



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito

Rafaela Figueiredo Andrade Stochiero

**Desaposeitação: uma análise acerca da
jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
em sede do RE 661.256**

Brasília/DF
Junho de 2016

Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Rafaela Figueiredo Andrade Stochiero

**Desaposentação: uma análise acerca da
jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em
sede do RE 661.256**

Monografia apresentada como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Professora Doutora Érica
Fernandes Teixeira Brasil Paez.

Brasília/DF

Junho de 2016

Rafaela Figueiredo Andrade Stochiero

Desaposeição: uma análise acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em sede do RE 661.256

Monografia aprovada como requisito para
obtenção do título de bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB, pela
banca examinadora composta por:

Professora Doutora Érica Fernandes Teixeira Brasil Paez
Orientadora

Professora Doutora Daniela Marques de Moraes
Membro da Banca Examinadora

Professor Mestre Noa Piatã Bassfeld Gnata
Membro da Banca Examinadora

Professora Doutora Gabriela Neves Delgado
Suplente

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, Pai de misericórdia, do qual sou eternamente grata pelas incessantes bênçãos derramadas. Pai que guarda, protege e ilumina meus caminhos, sempre orientando e passando na minha frente. A ele entrego todo o meu futuro, meus planos e sonhos, sempre pedindo muita sabedoria para entender suas escolhas em minha vida.

Ao meu pai, Décio Magno, por ser um homem muito batalhador, símbolo de muita luta e honestidade, do qual tem toda a minha admiração e orgulho. Agradeço pelo seu amor, carinho e dedicação à família, pelo seu incentivo diário aos meus planos e sonhos acadêmicos, me proporcionando sempre o melhor.

A minha mãe Rosane, por ser uma mulher guerreira e dadivosa, demonstrando sempre a importância de ser uma mulher independente e firme. Pela sua integral dedicação em estar sempre presente em nossas vidas, pelos seus mimos e cuidados, colo acolhedor, ombro amigo e amor incondicional.

A minha pequena Isabela, por ser uma menina quase adulta de um caráter admirável e transparente, linda por dentro e por fora, dona de uma personalidade forte e única. Agradeço por compartilhar comigo todos os momentos vividos, por ser minha grande companheira de vida, melhor amiga, confidente. Por seus incentivos diários, amor integral e sua eterna parceria.

A minha vizinha Eni, por ser o meu maior símbolo palpável de luta e força, mulher guerreira, batalhadora e fiel ao amor de Deus. Agradeço pelas suas orações, seu colo acolhedor e infinito amor.

Ao meu namorado Guilherme, por ser um homem de coração puro e caráter admirável. Agradeço pelo seu amor, carinho e total dedicação pela nossa relação. Pelos incentivos diários, pelo apoio, confiança e respeito pelas minhas escolhas e sonhos.

Meus avós Décio e Arliette, por serem exemplos de família, pelo amor e carinho dedicado. Agradeço aos demais familiares pelo incentivo em continuar minha caminhada, sempre na torcida para que eu conquiste meus mais altos sonhos.

Minhas amigas, em especial Paula, Thaís e Luiza. Por serem verdadeiras amigas, incentivadoras, parceiras fiéis e eternas. Bruna, pelo apoio diário, pela demonstração constante de preocupação, cuidado e carinho. Marina, minha grande amiga, pelo seu amor e fidelidade, por compartilhar comigo meu melhor momento de vida, e por vivermos um intercâmbio inesquecível.

A minha Universidade, sempre tão almejada, agradeço pelo acolhimento e constantes ensinamentos. Por proporcionar um espaço de convivência social, sempre incentivando a luta pela igualdade e pela verdadeira democracia. Agradeço pela formação acadêmica, e principalmente por ser propulsora do meu senso crítico e político, ampliando meus horizontes e me fazendo acreditar em lutar pela justiça social.

RESUMO

Em 2014 o Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do RE 661.256, que trata sobre a temática da desaposentação, afetando o Plenário no regime processual de repercussão geral. O julgamento foi suspenso diante da ausência de alguns ministros, mas foi proferido o voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso, que será objeto de análise à luz do arcabouço principiológico da Seguridade Social. A desaposentação é a possibilidade de o trabalhador, depois de aposentado, voltar a trabalhar e requerer uma nova aposentadoria com base na nova idade e nas novas contribuições recolhidas. O presente estudo propõe uma releitura da função social da previdência na materialização da dignidade da pessoa humana. Defender-se-á o instituto jurídico da desaposentação dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito e a sua importância para a efetivação do direito fundamental do trabalho.

Palavras-chave: Seguridade Social. Direitos Sociais Fundamentais. Direito Previdenciário. Regime Geral de Previdência Social. Benefícios. Aposentadoria. Desaposentação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 Seguridade Social	11
1.1 Direitos Sociais e a Ordem Social	11
1.2 Força normativa dos princípios.....	13
1.3 Direitos sociais como cláusulas pétreas e a impossibilidade de retrocesso social.....	15
1.4 Princípios da Seguridade Social.....	17
CAPÍTULO 2 O Regime Geral da Previdência Social – RGPS.....	22
2.1 Direito Fundamental à Previdência Social e seu papel no Estado Democrático de Direito.....	22
2.2 Previdência Social na Constituição Federal de 1988	23
2.3 Aposentadoria.....	26
2.3.1 Conceito e Natureza jurídica.....	26
2.3.2 Aposentadoria por tempo de contribuição.....	28
2.3.3 Aposentadoria por idade.....	30
2.3.4 Aposentadoria por invalidez.....	30
2.3.5 Aposentadoria Especial.....	31
2.4 Desaposentação.....	32
CAPÍTULO 3 Considerações gerais sobre a desaposentação: origem, posição normativa e jurisprudencial.....	38
3.1 Evolução histórica da desaposentação.....	38
3.2 Posicionamentos Jurisprudenciais.....	40
3.3 Medida Provisória 676.....	46

3.4 Desaposentação e a Tutela de Evidência do Novo Código de Processo Civil de 2015.....	47
---	-----------

CAPÍTULO 4 Análise Crítica do Voto do Relator, Min. Luís Roberto Barroso (RE 611256)	48
---	-----------

4.1 Questões preliminares.....	48
---------------------------------------	-----------

4.2 Análise de mérito sob as perspectivas dos princípios da Seguridade Social.....	48
---	-----------

4.2.1 Princípio Contributivo.....	48
-----------------------------------	----

4.2.2 Princípio da Solidariedade.....	51
---------------------------------------	----

4.2.3 Ponderação entre o contributivo e o solidário.....	52
--	----

4.3 Desaposentação à luz do sistema normativo em vigor.....	53
--	-----------

4.4 Restituição de valores ou não?.....	55
--	-----------

4.5 Encaminhamentos.....	58
---------------------------------	-----------

CONCLUSÃO.....	61
-----------------------	-----------

REFERÊNCIAS	64
--------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

O RE 661.256 que está sendo julgado pelo Supremo Tribunal Federal trata da temática da desaposentação. O caso teve repercussão geral reconhecida em virtude do impacto social causado, afetando mais de 123 mil processos já ajuizados, envolvendo em média mais de um milhão de pessoas. O objeto de análise do presente estudo é que seja destrinchado todos os argumentos proferidos no voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso trazendo as balizas que contornam todo o ordenamento protetivo da Previdência Social. A finalidade é analisar a temática da desaposentação tendo como base a primazia do trabalho e os princípios típicos da Previdência Social e os gerais da Seguridade Social.

Para tanto, optou-se em analisar no primeiro capítulo da dissertação a importância dos direitos sociais como fundamentais protegidos pelas intangibilidades das cláusulas pétreas. Destacou-se a importância da força normativa dos princípios para posteriormente trazer os princípios da Seguridade Social, norteadores da interpretação do instituto jurídico da desaposentação.

O segundo capítulo trouxe um panorama geral da Previdência Social, aspectos históricos e sua consolidação na Constituição Federal de 1988. Conceitos introdutórios de institutos típicos de direito previdenciário também foram trazidos para subsidiar a compreensão da temática da desaposentação.

