicialmente, destaca-se que, conforme o declarado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), a tutela jurisdicional deve ser prestada de maneira direta, sem necessidade de buscar previamente qualquer instância administrativa. Direito transcrito também como “princípio da inafastabilidade da jurisdição”. Além disso, é de amplo conhecimento do Poder Judiciário que pedidos como o presente têm sido negados de plano pelo INSS.

Adentrando no mérito da questão, cumpre informar que aposentação consiste no ato capaz de produzir a mudança do status previdenciário do segurado, de ativo para inativo. Difere do termo “aposentadoria” visto que esse apenas traduz a ideia acerca da nova condição jurídica assumida pelo segurado.

A desaposentação nada mais é do que a reversão desse ato. Representa a possibilidade de o segurado renunciar à aposentadoria - reverter o ato de aposentação - com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de todo o seu tempo de contribuição.

Após seu perfeito trâmite, o ato concessório da aposentadoria assume a condição de ato jurídico perfeito - pleno e acabado -, apto a produzir efeitos e protegido de futuras alterações em privilégio da segurança jurídica.

Os direitos elencados no art. 5º, inc. XXXVI, da CF, dentre eles o ato jurídico perfeito, visam assegurar que direitos não sejam violados, e não limitar a fruição dos mesmos. Entendimento contrário viola frontalmente a intenção da Lei Maior.

Por sua vez, segurança jurídica não se traduz em imutabilidade das relações sobre as quais há a incidência da norma jurídica, pelo contrário, denota a garantia da preservação do direito, neste caso o direito do titular de um benefício renunciá-lo em prol de outro mais benéfico.

O ato jurídico perfeito perdura em prol do cidadão - jamais poderia ser utilizado em sua desvantagem -, como para impedir ao segurado a obtenção do benefício que lhe seja mais vantajoso.

Acerca deste viés:

Urge ainda mencionar que a desaposentação visa autenticamente o aprimoramento e concretização da proteção individual, não tendo o condão de afetar qualquer preceito constitucional, pois, jamais deve ser utilizada para a desvantagem econômica de quem quer que seja. Também é fato, que, por meio da desaposentação, o indivíduo, diante de realidades sociais e econômicas divergentes, almeja em si, tentar superar as dificuldades encontradas, pugnando pela busca incessante por uma condição de vida mais digna.

(AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR, Sérgio Henrique. Desaposentação - Instrumento de proteção previdenciária. 1. ed. São Paulo: Conceito, 2011. p. 38-39).

A finalidade da desaposentação é a liberação do tempo de contribuição utilizado para a aquisição da aposentadoria, de modo que o segurado fique livre e desimpedido para adquirir novo benefício previdenciário, quando conte com tempo de contribuição posterior à aposentação, em virtude da continuidade laborativa.

A concessão da aposentadoria, nas modalidades por idade, por tempo de serviço/contribuição e especial, dá-se com a manifestação da vontade do segurado - que possui a faculdade de optar por permanecer em atividade, mesmo quando já preencha todos os requisitos exigidos para a concessão da aposentadoria.

Assim, não podendo a Administração Previdenciária obrigar o trabalhador a se aposentar, de igual maneira não pode obrigá-lo a manter-se aposentado.

A lei, em momento algum, impede expressamente a reversão desses benefícios.

A aposentadoria é regulada por seus principais diplomas legais, a título de exemplo, cita-se: a Lei nº 8.212/1991, conhecido como diploma de custeio; Lei nº 8.213/1991, que trata do plano de benefícios; e o Decreto nº 3.048/1999, que somente veio a regular o disposto pelos antes citados diplomas legais.

Muito embora o Regulamento da Previdência Social (aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999), declare, em seu artigo 181-B, incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999, que “as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis”, é de notório saber que um decreto não pode inovar no ordenamento jurídico: somente a lei, em sentido estrito, tem o poder de fazê-lo.

O texto constitucional expressamente estatui que: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, II). A norma não pronuncia “decreto”, “regulamento”, “portaria”, “resolução” ou afins, mas sim demanda lei, exige atuação do Poder Legislativo para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados.

Também não há que se falar em devolução dos valores recebidos em face da aposentadoria anteriormente concedida, visto não existir irregularidade na concessão deste benefício. O segurado contribuiu para receber estes valores, e, no caso de renunciar à Aposentadoria Proporcional para optar pela Integral, ele voltou a verter contribuições e faz jus a novo benefício mais vantajoso.

A desaposentação, no caso da parte autora, é, em verdade, um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas contribuições do segurado. O ideal seria, como se observa em outros países, que a legislação prevísse a revisão do benefício original, em

razão do novo período contributivo.

Não faz o menor sentido determinar-se a restituição de valores fruídos no passado!

A jurisprudência acolhe esse entendimento:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. (ART. 557, § 1º, DO CPC). DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS PROVENTOS. IMPLANTAÇÃO DO NOVO BENEFÍCIO. DECISÃO DEFINITIVA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. ART. 103 DA LEI N. 8.213/91. DECADÊNCIA/PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. [...] 4. Assim, o segurado pode renunciar a aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, com a utilização de todo o seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que esta Turma firmou posicionamento no sentido de que o direito à desaposentação não fica condicionado à restituição aos cofres públicos do numerário despendido pela Administração Pública com o pagamento do benefício renunciado. [...] (TRF 3ª Região, 10ª Turma, AC 0000369-04.2011.4.03.6106, Rel. Des. Federal Lucia Ursaia, julgado em 21.08.2012, e-DJF3 Judicial 1: 29.08.2012).

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LIMITES NORMATIVOS. PRECIAÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. NÃO OBRIGATORIEDADE. INFRAÇÃO À RESERVA DO PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO. [...] IV - O entendimento desta Corte é no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário que se encontra o segurado, não importando em devolução dos valores percebidos. V - Agravo interno desprovido. (STJ, AgRg no REsp nº 1.211.868/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 21.02.2011).

APOSENTADORIA PREVIDENCIÁRIA. RENUNCIA. 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. (STJ, REsp nº 692.628-DF, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 17.05.2005).

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 692.928/DF, Rel. Ministro NILSON NAVES, DJ DE 05/09/05). 3. Recurso especial improvido. (STJ, REsp nº 663.336/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves, julgado em 06.11.2007, DJU 07.02.2008).

Ressalta-se que não se busca a acumulação de duas aposentadorias, ato vedado pela Lei nº 8.213/91 em seu artigo 18, § 2º, mas sim a desconstituição da primeira aposentação concedida e a outorga de outra em substituição à anterior. Razão pela qual claramente inaplicável ao caso o artigo citado.

Nesse sentido, oportuno transcrever o voto da Relatora, Min. Laurita Vaz, proferido no julgamento do Recurso Especial nº 310.884/RS:

Assevero que, no caso em apreço, não se trata da dupla contagem de tempo de serviço já utilizado por um sistema, o que pressupõe, necessariamente, a concomitância de benefícios concedidos com base no mesmo período, o que é vedado pela Lei de Benefícios. Trata-se, na verdade, de abdicação a um benefício concedido no valor de um salário mínimo - aposentadoria por idade, de natureza rural -, a fim de obter a concessão de um benefício mais vantajoso - aposentadoria por idade, como contribuinte autônomo -, haja vista, segundo afirma o Autor, ter contribuído para Previdência Social com um valor muito acima de um salário mínimo.

A desaposeção visa a interesse exclusivo do aposentado, por tal razão a parte autora bate à porta do Judiciário para ver atendidos os seus direitos.

Diante de todo o exposto, verifica-se que é perfeitamente cabível e acertado o desfazimento do ato administrativo de aposentação, visando à obtenção de novo benefício.

III - DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, a parte autora requer:

a) a citação da Autarquia Previdenciária para, querendo, apresentar contestação ou oferecer proposta de acordo no prazo legal;

b) o julgamento de PROCEDÊNCIA de todos os pedidos formulados, condenando-se o Instituto Réu a reconhecer a renúncia da parte autora ao seu benefício de nº _____ - Aposentadoria por Tempo de Serviço/Contribuição Proporcional -, bem como a conceder o novo benefício de Aposentadoria por Tempo de Contribuição Integral, observando as regras dos artigos 29 e 53 da Lei nº 8.213/91, implantando-o a partir do ajuizamento desta ação (ou do pedido administrativo);

c) seja o Réu condenado ao pagamento dos ônus de sucumbência, fixando-se os honorários advocatícios em 20% do valor total da condenação;

d) seja concedido o benefício da justiça gratuita, com fulcro na Lei nº 1.050/60, vez que o requerente não possui condições de arcar com o ônus processual da presente demanda sem comprometer o sustento de sua família, bem como por força da natureza da causa, que tem cunho alimentar.

Protesta pela produção de todas as provas pertinentes admitidas em direito.

Valor da Causa: R\$ _____ (_____) (valor da renda mensal do novo benefício pretendido multiplicado por 13 (treze), isto é, uma prestação anual do benefício previdenciário, nos termos do art. 260 do CPC).

Nesses termos, pede deferimento.

_____, ____ de _____ de _____.

p. p. _____

OAB/UF nº _____

DESAPOSENTAÇÃO - JUSTIÇA ESTADUAL - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA

Vistos.

_____ propôs revisional de benefício previdenciário por desaposentação, contra o Instituto Nacional do Seguro Social. Alega ser titular de aposentadoria por tempo de contribuição, com RMI de 70% do salário de benefício, e ter permanecido como segurado do INSS depois da concessão dessa aposentadoria, de sorte que, se considerados o tempo de serviço e os salários de contribuição vertidos à seguridade social após a aposentadoria vigente, faria jus o autor a uma aposentadoria com renda mensal mais vantajosa que a atual, aplicando-se o instituto da desaposentação sem a necessidade da restituição de valores ao INSS pelo período de renda percebida na aposentadoria revisanda.

Pedi a desconstituição do ato de concessão da aposentadoria vigente, sem restituição de valores, e a condenação do INSS à concessão de nova aposentadoria, se mais vantajosa a nova RMI, em razão da consideração do tempo de contribuição seguinte à concessão da aposentadoria, além do pagamento das verbas atrasadas, monetariamente atualizadas e acrescidas dos juros legais moratórios, sem prejuízo das verbas de sucumbência.

Com a inicial vieram documentos.

Informação processual de outro feito a fls. 37/38.

Citado, o INSS contestou (fls. 44/73) sustentando preliminar de coisa julgada; no mérito, alegou decadência do direito de revisão do benefício, prescrição do fundo do direito e inviabilidade da desaposentação na forma pretendida pela parte autora, tendo em conta a natureza alimentar do benefício e sua irrenunciabilidade, tratando-se de ato jurídico perfeito e acabado, não podendo, ademais, haver o cômputo de salários de contribuição vertidos aos INSS em período no qual o segurado já desfrutava da aposentadoria, sob pena de violação do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91.

Alegou que, ainda que se admita a desaposentação, deveria o segurado restituir os valores do benefício percebido caso quisesse obter o recálculo de sua aposentadoria pelo período subsequente de contribuição. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento da prescrição quinquenal relativamente às eventuais prestações devidas há mais de cinco anos do ajuizamento da ação por força da revisão postulada. Requereu a improcedência da ação. Juntou documentos. Houve réplica (fls. 102/115).

É o relatório.

Decido.

Rejeito a preliminar de coisa julgada, pois o simples fato de a aposentadoria decorrer de decisão judicial transitada em julgado não impede que ocorra a revisão do benefício por força de fato superveniente e não considerado no julgado definitivo. Só poderia haver coisa julgada se houvesse a tríplice identidade (partes, pedido e causa de pedir). No caso, como o pedido e a causa de pedir desta demanda são diversos dos da ação judicial citada pelo INSS, não há como se reconhecer a coisa julgada na espécie. Cabível o julgamento antecipado da lide, pois a matéria fática não é controversa e as questões são meramente de direito, sendo prescindível a produção de outras provas além da documental (artigo 330, I, do Código de Processo Civil).

Não há prescrição do fundo do direito, pois a prescrição só afeta a pretensão do recebimento das parcelas de benefício vencidas há mais de cinco anos, não refletindo no perecimento do fundo do direito da parte. Também não há decadência porque, embora tenha sido o benefício concedido há mais de dez anos, segundo entendimento até agora predominante na jurisprudência, a decadência não incide em relação aos benefícios previdenciários concedidos antes da entrada em vigor da norma que criou a decadência no Direito previdenciário brasileiro.

É da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que os prazos decadenciais inexistentes ao tempo da concessão do benefício não podem operar efeitos “retroativos”, de tal sorte que todos os benefícios concedidos antes da Medida Provisória 1.523-9, de 27.06.1997, convertida na Lei 9.528/1997, jamais se submeterão à decadência (cf. STJ, AgRg no Ag 846.849/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 12.02.2008, DJe 03.03.2008).

No mérito, a ação é improcedente.

Embora a aposentadoria seja um benefício patrimonial e disponível, o ato de concessão deve respeitar a garantia do ato jurídico perfeito. Uma vez requerida e concedida a aposentadoria ao segurado, o ato jurídico é perfeito e acabado, uma vez que irrevogável (como a maioria dos atos jurídicos). Da mesma forma que, estando a pessoa aposentada segundo as regras vigentes ao tempo da concessão do benefício, não poderia o INSS aplicar retroativamente normas jurídicas posteriores para prejudicar o direito já aperfeiçoado ao tempo da concessão do benefício, não pode o beneficiário já aposentado, depois de concedido o seu benefício de forma lícita e definitiva, pretender modificar, por via transversa, o valor da aposentadoria mediante simulação de renúncia ao benefício vigente para recálculo da RMI com a consideração de salários de contribuição recolhidos ao tempo em que já vigorava a aposentadoria em vigor.

Esse comportamento, data venia, viola frontalmente a boa-fé objetiva e a regra geral de direito que proíbe o venire contra factum proprium. Se é da índole do sistema previdenciário o caráter contributivo e se, uma vez aposentado, o segurado, ainda que continue filiado ao Regime Geral de Previdência Social, não poderia obter novo benefício de aposentação, não pode o sistema jurídico permitir que o aposentado “renuncie” à aposentadoria que já recebeu por longos anos para, ao depois, haver a concessão de nova aposentadoria com base nos salários de contribuição do segurado após o ato de aposentação.

Não estando a revisão do benefício fundada na ilegalidade do ato de concessão (o que permitiria a ação para revisão da aposentadoria), inviável a desaposentação para fim de recálculo da renda mensal do benefício.

Para ser aceita a desaposentação, mister que o beneficiário (aposentado) indenize o INSS, pagando de volta os valores percebidos pelo tempo de vigência da aposentadoria “renunciada”. Caso contrário, ocorre aberração lógica, na medida em que uma pessoa já aposentada, pelo mero fato de continuar a trabalhar, poderá, além de permanecer a receber os proventos, somar salários de contribuição para a ulterior concessão de novo benefício futuro e mais vantajoso. Ou seja, além de estar desfalcando os cofres do INSS com o recebimento de uma aposentadoria (de valor superior à contribuição recolhida no mesmo período), o aposentado estaria, de forma transversa, a cada mês, majorando o valor de sua mesma aposentadoria somente pelo fato de permanecer a contribuir. Assim, para que a renúncia da aposentadoria produza efeitos a fim de concessão de nova aposentadoria, essa renúncia não pode operar apenas *ex nunc*, devendo o beneficiário renunciar, também, àquilo que já recebera do INSS, ressarcindo a autarquia pelos valores recebidos, com correção monetária e juros da mora. Não se pode renunciar apenas na parte que não interessa ao beneficiário. Se a renúncia é feita para o fim de concessão de novo benefício, deverá o segurado indenizar o INSS pelos valores do benefício renunciado.

A matéria já foi tratada, exaustivamente, pela Turma de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais (TNU).

Conforme brilhante lição a seguir, para que haja o aproveitamento dos salários de contribuição vertidos ao INSS em relação ao período em que o segurado já recebia aposentadoria proporcional, deve o segurado devolver ao INSS os valores recebidos pelo benefício, porque o ato de renúncia ao benefício, para fim de desaposentação, não pode ser apenas parcial, sob pena de violação escancarada ao disposto no § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91 e de afronta aos princípios que asseguram o equilíbrio atuarial no cálculo dos benefícios de aposentadoria proporcional e integral, notadamente pela violação do princípio da isonomia relativamente aos segurados que, licitamente, esperaram completar o tempo total de serviço para a aposentadoria integral sem antes requererem a aposentação proporcional. Nesse sentido:

A desvinculação voluntária operada por via da renúncia propriamente dita envolve a renúncia da aposentadoria pelo beneficiário para todos os efeitos legais, envolvendo inclusive a renúncia do direito à utilização do tempo de serviço e correspondentes salários de contribuição para fins de obtenção de outro(s) benefício(s) previdenciário(s) do Regime Geral da Previdência Social - RGPS ou de regime próprio (em contagem recíproca).

De sorte que, por não abranger a concessão de nenhum outro novo benefício, a renúncia propriamente dita independe do desfazimento do ato de concessão, operando efeitos *ex nunc*, isto é, desde a renúncia, e, por isso, prescindindo da restituição dos proventos já recebidos.

Já a desvinculação voluntária operada por via da desaposentação envolve a renúncia da aposentadoria pelo beneficiário, mas não do direito ao aproveitamento do tempo de serviço e correspondentes salários de contribuição para fins de obtenção de outro(s) benefício(s) previdenciário(s). De sorte que, por abranger a concessão de novo(s) benefício(s) do Regime Geral da Previdência Social - RGPS ou de regime próprio (em contagem recíproca), a desaposentação pressupõe o desfazimento do ato de concessão, operando efeitos *extinctio rei*, isto é, desde a concessão da aposentadoria que se pretende desfazer, e, por isso, dependendo da restituição de todos os proventos já recebidos, a fim de que seja recomposto o *statu quo ante* para ambas as partes (beneficiário e INSS). Portanto, na desaposentação, a restituição dos proventos recebidos em virtude da aposentadoria em relação à qual se pretende a desconstituição, ou seja, dos proventos recebidos entre a concessão da primeira aposentadoria e o seu cancelamento, deve necessariamente ocorrer.

Ora, por força do disposto no § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, o segurado aposentado que permanecer em atividade não faz jus à aposentadoria, *in verbis*: Na redação atual dada pela Lei nº 9.528/97: “§ 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”. Na redação dada pela Lei nº 9.032/95: “§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ela retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família, à reabilitação profissional e ao auxílio-acidente, quando empregado”. Na redação original da Lei nº 8.213/91: “§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ela retornar, somente tem direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios, não fazendo jus a outras prestações, salvo as decorrentes de sua condição de aposentado, observado o disposto no art. 122 desta lei”. Assim sendo, este dispositivo legal veda que o segurado já aposentado possa fazer jus a nova aposentadoria, vedando, conseqüentemente, a desaposentação sem retorno ao *statu quo ante*, ou, noutros termos, vedando a desaposentação sem o desfazimento do ato jurídico perfeito que o ato de concessão da primeira aposentadoria encerrou. E isto é uma decorrência lógico-sistemática da aplicação combinada de dispositivos da Constituição Federal: o art. 5º, inc. XXXVI (quanto ao ato jurídico perfeito), o art. 194, parágrafo único, inc. IV (equidade na forma de participação no custeio) e o *caput* e § 5º do art. 195 (equilíbrio atuarial entre benefícios e custeio).

Ora, embora, como já referido, a imutabilidade do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, CF/88) consubstancie uma garantia do administrado contra o Estado, e não o inverso, o seu desfazimento não pode acarretar prejuízo ao Estado, como aquele acarretado no caso. Isto por ser evidente o prejuízo ao sistema de custeio do RGPS a causar inegável desequilíbrio atuarial, pois aquele que se aposenta proporcionalmente com determinados proventos e continua

trabalhando ou volta ao trabalho deixa de ser um simples contribuinte para se tornar um recebedor-contribuinte, recebendo benefício e recolhendo contribuição previdenciária apenas sobre a sua remuneração.

Diferentemente, se não tivesse se aposentado proporcionalmente, mas aguardado o implemento dos requisitos para a aposentadoria integral, seria um simples contribuinte até então, e não um recebedor. Exemplificando, de forma simplificada (sem levar em conta reajustes e correção monetária), tomando por base um segurado com a mesma remuneração mensal (de R\$ 3.000,00), é possível verificar que: I - o segurado que se aposentou proporcionalmente com proventos de R\$ 2.000,00 aos 30 anos de tempo de serviço e continuou trabalhando com remuneração de R\$ 3.000,00 passou a receber do RGPS proventos de R\$ 2.000,00 e continuou contribuindo para o RGPS com R\$ 330,00 (= 11% sobre a remuneração de R\$ 2.000,00 - art. 20 da Lei nº 8.212/91), ao fim e ao cabo recebendo do RGPS um proveito econômico mensal de R\$ 1.670,00 (= R\$ 2.000,00 - R\$ 330,00), em 5 anos (até implementar o requisito da aposentadoria integral de 35 anos de tempo de serviço): a) recebendo do RGPS R\$ 120.000,00 (= R\$ 2.000,00 x 5 anos ou 60 meses); b) pagando ao RGPS R\$ 19.800,00 (= R\$ 330,00 x 5 anos ou 60 meses); e c) tendo um ganho líquido total do RGPS de R\$ 100.200,00 (= R\$ 120.000,00 - R\$ 19.800,00); II - já o segurado que também ganhava R\$ 3.000,00 de remuneração e não se aposentou proporcionalmente aos 30 anos de tempo de serviço, tendo esperado até implementar o requisito da aposentadoria integral de 35 anos de tempo de serviço, durante os mesmos 5 anos não recebeu proventos do RGPS e contribuiu para o RGPS com R\$ 330,00 (= 11% sobre a remuneração de R\$ 3.000,00 - art. 20 da Lei nº 8.212/91), em 5 anos: a) não recebeu nada do RGPS; e b) pagou ao RGPS R\$ 19.800,00 (= R\$ 330,00 x 5 anos ou 60 meses) para o custeio da sua aposentadoria integral.

Nesse contexto, é inegável a vantagem patrimonial que seria obtida na primeira situação pelo segurado que se aposentou integralmente após se desaposentar sem devolver os proventos proporcionais já recebidos. E na segunda situação o segurado não teria esta vantagem. Ademais, é inegável o desequilíbrio atuarial que seria causado caso fosse admitida a desaposentação sem a devolução dos proventos já recebidos em virtude da primeira aposentadoria, proporcional. E o prejuízo seria todo do RGPS, que, ao invés de receber contribuições no patamar de R\$ 19.800,00 para custear futura aposentadoria integral, na verdade pagaria desde já proventos de R\$ 120.000,00 em 5 anos, os quais, no futuro, ainda seriam aumentados em virtude da elevação do coeficiente de cálculo da aposentadoria integral (100%).

Além disso, admitir a desaposentação sem a devolução dos proventos já recebidos em virtude da primeira aposentadoria (proporcional) significaria tornar letra morta o direito à aposentadoria proporcional previsto na Lei nº 8.213/91 até o advento da EC nº 20/98, pois significaria admitir que a concessão de aposentadoria proporcional somente produziria efeitos a favor do segurado [que, na prática, deixaria de ser um simples contribuinte (passando a ser um recebedor)], não estabilizando a relação de benefício-custeio em face do RGPS, incorrendo em violação direta ao princípio da equidade na forma de

participação do custeio (art. 195, parágrafo único, inc. V, da Constituição Federal), mesmo porque o segurado que esperou para se aposentar integralmente teria sido prejudicado em relação àquele que se aposentou proporcionalmente e depois se desaposentou sem devolução para se aposentar integralmente, pois o próprio STF já decidiu que o inverso não é possível, ou seja, que aquele que se aposentou integralmente não pode desfazer o ato de concessão de sua aposentadoria para fins de obtenção de aposentadoria proporcional, concluindo que: “O que acontece é que o autor, na época própria, não se aposentou com proventos proporcionais. Aposentou-se com proventos integrais, cerca de quatro anos depois da data em que poderia aposentar-se com proventos proporcionais. Não seria possível, então, o desfazimento do ato que o aposentou, com proventos integrais, para lavar-se outro, com proventos proporcionais”. Isto em acórdão assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. I. - Aposentadoria concedida com proventos integrais, tendo em consideração o preenchimento dos requisitos exigidos. Pretensão de transformação do benefício com proventos proporcionais: impossibilidade. II. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido”. (STF, 2ª Turma, RE-AgR nº 352.391/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 03.02.2006).

(TNU, PEDILEF 200872580022929, Relª Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, j. 08.04.2010, DJ 11.06.2010).

Não é outro o entendimento do Tribunal Regional Federal da Terceira Região:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA *PRIMA FACIE*. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PROPORCIONAL PARA SUA SUBSTITUIÇÃO POR APOSENTADORIA INTEGRAL. CÔMPUTO DE LABOR POSTERIOR À APOSENTAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. I - Pedido de desaposentação, consistente na substituição da aposentadoria proporcional pela aposentadoria integral, com o cômputo de período laboral posterior ao afastamento, sem restituição dos proventos percebidos. [...] VI - Cabe ao segurado a escolha entre as aposentadorias proporcional e integral, com reflexos na renda mensal inicial do benefício. VII - Aposentadoria por tempo de serviço é irreversível e irrenunciável, conforme artigo 181-B do Regulamento da Previdência Social, incluído pelo Decreto nº 3.265/99. Afastada possibilidade de substituição do benefício, sem amparo normativo. VIII - Regulamento da Previdência não veda a renúncia à aposentadoria de forma absoluta. Dispositivo interpretado à luz do princípio da dignidade humana. Garantia do mínimo existencial ao segurado. Aposentadoria é direito disponível, dado seu caráter patrimonial, e pode ser renunciada pelo titular. Ato (ou seus efeitos) é retirado do mundo jurídico, sem onerar a Administração. IX - Desaposentação não constitui renúncia a benefício previdenciário. Segurado não pretende recusar a aposentadoria, com a desoneração do ente autárquico, mas sim, substituir o seu benefício por outro mais vantajoso. X - Restituição dos proventos à Autarquia é insuficiente para deferimento da desaposentação e não integra o pedido inicial. XI - Substituição das aposentadorias denota prejuízo aos segurados que, fiéis à dicção legal, optaram por continuar a laborar, para auferir

o benefício quando completados os requisitos da integral. XII - Não prosperam os argumentos da necessária proteção do hipossuficiente e incidência do princípio *in dubio pro misero*. Aposentadoria proporcional não é lesiva ao beneficiário. Renda mensal reduzida justifica-se pela antecipação do benefício: dispensa de até 5 (cinco) anos de labor e recebimento da aposentadoria por mais tempo. XIII - Inobservância do disposto no art. 53 da Lei nº 8.213/91 e art. 9º, § 1º, II, da Emenda Constitucional nº 20/98. Cálculo legal não prevê futuras revisões do coeficiente, atreladas à atividade posterior à aposentadoria. XIV- Contribuições previdenciárias pelo aposentado decorrem da natureza do regime, caracterizado pela repartição simples. Labor posterior à aposentadoria é considerado, apenas, para concessão de salário-família e reabilitação profissional, nos termos do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 (redação dada pela Lei nº 9.528/97). Aposentado não faz jus ao abono de permanência, extinto pelas Leis nºs 8.213/91 e 8.870/94. Desconhecimento da lei é inescusável. XV - Ausência de similitude com a reversão de servidores públicos aposentados. Afastada aplicação analógica da Lei nº 8.112/90. XVI - Pedido improcedente (art. 515, § 3º, do CPC). XVII - Prejudicado o apelo da autora. (TRF3, AC 1518112, Proc. 2009.61.03.008398-2/SP, 8ª Turma, Rel. Des. Fed. Marianina Galante, j. 20.09.2010, DJF3 29.09.2010, p. 190).