O terceiro capítulo é introduzido com considerações históricas sobre a evolução da desaposentação no Brasil, a posição normativa e jurisprudencial dos principais tribunais a respeito do tema. A posição do Superior Tribunal de Justiça, já pacificada a favor da desaposentação com o afastamento da restituição de proventos já recebidos. As Turmas Nacionais de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, que também reconhecem a possibilidade de desaposentação mas condicionam a devolução dos valores recebidos a título do primeiro benefício. O posicionamento dividido dos Tribunais Regionais Federais, onde os da 1ª e 2ª Região estão em consonância com entendimento do STJ, e os da 3ª, 4ª e 5ª Região em conformidade com a posição da TNU. E para finalizar no tocante à jurisprudência, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema. Será trazido a Medida Provisória 676/15 que possuía disposições sobre a desaposentação em uma de suas emendas. E por fim, a inovação da tutela da

evidência trazida pelo Novo Código de Processo Civil, instrumento utilizado para garantir a celeridade nos requerimentos judiciais de desaposentação.

O quarto, e último capítulo, traz uma análise acerca do voto preferido pelo Ministro Relator Luís Roberto Barroso à luz dos princípios constitucionais da Seguridade Social. Inicia-se com uma análise das questões preliminares trazidas para a posterior análise do mérito. Debate-se aspectos jurídicos envolvidos como a aplicação do cálculo da aposentadoria e o fator previdenciário, e a não devolução dos valores já recebidos. Por fim, o voto traz uma solução inovadora para o cálculo da nova aposentadoria.

CAPÍTULO 1

A Seguridade Social

1.1 Direitos Sociais e a Ordem Social

A Seguridade Social é um direito social expressamente garantido pela Constituição de 1988 tendo como pressuposto fático a primazia do trabalho. Encontra-se no título constitucional da Ordem Social, amparando outros direitos sociais relacionados à educação; cultura e desporto; ciência e tecnologia; comunicação social; meio ambiente; criança, adolescente e idoso; e índios.

O bem-estar e a justiça social são valores supremos trazidos pelo Constituinte Originário que deverão ser alcançados através da instrumentalização dos direitos sociais. Neste sentido, objetivar o bem-estar e a justiça social significa ter relações econômicas e sociais que propiciem trabalho, e condição de vida material, espiritual e intelectual adequada ao trabalhador, e sua família¹.

Os direitos sociais dependem de uma atuação concreta do Estado através de políticas públicas, sendo direitos constitucionais de aplicabilidade mediata, dependentes de disposições legislativas próprias². São direitos de segunda dimensão que buscam não mais evitar a intervenção do Estado na esfera particular do indivíduo, mas possibilitar esta liberdade a partir das atuações estatais.

Assim, temos que os direitos sociais ostentam predominantemente a característica prestacional positiva, e dependem quase que exclusivamente de políticas públicas para sua efetivação, o que insere na discussão da legitimidade do Judiciário na implementação de políticas públicas.

Segundo, Lopes (2002, p. 129):

Os novos direitos, que aliás nem são tão novos visto que já se incorporaram em diversas constituições contemporâneas, inclusive brasileiras anteriores a 1988, têm característica especial. E esta consiste que não são fruíveis, ou exequíveis individualmente. Não quer isto dizer, que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros

¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2007

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 439

direitos subjetivos. Mas, de regra, dependem para sua eficácia, de atuação do Executivo e do Legislativo por terem o caráter de generalidade e publicidade. Assim é o caso da educação pública, da saúde pública, dos serviços de segurança e justiça, do direito a um meio ambiente sadio, o lazer, a assistência aos desamparados, a previdência social, e outros previstos no artigo 6º e 7º da Constituição de 1988³.

Os direitos sociais são caracterizados como direitos fundamentais sociais pois a eles são aplicadas qualidades próprias que o identificarão como materialmente fundamentais dentro da ordem constituída. A constituição traz um capítulo próprio ao tratar dos direitos sociais (capítulo II do título II) e apenas ao final o título sobre a Ordem Social (título VIII). Não obstante, a Constituição não pode ser interpretada em tiras, aos pedaços, porém no seu todo⁴.

Atualmente a dignidade da pessoa humana é a pedra angular do Estado Democrático de Direito. E para isso o ordenamento jurídico brasileiro vem aumentando todo o arcabouço de proteção aos direitos sociais, em vista que eles são os garantidores da dignidade humana materialmente considerada.

Acerca dos direitos de assistência, saúde e previdência social, o artigo 194 da Carta Maior declara que:

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.

A assistência social a ser prestada a quem dela necessitar, independe de contribuição, ressaltando seu papel expressamente distributivo, como disposto constitucionalmente no art. 203:

A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: a proteção à família, à maternidade, à infância, à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das

³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002

⁴ Frase recorrente nos votos do Ministro Eros Roberto Grau em seus votos no Supremo Tribunal Federal. Em sua doutrina, salienta que o direito deve ser visto como um sistema, o que supõe ordenação e unidade. Para alcançar tal unidade o direito serve-se de uma conexão aglutinadora: os princípios. (2003, p.22)

peessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A assistência social atua no combate à pobreza, à exclusão social e fomenta a distribuição de renda, atuando em plena consonância com os objetivos da República expressos nos primeiros artigos da Carta Política.

O direito à saúde, expresso no art. 196 dispõe-se como um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Deve ser entendido de forma ampla e como decorrência do direito à dignidade da pessoa humana.

E a previdência social, objeto central deste estudo, presta-se como uma garantia de um seguro social, nos quais os riscos sociais são distribuídos no intuito de salvaguardar os segurados de situações imprevistas ou da velhice⁵.

A Seguridade Social forma uma rede protetiva de contribuição do Estado e dos particulares na finalidade de estabelecer ações para o sustento de pessoas necessitadas, trabalhadores em geral e seus dependentes, na efetivação de um princípio de proteção mínima que possa garantir a manutenção de uma vida digna.

1.2 Força normativa dos princípios

Os princípios caracterizam-se como espécies normativas, ao lado das regras jurídicas. Os princípios e regras somados a atividade interpretativa do jurista resultam nas normas jurídicas. A atividade interpretativa não se restringe à mera

⁵ Para Wladimir Novaes Martinez (1992, p.99) previdência social é “(...) a técnica de proteção social que visa proporcionar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana- quando esta não pode obtê-los ou não é socialmente desejável que os aufera pessoalmente através do trabalho, por motivo de maternidade, nascimento, incapacidade, invalidez, desemprego, prisão, idade avançada, tempo de serviço ou morte – mediante a contribuição compulsória distinta, proveniente da sociedade e de cada um dos participantes”.

leitura do texto, ela exige senso apurado, reflexão crítica e domínio do direito positivo. As normas jurídicas são o resultado da interpretação, dando sentido ao enunciado jurídico.

Os princípios são normas de sustentação do ordenamento jurídico, podendo coexistir frente a conflitos com outros princípios, prevalecendo aquele de maior importância para o caso concreto. Ao passo que as regras são de regulação imediata, aplicadas dentro da lógica trazida pela regra “do tudo ou nada”, e a convivência entre elas é antinômica⁶.

Os princípios preexistem à sua positivação, estando presente nas relações sociais e na consciência do povo. Os princípios jurídicos podem ser explícitos, quando estão positivados no ordenamento, e implícitos quando encontrados no direito pressuposto. Independente da forma, são fontes de sustentação, condução de interpretação e promoção de integração do direito.

A teoria de Robert Alexy esclarece que considerar um direito social como fundamental leva-se a sua justiciabilidade. Tais direitos sociais estão intimamente ligados a efetivação da liberdade. Entende-se que o conteúdo desses direitos deve ser determinado pelo Poder Legislativo, mas isso não afasta a atuação do Judiciário nos casos em que o conteúdo esteja previsto normativamente⁷.

Assim, Alexy conclui com a necessidade de uma análise casuística e ponderada que verificará a determinação normativa do conteúdo desses direitos (para não haver quebra do princípio democrático), a possibilidade de colisão de direitos fundamentais e, por fim, se tal direito social é de fato um imperativo da liberdade fática⁸.

Sob o prisma objetivo dos direitos fundamentais, incorporam-se a dimensão axiológica desses direitos, visto que orientam aos valores fundamentais a serem

⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Madrid: Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, 2001 “(...) o direito carece de pautas suficientes então as decisões acerca do conteúdo dos direitos fundamentais sociais é um assunto da política. Mas, isso significa que, de acordo com os princípios da divisão dos poderes e da democracia, a decisão sobre o conteúdo dos direitos sociais fundamentais não é competência dos tribunais de justiça, mas sim do legislador diretamente legitimado pelo povo. No entanto, os tribunais podem decidir sobre os direitos sociais que o legislador já decidiu”.

⁸ ALEXY, 2001.

perseguidos pelo Estado Moderno, o que invalida a invasão do núcleo essencial dos direitos fundamentais, impondo uma eficácia dirigente e irradiante⁹.

Já a característica subjetiva dos direitos fundamentais aponta para o seu grau de exigibilidade. De fato, são direitos individuais, já que o mandamento constitucional que impõe a obrigação prestacional ao Estado só tem efetividade quando o direito é entendido como subjetivo¹⁰. Ou seja, a característica programática desses direitos, que servem como mandamentos constitucionais ao legislador e a própria Administração não lhes retira a efetividade direta enquanto direitos individuais e subjetivos. Afastar a tutela jurisdicional sob o argumento de que a interferência do Judiciário acarretará tomada de posição política sem a legitimidade democrática suficiente é uma forma de afastar a eficácia da Constituição.

Os direitos fundamentais trazidos pelo art. 194 da CRFB/88, já trazidos anteriormente, conferem aos seus beneficiários o interesse subjetivo pelo simples fato de já terem seu objeto e extensão previamente delimitados pelo legislador.

Garantir o status de fundamental ao direito à saúde, ao direito à assistência social e à grande maioria dos direitos previdenciários têm relação com a manutenção do mínimo existencial¹¹.

Destacada a relevância dos princípios dentro do ordenamento jurídico, cumpre apontar que cabe a aplicar ao Direito Previdenciário os princípios específicos da Previdência e os princípios gerais da Seguridade Social.

1.3 Direitos sociais como cláusulas pétreas e a impossibilidade de retrocesso social

As cláusulas pétreas foram concebidas para garantir, de forma mais agravada, o ordenamento constitucional. Impedem o poder do constituinte reformador de modificar determinadas matérias. Tais cláusulas constituem o núcleo

⁹ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

¹⁰ Acerca da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, observa Daniel Sarmento seguindo o entendimento de Ingo Sarlet.

¹¹ ALEXY, 2001.

essencial intangível, se prestam a conservá-la contra alterações que afetem ou causem ruptura no próprio ordenamento, garantindo a permanência de uma identidade constitucional¹².

Excluir os direitos sociais, que são também fundamentais, do rol de imutabilidade das cláusulas pétreas é seccionar os próprios direitos, categorizando-se em graus de importância. Considerar um direito como fundamental é elevá-lo ao mais alto grau de um ordenamento jurídico, pois tais direitos embasam os valores deste ordenamento¹³.

Sarlet (2007) relembra:

A função precípua das assim denominadas cláusulas pétreas é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se, neste sentido, a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte. Isto se manifesta com particular agudeza no caso dos direitos fundamentais, já que a sua supressão, ainda que tendencial, fatalmente implica agressão (em maior ou menor grau) ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁴.

Em consonância ao princípio do Estado Social: o valor social do trabalho como fundamento da República, afastar o rol das cláusulas pétreas dos direitos sociais significaria ferir os princípios e objetivos da República. Como afirma Carl Schmitt, as decisões políticas fundamentais da Constituição são assuntos do povo¹⁵.

Afastar as garantias corresponde a um nítido retrocesso social. Analisando o princípio da democracia econômica e social conclui-se que a construção e concretização dos valores constitucionalmente eleitos depende de um processo histórico e culturalmente orientado, derivando-se assim do princípio do “não retrocesso social” ou da “ proibição do retrocesso social”. Se o Estado tem o dever de concretizar os valores constitucionalmente eleitos e tal concretização se dá por

¹² PEDRA, Adriano. Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas. Revista de Informações Legislativas, Brasília, 2006.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra, 2006

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹⁵ SCHMITT, Carl. Teoria da Constituição. Madrid: Direito Privado, 1928

meio de um processo, admitir o retrocesso seria desrespeitar um direito já adquirido socialmente¹⁶.

Romper com direitos sociais constitucionalmente assinalados significa um nítido retrocesso, uma afronta a força normativa da Constituição e a segurança jurídica. Conceitua o princípio do retrocesso social, Canotilho (2006):

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas, deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, como uma anulação ou revogação do núcleo essencial de tais direitos¹⁷.

A vedação ao retrocesso conceitua-se como uma imposição principiológica na garantia a proteção dos direitos sociais no nível de tutela que se encontram, sem retrocessos, permitindo apenas progressões. Tal máxima está conectada a ideia da segurança jurídica, como efetividade das normas constitucionais e eficácia dos direitos prestacionais.

Esse princípio é extraído implicitamente do texto constitucional, e é feito a partir de uma análise sistêmica de interpretação de diversos princípios constitucionais explícitos, tais como (i) o da dignidade da pessoa humana; (ii) do Estado Democrático Social de Direito; (iii) segurança jurídica; (iv) máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais. Pressupõe uma prestação estatal protetiva, e a partir desta prestação surge uma obrigação negativa para o Estado, que se reveste em forma de direito subjetivo ao segurado, de abster-se a qualquer forma de diminuição da proteção alcançada.

1.4 Princípios constitucionais da Seguridade Social

Os princípios da Seguridade Social formam a base axiológica para a compreensão dos institutos previdenciários, e da concessão de benefícios. Servem

¹⁶ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol.99. p 305

¹⁷ CANOTILHO, 2006

de pressuposto axiológico para a posterior compreensão do instituto jurídico da desaposentação, que será analisada sob sua vertente principiológica.

Dentre os princípios gerais, merece destaque o princípio basilar da Igualdade, expresso no artigo 5º da Carta Maior e implicitamente em outros diversos dispositivos constitucionais. Sua interpretação deve pautar-se sob o enfoque material, onde o conceito de justiça está intimamente atrelado a forma de tratar de maneira igual os iguais e de maneira desigual os desiguais, na medida de sua desigualdade.

O princípio da universalidade de cobertura enfatiza a dimensão objetiva da Seguridade, na tentativa de que sistema protetivo possa cobrir o maior número de riscos ou contingências sociais. E a dimensão subjetiva do princípio encontra-se na universalidade de atendimento, de forma que todos os residentes do território brasileiro possam ser titulares dessa rede protetiva. Tal princípio consagra uma proteção universal encontrando limitações na máxima da reserva do possível, dando origem a outros princípios como o da seletividade e distributividade.

A universalidade na cobertura e no atendimento tem a finalidade de manter a subsistência de quem dela necessite¹⁸; que a universalidade da cobertura se refere à cobertura de todos os eventos capazes de gerar incapacidade de subsistências, ao passo que a universalidade no atendimento significa a realização de ações, prestações e serviços de seguridade social, no âmbito da saúde, da assistência social e da previdência social, sendo que nesta última deve ser obedecido o princípio contributivo.

O art. 194 da Constituição Federal traz:

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 de serviços e benefícios 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 na base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da Administração,

¹⁸ CASTRO, Carlos Alberto P. de. *Manual de Direito Previdenciário*. 6ªed. São Paulo: Editora LTr, 2005

mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados, e do Governo, nos órgãos colegiados.

Quanto ao princípio da uniformidade e equivalência de serviços e benefícios às populações urbanas e rurais, a nova constituinte trouxe a ideia de que as prestações securitárias são idênticas, tanto para os trabalhadores rurais e urbanos. Mesmo que os rurais contribuam menos que os urbanos, a eles lhes serão devidos benefícios iguais aos dos urbanos. O princípio da uniformidade e equivalência de benefícios e serviços às populações urbanas e rurais tem caráter evidentemente protetivo e catalisador da igualdade material, exemplificado no art. 201 §7º, I e II CRFB/88, que reduz em 5 anos o tempo de aposentadoria dos trabalhadores rurais. O próprio texto explicita essa presunção jurídica de vulnerabilidade aos trabalhadores rurais, devido aos desgastes da profissão, ambiente de trabalho, exposição as alterações climáticas.