[...] PREVIDENCIÁRIO - DESAPOSENTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91 - RENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. [...] III - Os arts. 194 e 195 da Constituição, desde sua redação original, comprovam a opção constitucional por um regime de previdência baseado na solidariedade, onde as contribuições são destinadas à composição de fundo de custeio geral do sistema, e não a compor fundo privado com contas individuais. IV - O art. 18 da Lei 8.213/91, mesmo nas redações anteriores, sempre proibiu a concessão de qualquer outro benefício que não aqueles que expressamente relaciona. O § 2º proíbe a concessão de benefício ao aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS ou a ele retornar, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Impossibilidade de utilização do período contributivo posterior à aposentadoria para a concessão de outro benefício no mesmo regime previdenciário. Alegação de inconstitucionalidade rejeitada. V - As contribuições pagas após a aposentação não se destinam a compor um fundo próprio e exclusivo do segurado, mas todo o sistema, sendo impróprio falar em desaposentação e aproveitamento de tais contribuições para obter benefício mais vantajoso. VI - Não se trata de renúncia, uma vez que o apelante não pretende deixar de receber benefício previdenciário. Pelo contrário, pretende trocar o que recebe por outro mais vantajoso, o que fere o disposto no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91. VII - Apelação improvida. (TRF3, AC 1432925, Proc. 2009.61.83.001703-7/SP, 9ª Turma, Rel. Des. Fed. Marisa Santos, j. 20.09.2010, DJF3 24.09.2010, p. 934).

Como, na espécie, a parte autora se recusa a devolver qualquer valor ao INSS e ainda quer receber nova aposentadoria ignorando os valores anteriormente percebidos, forçoso é o reconhecimento da manifesta ilicitude do pedido inicial.

Na verdade, o que pretende a parte autora é, após receber, por vários anos, um benefício regular de aposentadoria, obter, por artifício jurídico, a revisão da renda mensal de seu benefício mediante a modificação do período básico de cálculo para a consideração de salários de contribuição relativos a período no qual a parte já estava aposentada, e sem qualquer restituição dos valores percebidos durante a vigência da aposentadoria. Trata-se de uma ilicitude indisfarçável, pois, caso fosse admitida essa manobra jurídica, todos os segurados pediriam a aposentadoria com o tempo mínimo de contribuição exigido para, ainda que tivessem interesse em apenas se aposentar integralmente, após, pleitearem a revisão do benefício pela inclusão do tempo seguinte de contribuição. Para que haja renúncia para a concessão de novo benefício e para o aproveitamento de salários de contribuição supervenientes ao ato de aposentadoria, a renúncia ao benefício deve ser completa, e não apenas em relação às verbas futuras.

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê, como quer a parte autora, o acréscimo do valor da renda mensal da aposentadoria conforme o segurado permaneça contribuindo aos cofres da Previdência.

Aliás, a lei sempre vedou expressamente esse procedimento (art. 18, Lei 8.213/91).

Assim, na verdade, o que a parte autora postula é a alteração, por via judicial, do próprio sistema de previdência social brasileiro, o que é inviável, salvo por ato legislativo.

Ante o exposto, rejeito a preliminar e julgo improcedente a ação proposta por _____ contra o INSS, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Sucumbente, arcará a parte autora com o pagamento das custas e despesas do processo, e com R\$ 600,00 a título de honorários ao procurador da parte ré, verbas todas que ficam, no entanto, sobrestadas, nos termos dos artigos 11, § 2º, e 12, ambos da Lei 1.060/50, por ser a parte sucumbente beneficiária da gratuidade.

P. R. I.

Santa Rosa de Viterbo, 16 de março de 2011.

Alexandre Cesar Ribeiro

Juiz de Direito

DESAPOSENTAÇÃO - PROCEDENTE - SENTENÇA

PROCESSO Nº: 2008.71.67.003022-6

AUTOR: _____

RÉU: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

SENTENÇA

Dispensado o relatório, na forma do art. 1º da Lei nº 10.259/01 c/c o art. 38, *caput*, da Lei nº 9.099/95.

I - FUNDAMENTAÇÃO

1. DA PRESCRIÇÃO

Deve a prejudicial ser rejeitada, de plano, porquanto a parte autora não postula o pagamento de qualquer parcela por meio da presente demanda, quicá vencidas no período anterior ao quinquênio que antecedeu ao seu ajuizamento.

2. PRELIMINARMENTE

2.1. Da violação à coisa julgada

A preliminar em questão tem pertinência com o mérito, devendo, portanto, com ele ser analisada.

3. DO MÉRITO

Trata-se de demanda por meio da qual o autor, titular de benefício previdenciário concedido por meio de sentença judicial homologatória de acordo (processo nº 2008.71.17.000856-7), pretende ver reconhecido seu direito ao cancelamento do benefício, uma vez que o valor da renda calculada resultou inferior às suas expectativas. Afirma que postulou o cancelamento do benefício na esfera administrativa, tendo lhe sido informado que não era possível, visto tratar-se de benefício concedido judicialmente. Afirma que não recebeu qualquer valor referente ao benefício, quer a título de pagamento mensal, quer referente à RPV a que fazia jus em razão do processo ajuizado. Sustenta, ainda, que não efetuou saque nas contas vinculadas ao PIS e FGTS.

O benefício de aposentadoria tem a função de substituir o salário, em caráter vitalício, dos segurados que preenchem os requisitos legais para auferi-lo. Não se trata de um direito patrimonial qualquer, porquanto estamos diante de uma prestação intangível, ou seja, não pode ser objeto de penhora, arresto ou sequestro; venda ou cessão; ou a constituição de

qualquer ônus sobre ela, nos exatos termos do artigo 114 da Lei nº 8.213/91; há, nesse caso, um interesse do legislador em proteger os rendimentos necessários à manutenção do segurado e de sua família. Em suma, é um direito que vem ao encontro dos interesses do beneficiário e de sua família.

Entretanto, não há qualquer dispositivo constitucional ou legal que impeça o segurado de renunciar ao seu benefício de aposentadoria, pois, como acima se disse, está-se diante de um direito patrimonial, em que o beneficiário pode, limitadamente, dispor (como, por exemplo, optar por aposentar-se ou não). De se notar que as limitações acima têm o sentido de proteger o aposentado, caso contrário também estaria ali elencada a proibição à renúncia dos benefícios previdenciários.

Frisa-se que o artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99, que prevê que as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social são irreversíveis e irrenunciáveis, criou proibições inexistentes em lei. Por não se enquadrar no conceito de lei em sentido formal, pois não está elencado no artigo 59 da Constituição Federal, não poderia o decreto, isoladamente, criar proibição não prevista em lei. Ao extrapolar seu limite regulamentar, não pode ser aplicado por ilegal, haja vista que as restrições a direitos individuais devem obedecer ao princípio da legalidade em seu sentido estrito.

Afora esse dispositivo previsto em decreto regulamentador, inexistente dispositivo legal que proíba a renúncia de benefício legalmente concedido.

Assim sendo, em princípio, nada impediria que as pessoas, arrependidas da situação posta, postulassem a desconstituição da aposentadoria. Se a renúncia ao aludido benefício é vantajosa ao segurado e o seu direito é meramente patrimonial, não vejo como possa a Autarquia-ré negar-se a deferir o pedido de desaposentação em questão. Entendo que a renúncia, no caso, é perfeitamente cabível, pois ninguém é obrigado a permanecer aposentado contra seu interesse.

Nesse sentido tem decidido o egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPOSENTAÇÃO. PEDIDO. NEGATIVA ADMINISTRATIVA. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA. DIREITO DISPONÍVEL. PEDIDO DE DESISTÊNCIA NA FASE RECURSAL.

1. A liberdade é tema a ser cuidado explicitamente, não podendo ser inferida ou deduzida, disciplinada por omissão ou *a contrario sensu*. Trata-se de bem fundamental e carece, quando afetado pela norma jurídica, de prescrição claríssima, exigindo disciplina objetiva e expressa. Caso contrário, não existe ou não pode ser considerada na interpretação.

2. O ordenamento jurídico subordina-se à Carta Magna, e esta assegura a liberdade de trabalho, vale dizer, a de permanecer prestando serviços ou não (até, após a aposentação). E, evidentemente, de desfazer este ato.

3. É perfeitamente válida a renúncia à aposentadoria, visto que se trata de um direito patrimonial de caráter disponível, inexistindo qualquer lei que vede o ato praticado pelo titular do direito. A instituição previdenciária não pode contrapor-

-se à renúncia para compelir o segurado a continuar aposentado, visto que carece de interesse”.

(TRF4, AMS 2005.72.00.010217-2, Sexta Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, publicado em 24.05.2006)

No caso dos autos, entretanto, há peculiaridade, pois se trata de aposentadoria concedida por intermédio de sentença transitada em julgado. Poder-se-ia arguir, como fez o INSS em contestação, que a situação declinada na sentença é imutável, em razão da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Sem razão a Autarquia, contudo.

Cumpra salientar, inicialmente, que a manutenção da presente aposentação, em que pese deferida por sentença transitada em julgado, violaria a Constituição Federal, em seu art. 5º, pois acabaria por ferir o Princípio da Isonomia. Isso porque, nas aposentadorias concedidas administrativamente, haveria a possibilidade da desistência do benefício; já judicialmente, em virtude da coisa julgada, não haveria tal possibilidade, tão somente pelo fato de a parte autora ter exercido seu direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário. Trata-se de situações semelhantes (ambos segurados com titularidade de benefício que pretendem renunciar), com soluções, em prevalecendo o entendimento da Autarquia, diametralmente opostas, o que não pode ser admitido.

A coisa julgada, enquanto pressuposto da segurança jurídica, é apenas um dos valores protegidos constitucionalmente. Deve, contudo, ceder, especialmente no caso dos autos, quando confrontada com outros valores, como a proteção do indivíduo, a dignidade da pessoa humana e, inclusive, o citado princípio da isonomia, também “agasalhados” pela proteção constitucional.

Contudo, há referir que o direito ora reconhecido à parte autora contrapõe-se ao direito ao contraditório e ampla defesa da Autarquia Previdenciária. No caso dos autos, o direito primitivo ao benefício fora reconhecido por meio de acordo entabulado pelas partes em audiência (processo nº 2008.71.67.000856-7). Sabe-se que, em se tratando de acordo, pressupõe-se a existência de mútuas concessões entre as partes, sendo que a este Juízo não foi dado apreciar o mérito quanto aos períodos averbados no processo administrativo do autor. Por tais razões, em pretendendo se “desaposentar”, a parte autora deverá arcar com os ônus resultantes de sua nova pretensão, inclusive com a desconsideração dos períodos de labor reconhecidos pelo INSS unicamente para fins de acordo.

Não se está aqui julgando o mérito do reconhecimento de tempo rural, mas sim devolvendo toda a situação desenhada ao *status* anterior ao ajuizamento daquela demanda. Em pretendendo se valer do tempo de serviço almejado nos autos primitivos, o autor deverá intentar novo pedido, inclusive no âmbito administrativo.

Outro aspecto a ser levado em conta, no caso, de modo favorável à pretensão do autor, é a ausência de prejuízo à parte contrária. O requerente sequer chegou a sacar os valores que a

Autarquia pôs a sua disposição, configurando-se, portanto, arrependimento eficaz. O autor também não efetuou o saque dos valores do FGTS e do PIS, como também não efetuou o levantamento da RPV disponibilizada no processo paradigma. Deste modo, mesmo com a renúncia ao benefício concedido, preserva-se o *statu quo* anterior à concessão deste.

Deve-se ressaltar, contudo, que não mais poderá o autor pleitear a concessão do mesmo benefício (leia-se mesma DIB do renunciado), em razão da necessidade do respeito ao princípio da boa-fé subjetiva, que deve reger a atuação das partes em Juízo. Ao apresentar a renúncia veiculada nos presentes autos, o autor gera a expectativa ao Juízo e à parte contrária (INSS) de que não mais possui interesse no benefício renunciado. Admitir comportamento diverso seria admitir comportamento contraditório, o que não é admitido pela ordem legal e constitucional (princípio da vedação ao *venire contra factum proprium*).

Pelas razões expostas, entendo que possui o autor direito ao cancelamento de seu benefício, desde a concessão, devendo ser restabelecida a situação anterior, mediante o cancelamento da RPV e devolução dos valores ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

II - DISPOSITIVO

Ante o exposto, afasto a prejudicial de prescrição e, no mérito, julgo procedente a pretensão formulada na inicial, para acolher a renúncia do autor ao benefício NB 42/144.262.258-7, determinando o seu cancelamento, bem como o cancelamento das autorizações de saque de FGTS/PIS e da RPV expedida, sendo vedada a concessão de novo benefício com a mesma DIB do renunciado. Fica o INSS autorizado, ainda, a desconsiderar os períodos de labor rural averbados em razão do acordo entabulado no processo nº 2008.71.67.000856-7, o que não impede a parte autora de, mediante novo processo submetido ao crivo do contraditório, requerer novamente a averbação pleiteada.

Requisite-se o cumprimento ao INSS.

Oficie-se, com urgência, à Caixa Econômica Federal, determinando que os valores depositados na conta 108091828, junto à agência 0652, da Caixa Econômica Federal, vinculados ao Processo nº 2008.71.67.000856-7, sejam convertidos em depósito judicial em conta à disposição deste Juízo, vinculada ao presente feito. Após o trânsito em julgado, os valores deverão ser devolvidos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Demanda isenta de custas e sem condenação em honorários advocatícios no primeiro grau de jurisdição (arts. 54 e 55 da Lei nº 9.099/95 c/c o art. 1º da Lei nº 10.259/01).

Registre-se. Publique-se. Intimem-se.

LÚCIO RODRIGO MAFFASSIOLI DE OLIVEIRA

Juiz Federal Substituto

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000369-04.2011.4.03.6106/SP

(2011.61.06.000369-7/SP)

RELATORA: Desembargadora Federal LUCIA URSAIA

DE: 30.08.2012

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO LEGAL. (ART. 557, § 1º, DO CPC). DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS PROVENTOS. IMPLANTAÇÃO DO NOVO BENEFÍCIO. DECISÃO DEFINITIVA. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. ART. 103 DA LEI Nº 8.213/91. DECADÊNCIA/PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

1. Entendo que a falta de previsão legal para o desfazimento do ato de aposentação impede que a Autarquia Previdenciária, subordinada ao regime jurídico de direito público, desfaça referido ato. Reconheço, todavia, que este posicionamento é minoritário, e que as duas Turmas do egrégio Superior Tribunal de Justiça, com competência para decidir questões previdenciárias - Quinta e Sexta Turmas - são favoráveis à possibilidade de o aposentado que retorna à atividade laborativa ter computadas as novas contribuições para efeito de concessão de nova aposentadoria.

2. Observo não desconhecer que a matéria encontra-se em debate junto ao colendo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 661256), com submissão à repercussão geral, nos termos da Lei nº 11.418/2006.

3. Pendente de decisão definitiva pelo Pretório Excelso, curvo-me, por prudência, ao entendimento de meus pares na e. 10ª Turma deste Tribunal, com vistas a prestigiar a respeitável orientação emanada do STJ, e adiro, com a ressalva já formulada, ao seu posicionamento, diante da hodierna homenagem rendida à força da jurisprudência na resolução dos conflitos trazidos ao Poder Judiciário, aguardando o final julgamento em nossa Suprema Corte de Justiça.

4. Assim, o segurado pode renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, com a utilização de todo o seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que esta Turma firmou posicionamento no sentido de que o direito à desaposentação não fica condicionado à restituição aos cofres públicos do numerário despendido pela Administração Pública com o pagamento do benefício renunciado.

5. Quanto à implantação, por sua complexidade, não se justifica que seja feita provisoriamente, devendo aguardar decisão definitiva, além do que a parte autora já vem recebendo benefício de aposentadoria por tempo de contribuição.

6. O termo inicial da nova aposentadoria concedida judicialmente deve ser fixado na data da citação do INSS.

7. O valor do novo benefício deve ser apurado em liquidação de sentença, devendo haver a compensação dos valores pagos entre a data da citação e a efetiva implantação do novo benefício, para não haver pagamento acumulado de duas aposentadorias.

8. O pedido inicial é de renúncia a benefício previdenciário, e não de revisão de sua renda mensal inicial, não havendo, portanto, se falar em decadência/prescrição do direito.

9. Agravo provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Décima Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, dar provimento ao agravo, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

São Paulo, 21 de agosto de 2012.

LUCIA URSAIA

Desembargadora Federal

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Trata-se de agravo interposto por Adirlei Sardinha Pontes conta a r. decisão monocrática de fls. 318/321, que, com fundamento no art. 557 do Código de Processo Civil, negou seguimento à apelação, mantendo a r. sentença de improcedência do pedido de renúncia da aposentadoria concedida pelo Regime Geral de Previdência Social para fins de obtenção de outra mais vantajosa.

Sustenta o agravante, em síntese, que a jurisprudência do STJ é favorável à pretensão deduzida na inicial e afasta plenamente a necessidade de restituição dos proventos recebidos.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Desembargadora Federal LUCIA URSAIA (Relatora): Requer a parte autora o cancelamento do benefício de aposentadoria nº 105.096.994-1/42, concedido na via administrativa em 20.01.1997 (fls. 48), para que possa exercer seu direito ao benefício mais vantajoso, computando-se as contribuições posteriores à jubilação.

Em relação à alegação de decadência/prescrição, anoto que o pedido inicial é de renúncia a benefício previdenciário, e não de revisão de sua renda mensal inicial, não havendo, portanto, se falar em decadência do direito. Nesse sentido, é a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

Quanto ao prazo decadencial, observa-se a inaplicabilidade do disposto no art. 103, *caput*, da Lei nº 8.213/91, uma vez que os autos não tratam de pleito de revisão de benefício previdenciário, mas de desaposentação. Dessa forma, tem-se que a incidência do disposto no referido dispositivo, aos casos de desaposentação, é indevida, uma vez que a parte autora pretende o desfazimento do ato de concessão, e não a sua revisão. Incide, portanto, na questão levantada, o óbice firmado na Súmula 284 do STF. (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.304.593 Paraná, 2ª Turma, Relator Ministro Humberto Martins, unânime, DJe 11.05.2012).

O INSS é uma Autarquia Federal, regendo-se pelas regras do Direito Administrativo e Direito da Previdência Social, pertencendo à Administração Pública Indireta.

A exigência da contribuição previdenciária pelo lançamento bem como o pagamento dos benefícios previdenciários são atos administrativos sob regime jurídico de direito público

e sujeitos a controle pelo Poder Judiciário como espécies de atos jurídicos, dos quais se diferenciam como uma categoria informada pela finalidade pública.

Assim sendo, o questionamento da desaposentação não poderia ter sua análise restrita ao direito à renúncia pelo titular da aposentadoria, mas, principalmente, pela análise da sua possibilidade ou impossibilidade dentro de nossa ordem jurídica, eis que o ato administrativo que formalizou a referida aposentadoria está sujeito ao regime jurídico de direito público, produzindo efeitos jurídicos imediatos como o saque do respectivo Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS.

Tenho firme o entendimento de que o desfazimento do ato administrativo que aposentou a parte autora encontra óbice na natureza de direito público de que goza aquele ato administrativo, eis que decorreu da previsão da lei, e não da vontade das partes e, assim sendo, a vontade unilateral do ora apelante não teria o condão de desfazê-lo.

Cumprе ressaltar que não há autorização legal para o desfazimento do ato administrativo que formaliza a concessão da aposentadoria.

Em matéria de Direito Previdenciário, vigora o princípio da legalidade, exigindo a conformidade do ato administrativo com a lei e, no caso do ato vinculado, como é o presente, todos os seus elementos vêm definidos na lei e somente podem ser desfeitos quando contrários às normas legais que os regem pela própria Administração, no caso, a Autarquia Previdenciária, por meio de revogação ou anulação, e pelo Poder Judiciário, apenas anulação por motivo de ilegalidade.

Meu entendimento é no sentido de que, não havendo autorização da lei para o desfazimento por vontade unilateral do beneficiário do ato administrativo de aposentação, não há previsão em nossa ordem jurídica para que a Administração Pública Indireta, como é a Autarquia Previdenciária, desfaça o referido ato.

Todavia, reconheço que meu posicionamento é minoritário e que o egrégio Superior Tribunal de Justiça, por suas duas Turmas com competência nas questões previdenciárias - Quinta Turma e Sexta Turma -, é unânime quanto ao entendimento que se segue, *ad litteram*:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LIMITES NORMATIVOS. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. NÃO OBRIGATORIEDADE. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PLEITO DE REDUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EXORBITÂNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - É vedado a esta Corte, em sede de recurso especial, adentrar ao exame de pretensa violação a dispositivos constitucionais, cuja competência encontra-se adstrita ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme prevê o art. 102 da Carta Magna, ao designar o Pretório Excelso como seu guardião. Neste contexto, a pretensão trazida no especial exorbita seus limites normativos, que estão precisamente delineados no art. 105, III da Constituição Federal.

II - Não compete ao relator determinar o sobrestamento de recurso especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal,

tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.

III - Não há violação ao princípio constitucional da reserva de plenário, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, quando não existe, ao menos implicitamente, declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei, como se observa na presente hipótese.

IV - O entendimento desta Corte é no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário que se encontra o segurado, não importando em devolução dos valores percebidos.

V - Vencida a Fazenda Pública, deve a verba honorária ser fixada, observando-se o critério de equidade, de acordo com o disposto no art. 20, parágrafos 3º, alíneas “a”, “b” e “c”, e 4º, do Código de Processo Civil, podendo-se adotar, como base de cálculo, o valor da condenação, o valor da causa ou, ainda, valor fixo.

VI - No presente caso, os honorários advocatícios foram fixados, observando-se o critério de equidade, no percentual de 10% sobre o valor corrigido da causa, importância arbitrada de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte Superior de Justiça e não se revela exorbitante.

VII - Agravo interno desprovido. (AgRg no REsp 1224200/RS, Quinta Turma, Relator Ministro GILSON DIPP, j. 22.11.2011, DJe 01.12.2011);

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO OBRIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. O mero reconhecimento da repercussão geral não acarreta a obrigatoriedade de sobrestamento do recurso especial.

2. É perfeitamente possível a renúncia à aposentadoria, inexistindo fundamento jurídico para seu indeferimento.

3. Pode ser computado o tempo de contribuição proveniente da aposentadoria renunciada para obtenção de novo benefício.

4. A renúncia opera efeitos *ex nunc*, motivo pelo qual não implica a necessidade de o segurado devolver as parcelas recebidas.

5. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1240447/RS, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Órgão Julgador Sexta Turma, Data do Julgamento 09.08.2011, Data da Publicação/Fonte DJe 24.08.2011).

Também, o colendo Supremo Tribunal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 381367, pendente de julgamento definitivo, já sinalizou pelo voto do Exmº Ministro Marco Aurélio, no sentido da procedência do pedido de desaposentação.

Observo que no julgamento do RE 661256, Relator Exmº Ministro Ayres Brito, este foi admitido com “repercussão geral das questões constitucionais” discutidas, nos termos da Lei nº 11.418/2006, embora sem suspensão dos processos em andamento.

Assim sendo, entendo prudente curvar-me ao entendimento de meus pares na e. 10ª Turma deste Tribunal, com vistas a prestigiar a respeitável orientação emanada do STJ, e adiro, com a ressalva já formulada, ao seu posicionamento, diante da hodierna homenagem

rendida à força da jurisprudência na resolução dos conflitos trazidos ao Poder Judiciário, aguardando o final julgamento em nossa Suprema Corte de Justiça.

Portanto, o segurado pode renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, com a utilização de todo o seu tempo de contribuição.

Esta Turma firmou posicionamento no sentido de que o direito à desaposentação com o aproveitamento de todo o tempo de contribuição e concessão de novo benefício não fica condicionado à restituição aos cofres públicos do numerário despendido pela Administração Pública com o pagamento do benefício renunciado, uma vez que, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Nesse sentido:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO OBJETIVANDO A CONCESSÃO DE OUTRO MAIS VANTAJOSO. POSSIBILIDADE. 1. Segundo entendimento pacificado em nossos Tribunais, fundado na ausência de vedação no ordenamento jurídico brasileiro, ao segurado é conferida a possibilidade de renunciar à aposentadoria recebida, haja vista tratar-se de um direito patrimonial de caráter disponível, não podendo a instituição previdenciária oferecer resistência a tal ato para compeli-lo a continuar aposentado, visto carecer de interesse. 2. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. 3. Os argumentos trazidos na irresignação da parte agravante foram devidamente analisados pela r. decisão hostilizada, a qual se encontra alicerçada na legislação vigente e na jurisprudência dominante do c. Superior Tribunal de Justiça. 4. O termo inicial da nova aposentadoria a ser concedida à parte autora deve ser mantido na data da citação, nos termos do disposto no art. 219 do CPC. 5. Com relação ao pedido de antecipação dos efeitos da tutela, observo que ao instituir o art. 273 do CPC, dois foram os requisitos estipulados pelo legislador para a concessão da medida antecipatória: existência de prova inequívoca que conduza à verossimilhança da alegação e que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou que fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. 6. No presente caso, entendo que o fato de a parte autora receber mensalmente o benefício de aposentadoria por tempo de contribuição (NB 143.385.642-2), concedido em 11.04.2007, afasta a alegada urgência na medida, razão pela qual indefiro o pedido de concessão de tutela antecipada. 7. Matéria preliminar rejeitada. Recursos desprovidos. (AC 1638202, TRF3 CJ1 28.03.2012, Relator Desembargador WALTER DO AMARAL)

Quanto à implantação, por sua complexidade, não se justifica que seja feita provisoriamente, devendo aguardar decisão definitiva, além do que a parte autora já vem recebendo benefício de aposentadoria.

O termo inicial da nova aposentadoria concedida judicialmente deve ser fixado na data da citação do INSS.

O valor do novo benefício deve ser apurado em liquidação de sentença, devendo haver compensação dos valores pagos entre a data da citação e a efetiva implantação do novo benefício, para não haver pagamento acumulado de duas aposentadorias.

No que tange ao cálculo da RMI, sendo o novo benefício instituído a partir de 29.11.1999, seu valor é resultado da média aritmética simples dos 80% maiores salários de contribuição, desde a competência de julho de 1994, face ao que determina o art. 3º da Lei 9.876/99, que deu nova redação ao art. 29 da Lei 8.213/91.

Conforme orientação sedimentada nesta 10ª Turma, os honorários advocatícios incidem no percentual de 15% sobre o valor das parcelas vencidas até a data do acórdão.

Os juros de mora devem ser fixados em 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, por força dos artigos 1.062 do Código Civil de 1916 e 219 do Código de Processo Civil, até a vigência do novo Código Civil (11.01.2003), quando tal percentual é elevado para 1% (um por cento) ao mês, por força dos artigos 406 do novo Código Civil e 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, devendo, a partir da vigência da Lei nº 11.960/09 (30.06.2009), refletir a mesma taxa aplicada aos depósitos da caderneta de poupança, por força do seu artigo 5º, que deu nova redação ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Acresce relevar que os juros de mora incidem até a data da conta de liquidação que der origem ao precatório/requisitório.

A correção monetária sobre as prestações em atraso é devida desde as respectivas competências, na forma da legislação de regência, observando-se a Súmula 148 do egrégio Superior Tribunal de Justiça e a Súmula 8 deste egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e de acordo com o Manual de Orientações e Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, de 21.12.2010, do Conselho da Justiça Federal, que revogou a Resolução nº 561/2007.

Por fim, a autarquia previdenciária está isenta do pagamento de custas e emolumentos, nos termos do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96, do art. 24-A da Lei nº 9.028/95 (dispositivo acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35/01) e do art. 8º, § 1º, da Lei nº 8.620/93, o que não inclui as despesas processuais. Todavia, a isenção de que goza a autarquia não obsta a obrigação de reembolsar custas suportadas pela parte autora, quando esta é vencedora na lide.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO AO AGRAVO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA para, em novo julgamento, dar provimento à apelação e julgar procedente o pedido de renúncia ao benefício de aposentadoria (NB 105.096.994-1/42), com a utilização de todo o tempo de contribuição e obtenção de nova aposentadoria mais vantajosa, com termo inicial a partir da citação, juros de mora, correção monetária, honorários advocatícios e renda mensal inicial, na forma da fundamentação.

É o voto.

LUCIA URSAIA

Desembargadora Federal

COMENTÁRIO

ANA JÚLIA KACHAN

Advogada/SP. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Mackenzie. Pós-Graduada em Direito Previdenciário pela Unisal. MBA em Direito Previdenciário pela Unisal. Relatora do Segundo Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP. Professora de Cursos Jurídicos nas Áreas Previdenciária e Acidentária.

A possibilidade de renúncia à aposentadoria, com vistas à obtenção de novo benefício, mais vantajoso, com aproveitamento do tempo de contribuição posterior ao ato administrativo, sem restituição de proventos, é tema atual e relevante, que foi solucionado de forma absolutamente louvável pela egrégia 10ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no julgamento do Agravo Legal em Apelação nº 0000369-04.2011.4.03.6106.