O princípio da seletividade e distributividade na prestação dos serviços e benefícios prevê que os direitos sociais são prestacionais, exigindo uma atuação comissiva do ente estatal. Ocorre que, diante das possibilidades orçamentárias e da aplicação da reserva do possível, o Estado não possui condições de proteção integral. Criando-se assim um critério de seletividade, onde determinados benefícios serão concedidos apenas aos segurados que se encontrem em uma situação de extrema necessidade.

Conforme o princípio da seletividade, os benefícios e serviços devem ser concedidos àqueles que efetivamente necessitem, o que será constatado pelo cumprimento dos requisitos exigidos pela Seguridade Social. O princípio da distributividade reflete o caráter de repartição do sistema, isto é, repartição de renda e bem-estar social como meios de alcançar a justiça social. Entendem que nos benefícios assistenciais há distribuição de renda e nos serviços de saúde pública distribui-se o bem-estar social¹⁹. E ao se recolher a contribuição de todos os contribuintes e se distribuir apenas àqueles que necessitam, pratica-se distribuição de renda e justiça social. Existe escolha política quanto às prestações de benefícios

¹⁹ LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 9 ed. Florianópolis: Conceito, 2008

que melhor atenderão à proteção social, de modo que o Estado deve buscar reduzir as desigualdades sociais, redistribuindo a renda, distributividade.

A irredutibilidade do valor dos benefícios, de forma a preservar o poder aquisitivo, ou seja, o seu valor real, tem previsão constitucional no artigo 201 § 4º, contrapondo-se a interpretação da irredutibilidade meramente nominal da assistência social, e da saúde. Dentro da perspectiva previdenciária, esse princípio é aplicado para atuar na manutenção da qualidade de vida do beneficiário, mantendo seu poder aquisitivo como forma de perpetuar uma vida digna, sem deixar que o poder inflacionário afete seu poder de compra. O fato de muitos benefícios não traduzirem uma adequada subsistência não tem relação com tal princípio, afinal muitos benefícios trazem valores ineficazes para a subsistência, devido ao valor da contribuição ser muito escasso. Se ao longo da vida, o segurado recolheu contribuições baixas, não há como ele obter benefícios altos.

A seguridade social prega a justiça social, logo ela deve repartir os serviços e os custos do sistema. O princípio da equidade da forma de participação no custeio está ligado à isonomia e à capacidade contributiva, afinal o contribuinte irá fazê-lo na medida de sua situação fática. O princípio busca garantir que quem tiver menores condições de contribuir participará com menos do que aqueles com maiores condições de fazê-lo, isto é nada mais do que a aplicação do princípio da capacidade contributiva, herança do direito tributário. O hipossuficiente que não tiver condições de contribuir não pode estar impedido de obter proteção social, em razão da proteção do mínimo existencial, ainda que contribua quando for possível e nos limites de suas condições.

Portanto, a equidade na forma de participação de custeio deverá observar duas máximas: (i) o princípio da capacidade contributiva; (ii) risco social, quanto maior o risco da atividade, maior a contribuição. Logo, algumas contribuições sociais previstas poderão ter alíquotas ou bases de cálculo alteradas em razão da atividade econômica, como traz o art. 195 § 9º da CF/88:

As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de-obra, do porte da empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho.

A diversidade da base de financiamento tem como pressuposto não gerar a dependência econômica de apenas uma forma de financiamento, o intuito está em arrecadar receita de várias fontes pagadoras, não se restringindo apenas aos trabalhadores, empregadores e Poder Público. Sérgio Pinto Martins (1999) acrescenta que a União deverá financiar a Seguridade Social e cobrir eventuais insuficiências financeiras do sistema e que de acordo com o princípio da diversidade da base de financiamento se permite a instituição de outras fontes de custeio, desde que não afronte os limites constitucionais²⁰.

Este princípio é reflexo do princípio da solidariedade social, basilar da Seguridade Social, pois insere a responsabilidade de todos os setores da sociedade no bem estar social coletivo. De tal forma que a cooperação daqueles que apresentem melhores condições econômicas supra a insuficiência da contribuição daqueles que carecem de tais condições.

O princípio do caráter democrático e descentralizado da Administração, traz a organização e o gerenciamento do sistema da Seguridade Social que terá participação quadripartite democrática, formada por trabalhadores, empregadores, aposentados e o governo nos órgãos colegiados. Ou seja, a gestão garante a participação de todos os envolvidos na relação previdenciária, na medida em que haja deliberação sobre questões profissionais ou previdenciárias.

A Previdência Social também possui princípios específicos, que encontram fundamentos dentro dos princípios gerais da Seguridade. Tais como o da universalidade de participação. Tal princípio garante a participação de todos aqueles que se filiem efetuando o pagamento das contribuições, o que difere da assistência social e saúde. Há outro critério limitador que é a qualificação do segurado por outro regime, visto que a Constituição Federal em seu artigo 201 § 5º veda a filiação a regime próprio de previdência e ao regime geral na qualidade de segurado facultativo. Ou seja, o segurado filiado ao Regime Próprio de Previdência Social só poderá filiar-se também ao Regime Geral quando exercer atividade remunerada, sendo segurado obrigatório nos dois regimes, conforme compatibilidade de cumulação de cargos trazidos pelo art. 37, XVI.

²⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 1999

O princípio da indisponibilidade dos direitos dos beneficiários, revela-se como um princípio impositivo para ambos os pólos da relação previdenciária. O beneficiário não pode renunciar, nem transacionar seus direitos sociais materializados, e o ente previdenciário não pode se escusar de cumprir prestações sociais positivas sob o argumento de transição do direito. O ordenamento jurídico tutela uma rede protetiva, de forma que o próprio segurado esteja protegido dos seus próprios atos. A doutrina majoritária é pacífica em caracterizar a indisponibilidade dos direitos beneficiários por terem natureza alimentar, sendo assim inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis.

Os princípios da solidariedade e da capacidade contributiva, específicos da Previdência Social, serão tratados com profundidade dentro da análise crítica do voto do Relator no RE 611.256.

CAPÍTULO 2

Regime Geral de Previdência Social - RGPS

2.1 Direito Fundamental à Previdência Social e seu papel no Estado Democrático de Direito

Previdência Social é um subsistema de proteção social que integra a Seguridade Social. É um direito social, de 2ª geração, e como a maioria deles são direitos prestacionais, que carecem de atuação estatal para gozar de sua plena eficácia.

Ao mesmo tempo, o direito da previdência social é enaltecido como um direito fundamental, pois este faz parte da formação do mínimo existencial para que o indivíduo possa ter sua dignidade efetivada. A teoria geral dos direitos fundamentais não nega sua aplicabilidade direta, o que por sua vez não implica de forma automática e imediata a sua transformação em direitos concretos e subjetivos. Mas, a força normativa de tais direitos, promove a vinculação dos poderes públicos.

Para Canotilho (2003, p.438):

A cláusula de vinculação tem uma dimensão proibitiva: veda às entidades legiferantes a possibilidade de criarem atos legislativos

contrários as normas e princípios constitucionais, isto é, proíbe a emanção de leis inconstitucionais lesivas aos direitos fundamentais. Possui também uma dimensão positiva, segundo a qual, o legislador deve realizar os direitos fundamentais, otimizando sua normatividade²¹.

A previdência social é materializadora da dignidade humana pois estabelece uma proteção social, mediante um sistema contributivo, que visa propiciar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família. Haja vista que a “fundamentalidade” do direito da previdência relaciona-se com o princípio do mínimo existencial, de forma que garantir o mínimo protetivo é o menor limite de proteção que o Estado deve tutelar. A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém do mínimo.

Segundo Gilmar Mendes, na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa, destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público seja pelo (i) não impedimento de prática de determinado ato, seja, pela (ii) não intervenções em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas. Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Judiciário, que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado. Outras normas, consagram direitos e prestações de índole positiva quanto a prestações normativas de índole positiva.

O direito da previdência social tem simetria com o direito trabalhista, pois ambos decorrem de contextos históricos de lutas sociais onde o Estado e os particulares figuram polos opostos decorrentes de uma relação marcada pela hipossuficiência. Portanto, a proteção social do segurado deve ser elevada a um nível constitucional fundamental, regido pelo direito público. Neste sentido, deve –se ressaltar que os direitos previdenciários são devidos aos cidadãos como condição mínima de existência.

2.2 Previdência Social na Constituição Federal de 1988

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 438

Por sua vez, a Constituição de 1988 trouxe um avanço emblemático para a noção de previdência, sendo tratada de forma expressa como um direito constitucional, de nível fundamental e social. Foi um importante marco histórico instaurando uma nova ordem jurídica organizada por normas protetivas formadas por regras e princípios.

Segundo Cléve (2014):

No caso do Brasil, e especialmente para responder e superar a herança imoral de uma cena social com discriminatórias estruturas de oportunidades, resultado de muitos anos de adoção de modelos de desenvolvimento não inclusivos, o regime constitucional da Seguridade Social (art. 194) que foi aprovado pela Assembléia Nacional Constituinte caracteriza-se por ser um sistema de (i) direitos materialmente conexos com os direitos humanos e com os previstos no Título 11 (art. 6º CRFB), relativo aos direitos fundamentais; são (ii) direitos rigidamente protegidos, posto que dotados de uma detalhada redação constitucional de direitos, garantias jurisdicionais, institucionais, organização e orçamento; são (iii) direitos integrados, posto que a redação original determina o respeito, proteção e promoção compartilhada e convergente dos direitos da saúde, da assistência social e da previdência, são direitos exigíveis em juízo²².

No Brasil, a Previdência Social divide-se em três regimes, a saber: (i) Regime Geral de Previdência Social – RGPS; (ii) Regimes Próprios de Previdência Social - RPPS; (iii) Regime de Previdência Complementar. O RGPS e o RPPS são mantidas pelo Poder Público, e a Complementar tem natureza privada. O Regime Geral é o mais amplo dos regimes, pois abarca o maior número de brasileiros. É organizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia vinculada ao Ministério da Previdência Social (MPS).

A filiação é o vínculo jurídico entre o segurado e o RGPS do qual decorrem direitos e obrigações recíprocas. O segurado tem o dever de contribuir, pois o regime exige a contribuição direta por parte do segurado, em contrapartida o regime deve garantir a cobertura previdenciária em relação aos riscos sociais selecionados pelo legislador.

O artigo 201 da Constituição Federal estabeleceu a filiação obrigatória e o caráter contributivo desse sistema, a fim de propiciar um sistema que seja eficiente. Em regra, exige-se à compulsoriedade do vínculo, e o pressuposto fático de tal

²² CLÉVE, Clémerson Merlin. Direito Constitucional Brasileiro: Volume III: constituições econômicas e social. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014

obrigatoriedade decorre do exercício atividade remunerada. São considerados filiados obrigatórios os trabalhadores com vínculos empregatícios regidos pela CLT, servidores públicos titulares exclusivamente de cargos comissionados e temporários, trabalhadores rurais, pescadores, produtores rurais, domésticos, avulsos, autônomos, empresários. A filiação facultativa é subsidiária, para aquele que não exerce atividade remunerada, em regra, e deseja filiar-se por ato de autonomia de vontade.

O arcabouço normativo que regula o RGPS está disposto em um conjunto de leis esparsas, tais quais (i) CF, que dispõe acerca de normas gerais e princípios específicos do Direito Previdenciário; (ii) Lei 8.212/91 que trata da Organização Da Seguridade Social e do Plano de Custeio; (iii) Lei 9.796/99 que trata da averbação do tempo de serviço; (iv) Lei 8213/91 que dispõe sobre os Planos de Benefícios; (v) Lei 10.666/03 que versa sobre a aposentadoria especial; (vi) Decreto 3.048/99 que traz o Regulamento da Previdência Social.

O art. 1º da Lei nº 8213/91 traz:

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

Os Regimes Próprios de Previdência Social serão mantidos pelos próprios entes, assim como destaca o art. 40 da CF, onde os servidores públicos titulares de cargos efetivos encontram-se subordinados a tal regime, desde que exista um regime específico na lei. Caso não haja tal disposição, como é o caso de muitos municípios, vinculam-se de forma subsidiária ao RGPS.

Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Os filiados ao RPPS só poderão filiar-se ao RGPS se forem na qualidade de segurados obrigatórios, logo se exercerem atividade remunerada. A Constituição Federal veda expressamente tal disposição em seu art. 201 § 5º.

O Regime de Previdência Complementar está previsto no artigo 202 da Carta Maior e é regulamentado pelas LC 108 e 109, ambas de 2001. Tem natureza jurídica contratualista; uma vez que são oferecidos contratos de adesão aos planos previdenciários, facultativa; autônoma em relação ao contrato de trabalho e complementar; pois revela a oportunidade de obtenção de benefícios que superem a proteção básica dos regimes públicos. Outra forte característica do Regime Complementar é a capitalização, pois a fonte de custeio são as próprias contribuições dos segurados, logo tais contribuições serão investidas em valores arrecadados e capitais acumulados, acrescidos de investimentos financeiros.

O Regime de Previdência Complementar Privado pode ser aberto, acessível ao público em geral, e fechado, restrito aos empregados e associados de determinado patrocinador (empresa). E o Regime de Previdência Complementar Público, que possui caráter complementar e facultativo, instituídos por entes públicos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e fechado aos servidores públicos titulares de cargos efetivos.

2.3 Aposentadoria

2.3.1 Conceito e natureza jurídica

Este breve tópico tem como escopo conceituar o benefício previdenciário da aposentadoria, sua natureza jurídica, sem aprofundar-se em conhecimentos próprios e específicos do instituto, apenas servindo de subsídio para a posterior compreensão do instituto da desaposentação.

Aposentadoria é uma contraprestação pecuniária, que o segurado tem direito de obter mensalmente, se cumpridos os requisitos legais.

Segundo Martins (1999):

A aposentadoria não pode ser interpretada como uma benesse ou um prêmio dado pelo Estado, visto que é um direito conquistado que se exige a contribuição do trabalhador²³.

Para Castro e Lazzari (2005):

Aposentadoria é o direito do segurado a inatividade remunerada²⁴.

Martinez (2009) acrescenta:

É um direito patrimonial, dependendo meramente da vontade da pessoa de requerer o benefício, após o cumprimento dos requisitos legais²⁵.

Para parte da doutrina, a natureza jurídica da aposentadoria é de ato administrativo declaratório. Para que seja adquirida, faz-se necessário requerer administrativamente perante o INSS, que analisará o cumprimento dos requisitos e deferirá o benefício. Após a devida tramitação, torna-se ato jurídico perfeito, dotado de segurança jurídica frente às futuras alterações legislativas.

Furtado (2010, p.259):

Ato administrativo é toda declaração unilateral de vontade do Estado, ou quem tenha recebido delegação deste, excetuadas aquelas provenientes do exercício das funções judicial e legislativa, regida pelo Direito Administrativo. São perfeitos, pois passaram pelas etapas necessárias à sua concretização. Eficazes, pois são aptos a produzirem efeitos; válidos pois estão adequados ao ordenamento jurídico²⁶.

Aposentadoria é um direito social previsto expressamente no artigo 7º, XXIV da CRFB/88 como um direito do trabalhador urbano e rural. No plano infraconstitucional possui regulamentação nas Leis 8212/91 e 8213/91.

²³ MARTINS, 1999, p.65

²⁴ CASTRO, 2008. p.517

²⁵ MARTINEZ, 2009, p.31.

²⁶ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 259.

Uma das exigências para a sua concessão é cumprir o período de carência. Segundo o artigo 24 da referida Lei dos benefícios, o período de carência é conceituado “pelo número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício”.

É importante ressaltar que carência e tempo de contribuição são conceitos distintos, haja vista que existem benefícios que não exigem carência. Há também a possibilidade de um segurado ter vários anos de contribuição e não ter carência haja vista que trabalhou por vários anos sem recolher contribuição e de uma vez só ele efetuou todos os recolhimentos atrasados, obtendo assim 10 anos de contribuição e nenhuma carência, já que não fez recolhimento mensal. O conceito de carência é mais rigoroso que o de tempo de contribuição, como exemplifica o art. 24 da Lei que havendo perda da qualidade de segurado, as contribuições anteriores a essa data só serão computadas para efeito de carência, depois que o segurado contar, a partir da nova filiação, com no mínimo 1/3 do número de contribuições exigidas para cumprir a carência do benefício requerido.

2.3.2 Aposentadoria por tempo de contribuição

Antes do advento da EC 20/98 o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição denominava-se aposentadoria por tempo de serviço, e teve sua nomenclatura alterada devido ao caráter contributivo do sistema previdenciário.