Naqueles autos, aposentado do Regime Geral de Previdência Social, que permaneceu em atividade após a aposentadoria, obteve o reconhecimento de seu direito à renúncia ao benefício percebido, para obtenção de outro, utilizando, no cálculo desta nova aposentadoria, as contribuições vertidas posteriormente ao sistema.

Essa r. decisão é de inquestionável importância jurídica e social, haja vista o hodierno conjunto normativo previdenciário.

De fato, conforme previsão expressa da legislação previdenciária em vigor, o aposentado que permanece ou retorna ao mercado de trabalho, exercendo atividade sujeita ao sistema, é segurado obrigatório da Previdência Social, não fazendo jus, contudo, a qualquer contraprestação, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado (art. 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 e art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91).

Com extinção do pecúlio pela Lei nº 9.032/95 - destinado a restituir ao segurado as contribuições vertidas após a aposentadoria - e em função do sistema de custeio adotar a repartição simples, os valores destinados à Previdência Social pelo segurado que permanece ou retorna à atividade não lhe trariam qualquer benesse ou quase nenhuma.

Sob esse prisma, a desaposentação constitui singular instrumento de justiça social.

Acenando favoravelmente à tese - não obstante a questão permaneça em debate no Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a repercussão geral da matéria - o Ministro Marco Aurélio, com muita propriedade, retrata a realidade dos segurados:

É triste, mas é isso mesmo: o trabalhador alcança a aposentadoria, mas não pode usufruir o ócio com dignidade, sem decesso no padrão de vida. Ele retorna à atividade e, o fazendo, torna-se segurado obrigatório. Ele está compelido por lei a contribuir, mas contribui para nada, ou melhor dizendo, para muito pouco: para fazer jus ao salário-família e à reabilitação. Esse é um caso importantíssimo, como da tribuna se anunciou, porque nós temos 500 mil segurados

obrigatórios que retornaram à atividade e contribuem como se fossem trabalhadores que estivessem ingressando pela primeira vez na Previdência Social.¹

Na mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de ser plenamente possível a renúncia à aposentadoria com o objetivo de aproveitar o tempo de contribuição posterior para a obtenção de benefício mais vantajoso:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS EM ÂMBITO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. AGRAVO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. [...]

4. Permanece incólume o entendimento firmado no decisório agravado, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado poderá renunciar à sua 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, sendo certo, ainda, que tal renúncia não implica a devolução dos valores percebidos.

5. Agravo regimental desprovido.

(STJ, AgRg no REsp nº 1241805/SC, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 08.11.2011, DJe 21.11.2011)

O voto condutor do julgamento em comento, da lavra da Desembargadora Federal Lucia Ursaiá, que, ressaltando seu posicionamento pessoal, no sentido da impossibilidade do desfazimento do ato administrativo, por ausência de previsão legal, curvou-se ao entendimento dominante, aborda os aspectos mais relevantes da matéria.

O primeiro aspecto que se revela essencial ao deslinde da questão diz respeito à diferença que há de se estabelecer entre desaposentação e pedido de revisão de aposentadoria.

Desaposentação significa renúncia a benefício, “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”.² O pedido de revisão, de outra banda, cinge-se tão somente à apuração de eventual defeito e à consequente revisão do benefício concedido.

¹ Suspensão julgamento sobre recálculo de benefício de aposentadas que voltaram a trabalhar. *Notícias STF*, Brasília, 16 set. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=161743>>. Acesso em: 25 out. 2012

² STJ, AgRg no REsp nº 1241805/SC, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 08.11.2011, DJe 21.11.2011.

E justamente por não se tratar de revisão de benefício é que não se aplica o prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei nº 8.213/91, claro no sentido de ser de “10 (dez) anos o prazo decadencial de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para revisão do ato de concessão de benefício”, como bem decidido.

No que diz respeito à possibilidade de renúncia, perfeito o entendimento de que se trata de direito patrimonial disponível, passível, portanto, de desfazimento.

A concessão de aposentadoria se materializa por meio de ato administrativo do Poder Público, no exercício de suas atribuições, após constatação de preenchimento dos requisitos previstos na legislação (Lei nº 8.213/91) para cada uma de suas espécies: tempo de contribuição, idade, invalidez e especial.

Como todo ato administrativo, o deferimento do benefício é um ato jurídico perfeito, que produz efeitos e que está resguardado contra alterações futuras, em observância à segurança jurídica.

Todavia, a proteção constitucional ao ato jurídico perfeito, ao lado do direito adquirido e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal), visa salvaguardar o seu titular de eventuais alterações legislativas.

Segurança jurídica, de modo algum, significa a imutabilidade das relações sobre as quais há a incidência da norma jurídica, mas, sim, a garantia da preservação do direito, o qual pode ser objeto de renúncia por parte de seu titular em prol de situação mais benéfica.

Sem dúvida, o ato jurídico perfeito, à semelhança do direito adquirido, é uma garantia individual, mas a vedação constitucional à sua exclusão não impede o acerto de relações jurídicas no sentido da melhor adequação aos princípios fundamentais da Carta Magna pátria.³

Assim, a desaposentação - condicionada à obtenção de benefício que implique melhoria econômica - não viola o ato jurídico perfeito, mas, ao contrário, aumenta o rol de direitos do segurado, em consonância com os princípios constitucionais de proteção ampla aos direitos sociais.

Não há, de fato, previsão legal específica autorizadora da desaposentação. De outro lado, é igualmente certo que não há vedação.

O Decreto nº 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social), em seu artigo 181-B, dispondo sobre a irrenunciabilidade e irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial, na condição de norma regulamentadora, extrapolou os limites a que está sujeito. A Constituição Federal, no artigo 5º, II, estabelece de maneira inquestionável que apenas a lei poderá criar, modificar ou restringir direitos.

Por certo, hão de se levantar vozes defendendo a tese de que a desaposentação acarretaria inadmissível desequilíbrio atuarial à Previdência. Todavia, o argumento parece ter sido muito bem repellido pela egrégia 10ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, segundo a qual:

Não merece acolhida o argumento de que a desaposentação representaria desequilíbrio atuarial ou financeiro ao sistema protetivo.

³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 49-50.

Com efeito, as contribuições posteriores à aquisição do primeiro benefício são atuarialmente imprevistas e não foram levadas em conta quando da verificação dos requisitos de elegibilidade para a concessão da primeira aposentadoria. Continuando a contribuir para a Previdência Social após a jubilação, não subsiste vedação atuarial ou financeira à revisão do valor do benefício. (TRF 3ª Região, Apelação/Reexame Necessário nº 0012772-02.2010.4.03.6183/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Sérgio Nascimento, j. 21.08.2012, e-DJF3 29.08.2012)

Superada a questão relativa à possibilidade de renúncia, e uma vez operado o instituto, questionar-se-ia a respeito da necessidade ou não de devolução das parcelas recebidas a título de benefício durante o período de gozo da aposentadoria desfeita.

A mesma 10ª Turma do egrégio Tribunal Regional Federal vem reiteradamente manifestando entendimento no sentido de que da renúncia não decorre a obrigação de devolução de parcelas, em função do caráter alimentar do benefício previdenciário e da circunstância de que a aposentadoria era de fato devida no período em que gozada, como acertadamente se consagrou na decisão em comento.

De fato, a concessão da aposentadoria não estava eivada de qualquer vício ou irregularidade, não se justificando, assim, qualquer restituição.

Anote-se, neste particular, que a Lei nº 8.112/90 prevê a “reversão”, que é a possibilidade de retorno do servidor público federal aposentado à atividade, hipótese em que não se exige devolução de parcelas, norma que se invoca analogicamente.

Sustenta ainda esse entendimento a discussão travada acerca do efeito que se deve atribuir à renúncia verificada. O egrégio Superior Tribunal de Justiça entendeu ser “*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 nº 692.628/DF, Sexta Turma, Relator Ministro Nilson Naves, j. 17.05.2005, DJ 05.09.2005, p. 515).

Não se controverte, assim, sobre a desnecessidade de devolução dos proventos recebidos a título de aposentadoria renunciada.

Enfim, o acórdão da 10ª Turma do egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região resolveu acertadamente as questões nucleares e acessórias da demanda, posicionamento que será de grande valia para a discussão que se trava no Supremo Tribunal Federal.

Elogiável a postura adotada pela MMª Desembargadora Relatora que, ressaltando sua respeitável convicção, curvou-se ao entendimento da Turma, “diante da hodierna homenagem rendida à força da jurisprudência na solução dos conflitos trazidos ao Poder Judiciário”.

Esse direcionamento atende aos anseios da população, esmagada com regras previdenciárias incompreensíveis aos leigos e impregnada do sentimento de inadequação a prestação efetivada pela Previdência Social, quase sempre insuficiente à garantia da dignidade daqueles vitimados pelas contingências sociais.

COMENTÁRIO

RAFAEL ANDRADE DE MARGALHO

Juiz Federal Presidente do JEF/Campinas.

A aposentadoria insere-se no contexto dos direitos previdenciários ou sociais, que, prevista nos artigos 6º, 201 e 202 da Constituição Federal, destina-se à cobertura dos eventos invalidez e velhice, fundando-se na contributividade. Trata-se de modalidade de direito humano fundamental, estando a fundamentalidade desses direitos expressa

[...] pelo fato de que sem eles a pessoa humana não conseguiria viver plenamente a vida, ou nem mesmo conseguiria existir. A existência de direitos fundamentais, por sua vez, só é possível por meio do seu reconhecimento pelo Estado, que ao prevê-los também cria mecanismos para serem observados, e demarca um determinado perfil, expressando uma maneira de ser e de atuar.¹

Sendo a contributividade uma das condicionantes ao exercício dos direitos previdenciários, em especial no que tange à aposentadoria, tem-se presente caracterizado o tributo taxa, pois que sua cobrança obrigatória quando da realização do fato gerador (cf. art. 11 da Lei nº 8.213/91, sobre os segurados obrigatórios) está vinculada a uma contraprestação devida pelo Estado, nos termos do artigo 77 do Código Tributário Nacional.²

Desta feita o contribuinte-segurado mantém relação jurídica com a Previdência Social em que ao mesmo tempo é credor dos benefícios previdenciários e devedor da exação prevista no artigo 195, II, da Constituição Federal, combinado com os artigos 20 e 21 da Lei nº 8.212/91, conforme se enquadre como segurado empregado, empregado doméstico e trabalhador avulso (art. 20), bem como segurado contribuinte individual ou facultativo. A base de cálculo da contribuição devida pelo segurado denomina-se salário de contribuição e será utilizada no cálculo do salário de benefício. Estabelece, ainda, a Lei nº 8.212/91, em seu artigo 12, § 4º, que o aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por esse regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata essa lei para fins de custeio da Seguridade Social.³

¹ CEDENHO, Antonio Carlos. *Diretrizes constitucionais da assistência social*. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 56-57.

² “Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.”

³ SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 76-78.

A desaposentação não dispõe de conceito positivado no ordenamento jurídico pátrio, mas decorre dos dispositivos legais e constitucionais que integram o sistema previdenciário, podendo ser entendida, ao que diz com o presente esboço, como a Renúncia a uma aposentadoria, já implementada, para aproveitamento do respectivo tempo de contribuição/serviço, inclusive do tempo de contribuição/serviço posterior, na perspectiva de obtenção de nova e melhor aposentadoria.⁴

A questão da desaposentação se põe na medida em que, apesar de vedada a contribuição previdenciária do aposentado ou pensionista (art. 1º, EC nº 20/98), o referido artigo 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 exige o tributo do aposentado que se mantém em atividade coberta pelo Regime Geral da Previdência Social ou a ela retorna.

Ora, tratando-se da incidência tributária de taxa, é imperiosa, isto é, trata-se de atividade vinculada, a inclusão das novas contribuições previdenciárias posteriores à aposentadoria para fins de cômputo no cálculo do salário de benefício (art. 28 e seguintes da Lei nº 8.213/91), de modo que, abrindo mão da aposentadoria menos vantajosa, o segurado, ao crescer na base de cálculo do novo benefício mais contribuições previdenciárias, fará jus à aposentadoria em melhores termos. Outra não pode ser a solução para a questão, já que como a contribuição previdenciária tem natureza jurídica de taxa, caso não se pudesse computá-la para a concessão de novo benefício (com a renúncia ao anterior e aproveitamento do respectivo tempo de contribuição), ter-se-ia modalidade de exação indevida e ilegal, por não se amoldar aos ditames do já mencionado artigo 77 do Código Tributário Nacional, configurando-se, portanto, locupletamento indevido por parte da Previdência Social.

Quanto à possibilidade de o segurado-contribuinte renunciar à aposentadoria percebida, temos que se trata de direito de caráter patrimonial, portanto, disponível, de modo que, se à Administração Pública somente é dado fazer aquilo que a lei permite, não pode o segurado, na ausência de vedação legal, ser obrigado a permanecer aposentado, sendo a Previdência Social obrigada a acatar, nesse particular, a vontade unilateral do aposentado.

Outro ponto interessante na discussão da desaposentação refere-se à necessidade ou não de devolução dos valores percebidos em razão da aposentadoria renunciada.

Quando se tem em vista o recebimento de nova aposentadoria em outro regime de previdência, que não o Regime Geral da Previdência Social, tem se posicionado majoritariamente a jurisprudência no sentido de que o segurado não é obrigado a devolver os proventos recebidos para fins de aproveitar o tempo de contribuição/serviço no novo benefício, pois não há se falar em transferência dos recursos de custeio do regime de origem para o regime instituidor da aposentadoria para fins de contagem recíproca do tempo de contribuição, nos termos da Lei nº 9.796/99.

⁴ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 50-51.

Já quando a renúncia tem por finalidade a concessão de outro benefício no próprio Regime Geral da Previdência Social, tem-se, conforme ressaltado linhas acima, que o aposentado que continuar exercendo ou voltar a exercer atividade vinculada ao Regime Geral da Previdência Social, é sujeito passivo obrigatório de relação jurídica tributária, nos termos dos artigos 12, § 4º, 20 e 21, todos da Lei nº 8.212/91.

Assim, caso o aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social submetido à hipótese do artigo 12, § 4º, da Lei nº 8.212/91 não possa renunciar à primitiva aposentadoria, aproveitando o tempo de contribuição/serviço para, somando-se ao novo tempo de contribuição, perceber nova aposentadoria mais vantajosa, teria como contrapartidas possíveis ao pagamento da contribuição previdenciária o salário-família e a reabilitação profissional (art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91), afrontando o princípio constitucional da isonomia.

Não bastasse isso, o direito de percepção do pecúlio assegurado ao aposentado que voltasse a trabalhar (art. 81, II, da Lei nº 8.213/91), correspondente às importâncias relativas às contribuições do segurado, referentes ao período posterior à aposentação, foi revogado pela Lei nº 8.870/94. Desta feita,

[...] uma vez retirado do trabalhador aposentado o direito ao pecúlio, bem como afastada a garantia aos mesmos direitos conferidos aos trabalhadores ainda não aposentados, entendo que não há que se falar em devolução dos proventos recebidos, pois, enquanto perdurou a aposentadoria renunciada, os pagamentos efetuados pelo Instituto Previdenciário, de caráter nitidamente alimentar, eram indiscutivelmente devidos, já que advindos de um benefício implantado de forma legítima.

Dessa forma, a renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos.

(TRF 3ª Região, AC nº 2012.61.83.001549-0/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, j. 11.09.2012, e-DJF3 19.09.2012)

Por fim, como as contribuições previdenciárias incidem sobre cada fato gerador, configurando relação jurídico-tributária que se alonga no tempo, tem-se presente a cláusula *rebus sic stantibus*, devendo ser levadas em consideração as contribuições posteriores à aposentadoria primitiva para fins de obtenção de uma nova, mais vantajosa, mediante renúncia à anterior e aproveitamento de todo o tempo de contribuição/serviço.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.267.580 - PR (2011/0182801-7)

RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES

DJe: 18.12.2012

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. VALORES RECEBIDOS. DEVOLUÇÃO. *REFORMATIO IN PEJUS*. IMPOSSIBILIDADE.

1. É firme nesta Corte compreensão segundo a qual, sendo a aposentadoria direito patrimonial disponível, é admitida a renúncia a tal benefício, não havendo impedimento para que o segurado - que continue a contribuir para o sistema - formule novo pedido de aposentação que lhe seja mais vantajoso. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães, Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 06 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO OG FERNANDES

Relator

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de agravo regimental à iniciativa do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra decisão que negou seguimento ao apelo nobre interposto pelo ente previdenciário, à consideração de assistir direito ao segurado de renunciar ao benefício de aposentadoria.

Na oportunidade, consignou o julgado que, como a aposentadoria é direito patrimonial disponível, pode ser objeto de renúncia, sendo possível, neste caso, a contagem do respectivo tempo de serviço para nova aposentação.

Em suas razões, a entidade previdenciária argumenta que: “[...] a permissão de desaposementação para nova aposentadoria, perante o mesmo regime do RGPS, somente será possível se reputado inconstitucional o § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91” (e-fl. 257).

Nesse sentido, pontua que o afastamento da referida norma, sem a declaração de inconstitucionalidade, atenta contra o disposto no art. 97 da Constituição Federal, sendo certo, também, que: “[...] admitir a desaposementação para nova aposentadoria no próprio RGPS atenta

também contra os princípios informadores do sistema de previdência, estabelecidos nos arts. 195, *caput* e § 5º, e 201 da CF" (e-fl. 258).

Por fim, assevera que: "[...] ainda que se conclua pela possibilidade de o segurado renunciar a seu benefício para utilizar seu tempo de contribuição dentro do próprio regime, deve-se determinar a restituição das quantias recebidas" (e-fl. 265).

Com base nessas considerações, pede a reforma do *decisum*.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Observo, inicialmente, que, da comparação entre os argumentos trazidos pelo agravante e os fundamentos contidos na decisão impugnada, verifica-se que o agravante não trouxe tese jurídica capaz de modificar o posicionamento anteriormente firmado.

Assim, mantenho, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada, postos no sentido de que o segurado pode 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.

Quanto aos demais aspectos da irresignação, registro, por necessário, que o tema relativo à possibilidade, ou não, de restituição dos valores recebidos pelo segurado (enquanto no gozo do benefício previdenciário de aposentadoria ao qual se quer renunciar) não foi objeto de irresignação por parte do autor, não sendo possível a esta Corte emitir juízo de valor acerca da matéria, sob pena de incorrer em inaceitável *reformatio in pejus*.

Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.274.318 - RS (2011/0205066-2)

RELATOR: MINISTRO JORGE MUSSI

DJe: 04.12.2012

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. SOBRESTAMENTO DO FEITO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 111/STJ. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

1. O reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.
2. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos.
3. Inviável o exame, na via do recurso especial, de suposta violação a dispositivos da Constituição Federal, porquanto o prequestionamento de matéria essencialmente constitucional, por este Tribunal, importaria usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.
4. Descabe falar em adoção do procedimento previsto no art. 97 da Constituição Federal nos casos em que esta Corte decide aplicar entendimento jurisprudencial consolidado sobre o tema, sem declarar inconstitucionalidade do texto legal invocado.
5. Quanto à verba honorária, ficou expressamente consignado na decisão agravada que deve ser observado o disposto na Súmula nº 111 desta Corte, motivo pelo qual, no ponto, carece o INSS de interesse recursal.
6. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Campos Marques (Desembargador convocado do TJ/PR), Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2012. (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS interpõe agravo regimental contra a decisão às fls. 294/295, que deu provimento ao recurso especial para determinar a não devolução dos valores recebidos.

Preliminarmente, requer o agravante o sobrestamento do feito até o término do julgamento do RE nº 381.367, afetado para julgamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal pela relevância da matéria.

Quanto à questão de fundo, afirma que a compreensão de que a permissão de desaposentação para nova aposentadoria, perante o mesmo regime do RGPS, somente será possível se reputado inconstitucional o § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91.

Requer o prequestionamento dos arts. 5º, *caput*, XXXVI, 97, 195, *caput* e § 5º, e 201, *caput*, § 1º, da Constituição Federal. Aduz que, caso mantido o entendimento acerca da desaposentação, deve ser reformada a r. decisão agravada no que diz respeito à condenação ao pagamento dos honorários, a fim de limitar a base de cálculo às prestações vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula 111/STJ.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Inicialmente, com relação ao pedido de sobrestamento, convém ressaltar que não há como atendê-lo, pois a repercussão geral de processos submetidos à apreciação da Suprema Corte não produz efeitos sobre os recursos interpostos neste Sodalício.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR MORA LEGISLATIVA. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. OMISSÃO DO CHEFE DO EXECUTIVO NA INICIATIVA DA LEI. REVISÃO GERAL E ANUAL DE VENCIMENTOS. ART. 37, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO CABIMENTO. ENTENDIMENTO DA SUPREMA CORTE.

1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é descabida a indenização aos servidores públicos pela omissão do Chefe do Poder Executivo em enviar o projeto de lei prevendo a revisão geral anual dos vencimentos prevista no art. 37, inciso X, da Constituição Federal.

2. O reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça, pois o reflexo da repercussão geral se opera apenas em relação aos recursos extraordinários interpostos contra as decisões desta Corte.

Precedentes.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no Ag 1109349/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16.04.2009, DJe 11.05.2009).

Com relação à questão de fundo, nota-se que a ora agravante reputa como violados dispositivos constitucionais, matéria essa que não pode ser examinada em sede de recurso especial, nos termos do art. 105 da Constituição Federal.

Veja-se o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. LIMITES NORMATIVOS. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. NÃO OBRIGATORIEDADE. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO. EXIGÊNCIA. DESNECESSIDADE. SÚMULA 213/TFR. INCIDÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Quanto ao dispositivo constitucional apontado, cumpre ressaltar que a jurisprudência deste Tribunal repudia tal apreciação em sede de Especial, ainda que para fins de prequestionamento. Tudo em respeito à competência delineada pela Constituição, ao designar o Supremo Tribunal Federal como seu Guardião. A pretensão trazida no Especial exorbita seus limites normativos, que estão precisamente delineados no art. 105, III da Constituição Federal.

II - Não compete ao relator determinar o sobrestamento de recurso especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.

III - De acordo com o entendimento pacificado no âmbito desta Corte, a ausência de prévio requerimento administrativo não constitui óbice para que o segurado pleiteie, judicialmente, seu benefício previdenciário. Súmula 213/TFR. Precedentes.

IV - Agravo interno desprovido.

(AgRg no REsp 1226028/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 07.04.2011, DJe 26.04.2011)

Cumpre destacar que no julgamento do presente recurso aplicou-se a reiterada compreensão de que a renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos.

A adoção de jurisprudência pacífica desta Corte quanto ao tema debatido, contudo, não implica declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91. Vale dizer, a tese adotada na instância ordinária foi afastada por ser inaplicável à espécie, e não porque o dispositivo da norma em comento possuía incompatibilidade com o texto constitucional.

É descabido, assim, falar-se em incidência do art. 97 da Constituição Federal no caso dos autos.

Destaca-se o seguinte precedente, que corrobora com o pensamento aqui explicitado:

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LIMITES NORMATIVOS. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. NÃO OBRIGATORIEDADE. INFRAÇÃO À RESERVA DO PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - É vedado a esta Corte, em sede de recurso especial, adentrar ao exame de pretensa violação a dispositivos constitucionais, cuja competência encontra-se adstrita ao âmbito do Supremo Tribunal Federal, conforme prevê o art. 102 da Carta Magna, ao designar o Pretório Excelso como seu guardião. Neste contexto, a pretensão trazida no especial exorbita seus limites normativos, que estão precisamente delineados no art. 105, III da Constituição Federal.

II - Não compete ao relator determinar o sobrestamento de recurso especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso

extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.

III - *Não há violação ao princípio constitucional da reserva de plenário, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, quando não existe, ao menos implicitamente, declaração de inconstitucionalidade de qualquer lei, como se observa na presente hipótese.*

IV - O entendimento desta Corte é no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário que se encontra o segurado, não importando em devolução dos valores percebidos.

V - Agravo interno desprovido (AgRg no REsp 1211868/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08.02.2011, DJe 21.02.2011 - grifou-se).

Quanto à verba honorária, ficou expressamente consignado na decisão agravada que deve ser observado o disposto na Súmula nº 111 desta Corte, motivo pelo qual, no ponto, carece o INSS de interesse recursal.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É o voto.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.308.683 - RS (2012/0054701-2)

RELATOR: MINISTRO HERMAN BENJAMIN

DJe: 19.12.2012

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. DECADÊNCIA. ART. 103 DA LEI 8.213/1991. PEDIDO DE RENÚNCIA A BENEFÍCIO (DESAPOSENTAÇÃO). INCIDÊNCIA. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO. APLICAÇÃO DA REDAÇÃO DADA PELA MP 1.523-9/1997 AOS BENEFÍCIOS ANTERIORES À PUBLICAÇÃO DESTA. DIREITO INTERTEMPORAL. MATÉRIA APRECIADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. Trata-se de pretensão recursal contra a aplicação do prazo decadencial do art. 103 da Lei 8.213/1991 à renúncia de aposentadoria (desaposentação).

2. Segundo o art. 103 em comento, “é de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício”.

3. O comando legal estipula como suporte fático-jurídico de incidência do prazo decadencial todo e qualquer direito ou ação para a revisão do ato de concessão.

4. O alcance é amplo e não abrange apenas revisão de cálculo do benefício, mas atinge o próprio ato de concessão e, sob a imposição da expressão “qualquer direito”, envolve o direito à renúncia do benefício.

5. Entendimento adotado por esta Segunda Turma nos AgRgs nos REspS 1.298.511/RS e 1.305.914/SC (Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27.08.2012).

6. “Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.06.1997).” (REspS 1.309.259/PR e 1.326.114/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, sessão de 28.11.2012, julgados sob o regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008).

7. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr.(a) Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco”. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de dezembro de 2012 (data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

RELATÓRIO

O EXMº SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que deu provimento ao recurso (fls. 348-357/STJ).

A agravante alega que não incide a decadência prevista no art. 103 da Lei 8.213/1991 nos pedidos de renúncia à aposentadoria (desaposentação) por não estarem no conceito de “revisão”. Sustenta que, mesmo que aplicável, o citado prazo decadencial deve incidir somente sobre os benefícios concedidos após a publicação da MP 1.523-9/1997.

É o relatório.

VOTO

O EXMº SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 09.08.2012.

O Agravo Regimental não merece prosperar, pois a ausência de fato novo capaz de alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado.

Conforme já disposto na decisão combatida sobre a aplicação do prazo decadencial do art. 103 da Lei 8.213/1991 sobre os pedidos de desaposentação (fls. 349-350/STJ):

Passo a enfrentar a questão da aplicação do prazo decadencial do art. 103 da Lei 8.213/1991 sobre os pedidos de renúncia à concessão de benefício previdenciário. Assim é a literalidade legal:

“Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.”

O aspecto controverso, ventilado no acórdão regional e no Recurso Especial do INSS, é se o citado dispositivo legal se aplica aos pedidos de renúncia do ato de concessão. O comando legal estipula como suporte fático-jurídico de incidência do prazo decadencial todo e qualquer direito para a revisão do ato de concessão. O alcance é amplo e não abrange apenas revisão de cálculo e de atos específicos intrínsecos ao ato de concessão. Atinge o próprio ato de concessão e, sob a imposição da expressão “qualquer direito”, envolve o próprio direito à renúncia do benefício.

Não vislumbro possibilidade interpretativa de estipular que a cláusula decadencial privilegie determinados direitos de modificação ou extinção do ato de concessão quando ela é explicitamente abrangente e não ressalva qualquer direito revisional.

Sob a premissa de incidência do prazo decadencial ao pedido de renúncia de benefício previdenciário, passo à análise da questão intertemporal.

A agravante alega que somente nos pedidos de revisão de benefício incide o prazo decadencial do art. 103 da Lei 8.213/1991.

Conforme já fundamentado na decisão agravada, o dispositivo legal em comento estabelece sua incidência em todo e qualquer direito para a revisão do ato de concessão. Assim, toda alteração, parcial ou total, é objeto do prazo decadencial.

Daí se conclui que a extinção do benefício pela renúncia é uma forma de alterar o procedimento concessório.