Nela, há a presunção de um dano ao trabalhador ocasionado pelo cansaço e fadiga derivados do exercício prolongado da atividade laboral. Logo, fará jus ao benefício o homem que completar 35 anos de contribuição e a mulher 30 anos, inexistindo limite mínimo de idade. O instituto está previsto nos artigos 52 a 56 da Lei nº 8213/91, e nos artigos 56 a 63 do Decreto 3048/99.

Ibrahim (2010) ressalta:

Considera-se tempo de contribuição o tempo, contado de data em data, desde o início até a data do requerimento ou do desligamento de atividade abrangida pela Previdência Social, descontados os períodos legalmente estabelecidos como de suspensão de contrato

de trabalho, de interrupção de exercício e de desligamento de atividade²⁷.

Existe a redução de cinco anos para os professores que exerçam comprovadamente efetivo exercício em função de magistério na educação infantil, ensino fundamental e médio, incluindo-se neste rol os coordenadores e assessores pedagógicos. Segundo o entendimento do STF, não se computa o tempo de serviço prestado fora da sala de aula.

O prazo de carência da aposentadoria por tempo de contribuição é de 180 contribuições mensais e a renda mensal é de 100% do salário-de-benefício e com a incidência obrigatória do fator previdenciário, para desestimular o requerimento com idade baixa.

Aqueles que se aposentaram antes da EC 20/98 possuem direito adquirido as regras da época. Aqueles que ingressaram no RGPS após essa alteração constitucional submetem-se as regras atuais e vigentes. E também, há aqueles que entraram no regime antes da emenda, mas na data de sua publicação não haviam preenchido todos os requisitos necessários para a concessão do benefício, sendo estes titulares de uma mera expectativa de direito, aplicando-se uma regra de transição. Dentre essas regras de transição, destaca-se a possibilidade da aposentadoria proporcional por tempo de serviço, objeto de extrema importância que incidirá no instituto da desaposentação, a ser analisado posteriormente.

Em todos os casos, com a aplicação do fator previdenciário, o cálculo da renda mensal corresponderá a 70% do salário-de-benefício, aos 25 anos de contribuição para a mulher, e aos 30 anos para o homem, e do resultado se adiciona 6% a cada novo ano completo de atividade

2.3.3 Aposentadoria por idade

²⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 15 ed. Niteroi: Impetus, 2010. P. 633

Já o benefício da aposentadoria por idade visa garantir a manutenção do segurado e de sua família quando não for possível continuar com a atividade laborativa devido à idade avançada. Sua previsão legal encontra-se no artigo 48 a 51 da Lei 8213/91 e 51 a 58 do Decreto 3.048/99. Os requisitos para a concessão desta modalidade de aposentadoria é adquirir a idade mínima e cumprir a carência de 180 contribuições. Para homens, a idade mínima é de 65 anos, e para as mulheres é 60 anos. Há uma flexibilização para o trabalhador rural, que poderá aposentar-se 5 anos a menos.

Logo, o fato gerador de tal benefício é a idade somado ao tempo de contribuição. A Lei 10666/03 traz que a perda da qualidade de segurado não será considerada nesta modalidade de aposentadoria, desde que o segurado conte com o mínimo tempo de contribuição exigido para o efeito de carência na data do requerimento do benefício.

A jurisprudência vem consolidando seu entendimento de que os requisitos da idade mínima e do tempo de carência não precisam ser simultâneos, tais critérios foram desvinculados por obra da Lei 10.666/2003. A doutrina aponta a aposentadoria compulsória por idade no RGPS, quando o segurado homem completa 70 anos e a mulher 65 anos, ambos cumpridos o período de carência de 180 contribuições mensais, 15 anos.

De acordo com o artigo 50 da Lei de Benefícios, o cálculo da renda mensal corresponderá a 70% do salário de benefício, a cujo resultado se acresce 1% a cada grupo de 12 contribuições, até o máximo do acréscimo de 30%, visto que o benefício não poderá ultrapassar o valor de 100% do salário-de-benefício. A aplicação do fator previdenciário é facultativa (artigo 7º da Lei n. 9876/99).

2.3.4 Aposentadoria por invalidez

A aposentadoria por invalidez objetiva a substituição dos rendimentos dos segurados que foram considerados incapazes para exercer a atividade laborativa e não puderam reabilitar-se para atividades que lhe garantam subsistência.

Está expressa no artigo 42 da Lei 8213/91:

A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio doença, for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nessa condição.

Segundo Zambitte (2010):

A invalidez presume incapacidade permanente para o trabalho, ainda que excepcionalmente reversível²⁸.

Mesmo diante de tal presunção, é necessário que o INSS ateste tal incapacidade através de uma perícia médica, podendo esta ser requerida a qualquer tempo pela autarquia a fim de constatar a continuidade da inaptidão em laborar.

A carência para tal benefício é inferior a carência das demais modalidades de aposentadoria, devido ao caráter emergencial da situação, correspondendo a 12 contribuições mensais. Contudo, o ordenamento passa a ausentar o período de carência quando a invalidez é gerada por acidente de trabalho ou qualquer outra doença especificada em lista elaborada em conjunto com o Ministério da Saúde e Ministério da Previdência Social.

O valor mensal da aposentadoria é 100 % do salário-de-benefício, mesmo naquela decorrente do acidente de trabalho. Ademais, se o segurado necessitar de assistência permanente de outra pessoa, será acrescido um coeficiente de 25%, ainda que superando o limite máximo de contribuição. Ressalta-se também que não há a aplicação do fator previdenciário.

2.3.5 Aposentadoria Especial

É conferida com base em critérios diferenciadores para a aquisição do benefício em comparação com as aposentadorias ditas “ordinárias”. Nos termos de lei complementar e da Constituição Federal são para as atividades exercidas sob

²⁸ IBRAHIM, 2010.

condições especiais que prejudiquem a integridade física, exemplificado pelos segurados portadores de deficiência.

O art. 201 § 1º da CRFB/88 traz que:

É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

Tal aposentadoria encontra previsão nos artigos 57 e 58 da Lei de Benefícios, estabelecendo prazos distintos para aqueles que trabalharam em condições especiais que prejudiquem a saúde e integridade física durante 15, 20 ou 25 anos.

O benefício exige a carência de 180 contribuições mensais, tendo como a renda mensal o equivalente a 100% do salário-benefício, e é afastada a aplicação do fator previdenciário.

2.4 Desaposentação

A desaposentação, foco deste trabalho, é conceituada, consoante maior parte da doutrina, como uma renúncia a uma modalidade de aposentadoria, já implementada, para o aproveitamento do respectivo tempo de contribuição, inclusive o novo tempo de contribuição, posterior ao implemento do primeiro benefício, na perspectiva de obtenção de um benefício de aposentadoria maior. A desaposentação pode ser obtida no mesmo regime previdenciário ou em outro diverso. O ato de renúncia a primeira aposentadoria e a consequente requisição da outra, deve ser praticada por sujeito de direito plenamente capaz e no exercício de seus direitos. E obviamente, por ser ato restritivo de direito deve ser feito na modalidade expressa preferencialmente formal e escrita.

A busca pela desaposentação é a busca por um melhor benefício previdenciário. Ela acontece principalmente quando o valor do

benefício recebido pelo aposentado já não é mais suficiente para que este mantenha seu padrão de vida habitual. Não necessariamente o mesmo padrão de vida que tinha antes da aposentadoria, mas aquele conquistado inicialmente, no momento da concessão do benefício, condizente com o valor dos salários-de-contribuição vertidos ao sistema; e, posteriormente, com a continuidade no mercado de trabalho²⁹.

Para a requisição de um novo benefício há de se observar a diferença de idade, a carência assim como eventuais regras de transição. Portanto, no momento em que se requisita a segunda aposentadoria, tal benefício será regido pela legislação vigente, vigorando o princípio do “tempus regit actum”, conforme consagrado pela jurisprudência previdenciária³⁰.

Sobre a categoria de trabalhadores ativos que já recebe aposentadoria, Marisa Ferreira dos Santos, contextualiza:

Não raro, o aposentado continua a trabalhar e participar do custeio do regime previdenciário, embora sem direito a nenhuma cobertura em razão dessa nova filiação (...) Acresce ao reduzido valor de sua aposentadoria o da remuneração pela atividade que passa a exercer, e continua a pagar contribuição previdenciária incidente sobre esse valor (novo salário de contribuição). Com o passar do tempo, acaba concluindo que não pode mais trabalhar e, como não tem direito à cobertura previdenciária em razão da atividade que passou a exercer, arca com a perda desse rendimento³¹.

Grande parte da doutrina apenas reconhece a desaposentação nos casos de aposentadoria por tempo de contribuição e por idade. Ocorre que, Marco Serau Jr. em sua obra “Desaposentação – Novas Perspectivas Teóricas e Práticas”, amplia o cabimento da desaposentação para outras modalidades, como por exemplo a aposentadoria por invalidez. Afinal, o regime é contributivo, e o que mantém a condição de segurado não se dá pela condição de trabalhar, e sim pelo recolhimento de contribuições. A EC 20/98 foi a responsável por tal mudança paradigmática haja

²⁹ LANDETHIN, Adriane Bramante de Castro. Desaposentação: teoria e prática. 1 ed. Curitiba. Juruá, 2010, p.72

³⁰ IBRAHIM, 2010. P. 620.

³¹ SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário Esquematizado. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011, p.325

visto que incluiu aquele segurado na condição de facultativo, que não exerce atividade remunerada, mas recolhe contribuição.

A doutrina e a jurisprudência normalmente não aceitam a desaposentação no caso de aposentadoria por invalidez, visto que a possibilidade de retorno ao trabalho faz cessar o benefício, nos termos da lei. Com este entendimento, comungamos. Porém, se vingar o paradigma eminentemente contributivo para a desaposentação, com o correlato entendimento de que a entrada de novas contribuições previdenciárias, mesmo a título de recolhimento espontâneo, permita a majoração do primeiro benefício, então tal restrição não mais persistirá. O segurado que obtém aposentadoria especial e que retorna à atividade ou operação em que esteja exposto aos agentes nocivos definidos em lei, perderá seu benefício. Em virtude de tal limitação trazida pela Lei dos Benefícios, entendemos que a desaposentação pode ocorrer também em relação àqueles beneficiados com essa modalidade de aposentadoria, quando voltem a trabalhar em atividade que não seja “especial”, em que pese tratar-se de hipótese rara³².

O instituto da desaposentação pode ser justificado a partir do direito fundamental do trabalho.³³ Negar o direito a desaposentação é negar o direito ao trabalho. Contradiz com o supraprincípio da Ordem social, que como visto no capítulo 1 desta obra, é baseado no primado do trabalho.

Segundo Serau (2014):

Não é possível obstar que o aposentado volte a trabalhar a fim de prover ou melhorar seu sustento e sua qualidade de vida (ainda que por meio de medidas econômicas indiretas, tais como a exigência de contribuição previdenciária destituída de qualquer contrapartida social³⁴).

É importante registrar que para os defensores da desaposentação, ela não ofende o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, pois este se trata de direito patrimonial disponível, podendo o segurado renunciar deste direito, sem que isso importe ao INSS renunciar o tempo de serviço e de contribuição do segurado. Muitas decisões jurisprudenciais vêm trazendo a ideia de que a invocação da via administrativa (INSS) de ato jurídico perfeito não é válida. Em vista que a

³² Jr., SERAU, Marco Aurélio. Desaposentação – Novas Perspectivas Teóricas e Práticas, 5ª edição. Forense, 06/2014.

³³ IBRAHIM, 2010, p. 75-76; MARTINEZ, 2010, p.29.

³⁴ Jr., SERAU, 2014.

aposentadoria representa, em princípio, a garantia do cidadão para que as suas relações com a Administração não se tornem instáveis pela edição de uma legislação superveniente. Dessa forma, não se pode obrigar o segurado a fruir desse direito incorporado ao seu patrimônio de forma indeclinável³⁵.

O instituto não possui expressa previsão normativa, sendo uma construção doutrinária e jurisprudencial. Por isso, deve ser interpretado à luz das disposições do sistema previdenciário como um todo.

Para Martinez (2009):

Ora a ausência de lei autorizativa não torna ilícita a desaposentação; para que isso sucedesse, era preciso que contraditasse alguma norma positiva, o que não acontece. Imoralidade não há, nem mesmo simples esperteza; se há direito, ele é lícito e moral. Buscar melhor padrão de vida é princípio existencial, político, religioso e moral³⁶.

Há apenas a restrição a atividade laboral ao aposentado por invalidez. Pelo contrário, a Lei 8.213/91 revela em seu artigo 49 a possibilidade do aposentado continuar trabalhando, determinando que o início do recebimento do benefício de aposentadoria por idade se dará na data do desligamento do emprego, ou caso não haja a rescisão do contrato, se dará na data do próprio requerimento³⁷.

Vale ressaltar que a desaposentação é aplicável tanto no RGPS e no RPPS. Isso ocorre porque a CRFB/88 no seu art. 201 possibilita a contagem recíproca do tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada.

Para Martinez (2009):

³⁵ Trechos retirados da decisão da juíza Dayse Starling Motta da 2ª Vara Federal de Iaptinga nos autos do processo nº0003525-04.2015.4.01.3814

³⁶ MARTINEZ, 2009, p.122-123

³⁷ Lei nº 8213 determinou na alínea b, do inciso I, do art. 49, que não há necessidade de desligamento do emprego para o requerimento da aposentadoria, estando o empregado autorizado a continuar trabalhando na empresa. (...) O aposentado pode permanecer em atividade sujeita ao Regime Geral de Previdência Social ou a ela retornar. Assim, o empregado não precisa desligar-se da empresa para requerer a aposentadoria, pois a tramitação desta, no INSS, pode demorar alguns meses, não ficando o obreiro desamparado quanto aos seus rendimentos, podendo continuar a laboral na empresa.

Nada impede que alguém que desaposente num ente Federativo e se aposente noutro, uma vez promovido o acerto de contas entre os RPPS³⁸.

O foco deste trabalho é a análise da desaposentação dentro do RGPS, que pode ocorrer em duas situações. A primeira, ocorre na possibilidade de aposentadoria proporcional ao tempo de contribuição, cujo coeficiente de cálculo é de 70% do salário-benefício. Logo com o passar dos anos, é possível atingir os requisitos da aposentadoria integral, sendo calculado sobre 100% do salário-de-benefício e incidência do fator previdenciário. A segunda, se dá na continuidade laborativa ao longo dos anos e a incidência posterior de fator benéfico mais vantajoso. Nesse caso, a desaposentação a posteriori permitiria a eles tornar a se aposentar com um fator previdenciário mais elevado³⁹.

Fábio O princípio da legalidade, previsto como direito fundamental constitucional ao trazer que a vedação à desaposentação deveria constar de lei, e não havendo proibição direta e não contrariando leis ou princípios, seria plenamente possível⁴⁰.

Ou seja, aplicando-se o princípio da legalidade sob sua dimensão civil (aos particulares, são livres para fazer tudo aquilo que a lei não proíbe) e sob sua dimensão administrativa (a Administração só pode fazer o que a lei determina). Interpretando tal assertiva, é livre o reconhecimento do direito a desaposentação pelo assegurados haja vista que não há lei nenhuma que o proíba. E sob o paradigma da Administração, está impedida de negar e restringir direitos que não sejam feitos mediante lei. Hely Lopes Meirelles aponta essas duas facetas do princípio da legalidade:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei,

³⁸ MARTINEZ, 2009, p.71

³⁹ MARTINEZ, 2009, p.71

⁴⁰ ZAMBITTE, Fábio, Ibrahim. Desaposentação – O caminho para uma melhor aposentadoria. 2 ed. ver. Atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007, p. 66

para o particular significa: pode fazer assim; e para o administrador público: deve fazer assim⁴¹.

A lacuna legal não pode ser obstáculo para a efetivação de direitos sociais, logo o administrador público deve guiar-se pelas premissas legais e diretrizes elementares do direito social⁴².

A questão da renúncia à aposentadoria ocupa lugar central no debate. O artigo 18 § 2º da Lei nº 8.213/91, considerado por muitos doutrinadores como um artigo de constitucionalidade duvidosa, norma anti-isonômica, dispõe que:

O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social 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.