Ressalto que tal entendimento foi recentemente adotado por esta Segunda Turma no AgRg nos REsps 1.298.511/RS e 1.305.914/SC (DJe 27.08.2012).

Sobre a aplicação do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 aos benefícios concedidos anteriormente à alteração instituída pela MP 1.523-9/1997 (posteriormente convertida na Lei 9.527/1997), a Primeira Seção sedimentou posicionamento sobre a questão. Primeiramente assim foi apreciado (grifei):

PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL.

1. Até o advento da MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97), não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário. Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”.

2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. *Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28.06.1997)*. Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g.: MS 9.112/DF, Min. Eliana Calmon, DJ 14.11.2005; MS 9.115, Min. César Rocha, DJ de 07.08.06; MS 11123, Min. Gilson Dipp, DJ de 05.02.07; MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06.09.06; MS (AgRg) 9034, Min. Félix Ficher, DJ 28.08.06).

3. Recurso especial provido (REsp 1.303.988/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 21.03.2012).

Posteriormente essa orientação foi reafirmada nos julgamentos dos Recursos Especiais 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, proferidos na sessão de 28.11.2012 (pendente de publicação), pelo rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008), de minha relatoria. Confira-se a ementa do acórdão do REsp 1.309.529/PR (grifei):

PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSOS REPRESENTATIVOS DE CONTROVÉRSIA (RESPTS 1.309.529/PR e 1.326.114/SC). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PELO SEGURADO. DECADÊNCIA. DIREITO INTERTEMPORAL. APLICAÇÃO DO ART. 103 DA LEI 8.213/91, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 1.523-9/1997, AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DESTA NORMA. POSSIBILIDADE. TERMO A QUO. PUBLICAÇÃO DA ALTERAÇÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO DE INTERVENÇÃO COMO *AMICUS CURIAE* E DE SUSTENTAÇÃO ORAL. AGRAVO REGIMENTAL DA CFOAB.

[...]

MATÉRIA SUBMETIDA AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC

8. Trata-se de pretensão recursal do INSS com o objetivo de declarar a decadência do direito do recorrido de revisar benefícios previdenciários anteriores ao prazo do art. 103

da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997 (DOU 28.06.1997), posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, por ter transcorrido o decênio entre a publicação da citada norma e o ajuizamento da ação.

9. Dispõe a redação supracitada do art. 103: “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”.

SITUAÇÃO ANÁLOGA - ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL

10. Em situação análoga, em que o direito de revisão é da Administração, a Corte Especial estabeleceu que “o prazo previsto na Lei nº 9.784/99 somente poderia ser contado a partir de janeiro de 1999, sob pena de se conceder efeito retroativo à referida Lei” (MS 9.122/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, DJe 03.03.2008). No mesmo sentido: MS 9.092/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, DJ 25.09.2006; e MS 9.112/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 14.11.2005.

O OBJETO DO PRAZO DECADENCIAL

11. O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios, e não o direito ao benefício previdenciário.

12. O direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, e não é possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção.

13. Já o direito de revisão do benefício consiste na possibilidade de o segurado alterar a concessão inicial em proveito próprio, o que resulta em direito exercitável de natureza contínua sujeito à alteração de regime jurídico.

14. Por conseguinte, não viola o direito adquirido e o ato jurídico perfeito a aplicação do regime jurídico da citada norma sobre o exercício, na vigência desta, do direito de revisão das prestações previdenciárias concedidas antes da instituição do prazo decadencial.

RESOLUÇÃO DA TESE CONTROVERTIDA

15. *Incid*e o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo a quo a contar da sua vigência (28.06.1997).

16. No mesmo sentido, a Primeira Seção, alinhando-se à jurisprudência da Corte Especial e revisando a orientação adotada pela Terceira Seção antes da mudança de competência instituída pela Emenda Regimental STJ 14/2011, firmou o entendimento, com relação ao direito de revisão dos benefícios concedidos antes da Medida Provisória 1.523-9/1997, que alterou o *caput* do art. 103 da Lei de Benefícios, de que “o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28.06.1997)” (RESP 1.303.988/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 21.03.2012).

CASO CONCRETO

17. Concedido, no caso específico, o benefício antes da Medida Provisória 1.523-9/1997 e havendo decorrido o prazo decadencial decenal entre a publicação dessa norma e o ajuizamento da ação com o intuito de revisão de ato concessório ou indeferitório, deve ser extinto o processo, com resolução de mérito, por força do art. 269, IV, do CPC.

18. Agravos Regimentais não providos e Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

Por todas as razões expostas, aplica-se o prazo de decadência instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, ao direito de revisão dos benefícios concedidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.06.1997).

No caso específico, o benefício previdenciário objeto de revisão foi concedido antes de 28.06.1997, o que torna esta a data inicial da contagem do prazo.

Contudo, a ação foi ajuizada após o decênio legal.

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.

Por tudo isso, nego provimento ao Agravo Regimental.

É como voto.

TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL

PROCESSO Nº: 2010.70.50.008729-1

ORIGEM: SEÇÃO JUDICIÁRIA DO PARANÁ

RELATORA: VANESSA VIEIRA DE MELLO

DOU: 27.04.2012

EMENTA - VOTO

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA. DESAPO-SENTAÇÃO. EXTINÇÃO DO JULGAMENTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. VALOR DA CAUSA. QUESTÃO DE DIREITO PROCESSUAL. INCIDENTE DE UNIFORMIZA-ÇÃO NÃO CONHECIDO.

I. Pedido da parte autora de renúncia à aposentadoria que titulariza com a conse- quente concessão de novo benefício mais vantajoso.

II. Sentença de extinção do julgamento sem resolução do mérito, mantida pela Turma Recursal com esteio no art. 46 da Lei nº 9.099/95.

III. Incidente de uniformização de jurisprudência, interposto pela parte autora, com esteio no art. 14 da Lei nº 10.259/2001.

IV. Alegação de ser competente o Juizado Especial Federal para a causa em razão da possibilidade da não devolução das parcelas já recebidas para a concessão de novo benefício.

V. Indicação, pela parte recorrente, de precedentes da Turma Nacional de Uniformi- zação: PEDILEF nº 200972580002182 e PEDILEF nº 200972510004633; e do STJ - Superior Tribunal de Justiça: REsp 1113682/SC e AgRg no REsp 328.101/SC.

VI. Inadmissibilidade do incidente de uniformização de jurisprudência junto à Turma Recursal do Paraná.

VII. Apresentação, pela parte autora, de requerimento com pedido de processa- mento do incidente, nos termos do art. 15, § 4º, da Resolução nº 22/2008, do CJF - Conselho da Justiça Federal.

VIII. Decisão da lavra do Ministro Presidente da TNU - Turma Nacional de Uniformi- zação, no sentido de admitir o incidente, com fundamento no art. 7º, inciso VI, do Regimento Interno do Colegiado citado.

IX. Tema referente ao valor da causa.

X. Descabe incidente de uniformização versando sobre questão de direito processual. Inteligência da Súmula nº 43 da Turma Nacional de Uniformização.

XI. Incidente de uniformização de jurisprudência não admitido.

ACÓRDÃO

Visto, relatado e discutido este processo, em que são partes as acima indicadas, decide a TNU - Turma Nacional de Uniformização não admitir o incidente, nos termos do art. 14 da Lei nº 10.259/2001.

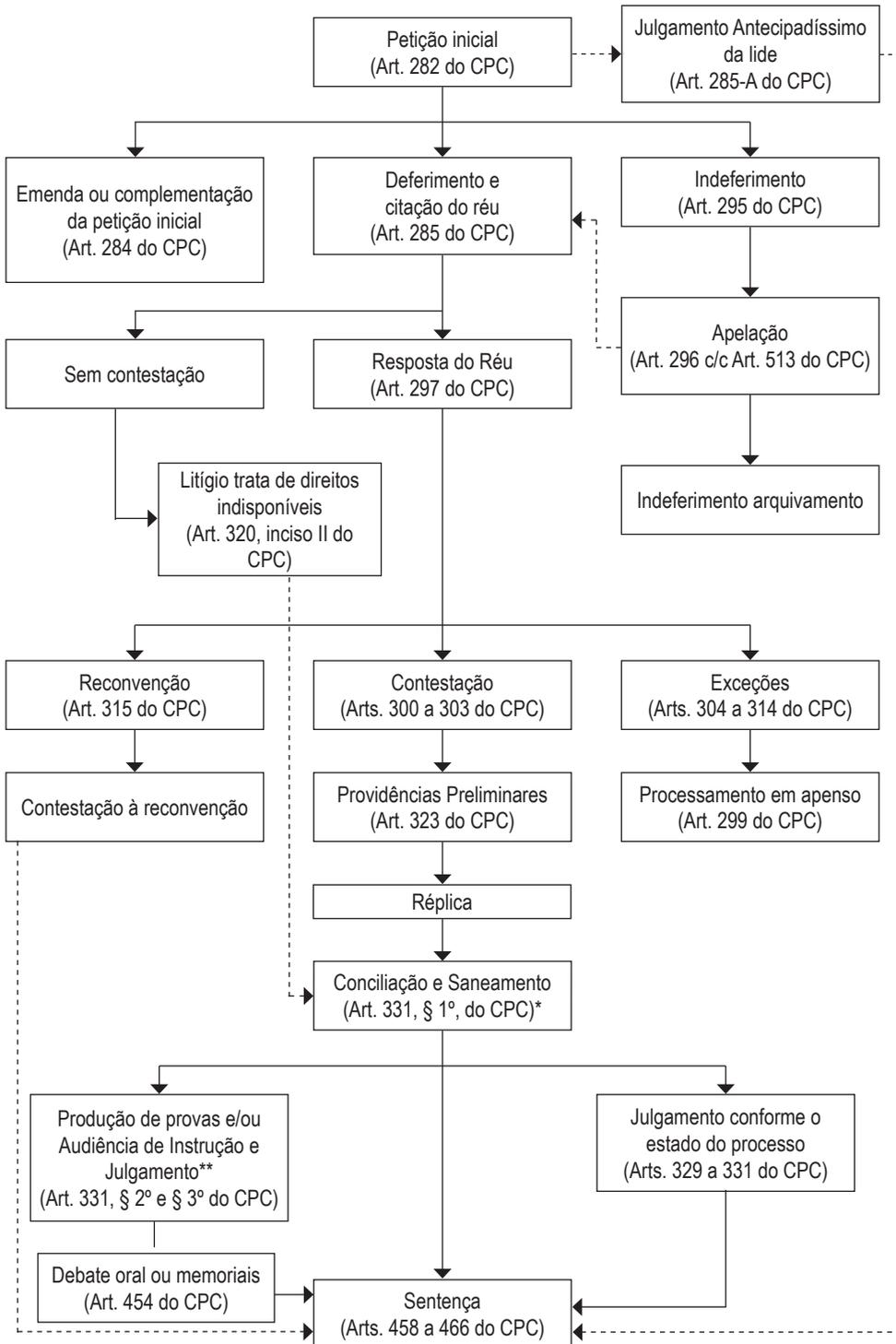
Brasília, 29 de março de 2012.

VANESSA VIEIRA DE MELLO

JUÍZA FEDERAL RELATORA

ASSUNTO ESPECIAL - FLUXOGRAMAS

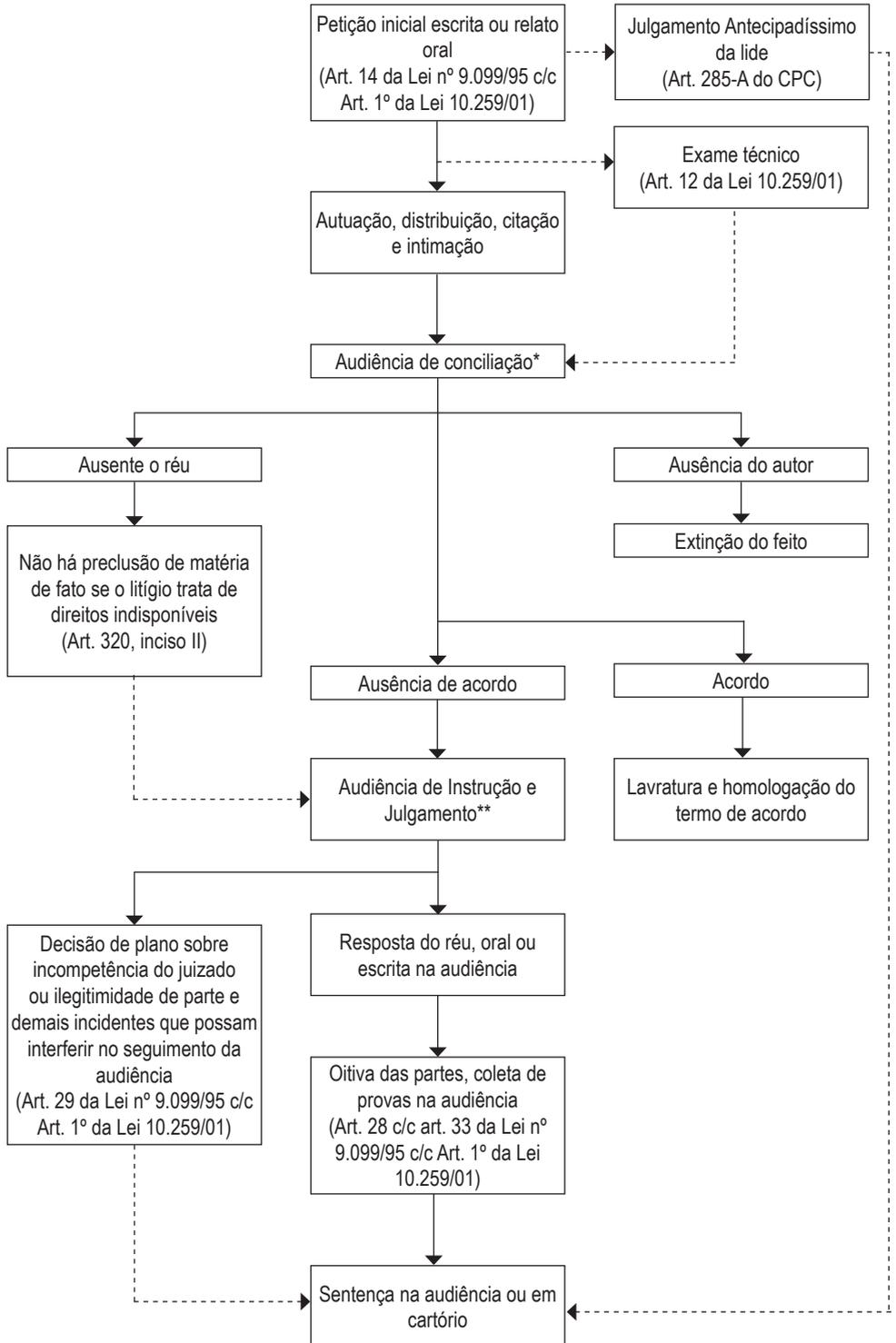
RITO ORDINÁRIO



* A audiência de conciliação não é comum nas ações previdenciárias que tramitam no rito ordinário, pois, se houvesse interesse na propositura de acordo, esse teria sido proposto pelo INSS junto com ou no prazo da contestação. Então, após a réplica, o mais comum é o juiz entender pela aplicação do art. 331, § 3º e determinar a produção das provas.

** Produção de provas: é muito comum haver necessidade de designação de prova pericial médica (benefícios por incapacidade) ou técnica (aposentadoria especial).

RITO DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL



* Eventualmente, é substituída pela intimação do réu para apresentar proposta de acordo no mesmo prazo da citação para apresentar contestação (30 dias).

** Não costuma ser realizada se a matéria discutida nos autos for unicamente de direito ou se não houver provas a serem produzidas. Nesse caso, após a citação e a contestação escrita do réu, o processo será sentenciado.

A DECADÊNCIA NA REVISÃO DO ATO CONCESSÓRIO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO SOB O ENFOQUE DO DIREITO INTERTEMPORAL*

THE DECLINE IN THE CONCESSOR ACT REVIEW OF PENSION BENEFIT UNDER THE INTER- TEMPORAL LAW APPROACH

ROBERTO LUIS LUCHI DEMO
Juiz Federal Substituto em Brasília/DF.

SUMÁRIO: Prolegômenos - 1. A decadência na legislação previdenciária - 2. O direito intertemporal brasileiro - 3. A decadência do direito do beneficiário de requerer a revisão do ato concessório de benefício previdenciário - 4. A decadência do direito-poder-dever de o INSS efetuar a revisão do ato concessório de benefício previdenciário - Epílogo - Referências.

RESUMO: Este artigo trata sobre o prazo de decadência para a revisão do ato que concedeu benefício previdenciário, analisando a decadência na legislação sob o enfoque do conflito de leis no tempo.

PALAVRAS-CHAVE: Decadência; prescrição; revisão; direito intertemporal.

ABSTRACT: This article is about the period of decadence for the revision of the act which granted pension benefit, analyzing the decadence in the legislation under the conflict-of-law approach in time.

KEYWORDS: Decadence; prescription; review; inter-temporal law.

PROLEGÔMENOS

A concessão de benefício previdenciário no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, que é uma das atribuições do INSS enquanto autarquia responsável pela gestão desse regime, nos termos do art. 1º do Anexo I do Decreto 7.556/2011, qualifica-se como

* Data de recebimento do artigo: 23.01.2013.

Datas de pareceres de aprovação: 25.01.2013 e 30.01.2013.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 06.02.2013.

ato administrativo federal. Desse modo, sujeita-se à revisão, por iniciativa do titular do benefício (segurado ou dependente que passa então a ser denominado beneficiário), bem como de ofício pela própria Administração. Aliás, a revisão do ato concessório de benefício previdenciário é objeto de uma quantidade significativa das ações previdenciárias revisionais, ou seja, das ações ajuizadas pelo beneficiário e que buscam majorar o valor da renda mensal inicial do benefício, em trâmite na Justiça Federal e particularmente no Juizado Especial Federal. De outra parte, há também ações judiciais - em menor quantidade, é certo - questionando o ato do INSS que, ao revisar administrativamente o benefício previdenciário, anulou sua concessão ou reduziu o valor da sua renda mensal inicial.

Nesse contexto, o tempo é um importante aspecto a ser considerado, na medida em que o beneficiário nem sempre conhece a legislação previdenciária e por isso requer a revisão de seu benefício após algum tempo da respectiva concessão, quando procurado por advogados ou quando tem conhecimento de seu direito por meio da imprensa, que amiúde divulga as decisões judiciais mais importantes em matéria previdenciária. O tempo também repercute nas revisões efetuadas de ofício pelo INSS, que, em virtude da quantidade enorme de benefícios previdenciários em manutenção (totalizando cerca de 28,8 milhões, mais precisamente, 28.828.225 benefícios em setembro de 2011)¹ e do número limitado de servidores públicos destacados para essa atividade, são iniciadas depois de algum tempo da concessão do benefício.

Daí, decorrido algum tempo, geralmente alguns anos - ou, às vezes, muitos anos -, para que o beneficiário requeira ou o INSS efetue a revisão do ato concessório de benefício previdenciário, normalmente a decadência é agitada nas ações judiciais que têm como pano de fundo essa revisão. Por isso, entendo oportuna uma análise da decadência em matéria previdenciária, mormente quando se considera a polêmica jurisprudencial em torno de uma das facetas desse instituto, que, inclusive, levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer o fenômeno da repercussão geral, estando a questão pendente de análise naquela Corte, como se verá alhures.

1. A DECADÊNCIA NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Inicialmente, faço um rápido cotejo entre a prescrição e a decadência. Quanto à natureza, ambas são institutos jurídicos que se constituem em causa e disciplina da extinção de direitos. A prescrição atinge os direitos subjetivos a uma prestação, veiculados, em regra, por meio de ação preponderantemente condenatória; a decadência atinge os direitos sem pretensão, ou seja, os direitos potestativos, veiculados, em regra, mediante ação preponderantemente constitutiva. Na prescrição, o legislador visa a consolidar um estado de fato, transformando-o em estado de direito; na decadência, limita-se no tempo a possibilidade de exercício de direito, modificando-se uma situação jurídica. Com a

¹ Fonte: Boletim Estatístico da Previdência Social de setembro de 2011.

prescrição, pune-se a inércia no exercício de pretensão que devia ser exercida em determinado período; na decadência, priva-se do direito quem deixou de exercê-lo na única vez que a lei concede. Enfim, a prescrição é perda da ação atribuída a um direito e de toda sua capacidade defensiva; com a decadência, por sua vez, há a perda do direito e consequentemente da ação.

Daí, bem se vê a afinidade desses institutos que regulam a extinção de direitos pelo decurso do tempo e a tênue diferença entre eles. Talvez, por isso mesmo, apenas a prescrição quinquenal era tradicionalmente prevista na legislação previdenciária. Com efeito, a prescrição inicialmente era disciplinada pelo art. 57 da Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS (Lei 3.807/1960). Nesse dispositivo, já estava assentada a regra segundo a qual “não prescreverá o direito ao benefício”, vale dizer, a regra da inexistência de prescrição de direitos relacionados aos benefícios. Portanto, já na LOPS havia previsão expressa que afastava, na legislação previdenciária, a prescrição do fundo de direito, de modo que a prescrição atingia somente os pagamentos periódicos decorrentes desse direito mesmo.

Posteriormente, a mesma regra de ausência de prescrição do fundo de direito ao benefício e de prescrição quinquenal dos pagamentos periódicos figurou no art. 109 da Consolidação das Leis da Previdência Social - CLPS/1976 (Decreto 77.077/1976), no art. 98 da Consolidação das Leis da Previdência Social - CLPS/1984 (Decreto 89.312/1984) e na redação originária do art. 103 da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/1991). Ocorre que, a partir da Medida Provisória 1.523-9, de 27 de junho de 1997, convertida na Lei 9.528/1997, que deu nova redação ao art. 103 da Lei 8.213/1991, a regra da inexistência de prescrição do fundo de direito ao benefício foi excluída e somente passou a ser prevista a regra de prescrição quinquenal dos pagamentos periódicos no parágrafo único do referido art. 103.

A sobredita Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, além de excluir do art. 103 da Lei 8.213/1991 a previsão expressa de inexistência de prescrição do fundo de direito ao benefício, estabeleceu prazo extintivo para o direito do beneficiário de pleitear a revisão do ato concessório, dando a seguinte redação ao *caput* do mencionado art. 103, *litteris*: “É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”. A despeito de a lei nominar decadência, trata-se na verdade de prescrição do fundo de direito subjetivo à correta prestação previdenciária.

Logo, a partir da vigência da Medida Provisória 1.523-9/1997, que ocorreu em 28 de junho de 1997, passou a existir na legislação previdenciária a prescrição do fundo de direito ao benefício, cujo prazo era de 10 anos. Vale ressaltar que esse chamado prazo de decadência foi reduzido para 5 anos, por intermédio da Medida Provisória 1.663-15, de 22 de outubro de 1998, convertida na Lei 9.711/1998, e posteriormente restabelecido em 10 anos, nos termos da Medida Provisória 138, de 19 de novembro de 2003, convertida na

Lei 10.839/2004. A decadência propriamente dita foi estabelecida somente pela referida Medida Provisória 1.663-15/1998, convertida na Lei 9.711/1998, ao prever prazo extintivo também de 10 anos para o direito potestativo ou direito-poder-dever de o INSS revisar de ofício o ato concessório, por intermédio de acréscimo do art. 103-A à Lei 8.213/1991, *verbis*: “O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Nota-se dessarte que, na perspectiva da extinção de direitos pelo decurso do tempo, a revisão do ato concessório por iniciativa do beneficiário tem uma moldura normativa diversa da revisão feita de ofício pelo INSS. E isso vale não só quando se considera especificamente a legislação previdenciária, mas também quando se observa a legislação ordinária que regulamentava supletivamente o tema, enquanto a legislação previdenciária era omissa. Assim, a decadência, para adotar a terminologia da legislação previdenciária, em cada uma dessas revisões, há de ser abordada separadamente. Além disso, tem-se a superveniência de lei nova que, incidindo sobre uma relação jurídica que se projeta no tempo, estabelece e altera o prazo de revisão do ato concessório, a caracterizar uma situação de direito intertemporal que, por isso mesmo, também merece ser abordada.

2. O DIREITO INTERTEMPORAL BRASILEIRO

No iter das relações jurídicas que se projetam no tempo, pode ocorrer que a situação jurídica (entendida como o conjunto de direitos e obrigações de que uma pessoa pode ser titular) das partes envolvidas seja alterada. Desse modo, a situação jurídica dos segurados, dependentes e beneficiários, em face do INSS, que é regulada basicamente pela Lei 8.213/1991, pode ser modificada, até porque não há direito à perpetuação de um determinado estatuto jurídico, ou seja, não há direito adquirido a um determinado regime jurídico, que pode então ser alterado, e muitas vezes é, para resolver fatores contingentes socioeconômicos ou por razões de política legislativa várias. As situações jurídicas encerradas, consumadas antes da vigência da lei nova, não despertam grandes dificuldades. Assim, também as que se iniciam já quando vigente a lei nova. Sobre aquelas, aplica-se a lei antiga; sobre estas, a lei nova. Em verdade, o núcleo do direito intertemporal se desenvolve em torno dos chamados fatos pendentes, vale dizer, de situações jurídicas que se prolongam no tempo, iniciando sob a égide de um regime jurídico e sendo apanhadas, no seu curso, pela superveniência da lei nova.

Sobre o assunto, Carlos Mário da Silva Velloso enfatiza que as leis devem dispor para o futuro. Os atos anteriores regem-se pela lei do tempo em que foram praticados: *tempus regit actum*. A partir daí, é possível reconhecer três tipos de retroatividade: máxima, média e mínima. Máxima, quando a lei retroage para atingir a coisa julgada ou os fatos jurídicos consumados; média, quando a lei atinge os direitos exigíveis, mas não realiza antes de sua vigência, vale dizer, direitos já existentes, mas ainda não integrados no

patrimônio do titular; e mínima, quando a lei nova atinge os efeitos dos fatos anteriores verificados após a sua edição.² Na ordem jurídica brasileira, em termos de direito adquirido, adota-se a doutrina de Gabba, doutrina subjetivista,³ no art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/1942), assim também e principalmente no âmbito constitucional (desde a Constituição do Império, de 1824, à exceção da Carta Política de 1937), no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal de 1988, que estabelecem a irretroatividade da lei em deferência ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, dando contornos próprios ao direito intertemporal pátrio.

Logo, aquele verdadeiro princípio de sobredireito (ou metadireito ou superdireito) constitucionalizado de respeito ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito ou, simplesmente, de aplicação imediata da lei ou, ainda, de irretroatividade da lei é a pedra de toque para o estudo do direito intertemporal brasileiro. Nesse sentido, é entendimento tranquilo no Supremo Tribunal Federal que “o disposto no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva”.⁴ Assim, a aplicação imediata da lei há de ser feita sem prejuízo do direito adquirido, principalmente no que toca aos efeitos dos atos consumados anteriormente à vigência da lei nova. Portanto, conforme o magistério de Rubens Limongi França, nos casos em que a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo, consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se fez valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto, quando essa situação se fizer presente, ocorre a ultratividade da lei antiga, que continua na regência daquelas consequências/efeitos.⁵

Explicitando, uma vez iniciada a eficácia de uma determinada norma, materializando-se o suporte fático de sua incidência, é dizer, o fato nela previsto, há automaticidade, incondicionabilidade e inesgotabilidade no processo de juridicização do fato mesmo.⁶ Desse modo, uma vez qualificado juridicamente o fato pela norma vigente ao tempo de sua ocorrência como direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada, é iniciada a eficácia jurídica que só se esgota quando as consequências que a regra imputou ao fato também se materializarem, consumarem-se, mesmo que isso ocorra após sua revogação.

Da teoria geral para a específica, impende salientar que a concessão irregular de um benefício previdenciário faz nascer para o beneficiário a pretensão de revisão para sanar a violação de seu direito subjetivo à correta prestação previdenciária, bem assim o

² VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A irretroatividade da lei tributária. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 36, n. 133, p. 5-26, nov. 1988.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1994. p. 104.

⁴ STF, ADI 493, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 25.06.1992.

⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1968. p. 208.

⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 59-63.

poder-dever de o INSS revisar de ofício o mesmo benefício. Uma lei nova (de duvidosa legitimidade, mas que serve a título ilustrativo) que viesse a extinguir essa possibilidade de revisão ou limitá-la a determinadas hipóteses não poderia ser aplicada em relação aos benefícios concedidos anteriormente, sob pena de retroatividade, porque o fato idôneo ou suporte fático que dá origem à revisão, qual seja, a concessão (irregular) do benefício previdenciário, já se materializou no mundo fenomênico antes da lei nova. Assim, a extinção da revisão ou sua limitação a determinadas hipóteses interfere na causa da revisão, ou seja, interfere no ato de concessão do benefício, violando dessa sorte o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Inclusive, essa ilação - de que a lei nova não pode interferir no ato concessório - foi um dos fundamentos pelos quais o Supremo Tribunal Federal reconheceu ser indevida a majoração da renda mensal inicial da pensão por morte, levada a efeito pela Lei 9.032/1995, em relação aos benefícios concedidos anteriormente à nova lei.⁷

Situação bem diversa, entretanto, é a lei que estabelece ou altera o prazo da revisão do ato concessório, a qual se aplica imediatamente, não havendo falar aí em qualquer retroatividade, porque sua incidência não interfere em nada na causa que faz nascer a revisão, vale dizer, não interfere nos efeitos do ato concessório, bem assim porque não há direito adquirido à revisão tal qual prevista em uma determinada lei, mercê da inexistência de direito à perpetuação de um determinado estatuto jurídico, isto é, em virtude da inexistência de direito adquirido a regime jurídico. Nessa ordem de raciocínio, a legislação superveniente pode aumentar ou reduzir determinado prazo decadencial ou prescricional ou até mesmo estabelecer um prazo decadencial ou prescricional inexistente para um determinado direito, sendo que essa lei nova é plenamente aplicável, a partir de sua vigência, às relações jurídicas em curso. Aliás, esse é vetusto entendimento do Supremo Tribunal Federal. Confira-se:

A prescrição em curso não cria direito adquirido, podendo o seu prazo ser reduzido ou dilatado por lei superveniente, ou ser transformada em prazo de decadência, que é ininterruptível. (RE 21341, Rel. Nelson Hungria, Primeira Turma, julgado em 21.05.1953) Prescrição extintiva. Lei nova que lhe reduz o prazo. Aplica-se à prescrição em curso, mas contando-se o novo prazo a partir da nova lei. Só se aplicará a lei antiga se o seu prazo se consumir antes que se complete o prazo maior da lei nova, contando da vigência desta, pois seria absurdo que, visando a lei nova reduzir o prazo, chegasse ao resultado oposto, de ampliá-lo. (RE 37223, Rel. Luiz Gallotti, Primeira Turma, julgado em 10.07.1958)

Os prazos de prescrição ou de decadência são objeto de disposição infraconstitucional. Assim, não é inconstitucional o dispositivo da Lei nº 9.526/97, que faculta ao interessado, no prazo de seis meses após exaurida a esfera administrativa, o acesso ao Poder Judiciário.

⁷ STF, RE 415454, Rel. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 25.10.2007.

Não ofende o princípio constitucional do ato jurídico perfeito a norma legal que estabelece novos prazos prescricionais, porquanto estes são aplicáveis às relações jurídicas em curso, salvo quanto aos processos então pendentes. (ADI 1715/MC, Rel. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 21.05.1998)

No que concerne particularmente à questão de direito intertemporal a propósito da mudança do prazo decadencial ou prescricional, como ressaltam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, no caso de a lei nova não estabelecer a regra de transição, a solução já é consagrada do seguinte modo: (I) se a lei nova aumenta o prazo de prescrição ou de decadência, aplica-se o novo prazo, computando-se o tempo decorrido na vigência da lei antiga; (II) se a lei nova reduz o prazo de prescrição ou decadência, há que se distinguir: (II.a) se o prazo maior da lei antiga se escoar antes de findar o prazo menor estabelecido pela lei nova, adota-se o prazo da lei anterior; (II.b) se o prazo menor da lei nova se consumir antes de terminado o prazo maior previsto pela lei anterior, aplica-se o prazo da lei nova, contando-se o prazo a partir da vigência desta.⁸

3. A DECADÊNCIA DO DIREITO DO BENEFICIÁRIO DE REQUERER A REVISÃO DO ATO CONCESSÓRIO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Como destacado anteriormente, a partir da vigência da Medida Provisória 1.523-9/1997, que ocorreu em 28 de junho de 1997, passou a existir na legislação previdenciária a prescrição do fundo de direito ao benefício, nominada como decadência.

Aqui, impende salientar que, nas demais relações jurídicas em que a Fazenda Pública figure como devedora, é aplicável tradicionalmente a prescrição do fundo de direito, por força do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Assim, a título de exemplo, no regime próprio de previdência social dos servidores públicos, o “Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de reconhecer a prescrição do próprio fundo de direito como própria às hipóteses de revisão de ato de aposentadoria, em se verificando o transcurso de mais de cinco anos entre o ato de sua concessão e a propositura da ação dirigida à sua modificação”.⁹

Entretanto, a prescrição do fundo do direito prevista no art. 1º do Decreto 20.910/1932 não se aplicava ao direito de o beneficiário pleitear a revisão do ato concessório no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, porque a legislação previdenciária negava expressamente a prescrição do fundo de direito. E, a partir da Medida Provisória 1.523-9/1997, quando ocorreu a exclusão da regra expressa de imprescritibilidade de direitos relacionados aos benefícios, a prescrição do fundo de direito passou a ser regulada especificamente na legislação previdenciária, motivo por que também, a partir daí, não se aplica, no âmbito

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito civil*: parte geral. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004. p. 507-508.

⁹ STJ, AgRg no REsp 746.253/RS, Rel. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, DJ 12.09.05.

do Regime Geral de Previdência Social, o art. 1º do Decreto 20.910/1932. Incidência do princípio da especialidade (*lex specialis derogat lex generalis*).

Ademais, cumpre enfatizar que a prescrição do fundo de direito só se refere à revisão do ato de concessão do benefício, que é um ato administrativo único de efeito concreto, não açambarcando outros direitos supervenientes à relação jurídica de trato sucessivo originada com a concessão do benefício, os quais podem ser pleiteados a qualquer tempo e se submetem tão somente à prescrição quinquenal. Por exemplo, o reajustamento decorrente da aplicação dos novos tetos dos benefícios fixados pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003 não se submete à prescrição do fundo de direito. Diga-se, a propósito, que esse entendimento é consagrado nas relações jurídicas em que a Fazenda Pública figure como devedora. Assim é que, em se tratando de revisão de aposentadoria de servidor público, “consoante jurisprudência firmada nesta Corte Superior de Justiça, nas hipóteses de pedido de diferenças salariais originadas da conversão de cruzeiros reais para URV, não se opera a prescrição do fundo de direito, mas apenas das parcelas vencidas no quinquênio anterior ao ajuizamento da ação”.¹⁰

Portanto, em relação aos benefícios concedidos antes da Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, a decadência ou prescrição do fundo de direito do beneficiário de pleitear a revisão do ato concessório passou a incidir a partir de 1º de agosto de 1997, que corresponde ao dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação na vigência da referida medida provisória. Sobreveio então a Medida Provisória 1.663-15, de 22 de outubro de 1998, convertida na Lei 9.711/1998, que reduziu o prazo decadencial para 5 anos. Antes, porém, que transcorresse o quinquênio, contado da primeira previsão de prazo decadencial, foi editada a Medida Provisória 138, de 19 de novembro de 2003, convertida na Lei 10.839/2004, restabelecendo aquele prazo decadencial em dez anos.

Dessa forma: (I) em relação aos benefícios previdenciários concedidos antes da vigência da Medida Provisória 1.523-9/1997, somente ocorrerá a decadência do direito de o beneficiário pleitear a revisão do respectivo ato concessório em 1º de agosto de 2007, que corresponde ao prazo de 10 anos contados do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação na vigência da referida medida provisória; e (II) em relação aos benefícios previdenciários concedidos depois da Medida Provisória 1.523-9/1997, ocorrerá a decadência do direito de o beneficiário pleitear a revisão após 10 anos contados do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Nesse sentido, registro a atual orientação da Turma Nacional de Uniformização da Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais:

¹⁰STJ, AgREsp 200600458389, Rel. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJE 12.04.2010.

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. APLICABILIDADE DO PRAZO DECADENCIAL DO ART. 103 DA LEI Nº 8.213/1991 AOS BENEFÍCIOS ANTERIORES E POSTERIORES À EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523-9/1997. POSSIBILIDADE. 1. Tomando, por analogia, o raciocínio utilizado pelo STJ na interpretação do art. 54 da Lei 9.784/99 (REsp nº 658.130/SP), no caso dos benefícios concedidos anteriormente à entrada em vigência da medida provisória, deve ser tomado como termo a *quo* para a contagem do prazo decadencial não a DIB (data de início do benefício), mas a data da entrada em vigor do diploma legal. 2. Em 01.08.2007, 10 anos contados do “dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação” recebida após o início da vigência da Medida Provisória nº 1.523-9/1997, restou consubstanciada a decadência das ações que visem à revisão de ato concessório de benefício previdenciário instituído anteriormente a 26.06.1997, data da entrada em vigor da referida MP. 3. Pedido de Uniformização conhecido e provido. (TNU, Pedido 200670500070639, Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port, DJ 24.06.2010)

4. A DECADÊNCIA DO DIREITO-PODER-DEVER DE O INSS EFETUAR A REVISÃO DO ATO CONCESSÓRIO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

É cediço que “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (Súmula 473/STF). Ademais, o vocábulo “poder”, quando utilizado em relação à Administração, não alberga semântica de absoluta discricionariedade, pois que, para o agente público, o “poder” significa “poder-dever”. Esse poder-dever de autotutela, no que toca ao controle de legalidade de atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, somente passou a ter limite temporal previsto na legislação ordinária a partir da Lei 9.784/1999, a qual, regulando o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabeleceu que “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé” (art. 54, *caput*).

Neste passo, calha referir que, antes da Lei 9.784/1999, não existia norma legal expressa prevendo prazo para o exercício da autotutela administrativa, o que ensejou grande controvérsia sobre a existência ou não de prazo para a Administração anular seus atos antes dessa lei, havendo posições que negam qualquer prazo, em virtude da supremacia do interesse público, outras que aplicam os prazos prescricionais do Código Civil e, por fim, aquelas que aplicam o prazo de 5 anos do Decreto 20.910/1932.

A propósito, vale salientar que a última posição parece ser a mais adequada, em razão do princípio da simetria: se o administrado dispunha de 5 anos para questionar um ato

administrativo, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/1932, deve-se impor igual restrição temporal para a Administração anular o mesmo ato, até por força do princípio da segurança jurídica. De igual modo, especificamente em matéria previdenciária, considerando que não existia prazo para o segurado pleitear a revisão do ato concessório de seu benefício até a Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, somente se justifica a existência de prazo para o INSS efetuar essa revisão de ofício a partir da referida medida provisória. Entretanto, prevalece na jurisprudência o entendimento segundo o qual, “até o advento da Lei 9.784/99, a Administração podia revogar a qualquer tempo os seus próprios atos, quando eivados de vícios, na dicção das Súmulas 346 e 473/STF”.¹¹

Nessa ordem de considerações, é de se assentar que, quanto aos atos praticados antes da Lei 9.784/1999, o INSS podia efetuar sua revisão a qualquer tempo, dada a inexistência de normal legal expressa prevendo prazo para tal poder-dever. Somente após a referida Lei 9.784/1999 é que passou a incidir o prazo decadencial de 5 anos nela previsto, tendo como termo inicial a data de sua vigência, qual seja, 1º de fevereiro de 1999, e abrangendo inclusive os atos praticados anteriormente, pois, como já salientado, novos prazos extintivos, sejam decadenciais, sejam prescricionais, são plenamente aplicáveis às relações jurídicas em curso. Ocorre que, antes de decorridos os 5 anos da Lei 9.784/1999, a matéria passou a ser tratada especificamente na legislação previdenciária, pela edição da Medida Provisória 138, de 19 de novembro de 2003, convertida na Lei 10.839/2004, que acrescentou o art. 103-A à Lei 8.213/91 e fixou em 10 anos o prazo decadencial para o INSS rever os seus atos de que decorram efeitos favoráveis aos beneficiários.

Desse modo: (I) em relação aos benefícios concedidos antes da Lei 9.784/1999, somente ocorrerá a decadência do poder-dever de o INSS efetuar a revisão do respectivo ato concessório em 1º de fevereiro de 2009; e (II) em relação aos benefícios concedidos depois da Lei 9.784/1999, ocorrerá a decadência do poder-dever de o INSS efetuar a revisão após 10 anos do respectivo ato concessório (que, é bom lembrar, não coincide necessariamente com a data de início do benefício - DIB).

Nessa linha, registro o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça julgado sob o regime do recurso repetitivo:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA A, DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS EM DATA ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 9.787/99. PRAZO DECADENCIAL DE 5 ANOS, A CONTAR DA DATA DA VIGÊNCIA DA LEI 9.784/99. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. ART. 103-A DA LEI 8.213/91, ACRESCENTADO PELA MP 138, DE 19.11.2003, CONVERTIDA NA LEI 10.839/2004. AUMENTO

¹¹ STJ, MS 9112/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 14.11.2005.

DO PRAZO DECADENCIAL PARA 10 ANOS. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, NO ENTANTO. 1. A colenda Corte Especial do STJ firmou o entendimento de que os atos administrativos praticados antes da Lei 9.784/99 podem ser revistos pela Administração a qualquer tempo, por inexistir norma legal expressa prevendo prazo para tal iniciativa. Somente após a Lei 9.784/99 incide o prazo decadencial de 5 anos nela previsto, tendo como termo inicial a data de sua vigência (01.02.99). Ressalva do ponto de vista do Relator. 2. Antes de decorridos 5 anos da Lei 9.784/99, a matéria passou a ser tratada no âmbito previdenciário pela MP 138, de 19.11.2003, convertida na Lei 10.839/2004, que acrescentou o art. 103-A à Lei 8.213/91 (LBPS) e fixou em 10 anos o prazo decadencial para o INSS rever os seus atos de que decorram efeitos favoráveis a seus beneficiários. 3. Tendo o benefício do autor sido concedido em 30.07.1997 e o procedimento de revisão administrativa sido iniciado em janeiro de 2006, não se consumou o prazo decadencial de 10 anos para a Autarquia Previdenciária rever o seu ato. 4. Recurso Especial do INSS provido para afastar a incidência da decadência declarada e determinar o retorno dos autos ao TRF da 5ª Região, para análise da alegada inobservância do contraditório e da ampla defesa do procedimento que culminou com a suspensão do benefício previdenciário do autor. (STJ, REsp 1114938/AL, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, julgado em 14.04.2010, DJe 02.08.2010)

EPIÍLOGO

No tocante à aplicação da decadência ao direito-poder-dever de o INSS efetuar a revisão do ato concessório ou da renda mensal inicial de benefício previdenciário concedido antes da Lei 9.784/1999, não há divergência jurisprudencial. Ao revés, o mesmo não se pode afirmar a propósito da aplicação da decadência ou prescrição do fundo de direito do beneficiário de requerer a revisão do ato concessório ou da renda mensal inicial de benefício concedido antes da Medida Provisória 1.523-9/1997, que instituiu o respectivo prazo. Com efeito, prevalece na jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça o entendimento segundo o qual “o prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei de Benefícios, introduzido pela Medida Provisória 1.523-9/97, convertida na Lei 9.528/97, por tratar-se de instituto de direito material, surte efeitos, apenas, sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor”.¹²

¹²STJ, AgRg no Ag 1398170/PR, Rel. Ministro Adilson Vieira Macabu, Quinta Turma, julgado em 14.06.2011, DJe 04.08.2011.

Em virtude dessa divergência jurisprudencial, foi reconhecida a repercussão geral no RE 626.489, em 17 de setembro de 2010, de modo que cabe agora ao Supremo Tribunal Federal dar a última palavra sobre o assunto, sob o ângulo constitucional, considerado particularmente o art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal vai dizer se a aplicação da prescrição do fundo de direito ou da decadência estabelecida pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, aos benefícios concedidos anteriormente à sua vigência configura retroatividade da lei. E neste ponto registro que essa discussão de direito intertemporal me lembra de dois precedentes antológicos da Suprema Corte. Vejamos.

No primeiro deles, a ADI 493, Relator Min. Moreira Alves, julgada pelo Plenário em 25.06.1992, foi reconhecido que a aplicação da Taxa Referencial - TR na correção de futuras prestações de contratos de financiamento imobiliário do Sistema Financeiro da Habitação - SFH anteriores à lei nova caracterizava retroatividade vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal. Diversamente, no RE 226.855, Relator Min. Moreira Alves, julgado pelo Plenário em 31.08.2000, foi reconhecido que a aplicação da TR nas futuras correções dos depósitos de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS anteriores à lei nova não caracterizava retroatividade vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal.

Cumprir gizar que a diferença de solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal para questões de direito intertemporal aparentemente iguais se fundamentou na circunstância de que a lei nova não pode atingir efeitos futuros de contratos anteriores, sob pena de violação ao direito adquirido, mas pode atingir efeitos futuros de relações jurídicas estatutárias, pois não há direito adquirido a regime jurídico. Com efeito, como bem ressaltou Moreira Alves, em seu voto proferido no RE 226.855: “O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da lei e por ela ser disciplinado. Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico”.

Ora bem, a relação jurídica entre o beneficiário e o INSS é regulada basicamente pela Lei 8.213/1991, ou seja, tem natureza jurídica estatutária. A concessão irregular de um benefício previdenciário faz nascer para o beneficiário a pretensão de revisão para sanar a violação de seu direito subjetivo à correta prestação previdenciária, bem assim o poder-dever de o INSS revisar de ofício o mesmo benefício. Essa revisão tem natureza jurídica estatutária, ou seja, seu regime jurídico pode ser alterado, sendo que a lei que estabelece ou altera prazo para o seu exercício não interfere em nada na causa que faz nascer a revisão, vale dizer, não interfere nos efeitos do ato de concessão do benefício previdenciário. Logo, não há como reconhecer ofensa ao art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal, na aplicação da Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, a revisão da renda mensal inicial de benefícios concedidos anteriormente à sua vigência.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito previdenciário*. 13. ed. Florianópolis: Conceito, 2011.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Direito processual intertemporal. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, n. 27, p. 466-484, dez. 1999/mar. 2000.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Direito intertemporal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 1968.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1994.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A irretroatividade da lei tributária. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 36, n. 133, p. 5-26, nov. 1988.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL *

THE HISTORICAL EVOLUTION OF SOCIAL SECURITY SYSTEM IN BRAZIL

ARTHUR LAÉRCIO HOMCI

Mestre em Direitos Humanos pelo Instituto de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Pará - UFPA. Advogado/PA.

SUMÁRIO: Introdução - 1. O marco legislativo inicial - 2. A Lei Elói Chaves (Decreto-Legislativo nº 4.682/1923) - 3. A Constituição de 1934 - 4. A Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807/1960) - 5. A Constituição de 1967 - 6. A Constituição Federal de 1988 - Conclusão - Referências.

RESUMO: A evolução histórica da Previdência Social no Brasil é marcada por uma contínua e paulatina modificação da estrutura de custeio, organização e administração dos bens previdenciários, com o repasse de responsabilidades do setor privado ao Estado, bem como com o alargamento dos interesses a serem albergados pelos direitos de Seguridade Social. A apresentação desse percurso, de forma objetiva e clara, é o principal intento deste trabalho.

PALAVRAS-CHAVES: seguridade; Previdência Social; evolução histórica.

ABSTRACT: The historical development of Social Security in Brazil is marked by a continuous and gradual change in the structure of funding, organization and management of pension assets, with the transfer of responsibilities to the private sector as well as the extension of interests to be hosted the rights of Social Security. The presentation of this course, in an objective and clear, is the main purpose of this catch.

KEY-WORDS: security; Social Security; historical evolution.

* Artigo de autor convidado.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 18.12.2012.

INTRODUÇÃO

O estudo da evolução histórica da Previdência Social no Brasil é de grande importância para a compreensão exata dos tempos atuais e para a reflexão contínua em busca de excelência legislativa, doutrinária, jurisprudencial e administrativa na Previdência Social do futuro.

Salutar, para a apresentação dessa evolução histórica, que sejam evidenciados momentos específicos nos quais a previdência teve relevo, por meio de uma disposição linear de desenvolvimento da sociedade, com os devidos graus de proteção do cidadão por meio da Seguridade Social - seja ela no âmbito privado ou mediante a intervenção do Estado.

Em contrapartida, deve-se deixar claro, desde o início, que o objetivo do presente trabalho é a apresentação da evolução histórica da Previdência Social apenas no Brasil, sem embargo das análises mais acuradas que são feitas sobre a previdência no mundo, com especial destaque para fatos como a *Poor Relief Act* inglesa de 1601 e as encíclicas papais da igreja católica (IBRAHIM, 2008, p. 39).

A Previdência Social brasileira é destaque exclusivo neste trabalho, desde o seu nascedouro até os dias atuais, com a análise das principais fases do seu desenvolvimento. Ademais, é importante ressaltar que a abordagem será feita de forma clara e sistemática, pontuando as principais características de cada momento histórico, sem aprofundamentos exacerbados em todos os meandros, posto que tal conduta não irá auxiliar na absorção do tema, como proposto.

Expostas as bases sobre as quais a abordagem vai ser desenvolvida, segue a análise da evolução histórica da Previdência Social no Brasil.

1. O MARCO LEGISLATIVO INICIAL

O desenvolvimento da Previdência Social brasileira, assim como em boa parte do globo, teve início privativo, voluntário, mediante a formação dos primeiros planos mutualistas (IBRAHIM, 2008, p. 44).

Em um plano mais abstrato, tratando genericamente dos direitos sociais no Brasil, e não especificamente da Previdência Social, a Constituição Imperial de 1824 fez alusão à assistência social, ainda que indefinidamente e sem disposições concretas sobre o Direito Previdenciário:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

[...]

XXXI - a Constituição também garante os socorros públicos.

A primeira legislação específica sobre Direito Previdenciário data de 1888. Foi o Decreto nº 9.912, de 26 de março, que regulou o direito à aposentadoria dos empregados dos correios. Outra norma, em novembro do mesmo ano, criaria a Caixa de Socorros em cada uma das estradas de ferro do Império.

Por outra, a primeira Constituição Federal a abordar a temática previdenciária específica foi a Constituição Republicana de 1981, no tocante à aposentadoria em favor dos funcionários públicos, ao dispor em seu art. 75 que “a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação” (MARTINS, 2004, p. 18).

Em seguida, no ano de 1892, foi instituída a aposentadoria por invalidez e a pensão por morte aos operários do Arsenal da Marinha, tendo em conta que já estava vigorando o regime republicano, sob forte influência de cafeicultores e militares.

Em 1919, o Decreto Legislativo nº 3.724 instituiu compulsoriamente um seguro por acidente de trabalho, que já vinha sendo praticado por alguns segmentos, contudo sem previsão expressa na lei.

Entretanto, essas previsões legais e constitucionais ainda eram muito esparsas, carecendo de uma melhor estruturação jurídica e prática, que só veio a ocorrer a partir de 1923.

2. A LEI ELÓI CHAVES (DECRETO-LEGISLATIVO Nº 4.682/1923)

O Decreto-Legislativo nº 4.682, de 14 de janeiro de 1923, mais conhecido como “Lei Elói Chaves”, é dado como um marco para o desenvolvimento da Previdência Social brasileira. Com efeito, tal norma determinava a criação das caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários, a serem instituídas de empresa a empresa. Tal posicionamento sobre a colocação da “Lei Elói Chaves” como marco legislativo para a criação da Previdência Social brasileira não é imune a críticas:

Tivemos o mutualismo como forma organizatória e como precedente precioso da Previdência Oficial. Sob tal prisma, os festejos oficiais que situam na Lei Elói Chaves (1923) o nascimento da Previdência brasileira têm caráter ideológico que deve ser desvendado: buscam transformar as conquistas sociais, logradas com lutas e a partir das bases, em benesses estatais. Sobre ser ainda, a afirmativa relativa ao surgimento da Previdência em 1923, uma inverdade histórica, seja pelos apontamentos, seja porque outras leis previdenciárias são anteriores a esta data (como nossa primeira lei acidentária que data de 1919) (ALVIM, apud PEREIRA JÚNIOR, 2005).

Objecções à parte, nos anos que seguiram o ano de edição da “Lei Elói Chaves”, outras caixas de aposentadoria foram criadas, em favor das demais categorias, tais como: portuários, telegráficos, servidores públicos, mineradores, etc. Foi criado também em 1923 o Conselho Nacional do Trabalho, com o intuito maior de pensar a questão operária, fomentando o desenvolvimento da proteção social no plano estatal.

As caixas de aposentadorias e pensões mantinham a administração e a responsabilidade do sistema previdenciário nas mãos da iniciativa privada, sendo o Estado apenas o responsável pela criação das caixas e pela regulamentação de seu funcionamento, de acordo com os procedimentos previstos na legislação.

Entre 1923 (“Lei Elói Chaves”) e 1934 (nova Constituição Federal), várias normas foram criadas sobre Direito Previdenciário:

a) A Lei nº 5.109/1926 estendeu o Regime da “Lei Elói Chaves” aos portuários e marítimos. A Lei nº 5.485/1928 estendeu o regime da “Lei Elói Chaves” aos trabalhadores dos serviços telegráficos e radiotelegráficos;

b) O Decreto nº 19.433/1930 criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, tendo como uma das atribuições orientar e supervisionar a Previdência Social, inclusive como órgão de recursos das decisões das Caixas de Aposentadorias e Pensões;

c) O Decreto nº 22.872/1933 criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos, considerado “a primeira instituição brasileira de previdência social de âmbito nacional, com base na atividade genérica da empresa” (PEREIRA JÚNIOR, 2005).

Essas caixas de aposentadoria e pensão, em sua maioria, previam a forma de custeio da previdência da classe determinada, bem como os benefícios a ela concedidos, em especial: a) a aposentadoria integral, com 30 anos de serviço e 50 ou mais anos de idade; b) aposentadoria com redução de 25%, com 30 anos de serviço e menos de 50 anos de idade; c) as indenizações em caso de acidente de trabalho; d) a pensão por morte para os dependentes; e) outros benefícios não pecuniários.

A Constituição Federal de 1934 trouxe uma nova sistemática para a Previdência Social brasileira, em especial no tocante ao custeio.

3. A CONSTITUIÇÃO DE 1934

A Carta Magna de 1934 foi a primeira a estabelecer o custeio triplíce da Previdência Social, com a participação do Estado, dos empregadores e dos empregados:

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte.

Conforme assevera a doutrina:

No plano constitucional, deixava-se o estágio da assistência pública para adentrar na era do seguro social. Não poderia ser diferente, vez que em todo o mundo, mesmo em sociedades industriais mais avançadas, não se tinha afastado a concepção do seguro social. Nem mesmo o *Social Security Act* norte-americano, impulsionador da mudança da concepção do seguro social, havia sido concebido, já que data de 1935 (ALVIM apud FERNANDES, 2007).

Além disso, a CF/1934 foi a primeira Norma Maior a utilizar o termo “previdência” em seu texto, ainda desacompanhado do adjetivo social.

A Constituição Federal de 1937, de cunho eminentemente autoritário, não trouxe grandes inovações no plano previdenciário, a não ser o uso da expressão “seguro social”, como sinônimo da expressão Previdência Social, sem, entretanto, qualquer diferenciação prática ou teórica no plano legislativo.

É de se registrar ainda que a CF/1937 estabeleceu os seguros de velhice, de invalidez e de vida para os casos de acidente de trabalho (art. 137, alínea “m”).

Sob a égide da Carta de 1937, foram editados:

a) O Decreto-Lei nº 288, de 23 de fevereiro de 1938, que criou o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado;

b) O Decreto-Lei nº 651, de 26 de agosto de 1938, que criou o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas, mediante a transformação da Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Trabalhadores em Trapiches e Armazéns;

c) O Decreto-Lei nº 1.142, de 9 de março de 1939, que estabeleceu exceção ao princípio da vinculação pela categoria profissional, com base na atividade genérica da empresa, e filiou os condutores de veículos ao Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas;

d) O Decreto-Lei nº 1.355, de 19 de junho de 1939, que criou o Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Operários Estivadores;

e) O Decreto-Lei nº 1.469, de 1º de agosto de 1939, que criou o Serviço Central de Alimentação do Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários;

f) Foi reorganizado o Conselho Nacional do Trabalho, criando-se a Câmara e o Departamento de Previdência Social;

g) O Decreto-Lei nº 2.122, de 9 de abril de 1940, que estabeleceu para os comerciantes regime misto de filiação ao sistema previdenciário. Até 30 contos de réis de capital o titular de firma individual, o interessado e o sócio-quotista eram segurados obrigatórios; acima desse limite, a filiação era facultativa;

h) O Decreto-Lei nº 7.835, de 6 de agosto de 1945, que estabeleceu que as aposentadorias e pensões não poderiam ser inferiores a 70% e 35% do salário mínimo;

i) O Decreto-Lei nº 8.742, de 19 de janeiro de 1946, que criou o Departamento Nacional de Previdência Social.

A Constituição Federal de 1946 apresentou, pela primeira vez em termos constitucionais, a expressão “Previdência Social”, abandonando de vez o termo “seguro social”. Não houve alteração substancial sobre a previdência com a Carta de 1946, o que não se pode estender à legislação infraconstitucional editada sob a sua batuta, em especial com a edição da Lei Orgânica da Previdência Social, em 1960, tema protagonista do tópico seguinte.

4. A LEI ORGÂNICA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL (LEI Nº 3.807/1960)

A Lei Orgânica da Previdência Social de 1960 estabeleceu um marco de unificação e uniformização das normas infraconstitucionais existentes sobre a Previdência Social, já buscadas, mas até então nunca alcançadas.

No plano substancial, a LOPS criou alguns benefícios, como o auxílio-natalidade, o auxílio-funeral e o auxílio-reclusão. Vale salientar que a essa altura a Previdência Social já beneficiava todos os trabalhadores urbanos.

A doutrina não foi silente sobre a importância da promulgação da LOPS:

Decerto que a LOPS foi o maior passo dado ao rumo da universalidade da Previdência Social, embora não se desconheça que alguns trabalhadores (domésticos e rurais) não foram contemplados pela nova norma, pois teve o condão de padronizar o sistema, aumentar as prestações ofertadas (auxílio-natalidade, funeral, reclusão e a aposentadoria especial) e servir de norte no percurso ao sistema de seguridade social (PEREIRA JÚNIOR, 2005).

Em 1963, foi editada a Lei nº 4.214, que instituiu o Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL), estendendo alguns benefícios conquistados pelos trabalhadores urbanos aos rurícolas brasileiros.

Em 1965, foi editada uma modificação constitucional que proibiu a concessão de benefícios previdenciários sem a previsão legal de sua devida forma de custeio, visando elidir a concessão irresponsável de benefícios, em especial por motivos políticos.

Em 1966, com a alteração de dispositivos da Lei Orgânica da Previdência Social, foram instituídos o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS e o Instituto Nacional de Previdência Social - INPS (atualmente a sigla é INSS), que reuniu os seis institutos de aposentadorias e pensões existentes, unificando administrativamente a Previdência Social no Brasil.

5. A CONSTITUIÇÃO DE 1967

A Constituição de 1967, instituída no início do Regime Militar, trouxe algumas regras sobre a Previdência Social, especificamente no art. 158:

Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social:

- I - salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família;
- II - salário-família aos dependentes do trabalhador;
- III - proibição de diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil;
- IV - salário de trabalho noturno superior ao diurno;
- V - integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos;
- VI - duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos;
- VII - repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local;
- VIII - férias anuais remuneradas;
- IX - higiene e segurança do trabalho;
- X - proibição de trabalho a menores de doze anos e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, em indústrias insalubres a estes e às mulheres;
- XI - descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego e do salário;
- XII - fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos comerciais e industriais;
- XIII - estabilidade, com indenização ao trabalhador despedido, ou fundo de garantia equivalente;
- XIV - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;
- XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva;
- XVI - previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte;
- XVII - seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho;
- XVIII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico ou intelectual, ou entre os profissionais respectivos;
- XIX - colônias de férias e clínicas de repouso, recuperação e convalescença, mantidas pela União, conforme dispuser a lei;
- XX - aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral;
- XXI - greve, salvo o disposto no art. 157, § 7º.

§ 1º Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 2º A parte da União no custeio dos encargos a que se refere o nº XVI deste artigo será atendida mediante dotação orçamentária, ou com o produto de contribuições de previdência arrecadadas, com caráter geral, na forma da lei.

Como se pode ver, a CF/1967 foi a primeira a prever a concessão de seguro-desemprego.

A Emenda Constitucional nº 01, de 1969, alcunhada de “Emendão”, não trouxe inovações expressivas no texto da Constituição de 1967 no tocante à Previdência Social, valendo destacar a inclusão do salário-família, que fora criado por norma infraconstitucional, no texto fundamental.

Sob a égide da Constituição de 1967, com as alterações feitas por meio da “Supremenda” de 1969, foram editadas várias normas referentes ao Direito Previdenciário, com destaque para:

a) A Lei nº 5.316, de 14 de setembro de 1967, que integrou o seguro de acidentes do trabalho na Previdência Social;

b) O Decreto-Lei nº 564, de 1º de maio de 1969, que estendeu a Previdência Social ao trabalhador rural, especialmente aos empregados do setor agrário da agroindústria canavieira, mediante um plano básico;

c) A Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, que criou o Programa de Integração Social - PIS. A Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, instituiu o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP;

d) A Lei Complementar nº 11, de 25 de maio de 1971, que instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural - Pró-Rural, em substituição ao plano básico de Previdência Social Rural;

e) A Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, que incluiu os empregados domésticos na Previdência Social;

f) A Lei nº 6.036, de 1º de maio de 1974, que criou o Ministério da Previdência e Assistência Social, desmembrado do Ministério do Trabalho e Previdência Social;

g) A Lei nº 6.125, de 4 de novembro de 1974, que autorizou o Poder Executivo a constituir a Empresa de Processamento de Dados da Previdência Social (atual DATAPREV);

h) O Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976, que expediu a Consolidação das Leis da Previdência Social;

i) A Lei nº 6.439, de 1º de setembro de 1977, que instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - SINPAS, orientado, coordenado e controlado pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, responsável “pela proposição da política de previdência e assistência médica, farmacêutica e social, bem como pela supervisão dos órgãos que lhe são subordinados” e das entidades a ele vinculadas;

j) O Decreto nº 89.312, de 23 de janeiro de 1984, que aprovou nova Consolidação das Leis da Previdência Social.

6. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Lei Maior de 1988, marco da objetivação democrática e social do Estado Brasileiro, tratou de alargar em demasia o tratamento constitucional dado à Previdência Social, dispondo pela primeira vez do termo “Seguridade Social”, como um conjunto de ações integradas envolvendo Saúde, Assistência e Previdência Social.

Como bem salienta a doutrina:

A Seguridade Social é uma técnica moderna de proteção social, que se busca implementar em prol da dignidade da pessoa humana. As suas diversas facetas, quais sejam, a assistência, a saúde e a Previdência Social, no sistema de Seguridade Social, deveriam atuar de forma articulada e integradas, mas percebe-se a existência de uma nítida separação no respectivo campo de atuação extraída do próprio texto constitucional (PULINO, 2001, p. 33).

Embora a Constituição Federal tenha tratado de forma conjunta os três aspectos da Seguridade Social, o legislador constituinte não se furtou de estabelecer normas específicas a respeito de cada qual segmento, de modo que a Previdência Social sofreu algumas modificações significativas em sua corporificação normativa e prática, o que refletiu diretamente na legislação infraconstitucional, bem como na estruturação administrativa dos órgãos previdenciários.

Dentre as modificações mais expressivas apresentadas pela CF/1988, pode-se observar a ampliação da rede de custeio, mantido o caráter contributivo da Previdência Social. Nesse passo, conforme saliente o art. 195, cabe ao Estado uma função de dúplice custeio, como tomador de serviços e como organizador e distribuidor dos concursos de prognósticos, cabendo também ao empregador e ao empregado a integralização da rede de custeio da Previdência Social.

Vale destacar o art. 194 da Constituição Federal, que com maestria apresentou os objetivos (ou princípios) que devem gerir a Previdência Social no Brasil, em diversos aspectos, desde a criação das normas pelo Poder Legislativo, até a interpretação que o Poder Judiciário deve dar às normas, passando, por óbvio, pelo direcionamento das políticas públicas, que deve ser desenvolvido pelo Poder Executivo.

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

A doutrina expõe com exatidão a prioridade finalística da Previdência Social, a partir da Constituição Federal de 1988, no sentido de:

Garantir condições básicas de vida, de subsistência, para seus participantes, de acordo, justamente, com o padrão econômico de cada um dos sujeitos. São, portanto, duas idéias centrais que conformam esta característica essencial da previdência social brasileira: primeiro, a de que a proteção, em geral, guarda relação com o padrão-econômico do sujeito protegido; a segunda consiste em que, apesar daquela proporção, somente as necessidades tidas como básicas, isto é, essenciais - e portanto compreendidas dentro de certo patamar de cobertura, previamente estabelecido pela ordem jurídica - é que merecerão proteção do sistema. Pode-se dizer, assim, que as situações de necessidade social que interessam à proteção previdenciária dizem respeito sempre à manutenção, dentro de limites econômicos previamente estabelecidos, do nível de vida dos sujeitos filiados (PULINO, 2001, p. 33).

A legislação infraconstitucional, conforme alhures referido, também sofreu modificações consideráveis, a fim de guardar coerência com a nova sistemática imposta pelo constituinte.

A Lei nº 8.029/1990 extinguiu o Ministério da Previdência e Assistência Social e restabeleceu o Ministério do Trabalho e da Previdência Social. No mesmo ano, o Decreto nº 99.350 criou o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, mediante a fusão do IAPAS com o INPS.

Em 24 de julho de 1991, entraram em vigor os dois diplomas fundamentais da Previdência Social no Brasil: a Lei nº 8.212 dispôs sobre a organização da Seguridade Social e instituiu seu novo Plano de Custeio e a Lei nº 8.213 instituiu o Plano de Benefícios da Previdência Social.

Não obstante a boa qualidade técnica dessas leis previdenciárias, várias modificações já foram procedidas em seus textos, e outras leis foram editadas tratando da temática previdenciária, em situações específicas.

Outrossim, vale salientar que os chefes do Poder Executivo, em várias oportunidades, trataram de editar medidas provisórias referentes à temática previdenciária, sem

qualquer preocupação com a insegurança jurídica carregada por tais normas, o que veio a elevar a complexidade do emaranhado de normas em vigor sobre o assunto.

Vale a referência à Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, que estabeleceu o eixo da Reforma da Previdência Social. As principais mudanças foram: limite de idade nas regras de transição para a aposentadoria integral no setor público, fixado em 53 anos para o homem e 48 para a mulher; novas exigências para as aposentadorias especiais; mudança na regra de cálculo de benefício, com introdução do fator previdenciário.

Por fim, destaca-se o Decreto nº 3.048/99, que aprovou o Regulamento da Previdência Social no Brasil, e as Emendas Constitucionais nº 41/2003, nº 47/2005 e nº 70/2012, que introduziram mudanças no regime previdenciário dos servidores públicos, instituindo a tão debatida “taxação dos inativos”, pela qual os servidores públicos aposentados que recebem determinado valor acima do teto do valor dos benefícios no Regime Geral de Previdência Social são obrigados a contribuir com uma alíquota de 11% sobre o valor excedente.

CONCLUSÃO

Conforme antevisto na introdução, o objetivo primordial deste trabalho era a apresentação da evolução histórica linear da Previdência Social no Brasil, sem uma análise mais aprofundada sobre as particularidades técnicas do assunto, que nada impede seja feita em outra oportunidade.

Essa apresentação, se procedida com a devida organização, pode ser fundamental para a compreensão da estruturação atual da Previdência Social no Brasil, possibilitando a compreensão das dificuldades até aqui encaradas, para propiciar uma base histórica ao estudo futuro do tema, com a implementação da tão falada Reforma Previdenciária, que daqui a não muito será de ordem primordial ao desenvolvimento seguro do povo brasileiro.

Assim sendo, espera-se ter alcançado o êxito na demonstração do desenvolvimento da Previdência Social no Brasil, de forma simples, objetiva, mas completa e devidamente estruturada.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006.

FERNANDES, Aníbal. Uma história crítica da legislação previdenciária Brasileira. *RDT*, São Paulo, 18/25, 2007.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 12. ed. Niterói: Impetus, 2008.

LONGO, Moacir; TORRES, David. *Reformas para desenvolver o Brasil*. São Paulo: Nobel, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. *Fundamentos de direito previdenciário*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PEREIRA JÚNIOR, Aécio. Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 707, 12 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.sp?id=6881>>. Acesso em: 6 set. 2008.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_12_04-A.asp>. Acesso em: 6 set. 2008.

PULINO, Daniel. *A Aposentadoria por invalidez no direito positivo brasileiro*. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Maria Ferreira dos. *Direito previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

O AUXÍLIO-ACIDENTE PREVIDENCIÁRIO E SUA CONCESSÃO INDEPENDENTE DO GRAU DA SEQUELA*

THE PENSION AND ACCIDENT ASSISTANCE AND GRANTED INDEPENDENT OF THE DEGREE OF THE SEQUEL

BRUNO AUGUSTO SAMPAIO FUGA

Pós-Graduado em Processo Civil pelo IDCC. Pós-Graduado em Filosofia Jurídica e Política pela UEL. Aluno Especial no Mestrado em Filosofia - UEL.

JULIANA CHEDE TRAUTWEIN

Advogada/PR.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Sequela mínima - Conclusão - Referências.

RESUMO: O auxílio-acidente previdenciário e as divergências jurisprudenciais sobre a sequela mínima é o objeto de estudo deste artigo. A proposta é demonstrar de forma clara e objetiva os conflitos de entendimentos jurisprudenciais em confronto com o texto legal sobre a sequela mínima para concessão do auxílio-acidente.

PALAVRAS-CHAVE: auxílio-acidente; previdenciário; auxílio-doença; sequela mínima.

ABSTRACT: The pension and accident assistance jurisprudential differences about the sequel are the subjects of this article. The proposal is to demonstrate clearly and objectively the conflicts of understanding jurisprudence in confrontation with the legal text on the sequel for grant of the accident assistance.

KEYWORDS: accident assistance; social security; illness assistance; minimum sequel.

INTRODUÇÃO

O artigo 86 da Lei 8.213/91 determina que fará jus ao auxílio-acidente o segurado que padecer de sequelas que impliquem em redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

1. SEQUELA MÍNIMA

O artigo legal citado não faz menção quanto ao grau de redução de capacidade laborativa que o segurado deveria atingir para ter direito ao benefício, apenas determina

* Artigo de autores convidados.

Data de recebimento do artigo: 22.01.2013.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 31.01.2013.

que o segurado tenha alguma redução de capacidade para o serviço que habitualmente exercia, independente do grau da seqüela. E, embora a lei apresente isso como critério para a concessão do benefício, há entendimentos jurisprudenciais no sentido de não conceder o auxílio se o segurado padecer de seqüelas mínimas.

Para claro ficar, na prática, o segurado que tem o benefício negado pelo INSS e propõe pretensão do auxílio-acidente no Judiciário passará por perícia judicial com médico especialista, o qual, em suma, irá apurar se o segurado padece de seqüela, se há nexos causal entre a seqüela e o acidente e se a seqüela acarreta redução de capacidade laborativa na profissão que habitualmente exercia.

O perito irá apurar a extensão das lesões e constatará se a seqüela é de grau leve, médio ou grave. Alguns peritos realizam a graduação da seqüela de 0 a 100 por cento.

O laudo é de vital importância para o julgamento da lide e, embora não confira à lei a necessidade de seqüela de grande proporção, alguns entendimentos jurisprudenciais julgam procedente o pedido formulado somente se a seqüela não for mínima. Recente entendimento do Tribunal de Justiça do Paraná afirma que

apesar de haver uma pequena seqüela deixada pelo acidente de trabalho, esta não importa em redução da capacidade laboral do Autor [...] O que se verifica pelo laudo é que houve uma redução de capacidade mínima [...] considera o autor apto para o desenvolvimento das atividades habituais de trabalho. (TJPR, Apelação Cível nº 0801253-1)

Verifica-se na decisão acima citada do Tribunal de Justiça do Paraná que não foi concedido o benefício, embora padeça o segurado de redução da capacidade laborativa em grau mínimo.

Segue outra decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná, que não julgou procedente o pedido do auxílio-acidente por ser o segurado portador de seqüela mínima:

DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso interposto, a fim de manter a sentença proferida. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO PREVIDENCIÁRIA PLEITO DE RESTABELECIMENTO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA AMPUTAÇÃO DO DEDO MÍNIMO DA MÃO DIREITA SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO INSURGÊNCIA LAUDO PERICIAL QUE, A DESPEITO DE ATESTAR A INCAPACIDADE PERMANENTE E PARCIAL, DEMONSTRA QUE O AUTOR CONTINUA A EXERCER A MESMA PROFISSÃO ÓBICE À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-DOENÇA, ANTE A INCAPACIDADE PERMANENTE (ART. 59 DA LEI Nº 8.213/91) - AUSÊNCIA DE PROVAS NO SENTIDO DE QUE A SEQUELA IMPLICA EFETIVA REDUÇÃO DA CAPACIDADE PARA O TRABALHO QUE HABITUALMENTE EXERCIA AUSÊNCIA DE REQUISITO ESSENCIAL À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE AUXÍLIO-ACIDENTE (ART. 86 DA LEI Nº 8.213/91) RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJPR, acórdão nº 574814-1, grifo nosso)

Ocorre que as decisões proferidas neste sentido não estão em harmonia com o pacífico entendimento do STJ, que, nos termos da lei, segue orientação de ser devido o benefício de auxílio-acidente ao segurado independente do grau da seqüela, a saber:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0218927-9 MIN. JORGE MUSSI (1138) 03.05.2011 PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. REDUÇÃO DA CAPACIDADE AFERIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. BENEFÍCIO DEVIDO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO JULGAMENTO DO RESP 1109591/SC, PROCESSADO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. A norma legal estabelece que o auxílio-acidente será devido como indenização ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, *resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia* (art. 86 da Lei nº 8.213, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997).

2. No julgamento do REsp nº 1109591/SC, processado nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil, esta Corte firmou o entendimento no sentido de que o nível do dano e, em consequência, *o grau do maior esforço, não interferem na concessão do benefício acidentário, bastando, para tanto, a comprovação de existência de lesão que implique a redução de capacidade.*

3. Dentro do quadro fático-probatório delineado pela instância ordinária está atestada a redução da capacidade para o trabalho do autor, motivo pelo qual o segurado faz jus ao benefício acidentário.

4. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no Ag 1387647/SC, grifo nosso)

Ainda, em recente decisão do STJ sobre a matéria:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0090196-0 MIN. GILSON DIPP (1111) 01.03.2011 DJe 14.03.2011 PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO. AUXÍLIO-ACIDENTE. LESÃO MÍNIMA COM REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA. DIREITO A BENEFÍCIO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

I - A Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, para concessão do auxílio-acidente, a existência de lesão, decorrente de acidente do trabalho, *que implique redução da capacidade para o labor habitualmente exercido, não interfere na concessão do benefício, o qual será devido ainda que mínima a lesão.*

II - Agravo interno desprovido. (STJ, AgRg no Ag 1310304/SP, grifo nosso)

O texto legal é claro e neste sentido o STJ determinou que, para ter direito à concessão do benefício, basta ter lesão, redução de capacidade laborativa, o nexos causal entre o acidente e o trabalho desenvolvido, não importando se a redução da capacidade laborativa é mínima ou máxima.

A redução da capacidade laborativa, independente do grau, é medida que se impõe para concessão do benefício. Neste sentido, segue texto legal, art. 86, *caput*, da Lei 8.213/91:

O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, *resultarem sequelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia* (grifo nosso).

CONCLUSÃO

Entendimento correto nas decisões proferidas é o de conceder o auxílio-acidente independente do grau da seqüela, bastando apenas a constatação em perícia da redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia o segurado. Decisão proferida em sentido contrário ao texto legal, que exija grau máximo de seqüela para concessão, contraria a expressa determinação legal e, inclusive, pacífico entendimento do STJ.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Camargo Gonçalves De. A demora administrativa e a suspensão do prazo prescricional de prestações previdenciárias. *Jurisway*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=729>. Acesso em: 07 fev. 2012.

BRASIL. *Justiça Federal 4ª Região*. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php>. Acesso em: 25 e 27 jan. 2012.

BRASIL. *STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901804724&dt_publicacao=17/11/2011>. Acesso em: 27 jan. 2012.

BRASIL. *STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901961490&dt_publicacao=05/09/2011>. Acesso em: 28 jan. 2012.

BRASIL. *STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201000389613&dt_publicacao=17/08/2011>. Acesso em: 05 fev. 2012.

BRASIL. *STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801100190&dt_publicacao=01/02/2012>. Acesso em: 05 fev. 2012.

BRASIL. *STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201101661999&dt_publicacao=09/12/2011>. Acesso em: 05 fev. 2012.

BRASIL. *STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700133477&dt_publicacao=19/12/2011>. Acesso em: 05 fev. 2012.

BRASIL. *STJ*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200901961490&dt_publicacao=05/09/2011>. Acesso em: 05 fev. 2012.

LAZZARI, João Batista et al. *Prática processual previdenciária: administrativa e judicial*. Florianópolis: Conceito, 2010.

WIKIPÉDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Sal%C3%A1rios_de_benef%C3%ADcio_e_de_contribui%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 27 jan. 2012.

TUTELA JURISDICIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL*

LEGAL PROTECTION OF SOCIAL SECURITY

PAULO AFONSO BRUM VAZ

Desembargador Federal. Coordenador do Núcleo Permanente
de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TRF4.
Mestre em Poder Judiciário pela FGV.

SUMÁRIO: Noções introdutórias - 1. Tutela jurisdicional da seguridade na crise do *welfare state* - 2. O princípio isonômico como instrumento de otimização da tutela jurisdicional da seguridade social - 3. A assimetria entre a teoria discursiva dos direitos fundamentais e a sua efetivação social: o déficit de implementação das políticas públicas da seguridade social - 4. Reflexos da eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais no processo civil - 5. A necessidade da busca incessante da verdade real e da superação do formalismo positivista no processo previdenciário: 5.1. Movimento pela superação do positivismo em busca da verdade real - necessidade de ativa participação do juiz na instrução do processo - poderes (e deveres) instrutórios do juiz em matéria de seguridade social; 5.2. O juiz previdenciário na aplicação do direito: o movimento pela superação do consequencialismo econômico utilitarista - Conclusões - Referências.

RESUMO: Artigo que trata da tutela jurisdicional da seguridade social, dos princípios que a regem, dos reflexos de sua eficácia, da busca incessante da verdade real, da superação do formalismo e dos poderes e deveres instrutórios do juiz em matéria de seguridade social.

PALAVRAS-CHAVE: Seguridade social; princípios; tutela jurisdicional.

ABSTRACT: Article which deals with the legal protection of social security, the principles that govern it, the reflections of its effectiveness, the relentless pursuit of real truth, overcoming the formalism and the powers and duties of the judge investigation is on social security.

KEYWORDS: Social security; principles; custody jurisdictional.

* Data de recebimento do artigo: 23.01.2013.

Datas de pareceres de aprovação: 29.01.2013 e 06.02.2013.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 15.02.2013.

NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Eu creio que deva iniciar abordando, ainda que superficialmente e em sede introdutória, alguns aspectos conceituais, apenas para reavivar a memória e situar os leitores quanto ao alcance do tema central deste singelo esforço sobre “tutela jurisdicional da seguridade social”.

Começo recordando que a expressão “tutela jurisdicional” está relacionada com a proteção judicial que o Estado, detentor do monopólio da função jurisdicional, deve oferecer aos cidadãos. É fácil ver, pois, que não se confundem “função” e “tutela” jurisdicional. Uma corresponde à atividade, ao poder-dever estatal de solucionar os conflitos de interesses (litígios), e a outra, ao resultado, ao produto dessa atividade, consubstanciado na concreta e efetiva oferta dos bens e situações jurídicas que favorecem o litigante vencedor na realidade da vida.

A função jurisdicional de solução dos conflitos de interesses desenvolve-se de dois modos: pela via judicial adjudicatória, em que o Estado-Juiz substitui-se à vontade das partes, em regime de monopólio, decidindo por meio de sentença, e pela via da consensual estimulada, em que o Estado-Juiz utiliza-se de mecanismos de solução consensual (conciliação, mediação ou arbitragem), incentivando as partes a uma solução autocompositiva.

Cumpra lembrar que os apanágios principais que se exigem da “função jurisdicional” são de ordem adjetiva e substantiva. A “efetividade adjetiva” reside na predisposição dos meios adequados para que se alcance a tutela, e a “efetividade substantiva”, no concernente à obtenção dos resultados que correspondam exatamente ao que foi prometido pelo preceito constitutivo do direito. A esses resultados, convencionou-se chamar Tutela Jurisdicional, nela compreendido, obviamente, o seu cabal exaurimento por parte do Estado-Juiz, o que somente ocorre quando é efetivamente satisfeita a pretensão resistida, com a entrega do bem da vida objeto da lide ao vitorioso.

Essa abordagem sobre “tutela jurisdicional da seguridade social” engloba tanto os meios processuais para a sua obtenção quanto a efetiva proteção do Estado-Juiz para o cabal exercício dos direitos da seguridade social, vale dizer: saúde, previdência e assistência social, em face do Estado-Previdência.

Trocando em miúdos, o estudo é sobre a necessidade de otimização dos meios de “proteção judicial” dos direitos sociais (fundamentais e subjetivos) inerentes à seguridade social.

1. TUTELA JURISDICIONAL DA SEGURIDADE NA CRISE DO *WELFARE STATE*

Bem fixadas essas premissas, pode-se avançar um pouco para examinar a tutela jurisdicional da seguridade social em espécie, tomando como ponto de partida a análise da essência da formação das decisões judiciais - estas que aperfeiçoam a tutela aplicada aos casos concretos. Há uma gama de veredas que se poderia percorrer nesse desiderato de

se examinar a racionalidade do processo formativo das decisões judiciais na seguridade social. Vou trilhar apenas alguns, que me parecem mais relevantes.

Na perspectiva do que a doutrina convencionou chamar de fundamentos intrínsecos da sentença, gostaria de focar, brevemente, alguns aspectos que influem na decisão judicial como apanágios que se colocam a serviço da efetivação dos direitos sociais fundamentais vinculados à seguridade social e para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e fraterna.

A esse propósito, devo reconhecer a existência de certo déficit de atenção para o cenário social (irresponsabilidade social) sobre o qual incidem os efeitos das decisões judiciais.¹

Cada decisão proferida em matéria previdenciária e assistencial tem o potencial de interferir diretamente no plano da satisfação dos direitos sociais e, portanto, no contexto social, na medida em que permite a inclusão social e o atendimento dos ideais republicanos de erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e da promoção do bem comum.

Por isso, impõe-se ao juiz previdenciarista, a menos que duvide do seu papel de agente de transformação social, encontrar o sentido da decisão que seja mais consentâneo com os valores que a Constituição consagra a título de direitos sociais, a que, subjetivamente, correspondem direitos fundamentais. Seu papel no constitucionalismo moderno é de lhes dar sensibilidade social, para que passem do plano do reconhecimento para o da efetivação e deixem de ser mera manifestação de propósitos sem consequências práticas no mundo fenomênico.

Sobretudo, é curial um olhar mais profundo para o contexto sociopolítico que constitui o pano de fundo da intervenção jurisdicional no Estado Social Constitucional de Direito, que nada mais representa, diga-se de passagem, do que a vinculação do Estado ao compromisso de efetivação dos Direitos Sociais Fundamentais de sede constitucional.

E esse contexto sociopolítico nos revela um verdadeiro desastre social. O apogeu das ideologias neoliberais, baseadas no discurso que privilegia o econômico em detrimento do social. O ajuste fiscal que visa a garantir o fim da inflação e a estabilidade da moeda faz-se à custa das políticas de educação, de seguridade, de habitação, de saneamento, de cultura, enfim, das prestações do Estado que universalizam os direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos. Exemplo disso são os caóticos sistemas de saúde e de educação (ambos sucateados).

¹ Vide, sobre o tema, o excelente artigo de Vladimir Passos de Freitas, sob título "Responsabilidade social do juiz e do Poder Judiciário" (*Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 51, p. 6-13, out./dez. 2010), em que deixa assentado que "Juízes e Judiciário, como Poder de Estado, não podem ser insensíveis aos problemas sociais vividos por grande parte da população brasileira. No uso de suas atribuições constitucionais e legais, muito podem fazer para minimizar a situação grave que se atravessa. Assim, no exercício da jurisdição ou nas atividades administrativas, cumpre dar soluções que se vinculem sempre a uma ação social ativa e solidária".

O neoliberalismo, que está a impregnar a nossa política socioeconômica,² baseado na hegemonia das políticas monetaristas, produz uma verdadeira guerra social que compromete a eficácia de direitos sociais fundamentais, a começar pelo direito a um emprego formal que permita, depois, acesso aos direitos previdenciários. As técnicas recessivas de combate à inflação, baseadas na retirada de moeda de circulação, têm sido o fator mais importante no aumento dos índices de desemprego.

Nós sabemos que a maioria da massa trabalhadora brasileira não possui carteira de trabalho assinada. Temos perto de 11 milhões de pessoas trabalhando na informalidade. Cerca de 50% das pessoas em idade economicamente ativa não possuem carteira assinada ou trabalham por conta própria.³ De cada 10 novos empregos gerados nos últimos 14 anos, 7 foram informais, de acordo com dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Pequenas e microempresas têm 12,5% de empregados informais; 10,9% dos empregadores são informais (Dados do SEBRAE, set. 2010).

A expectativa que se tinha do crescimento econômico era de distribuição equânime de renda, de geração de mais empregos formais, de extensão das políticas sociais. O social, de rigor, deveria ser um desdobramento do econômico. Mas nada disso ocorreu. A estabilidade, ao contrário, deu-se à custa do social.

Os avanços do *welfare state* - Estado do bem-estar, conquistados a ferro e fogo ao longo do século XX, consagrando direitos fundamentais ungidos pela vontade popular, estão, pouco a pouco, sendo limitados ou suprimidos. Passaram mesmo a ser tratados como “problemas” por pressões externas, pelos países ricos, pelo FMI, pelo Banco Mundial: geram déficit fiscal, causam desemprego, quebram a previdência,⁴ constituem paternalismo demagógico, alimentam a preguiça, criam óbices à livre concorrência e à competitividade.

² É lapidar a lição do professor Luís Roberto Barroso: “O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neoliberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos - e não entre certo e errado, justo ou injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3208>>. Acesso em: 20 abr. 2011).

³ Considera-se elevado o índice de informalidade, apesar de o percentual de mulheres no mercado de trabalho formal (que têm carteira assinada, incluindo domésticas, militares e funcionárias públicas estatutárias, são empregadoras ou trabalhadoras por conta própria que contribuíam para a previdência social) ter subido de 41,5%, em 1999, para 48,8%, em 2009. Entre os homens, houve um incremento de 45,9% para 53,2% (Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Indicadores sociais 2010*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1717&id_pagina=1>. Acesso em: 22 jun. 2011).

⁴ Quando pela primeira vez, há mais de 30 anos, li um estudo sobre o assunto, lá estava estampado que a Previdência Social iria quebrar. É um discurso ameaçador que constrange e inibe o aplicador do direito, mas que não tem qualquer fundamento. Ao contrário, a Previdência Social, longe de ser deficitária, subsidia outros gastos públicos.

O *welfare state*, embora se reconheça que há uma tendência globalizada de redução do conjunto de benesses que os Estados oferecem conforme os seus programas sociais, tal como tem ocorrido inclusive nos países ricos da União Europeia, continua sendo imprescindível diante dos riscos, das incertezas e da falta de informações que tendem sempre a aumentar nas sociedades modernas, tornando essencial e indispensável a atuação estatal para atender a essas contingências. Não fosse por isso, o fato significativo de manter economicamente ativa a mais ampla maioria da população, por si só, já constituiria motivo suficiente para a manutenção dos programas sociais que caracterizam o *welfare social state*.

Conquanto, do ponto de vista econômico, desde o último quartel do século passado, países como Alemanha, França, Itália, Suécia e Inglaterra tenham promovido importantes enxugamentos nos seus programas sociais, numa tentativa de adaptação às mudanças na conjuntura econômica mundial e aos tempos de recessão, parece manter-se intangível o espaço reservado ao Estado do Bem-Estar Social.

Assim que a questão é mesmo de *adapting*, como bem refere Nicholas Barr:

*In the face of all these changes, the word “adapting” is key. To criticize the welfare state as though it were set in tablets of stone is to make the same mistake as Marx’s critique of capitalism - it ignores the fact that both the market system and state institutions adapt. The welfare state faces problems; as a result, its institutions adapt; this does not mean that there is a crisis. The reasons why a welfare state is necessary will not go away; its institutions are robust and responsive; in forms that will continue to evolve, it remains a continuing twenty-first-century challenge.*⁵

O dado relevante me parece ser o abismo existente entre a seguridade social europeia - aliás um dos pilares do Estado Europeu - e a seguridade social dos países em desenvolvimento como o Brasil. Lá, existe espaço suficiente para limitações - até porque em certos aspectos algumas benesses concedidas pelo Estado constituem verdadeiras extravagâncias; aqui, o pouco que se conquistou e que a nossa situação econômica permite atender não admite qualquer retrocesso ou limitação.

Voltando ao tema, nesse contexto de limitação dos direitos sociais, parece que a aposta é mesmo de “entregar o social para uma grande seguradora financeira” ou para o chamado Terceiro Setor. Quem puder pagar pelo seguro garante saúde e previdência. É a mercantilização dos direitos sociais. O Estado somente deve intervir para garantir direitos básicos - o que chamam de mínimo existencial - a quem comprove estar no umbral da miserabilidade. Mera filantropia.

O Poder Judiciário, infelizmente, faz esse jogo de minimalismo social e aprendeu a medir o tamanho da miserabilidade com régua milimétrica, observando os critérios

⁵ BARR, Nicholas. *The Welfare State as Piggy Bank: information, risk, uncertainty, at the role of the State*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2003. p. 272.

apertados que o neoliberalismo dita, sempre com tendência seletiva e excludente. O que importa hoje é a racionalidade econômica, somos *homo economicus*, precisamos ficar atentos às consequências econômicas das decisões judiciais, senão vamos quebrar a Previdência Social, vamos alimentar a inflação. Cada benefício que se nega é dinheiro público que se está a economizar, afinal o Estado precisa comprar um submarino nuclear, ajudar banqueiros inescrupulosos ou países em dificuldade, ou ainda investir pesadamente como agente econômico, imiscuindo-se perigosamente na economia como se empreendedor fosse (40% das riquezas que produzimos passam pelas mãos do Estado). O Estado está falido para o social, mas não para o econômico!

Diríamos: são efeitos da globalização econômica. Isso é inevitável.⁶ O próprio termo “globalização” é algo que não está bem explicado. Alguém que não recorde disse que vai da Internet até o hambúrguer, mas não passa de uma expressão empregada pelos países ricos para dissimular suas intervenções no sentido de assumir posições privilegiadas nas economias dos países pobres e em desenvolvimento.

A globalização econômica, de que fazem parte as medidas de ajuste da economia e desajuste do social, somente faz por exacerbar antigas situações de miséria e desigualdade a partir de uma nova pobreza causada pelo desemprego e pela generalização das situações de precariedade no trabalho, aumentando o contingente daqueles que se tornaram vulneráveis do ponto de vista social pela ausência dos mecanismos de proteção social; pelo desmanche ou desmonte das políticas sociais, substituídas por programas transitórios de combate à pobreza: fome zero, bolsa família etc., que visam a apenas minimizar os efeitos dos ajustes nas classes miseráveis.

Se é verdade que houve, nos últimos dez anos, uma sensível melhora da situação de pobreza, algo em torno de 50%, não menos verdade é que o quadro persiste sendo muito grave. Cerca de 16,2 milhões de brasileiros continuam sendo extremamente pobres, segundo o IBGE, o que representa 8,5% da população brasileira. Desses 16,2 milhões, 4,8 milhões não possuem nenhuma renda e 11,4 milhões têm rendimento *per capita* de R\$ 1,00 a R\$ 70,00.⁷

O Brasil, segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, ocupava, em 2008, a 70ª colocação no Relatório de Desenvolvimento Humano em um ranque de 179 países. O nosso coeficiente de Gini, que é o medidor da desigualdade na

⁶ Prefiro reconhecer que são os efeitos da chamada “globalização negativa”, assim descritos por Beck: “*La globalización, entendida en términos económicos, no sólo significa intercambio comercial y apertura de los mercados. Ocasiona también una competencia más fuerte, un ritmo más acelerado, una mayor presión innovadora; y, como consecuencia del imperativo de adaptación global, un mayor desmantelamiento de los derechos sociales y garantías de protección*” (BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. *Generación global* [parte do livro *Generation global*, publicado originalmente em alemão, em 2007, por Suhrkamp]. Tradução Richard Gross. Barcelona: Paidós, 2008. p. 59).

⁷ Fonte: IBGE. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2010*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaoadevida/indicadoresminimos/sinteseindicais2010/SIS_2010.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2011.

distribuição de renda, está em 0,537 (quanto mais próximo de zero melhor será a distribuição de renda).⁸ Há, pois, uma pobreza sistêmica que assola o Brasil, seja qual for o critério que se adote para medir a pobreza (< de 1 dólar dia - PNUD ou < de ¼ do salário mínimo - IBGE).

Um dos efeitos negativos da globalização neoliberal é o fenômeno da desfiliação, expressão cunhada por Castel, para identificar

a presença, aparentemente cada vez mais insistente, de indivíduos colocados em situação de flutuação na estrutura social e que povoam seus interstícios sem encontrar aí um lugar designado. Silhuetas incertas, à margem do trabalho e nas fronteiras das formas de troca socialmente consagradas - desempregados por períodos longos, moradores dos subúrbios pobres, beneficiários da renda mínima de inserção, vítimas das readaptações industriais, jovens à procura de emprego e que passam de estágio a estágio, de pequeno trabalho à ocupação provisória... - quem são eles, de onde vem, como chegaram ao ponto em que estão, o que vão se tornar?⁹

É óbvio que essa perversa conjuntura precisa ser considerada quando se examinam direitos previdenciários e assistenciais. O rigorismo formal que não ausculta a origem das situações comprometedoras da sobrevivência e da dignidade das pessoas tende a impor ao Poder Judiciário certa subserviência ao neoliberalismo econômico, desvirtuado que fica o processo da sua função de instrumento de inclusão social, de erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, missões constitucionalmente conferidas ao Estado.¹⁰

Esse é o primeiro filtro que penso deva nortear as decisões nas demandas de direito da seguridade social, é o requisito intrínseco da razoabilidade diante de uma conjuntura socioeconômica tremendamente injusta e excludente. É a racionalidade que projeta uma decisão o quanto possível mais aderente à realidade social.

É sob esse cenário que são os juízes chamados a atuar, em que pessoas situadas nos umbrais da pobreza e da miserabilidade nos vêm mendigar por melhores condições de sobrevivência, porque nada mais lhes foi possível obter diante do Estado minimalista e miniaturizado. Esse é o dilema que os juízes previdenciaristas têm de solver todos os dias:

1 - quando precisam decidir se 1/4 de salário mínimo é suficiente para a sobrevivência de uma pessoa em uma família que cuida de um inválido ou idoso, por exemplo, e que se superar em R\$ 10,00 o limite legal não faz jus à assistência estatal (o inválido que não se enquadra na LOAS, não podendo trabalhar - não pode ser segurado -, está fadado à miséria);

⁸ Uma sociedade com total igualdade teria um coeficiente de 0, enquanto 1 representaria a desigualdade absoluta. Para ilustração, o Relatório de Desenvolvimento Humano 2009, das Nações Unidas, traz como indicadores mais recentes: 0,743 para a Namíbia e 0,247 para a Dinamarca.

⁹ CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998. p. 23.

¹⁰ "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum." (LINDB, art. 5º).

2 - quando exigem prova da relação formal de trabalho, enquanto o neoliberalismo incentiva o informalismo, fomenta o desemprego e o aumento do número de pessoas que estão vivendo abaixo da linha da pobreza;

3 - quando decidem por devolver ao mercado de trabalho, com base em uma perícia às vezes incompleta, um indivíduo que é apenas relativamente incapaz, para competir com milhares de outros desempregados plenamente capazes, porque a conjuntura econômica não se compadece com ações paternalistas e é impiedosa com quem não pode pagar o seguro.

Hoje, a maioria dos processos tratando de seguridade social tramita nos Juizados Especiais Federais, que foram concebidos também para inverter a lógica positivista legalista de interpretar a norma sem a preocupação com o exame da sua legitimidade social e sua adaptação para a situação concreta da vida real que está sendo tratada. Almejou-se exatamente a concepção de um segmento do Poder Judiciário que estivesse vinculado diretamente à efetivação dos fins da República de erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, e adredemente instrumentalizaram-se os juizes com o poder de julgar por equidade.

E equidade corresponde à mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou aos temas. A equidade é o resultado de uma interpretação sociológica que atende cada vez mais às consequências prováveis de um modo de entender e aplicar um texto legal; quanto possível, busca uma conclusão benéfica e compatível às ideias modernas de proteção aos hipossuficientes, de fraternidade e de solidariedade humana.

2. O PRINCÍPIO ISONÔMICO COMO INSTRUMENTO DE OTIMIZAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL

Assentado que o sistema legal precisa ser interpretado com filtro constitucional, é relevante o papel do princípio isonômico, um princípio que, ao lado da liberdade, situa-se como o mais relevante da ordem jurídica mundial. São igualdade e liberdade os valores fundamentais de qualquer democracia.

Falarei de igualdade enquanto princípio do Estado Social Constitucional de Direito, ou seja, não apenas de tratamento igual perante a lei (típico do Estado Liberal), mas sim da igualdade que visa a proporcionar aos diferentes as mesmas oportunidades e, sobretudo, os mesmos resultados. É nessa perspectiva que a igualdade determina que haja sempre a prévia equiparação para que, depois, incida, no processo, a regra de justiça. Na tarefa da igualização, impende consultar as condições sociais, materiais e mesmo a hipossuficiência de informações, que permitam considerar iguais as partes.

Quando se discute a incidência da igualdade no trato da questão previdenciária e assistencial, enquanto bem social relevante e critério de aplicação da justiça distributiva, não se pode olvidar que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação (incisos III e IV do art. 3º da CR). Esses objetivos fundamentais devem permear as atividades legislativas, executivas e judiciárias

e, de rigor, também todas as relações sociais e individuais. No plano da efetivação dos direitos fundamentais, constituem “mandatos constitucionais de igualização” dos desiguais.

Desgraçadamente, o cenário social e político que caracteriza a nação brasileira é marcado por uma espécie de ética dos privilégios e desigualdades. Como bem observa Luís Roberto Barroso:

Tais desvios envolvem, em primeiro lugar, a ideologia da desigualdade. Desigualdade econômica, que se materializa no abismo entre os que têm e os que não têm, com a consequente dificuldade de se estabelecer um projeto comum de sociedade. Desigualdade política, que faz com que importantes opções de políticas públicas atendam prioritariamente aos setores que detêm força eleitoral e parlamentar, mesmo quando já sejam os mais favorecidos. Desigualdade filosófica: o vício nacional de buscar o privilégio em vez do direito, aliado à incapacidade de perceber o outro, o próximo.¹¹

Como bem observa José Ricardo Cunha, a dramática situação da nossa desigualdade é caracterizada pelos seguintes aspectos:

1. é praticamente impossível para quem está em estado de pobreza absoluta mudar a sua própria situação por vias lícitas;
2. a maior parte das pessoas que está em melhor situação de vida não consegue se colocar na situação daquelas que estão em piores condições e não possuem a mínima ideia do que é viver de forma totalmente degradante;
3. essa desigualdade radical não diz respeito apenas à renda e consumo, mas a todos os aspectos da vida social como acesso às belezas naturais ou produções culturais ou artísticas;
4. a desigualdade radical acarreta diferentes formas de violência que se manifestam difusamente na sociedade, mas que atingem com mais crueldade exatamente os mais empobrecidos que são duplamente penalizados.¹²

A igualdade jurídica, a igualdade perante a lei e a igualdade dos direitos, formas tradicionais de reconhecimento do âmbito do princípio isonômico, embora inequivocamente imprescindíveis, não se revelam bastantes. Não assegura a igualdade almejada pela Constituição a mera forma de regulação geral e abstrata e de aplicação igualitária da lei.¹³

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3208>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

¹² CUNHA, José Ricardo. A garantia dos direitos humanos na reconstrução do Estado de Direito: a luta contra a exclusão. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). *Direitos humanos e Poder Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2009. p. 23.

¹³ Como bem refere Edgard de Moura Bittencourt, “o magistrado, *doublé* de sociólogo, deve antecipar-se sobre a reforma legislativa, que segue com passo coxo os progressos das ciências humanas, e fazer exaltar de sua sentença esta grande verdade: a uma desigualdade social deve corresponder uma desigual apreciação” (BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*. São Paulo: EUD, 1982. p. 104).

Outorgar o mesmo tratamento a todas as pessoas, sem observar as distinções que a complexidade social e a realidade da vida lhes impõem, é também uma forma de violar o princípio da igualdade.

A igualdade, enquanto conceito relativo, exige análise e confrontação das diferentes situações em que se encontram os diversos sujeitos de direitos. Somente com a determinação das características essenciais de cada um é que se podem eleger soluções capazes de equiparar as diferentes situações, vale dizer, de corrigir as distorções e os desequilíbrios então existentes. Idêntico fundamento que impõe tratamento isonômico para os que estão em situações iguais exige que se dedique tratamento diferenciado aos que se encontram em situações desiguais, como que autorizando uma espécie de “discriminação inversa”, pressuposto da “igualdade de fato”.

A igualização (no sentido de corrigir desigualdades por meio de discriminações) é, pois, o pressuposto para que se tenha a igualdade de fato, vale dizer, predisposição de meios para o igualitário e efetivo gozo dos direitos fundamentais e quanto ao acesso aos bens materiais.

Rui Portanova enfoca o princípio da igualdade enquanto elemento ativo para promover a igualização dos destinatários da norma. Segundo esse autor gaúcho,

o princípio jurídico da igualdade ou da isonomia é um princípio dinâmico. Melhor se diria ao denominá-lo princípio igualizador. Ou seja, não se trata de uma determinação constitucional estática que se acomoda na fórmula abstrata “todos são iguais perante a lei”. Pelo contrário, a razão de existir de tal princípio é propiciar condições para que se busque realizar a igualização das condições desiguais. É que, havendo indiscutivelmente desigualdades, a lei abstrata e impessoal que incida em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos, e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais desigualdades e propiciar injustiça.¹⁴

Para arrematar este tema, trago à colação o escólio do ilustrado colega Artur César de Souza quando considera a pobreza como a principal barreira externa (tendão de Aquiles) da igualdade processual e do acesso à Justiça:

O sistema, na verdade, não funciona para “o homem comum” (Gelsi Bidart). O cidadão, em geral, ou bem tem uma justiça (sua defesa) de segunda categoria ou simplesmente não conta com possibilidade de acesso à jurisdição, nem a outras opções alternativas, se é que elas efetivamente existem. Qualquer tentativa de análise do tema, pragmaticamente, demonstra que um aspecto é a possibilidade de se valer do devido processo legal adjetivo para os ricos, e outra para aquele que, de fato, envolvido em sua pobreza, quer usar a vestimenta de litigante. Tudo o mais não passa de simples retórica.

¹⁴PORTANOVA, Rui. Os princípios constitucionais do processo civil. *Revista da ESMESC*, n. 06, p. 63.

É por isso que se exige para a solução dos conflitos uma urgente e desesperada mudança fundamental e suficiente, que vá além do que atualmente se vem oferecendo, a fim de que a jurisdição seja uma atividade efetivamente igualitária.¹⁵

3. A ASSIMETRIA ENTRE A TEORIA DISCURSIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA EFETIVAÇÃO SOCIAL: O DÉFICIT DE IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SEGURIDADE SOCIAL

Para o alcance do presente exercício, vou ficar com duas posições cediças na dogmática jurídica.

A primeira, no sentido de que o Estado, para que possa ser considerado de Direito, precisa contar (1) com um conjunto de normas garantidoras de direitos fundamentais de natureza civil, política, econômica e social e (2) também com um sistema efetivo de promoção e garantia desses direitos que possibilite o seu pleno gozo pela população. O Estado de Direito não se realiza, pois, pela mera existência de um sistema formal de regras jurídicas e pela substituição da discricionariedade do governante pela discricionariedade da vontade do legislador.

A segunda, a ditar que, no Estado Social Constitucional de Direito, não é a vontade do legislador que deve prevalecer para conter o arbítrio do governante, mas sim a vontade da Constituição, que se deve sobrepor tanto ao legislador como ao governante. Aqui, a Constituição não se limita a fixar os parâmetros de organização jurídica e política do Estado e vai mais longe para outorgar poder normativo vinculante aos valores que estruturam a ordem social. Mesmo quando válida, a norma que contrarie valores, princípios ou regras constitucionais perde o seu fundamento de legitimidade e torna-se inválida.

Há hoje um quase consenso no sentido de que os direitos sociais, antes de tudo direitos humanos, estão enquadrados na espécie dos direitos fundamentais, conferindo, portanto, a seus titulares um feixe de posições jurídicas subjetivas em face do Estado, cujo objeto, no caso, são os direitos da seguridade social. Natural consequência disso é atribuir-se a vários legitimados a possibilidade de demandarem judicialmente em defesa de seu direito subjetivo.¹⁶

O art. 6º da CR/88 dispõe que:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁵ SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 214.

¹⁶ Cf. posição defendida, entre inúmeros outros constitucionalistas, por Gomes Canotilho, Ingo W. Sarlet, Paulo Bonavides, Gilmar Mendes, Daniel Sarmento, Dimitri Dimoulis e Jairo Schäfer.

De rigor, é mais relevante do que o próprio reconhecimento dos direitos fundamentais a disposição constitucional que confere a esses aplicabilidade imediata, dispensando interposição legislativa (§ 1º do art. 5º).

Os direitos humanos e, por conseguinte, os direitos fundamentais, ainda que não estivessem previstos na ordem jurídica nacional, poderiam ser hauridos de uma normatividade supranacional de caráter universal, que extrapola as ordens jurídicas dos Estados Sociais Democráticos de Direito. O reconhecimento dos direitos fundamentais coloca-se hoje como um dos pilares do que se convencionou chamar de Nova Ética Global, que não conhece limites, nem fronteiras, encontrando-se fundada nos valores da Dignidade da Pessoa Humana, da Fraternidade e da Solidariedade intra e intergeracional, aperfeiçoando o Estado de Direito Supranacional, uma terceira mudança de paradigma (Estado de Direito, Estado Constitucional de Direito e Estado Supranacional de Direito), que teria a pretensão de abranger a todos, inclusive aqueles que são excluídos no sistema de direitos dos Estados Nacionais.

Cito, à guisa ilustrativa, o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice e outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

De rigor, todos os direitos radicados no princípio vetor da Dignidade da Pessoa Humana - fundamento da República, conforme dispõe o inciso III do art. 1º da CR -, sobretudo porque afetam a liberdade e a autonomia do indivíduo, ostentam a conformação de Direitos Fundamentais de cunho prestacional, e mais, têm sua perenidade assegurada pelo princípio da vedação de retrocessos.

Ao Direito da Seguridade Social cumpre a tarefa árdua da disciplina do reconhecimento e da efetivação de alguns dos direitos fundamentais sociais mais relevantes para a vida em sociedade: saúde, previdência e assistência social.¹⁷ O Estado (Constitucional de Direito),¹⁸ a partir da consagração dos direitos fundamentais no texto da Constituição, tem o dever de implementá-los pela via legislativa criando as políticas públicas necessárias. Na sua omissão ou insuficiência, a missão é trespassada ao Poder Judiciário. Dessarte, mesmo à míngua de previsão legal infraconstitucional, não pode o Poder Judiciário demitir-se de seu papel constitucional de prestar a jurisdição (princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional), incumbindo-lhe possibilitar às pessoas a fruição efetiva dos referidos direitos.

¹⁷ A seguridade social compreende, consoante dispõe o art. 194 da CR, um conjunto integrado de ações de iniciativas do Poder Público e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

¹⁸ No Estado Constitucional de Direito não é a vontade do legislador que deve prevalecer para conter o arbítrio do governante, mas sim a vontade da Constituição que deve se sobrepor tanto ao legislador como ao governante.

O Poder Judiciário desempenha o relevante papel de protagonista ativo na efetivação dos direitos fundamentais, porque agora o problema não é mais de reconhecimento desses direitos, mas sim prático e de sua efetivação. A jurisdição tem o compromisso constitucional de proporcionar sensibilidade social aos direitos fundamentais. Passamos, pois, da crise de reconhecimento dos direitos para a crise de efetividade; já não se busca mais o reconhecimento e a justificação dos direitos do homem, e sim a sua proteção. O problema não é mais filosófico, mas sim político, como ensina Bobbio.¹⁹

Houve, no último quartel do século passado e nesse limiar do século XXI, um considerável avanço na teoria discursiva dos direitos fundamentais. Podemos hoje contar com uma racionalidade teórica bem construída e suficiente para justificar estarmos identificados com o ideário do Estado Social Constitucional de Direito. Dito avanço, todavia, não se refletiu no campo social, na esfera da realidade palpitante da vida das pessoas. É, pois, paradoxal “a prodigalidade discursiva no campo do direito sem compromisso com o efeito transformador da base material da Constituição”.²⁰

Como bem observa o professor Luiz Edson Fachin:

Do descompasso entre o prodigioso discurso principiológico e a realização que o circunda, se extrai uma importante lição. Materializar a comunhão da teoria e da práxis na prospectiva efetivação de nossa Constituição é tarefa que ainda não se cumpriu.

O desafio é a reconstrução da identidade do discurso jurídico diante do real, das condições materiais de vida, sem montagens efêmeras ou capengas. Poderá vir outra linguagem e outros significantes desde que essa nova genética seja realmente para construir, e não apenas para iludir.²¹

As políticas públicas na área da saúde, por exemplo, são deficitárias. Não é preciso esforço para perceber-se que o nosso sistema de saúde está muito aquém do que se faz mister para a implementação do direito fundamental à saúde da comunidade. O atendimento é precário, não há hospitais em número suficiente e o fornecimento de medicamentos não atende satisfatoriamente à demanda. No Sistema de Previdência, da mesma forma, há uma nítida tendência de limitação de direitos. Por fim, no campo da Assistência Social, são intermináveis as discussões judiciais sobre as mais diversas questões.

Daniel Machado da Rocha resume com propriedade o caráter deficitário do modelo de seguridade social adotado pelo Brasil, *in verbis*:

Em resumo, as peculiaridades do nosso modelo de seguridade social, ao contrário do modelo universalista, não permitem que todas as situações de necessidade social sejam amparadas. A estipulação dos condicionamentos genéricos na manutenção da qualidade de

¹⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24.

²⁰ FACHIN, Luiz Edson. A Constituição nossa de cada dia. *Jornal Carta Forense*, p. 16, abr. 2011.

²¹ Idem, *ibidem*.

segurado e da carência funciona como filtros de separação entre as situações de necessidade social amparadas pelo regime previdenciário e as que não encontrarão cobertura.²²

Resultado disso é a corrida ao Poder Judiciário para que este supra as omissões do Estado, assegurando a efetiva implementação dos direitos fundamentais correspondentes. Tem-se, então, toda sorte de discussões em torno dos limites da atuação e sobre a legitimidade do Poder Judiciário para interferir no campo das Políticas Públicas e ainda quanto ao suposto discricionarismo da Administração na sua implementação.

Vale aqui lembrar que o Pretório Excelso, embora tenha reconhecido a excepcionalidade, culminou por reconhecer legitimidade ao Poder Judiciário para formular e implementar políticas públicas, quando os órgãos estatais competentes vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de normas programáticas (ADPF nº 45).

O tema é deveras polêmico, mas eu gostaria de centrar essas singelas considerações, a título meramente exemplificativo, na celeuma em torno do benefício de prestação continuada assistencial.

É inequívoco que o legislador, ao estabelecer os pressupostos para a concessão do referido benefício assistencial, o fez de forma deficitária. A má vontade do Poder Público com amparo aos necessitados ficou patente desde o atraso na regulamentação do inciso V do art. 203 da CR/88. Somente em 1993 veio a lume a Loas (Lei 8.743/93). Depois, editada a lei, apenas com a edição do Decreto nº 1.744, de 08 de dezembro de 2005, é que a concessão do benefício foi possível. Mais adiante, nova *via crucis*, tanta era a renitência que uma situação verdadeiramente absurda ocorreu: nem o INSS, nem a União reconheciam sua legitimidade para responder na via judicial pela concessão do benefício. Isso perdurou por algum tempo, até que o STJ reconheceu a legitimidade do INSS.

No concernente aos requisitos, revelou-se, de plano, acintosa a renda mensal familiar máxima exigida para a concessão do benefício assistencial: 1/4 do salário mínimo por membro. A questão foi parar no STF, que, na ADIn nº 1.232-1/DF, por maioria de votos, julgando improcedente a ação, reconheceu a constitucionalidade do referido critério econômico (art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93). Resultado: as instâncias inferiores solenemente passaram a descumprir a decisão do STF e continuaram a julgar no sentido de que a situação de miserabilidade poderia ser comprovada de outras formas, afastado, portanto, o requisito econômico objetivo. Reclamações foram ajuizadas e o Pretório Excelso acabou mitigando sua decisão ao indeferir a maioria delas.²³ Apesar de ser elogiável a posição do

²² Assistência Social como direito fundamental: uma análise da evolução da concretização judicial do benefício assistencial. *Revista da Ajufergs*, Porto Alegre, n. 01, p. 111, mar. 2003.

²³ Comentando a decisão do STF, Daniel Machado da Rocha assim se manifesta: "Sem medo de errar, podemos afirmar que a decisão em foco é mais um exemplo dos nocivos efeitos provocados por uma dogmática jurídica anacrônica que, por deixar de reconhecer as diferentes posições jurídicas negativas e positivas que podem resultar das normas de direitos fundamentais, sejam eles de primeira, segunda ou terceira dimensão, é incapaz de dialogar adequadamente com o sistema jurídico e com a realidade social por ele regulada" (op. cit., p. 128).

Pretório Excelso ao permitir que nova composição da Corte reexamine a matéria, surgiu outro problema muito sério: a matéria encontra-se afetada à repercussão geral desde 08.02.2008, estando todos os processos em tramitação nas instâncias inferiores sobrestados. Imagine-se a prejudicialidade contida nessa paralisação. É o mesmo que congelar o direito fundamental à assistência social e engessar o Poder Judiciário. Com certeza, o STF, sensível a esse problema, em breve deverá pacificar a matéria.

Por fim, cumpre tocar num ponto relevante. Há uma generosa parcela de contribuição que se deve creditar à baixa participação social nos processos decisórios da seguridade social. Os chamados espaços públicos de controle e intervenção social, tais como previstos na Constituição de 1988, apesar do longo período de estabilidade democrática que atravessamos, não foram ainda adequadamente ocupados. Por exemplo: no art. 194, VII, quanto à Seguridade Social, está previsto que ela será organizada de forma a observar o caráter democrático e descentralizado da administração, mediante participação dos trabalhadores, empregadores e aposentados; no art. 198, II, está prevista a abertura para a participação da comunidade como uma das diretrizes para a organização das ações e serviços relativos à Saúde; no art. 204, II, está prevista a participação da população por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis da Assistência Social.

Apesar da regulamentação desses preceptivos constitucionais, os espaços democráticos não têm sido bem ocupados. Os Conselhos de Participação Popular, as Audiências e as Conferências Públicas necessitam alcançar o interesse de todos os cidadãos, e o diálogo democrático precisa livrar-se das perversas influências econômicas e políticas. É preciso, sobretudo, levar ao conhecimento das populações a existência de espaços reservados à sua atuação por meio de campanhas de difusão de uma nova cultura (educação popular para a democracia) de participação política e exercício da cidadania.

4. REFLEXOS DA EFICÁCIA IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO PROCESSO CIVIL

Consoante dispõe o parágrafo 1º do art. 5º da CR, as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata. Está, pois, assentado que os preceitos constitucionais e também as regras consagradoras de direitos fundamentais de natureza material e processual não carecem de interposição legislativa para serem implementados. Também já não se debate mais acerca da principal virtude das normas de direitos fundamentais de constituírem diretivas e fontes materiais permanentes para a atuação tanto do legislador como dos aplicadores do direito, inclusos os governantes e o Poder Judiciário.

No processo, que sempre deve ser visto como um instrumento, um meio para a concretização dos direitos fundamentais, nunca um óbice, um entrave, a aplicação imediata desses direitos impõe aos juízes arrear os formalismos e suprir as deficiências e omissões porventura existentes na legislação processual para assegurar a maior efetividade

possível no resultado a ser obtido. Se o legislador falha, o juiz precisa corrigir e adaptar o procedimento, se o legislador é omissivo, cumpre ao juiz criar o procedimento adequado para possibilitar seja a tutela jurisdicional prestada no caso concreto. Esse comportamento não macula o devido processo legal.

Mais relevante ainda é o princípio do devido processo legal substantivo, este que se coloca nas decisões judiciais como imperativo de um julgamento justo, calcado na aplicação da lei segundo os valores eleitos na Constituição, em favor da efetivação dos direitos fundamentais individuais e sociais (vida, saúde, previdência, assistência, liberdade, patrimônio, meio ambiente etc.).

A doutrina moderna já trabalha com o conceito substitutivo de devido processo justo (acesso à ordem jurídica justa e solidária), querendo com isso dizer que a substância deve sempre se sobrepor à forma. Nessa perspectiva, ensina Arruda Alvim:

O que conta, em última análise, não é tanto a existência de uma normatividade completa e lógica, em que todos os direitos são protegidos pela letra da lei e pelo sistema, mas tão somente aparentemente funcional, pois, na verdade, normatividade jurídica, ainda que exaustiva, não é suficiente para satisfazer as aspirações sociais dos segmentos numericamente predominantes e desprotegidos da sociedade.²⁴

É necessário averbar que o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e seu corolário, o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, impõem ao juiz o dever de encontrar a técnica necessária e hábil para a proteção do direito material, suprindo, por assim dizer, eventual lacuna deixada pelo legislador, de quem não se pode exigir uma previsibilidade completa e exauriente de técnicas processuais necessárias para atender às diversas situações de direito substancial. Assim, ao juiz, interpretando a norma processual com o filtro do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, incumbe arrear os óbices formais à efetiva e eficaz satisfação do direito violado, sem descurar, é evidente, da esfera de direitos do réu no que tange à sua ampla defesa.²⁵

Aliás, os poderes-deveres judiciais de criação e adaptação procedimentais estão colocados como um imperativo que tem norteado as iniciativas de reforma do CPC capitaneadas pelo Ministro Luiz Fux. Segundo se depreende de suas iniciativas, o processo civil precisa ser desburocratizado, racionalizado e informalizado. Não deve ser compreendido como um fim em si mesmo, mas sempre e apenas como um instrumento qualificado para que a tutela jurisdicional se concretize eficiente e eficazmente. O formalismo sempre se coloca a serviço da negativa dos direitos fundamentais. Constitui uma retórica que visa a apenas justificar a intenção de não efetivar tais direitos.

²⁴ ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 33.

²⁵ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Revista da Escola Nacional da Magistratura (AMB)*, ano 1, n. 1, abr. 2006.

O culto ao “legalismo formalista”, que corresponde a uma verdadeira ideologia contagiosa ainda com amplo espaço dentro do Poder Judiciário, deve-se a uma complexidade de fatores que começam na influência de uma arraigada cultura sociofamiliar individualista e elitista, passando pela formação acadêmica anacrônica e culminando em uma espécie de “jurisprudência defensivista”, que se esforça por reduzir a demanda de processos a partir de teses processuais que ocupam indevida e ostensivamente o lugar dos julgamentos de mérito.

Gostaria aqui de trazer alguns exemplos de condutas judiciais que constituem entrave ao acesso à jurisdição. Práticas que burocratizam o ajuizamento das demandas criando exigências que não estão previstas no próprio CPC, tais como requisitos especiais para a petição inicial, para a procuração, para realização de perícias, para o recebimento do pagamento etc., contributos indesejáveis e obstativos da efetividade da tutela jurisdiccional da seguridade social.

A Coordenação dos JEFs da 4ª Região - Cojef constituiu, em parceria com a Corregedoria Regional, uma comissão de magistrados para a elaboração de estudos sobre a eliminação dos formalismos inúteis nos JEFs.²⁶ O resultado do trabalho da referida comissão foi submetido à apreciação do Fórum Interinstitucional de Direito Previdenciário, que teve a honra de presidir nos Estados do RS, de SC e do PR. Foram, então, encampadas as propostas da comissão e aprovados os seguintes enunciados, que trago a lume a título ilustrativo:

A comprovação documental do endereço do(a) autor(a) deve ser exigida somente quando houver indício fundado de inconsistência da informação constante na petição inicial ou mediante impugnação do réu.

A juntada de cópia integral do processo administrativo não constitui requisito indispensável ao ajuizamento da ação.

Nos pleitos de benefícios por incapacidade, não constitui documento indispensável para o ajuizamento da ação o atestado médico atualizado, desde que a parte já tenha apresentado o documento contemporâneo ao requerimento administrativo para comprovar a necessidade de afastamento do trabalho.

A outorga de poderes para o foro em geral e poderes específicos permite ao advogado defender os interesses da parte em juízo, sendo desnecessário o minucioso detalhamento do objeto da demanda a ser ajuizada.

Não é exigível a apresentação de memória pormenorizada de cálculo das diferenças postuladas quando da propositura da ação.

A postergação da análise do pedido de antecipação de tutela e/ou medida cautelar não pode ser objeto de regulamentação por portaria.

²⁶ Compuseram a comissão os juízes federais Vivian Josete Pantaleão, João Lazzari, José Savaris e Eduardo Picarelli.

5. A NECESSIDADE DA BUSCA INCESSANTE DA VERDADE REAL E DA SUPERAÇÃO DO FORMALISMO POSITIVISTA NO PROCESSO PREVIDENCIÁRIO

Além da exegese sociológica, e exatamente para, a partir dela, garantir que decisão seja justa e aderente à realidade social (vida real), faz-se mister redobrada atenção para dois aspectos: (1) a busca da verdade real dos fatos (a cognição quanto às questões de fato) e (2) a busca da verdade real na aplicação do direito material (a correta aplicação do direito previdenciário).

Esse é o duplo aspecto que nos permite tocar em dois pontos cruciais do atual momento do direito da seguridade social, o primeiro dizendo respeito à instrução do processo, e o segundo guardando relação com a aplicação do direito material (o momento da decisão judicial).

5.1. Movimento pela Superação do Positivismo em Busca da Verdade Real - Necessidade de Ativa Participação do Juiz na Instrução do Processo - Poderes (e Deveres) Instrutórios do Juiz em Matéria de Seguridade Social

Primeiro, convém aqui identificar um ponto importante na atuação jurisdicional em matéria de direitos da seguridade social, uma ameaça muito séria: a busca pela celeridade, a ênfase no gerenciamento da vara e a obstinação pelos resultados podem conduzir a uma indesejada postura do juiz na condução do processo, qual seja, a que diminui as chances de se perseguir a verdade real. Uma postura voltada para a verdade formal, algo já inaceitável no processo civil moderno e quanto mais em sede de direito previdenciário (em que se maneja com o direito fundamental à subsistência digna de uma pessoa).

A conjuntura atual do Poder Judiciário impõe aos juízes uma carga de trabalho demasiadamente pesada. Cobra-lhes metas e resultados, planejamento minuto a minuto. Têm que produzir cada vez mais em menos tempo. São obrigados, então, a terceirizar atribuições que lhes são inerentes.

É claro que o processo de terceirização da jurisdição contribui (negativamente) para que as decisões judiciais percam em qualidade. A busca do sentido humanista²⁷ da decisão judicial é trabalho que não pode, com todo o respeito, ser integralmente delegado a um servidor, ainda que seja o mais qualificado. Só o juiz tem, ou deveria ter, o domínio dos requisitos implícitos da decisão judicial. Quando o juiz se desinteressa pela sorte das partes no processo, seja ele de que espécie for, enxergando nele apenas um número que alimenta o banco de dados disponível em seu computador e que precisa ser eliminado com a maior brevidade, invariavelmente a solução desse processo, essencialmente frívolo, matemático e de mera “subsunção positivista”, constituirá uma porta aberta para a injustiça social. Ao conduzir os processos para um julgamento tão rápido o quanto possível, o juiz corre o risco de abrir mão de perseguir a verdade real, satisfazendo-se com a verdade formal.

²⁷ Os princípios constitucionais humanistas manifestam a prevalência da pessoa e sua dignidade como centro de interpretação das normas constitucionais. Um sentido, portanto, antropológico.

Consequência disso é a tendência de escudar-se o juiz em dois mitos: o da neutralidade e o da solução legal. O Juiz Federal José Savaris, um dos mais alentados pesquisadores do Direito previdenciário, explica essa postura:

O pensamento positivista defende a neutralidade do agente no processo de descobrimento da verdade. O juiz positivista (em termos filosóficos) tenderá a guiar-se pela neutralidade no exame dos fatos e, de forma isenta e objetiva, definirá a verdade do direito para o caso dos autos. A neutralidade no exame dos fatos é confundida muitas vezes com a inércia do juiz no que toca à instrução probatória. A objetividade no processo de definição da dogmática jurídica, forjada na serenidade do castelo imaginário do juiz positivista, é comparável à pureza de comportamento dos estudiosos das ciências naturais. Qualquer das duas verdades (de fato ou de direito) parece corresponder à única possível, à única verdade aceitável. Só que o juiz positivista, para demonstrar que de modo neutro e objetivo chegou ao resultado verdadeiro, buscando evidenciar a verdade descoberta, encobre suas dúvidas em páginas de retórica sob o manto da certeza que lhe autoriza dizer “isto posto”.

E aqui se percebe a desgraça do juiz positivista: no plano dos fatos ou do direito, exige certeza, tal como nas ciências da natureza; mas se mantém em uma postura conservadoramente passiva, satisfazendo-se com o método também próprio das ciências naturais, admitindo como solução a verdade de fato que o processo formalmente lhe oferece e a verdade de direito que já é professada. Nada há de ser acrescentado, tão perfeito o método. Nada há de ser modificado no objeto, pois ele é um dado perfeitamente ordenado, tal como as leis naturais. Esse é o juiz positivista previdenciário: um sujeito que condiciona o direito a um resultado impraticável (juízo de certeza nas ciências humanas), a uma prova insofismável; avesso a emoções, repudia a dúvida e toda incerteza, as analogias, as presunções e tudo quanto seus olhos e sua realidade social não dominem. O princípio *in dubio pro misero* é fruto de uma tradição tão arcaica que sobre ela não se debruçou na academia e tampouco considerou em sua caminhada à magistratura. O grau de certeza que exige uma condenação criminal é a medida de certeza a que condicionará a concessão da sobrevivência. Insuficiente fosse a desgraça, esconde suas incertezas numa retórica que lhe distancia do humano que julga e lhe aproxima da imprudência.

Eis a desgraça do pobre: ao longo de sua vida, depender de ser explorado por todos os meios em sua capacidade de trabalho e, quando lhe falta a força produtiva, errar no caminho minado positivista rumo ao direito de proteção social.²⁸

²⁸ SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 40-41.

Parece claro que a atividade judicial, para que possa estar consentânea com as aspirações sociais, precisa sempre buscar o justo, perdendo em legitimidade quando se satisfaz com a solução legal nem sempre justa. E a busca do justo demanda, quase que invariavelmente, a igualização substancial das partes. Equilibrar os ônus probatórios no processo previdenciário é um caminho quase sempre a ser transposto e sem o qual não se chega a uma decisão justa. Mas, infelizmente, constata-se na matéria uma flagrante subutilização dos poderes instrutórios inerentes à função jurisdicional.

A iniciativa probatória oficial coloca-se como um imperativo para a igualização das partes no processo previdenciário. Esclarecer os fatos para encontrar a justa solução é dever do juiz, que precisa equilibrar as forças das partes no processo, especialmente diante do profissionalismo do INSS, que é hoje, longe, o maior litigante da Justiça Federal (parte passiva em 40% dos processos). O professor José Roberto dos Santos Bedaque enfrenta essa questão:

Considerando que a parte “mais fraca” não tem as mesmas possibilidades que a “mais forte” de trazer, para os autos, as provas necessárias à demonstração de seu direito, a ausência de iniciativa probatória pelo juiz corresponde a alguém assistir passivamente a um duelo entre o lobo e o cordeiro. Evidentemente, não estará atendido o princípio da igualdade substantiva que, segundo a moderna ciência processual, deve prevalecer sobre a igualdade formal. E, em razão dessa passividade do julgador, provavelmente se chegará a um resultado diverso daquele pretendido pelo direito material. Ou seja, o objetivo do processo não será alcançado.²⁹

No que toca ao Direito previdenciário, a postura do juiz é de suma importância. Um juiz apenas dogmático, preso às amarras de uma obrigação única de “julgar conforme a lei”, sem a percepção de que, apesar disso, nada o impede de optar por uma interpretação mais sociológica e mais justa e por uma tomada de posição mais crítica, pode significar uma barreira intransponível para os jurisdicionados e para os compromissos estatais de efetivação de direitos fundamentais.

Como bem observa Dalmo de Abreu Dallari:

Por influência do positivismo jurídico passou-se a considerar que só é “direito” o que está contido na lei. E esta, no mundo atual, é feita segundo o jogo das forças políticas, sem qualquer consideração pela realidade social ou por aquilo que na linguagem de Montesquieu e dos teóricos do direito natural seria “a natureza das coisas”. De qualquer modo, o direito seria sempre político, mas, a partir da concepção do Poder Legislativo como um órgão ou conjunto de órgãos em que são produzidas as leis, essa politicidade passou a caminhar

²⁹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 104.

muito próxima da natureza político-partidária. Desse modo, foi estabelecida uma ambiguidade, pois a lei pode ser a expressão do direito autêntico, nascido das relações sociais básicas e expressando os valores de um grupo social, mas, geralmente, passou a expressar apenas a vontade do grupo que predomina em determinado momento da vida de um povo, sendo muitas vezes um instrumento de interesses individuais ou grupais contrários ao de todo o povo.³⁰

5.2. O Juiz Previdenciário na Aplicação do Direito: o Movimento pela Superação do Consequencialismo Econômico Utilitarista

Esse segundo aspecto traduz uma análise crítica da jurisprudência previdenciária, isto é, da atuação do juiz enquanto aplicador do direito previdenciário. Aqui é indubitável a percepção de que algumas das principais decisões em matéria previdenciária negaram a proteção social porque os julgadores, em meio a uma séria e ameaçadora atmosfera de um suposto colapso na Previdência, orientaram suas decisões a partir dos efeitos que elas poderiam gerar nos orçamentos públicos.

É possível identificar em algumas decisões do Poder Judiciário certa ética utilitarista, assim compreendida uma parte da ética que aprova determinada ação de acordo com suas consequências. Para o consequencialismo, não importa a ação em si. A justiça da decisão de agir é medida pelas consequências. No plano social, esse utilitarismo é regido pela máxima segundo a qual se deve buscar a maior felicidade para o maior número (Bentham). A ação social justa é aquela que trará como consequência a maximização da média de satisfação (ou felicidade, ou utilidade) quanto aos seus resultados. É ponto comum que Rawls comprovou a desvalia da prevalência do utilitarismo, ao sustentar que o utilitarismo não leva a sério os direitos fundamentais dos indivíduos. Dworkin chegou a escrever o “Levando os direitos a sério”. A crítica principal era a de que, na ótica do utilitarismo, determinada política pública seria moralmente aceita, ainda que violasse direitos fundamentais individuais, se a sociedade, como um todo, obtivesse, em média, um estado de coisas mais vantajoso. O que importa é a satisfação da maioria, em suma.

Pois bem. As reformas previdenciárias operadas nesses dez últimos anos têm, em minha maneira de ver, um forte cunho utilitarista. Não levaram em conta a segurança jurídica, reduziram o nível de proteção social dos indivíduos, apertaram os requisitos para a concessão de benefícios etc. O que se buscava era a proteção do maior número, isto é, partindo de uma premissa falaciosa de que a previdência social entraria em colapso, reduziu-se o nível de benefícios de seus titulares, em nome de toda a sociedade, isto é, em nome da preservação de um seguro coletivo que é de interesse (útil) a todos desta geração e das próximas. A máxima satisfação para o maior número de pessoas.

³⁰DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 59.

Não consigo ver na efetivação de direitos fundamentais colisão entre interesses individuais e coletivos (da maioria, segundo o raciocínio utilitarista), à míngua de um elemento de concretude. O interesse coletivo contido na contingência de recursos públicos (leia-se: economia de dinheiro público ou verbas orçamentárias) e todo o mais que inspira o raciocínio utilitarista da reserva do possível constituem presunção abstrata e perspectiva, e não elemento concreto, dado real, e muitas vezes é mesmo argumento definido por uma conspiração falaciosa, a exemplo do mito da quebra da Previdência, quando é cediço que o orçamento da seguridade social é superavitário, estando o desequilíbrio insistentemente alardeado no orçamento fiscal, que consome parte substancial daquele.³¹

CONCLUSÕES

O que proponho?

1. Que a atuação judicial, ao tutelar os direitos da seguridade social, observe a variável socioeconômica do país, caracterizada pelo aumento das situações de riscos e incertezas decorrentes da pobreza, da precariedade e da informalidade nas relações de trabalho, enquanto consequências do neoliberalismo econômico, bem assim a inoportuniidade dos movimentos de retirada do Estado do setor social (desmonte do *welfare state*).

2. Que os princípios humanitários constitucionais consagradores dos valores éticos e sociais relevantes para a sociedade se sobreponham às regras limitadoras e constituam filtro hermenêutico inafastável quando se discute sobre os alcances subjetivo e objetivo dos direitos fundamentais sociais.

3. A igualdade de fato como fim a ser perseguido, de modo que o princípio igualitário seja tomado enquanto necessidade de igualização dos necessitados, e que essa premissa se reflita como pressuposto para a incidência da “regra de justiça”, possibilitando que as distorções possam ser corrigidas ou atenuadas por meio da atuação jurisdicional.

4. A superação do formalismo positivista, algo que se diz faz mais de 50 anos, mas que, na prática, ainda vigora, produto de uma formação baseada na tradição legalista que tivemos, ensinados a decorar textos de lei.

5. Que, no trabalho de flexibilização dos requisitos legais e no juízo de equidade, o juiz deve levar em conta as consequências que, uma vez alcançadas, reforçam os fundamentos axiológico-normativos do sistema constitucional da seguridade social, em suma: as consequências humanas para o indivíduo do problema concreto, não as consequências econômicas, de suposta utilidade para uma maioria.

³¹ Conforme Nota Técnica do Sindfisco Nacional, *Financiamento da Seguridade Social: do déficit da Previdência ao superávit da Seguridade* (Brasília, DF, set. 2010, p. 16), “uma vez desfeita a lógica financeira e reestabelecido o equilíbrio da Seguridade Social, algumas políticas públicas, ainda não colocadas em prática no Brasil, contribuiriam para maior sustentabilidade do Sistema de Seguridade Social”.

Se me perguntarem a que corrente do pensamento filosófico me filio, diria que ao pragmatismo jurídico, que é baseado no realismo jurídico americano, também conhecido como “jurisprudência sociológica”, cuja principal característica é o contextualismo, o que implica dizer que toda e qualquer proposição seja julgada de acordo com as necessidades humanas e sociais e, sobretudo, como diria o saudoso professor Luis Alberto Warat, com uma boa pitada de amor.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. *Tratado de Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- BARR, Nicholas. *The Welfare State as Piggy Bank: information, risk, uncertainty, at the role of the State*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3208>>. Acesso em: 20 abr. 2011.
- BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIM, Elisabeth. *Generación global* [parte do livro Generation global, publicado originalmente em alemão, em 2007, por Suhrkamp]. Tradução Richard Gross. Barcelona: Paidós, 2008.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*. São Paulo: EUD, 1982.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.
- CUNHA, José Ricardo. A garantia dos direitos humanos na reconstrução do Estado de Direito: a luta contra a exclusão. In: CUNHA, José Ricardo (Org.). *Direitos humanos e Poder Judiciário no Brasil*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2009.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1992.
- FACHIN, Luiz Edson. A Constituição nossa de cada dia. *Jornal Carta Forense*, abr. 2011.
- FREITAS, Vladimir Passos. Responsabilidade social do juiz e do Poder Judiciário. *Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 51, out./dez. 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Revista da Escola Nacional da Magistratura (AMB)*, ano 1, n. 1, abr. 2006.
- PORTANOVA, Rui. Os princípios constitucionais do processo civil. *Revista da ESMESC*, n. 06.
- SAVARIS, José Antonio. *Direito processual previdenciário*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Normas para envio de artigos doutrinários

A Editora Plenum propõe-se a divulgar a produção intelectual de autores da área jurídica.

Os trabalhos enviados são analisados pelos membros do Conselho Avaliador. As identidades do autor do trabalho e do Conselheiro avaliador não serão informadas, de forma a preservar a imparcialidade e a independência na análise dos textos encaminhados.

Os trabalhos poderão ser devolvidos ao autor com sugestões de caráter científico. Caso as aceite, poderá adaptá-las ao texto e encaminhar para nova análise.

O envio de trabalhos à Editora Plenum visando publicação implica aceitação dos termos e condições da Cessão de Direitos Autorais, que são:

- O recebimento de trabalhos não implica obrigatoriedade de publicação. A Editora Plenum reserva-se o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido, de acordo com as recomendações de seu Conselho Editorial. A priorização da publicação dos artigos aceitos decorrerá de juízo de oportunidade.
- A Editora Plenum poderá utilizar o trabalho cedido pelo autor e aceite para publicação durante todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais previstos na lei brasileira de Direitos Autorais.
- A utilização pela Editora Plenum pode ser em qualquer meio, impresso ou eletrônico, já existente ou que venha a ser criado futuramente, isoladamente ou em conjunto com outras obras, podendo distribuir e comercializar em todos os meios existentes ou que venham a ser criados.
- Cabe à Editora Plenum determinar todas as características editoriais e gráficas, acesso, forma de visualização, download, preço, venda, revenda, modo de distribuição, publicidade e divulgação.
- Como contrapartida, o autor receberá exemplar da *Juris Plenum Previdenciária* (DVD) ou uma edição da *Revista Juris Plenum Previdenciária* em que o texto for veiculado, dando quitação à Editora Plenum referente aos direitos autorais.
- O autor autoriza a Editora Plenum a efetuar correções ou modificações para adequar o texto às normas de publicação e também às normas da ABNT.
- Os textos encaminhados à Editora Plenum para publicação não necessitam ser inéditos, nem exclusivos e devem tratar de tema não superado pela legislação vigente e pelo entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores.
- Os textos encaminhados à Editora Plenum para publicação devem conter a seguinte formatação: digitação em arquivo do Word (caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF), fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento simples, margens laterais de 3 cm, superior e inferior com 2 cm e papel tamanho A4. Não deve ser utilizado o tabulador (TAB) para determinar recuos.
- A quantidade de páginas deve ser adequada ao assunto tratado, porém o Conselho Editorial só analisará os textos que possuírem no mínimo 10 laudas e no máximo 30, na formatação acima especificada.
- Os artigos deverão começar pelo título do trabalho. Logo abaixo deve constar o nome do autor ou autores, acompanhado(s) da qualificação/titulação e profissão exercida.
- Os artigos deverão conter resumo e palavras-chaves nos idiomas Português e Inglês. O texto deve apresentar os seguintes elementos: Introdução, tópicos referentes à exposição da matéria, Conclusão e Referências Bibliográficas.
- Qualquer destaque que se queira dar ao texto deve ser feito utilizando-se o itálico. Não deve ser usado negrito ou sublinhado. Citações de outros autores, legislação ou jurisprudência devem ficar em parágrafo recuado.
- As opiniões emitidas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