Desse modo, como não há legislação específica sobre o tema, há uma diversidade de decisões jurisprudenciais acerca do tema, inclusive o RE 661 256, que será objeto de análise posterior.

A corrente contrária a desaposentação acredita que ela encontra óbice no princípio da solidariedade, da legalidade e no ato jurídico perfeito. Esclarecem que a aposentadoria é um instituto de direito público, submetido a legalidade administrativa, logo só admite-se a desaposentação se prevista de forma expressa em lei. Sustentam que é defeso ao Poder Judiciário criar norma inexistente no ordenamento pois isso violaria o princípio da separação dos Poderes. Entendem que a vedação, em nível legal, repousa sobre o artigo 18 §2º da Lei nº 8213/91, de forma que o aposentado que retorne à atividade laborativa não terá direito a nenhum benefício, exceto o salário-família e a reabilitação profissional.

O instituto jurídico da renúncia é interpretado pelos opositores como de direito privado, não cabendo aplicação na órbita da Administração Pública. Defendem que o deferimento de aposentadoria constitui um ato jurídico perfeito que não é suscetível de alteração unilateral.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2004, p.88

⁴² ZAMBITTE, op. Cit., p.33

A conveniência em obter a aposentadoria foi examinada pelo segurado na oportunidade do requerimento, não podendo mais insurgir-se contra o seu deferimento, ainda que ensejador de situação menos favorável. O fato gerador da contribuição previdenciária é o exercício de atividade remunerada, seja o contribuinte aposentado ou não.

A contribuição vertida pelos aposentados destina-se ao custeio do sistema, e decorre dos princípios constitucionais da universalidade de custeio e da solidariedade (artigo 195, caput, CF/88), e não para obtenção de benefício futuro. Ao aproveitar as contribuições vertidas após a jubilação para a concessão de nova aposentadoria, ainda que renunciando à primeira, estar-se-á infringindo o artigo 18 § 2º da Lei 8.213/91.

CAPÍTULO 3

Considerações gerais sobre a desaposentação: origem, posição normativa e jurisprudencial

Neste presente capítulo, após as considerações preliminares feitas anteriormente que servirão de subsídio para a compreensão jurisprudencial que se faz acerca do tema, trataremos de um breve histórico, origem, posição normativa e jurisprudencial a respeito da desaposentação.

3.1 Evolução histórica da desaposentação

Em momentos passados da legislação previdenciária existia previsão relativa ao instituto da desaposentação. Menciona que o art. 12 da Lei 5890/1973, dispunha sobre a suspensão da aposentadoria por tempo de serviço daquele segurado que voltasse a trabalhar, situação em que o segurado receberia apenas 50% da renda mensal. Cessada a atividade, o benefício seria somado a um acréscimo de 5% ao ano até o máximo de dez anos, sendo vedado a volta ao trabalho a partir do teto decenal⁴³.

⁴³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Desaposentação. 2 ed. São Paulo: Editora LTR, 2010, p.21.

Segundo Serau Jr. em sua obra já citada anteriormente, traz que a desaposentação surge, justamente como uma forma de resposta oblíqua ou indireta à quebra de fidúcia previdenciária e a correlata derrocada dos direitos sociais adquiridos, derivadas das reformas previdenciárias. A desaposentação torna-se portanto, um mecanismo indireto de revisão do valor dos benefícios previdenciários, uma tentativa de recomposição do valor real dos benefícios, importante princípio constitucional severamente maculado pelas constantes reformas previdenciárias⁴⁴.

Segundo, Ladenthm (2009):

O estopim para essa verdadeira explosão do interesse a respeito da desaposentação pode ser (além do próprio baixo valor dos benefícios previdenciários), a extinção do direito ao pecúlio e ao abono permanência, no contexto das reformas previdenciárias neoliberais, em meados dos anos 1990⁴⁵.

A buscapela desaposentação encaixa-se, assim, numa tentativa de compensação pela extinção desses dois citados direitos previdenciários; como já indicamos acima, uma forma oblíqua de revisão de benefício previdenciário.

O pecúlio era uma prestação paga pelo INSS e correspondia a uma devolução daquilo que tivesse sido pago pelo segurado a título de contribuição previdenciária, em situações trazidas pelo artigo 81 da Lei de Benefícios. Dentre tais situações, estava a do segurado que havia sido aposentado por idade ou tempo de contribuição pelo RGPS que voltasse a exercer atividade, quando dela tivesse se afastado. Tal pagamento era realizado no momento da definitiva inatividade. Esse benefício anulava os efeitos financeiros das contribuições posteriores, restabelecendo uma condição de isonomia com os demais segurados. Foi extinto pela Lei nº 9032/95, que deu nova redação ao artigo 18, § 2º da lei 8213/91. Os aposentados que continuavam a trabalhar sentiram-se prejudicados, pois as contribuições previdenciárias feitas posteriormente à aposentadoria representavam um confisco, visto que não haveria contrapartida relativa a esse pagamento⁴⁶.

O abono permanência era o benefício devido ao segurado que completasse todos os requisitos para requerer a aposentadoria e não a fizesse, permanecendo

⁴⁴ Jr., SERAU, 2014.

⁴⁵ LADENTHM, 2009, p. 11

⁴⁶ SANCHEZ, Adilson. Advocacia Previdenciária. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2010. P. 159.

por mais tempo no mercado de trabalho. Sucintamente, era o benefício devido ao segurado que, tendo satisfeito as condições de carência e de tempo de serviço exigidas para a obtenção da aposentadoria por tempo de serviço integral (30 anos para a mulher e 35 para o homem), optasse por não se aposentar, permanecendo em ativa⁴⁷.

3.2 Posicionamentos Jurisprudenciais

Examinaremos os principais posicionamentos jurisprudenciais a respeito da desaposentação. A começar, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pela própria possibilidade da desaposentação, que já se encontra pacificada.

Recurso especial interposto por Pedro Bertoldo Hasckel, com base na alínea 'c' do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

'Previdenciário. Pedido de desaposentação para recebimento de nova aposentadoria. Ausência de norma impeditiva. Direito disponível. Devolução dos montantes recebidos em função do benefício anterior necessária.

1. 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. 2. A instituição previdenciária não pode se contrapor à renúncia para compelir o segurado a continuar aposentado, visto que carece de interesse.' (...)

O recorrente aponta divergência jurisprudencial no sentido de ser possível a renúncia à aposentadoria, bem como a utilização do tempo de contribuição para a concessão de novo benefício no mesmo ou em outro regime, sem necessidade de devolução dos valores recebidos. Contrarrazões ofertadas. É o relatório.

Cuidam os autos de ação ordinária, objetivando o reconhecimento judicial do direito à renúncia de aposentadoria e expedição de certidão de tempo de serviço para fins da obtenção de futuro benefício no regime estatutário, sem a necessidade de restituição dos proventos recebidos.

A jurisprudência desta Corte pugna que a aposentadoria é direito patrimonial disponível, podendo, portanto, ser objeto de renúncia, revelando-se possível, nesses casos, a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência. (...)

Em face do exposto, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço

⁴⁷ Jr., SERAU, 2014.

do recurso especial e dou-lhe provimento, para reconhecer o direito do segurado à renúncia à aposentadoria de que é titular, a fim de obter benefício mais vantajoso. Invertidos os ônus da sucumbência. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 22 de fevereiro de 2010. Ministro Og Fernandes (Relator)⁴⁸.

O STJ reconheceu o pedido de desaposentação e afastou a necessidade de restituição de proventos, em virtude da boa-fé dos beneficiários e da natureza estritamente alimentar dos benefícios previdenciários. Há que se registrar o tratamento da desaposentação como um mero direito patrimonial disponível.

Cuida-se de recurso especial interposto por Gladis Lourense Grassmann, com fundamento no art. 105, inc. III, alíneas 'a' e 'c', da Constituição Federal, contra v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cuja ementa restou assim definida: 'Previdenciário. Nulidade da sentença. Fundamentação. Aposentadoria por tempo de contribuição. Renúncia. Desaposentação. Possibilidade. Restituição dos valores. (...) 4. A constitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991 não impede a renúncia do benefício, tampouco a desaposentação, assim definida a renúncia para efeito de concessão de novo benefício no mesmo RGPS. Todavia, neste último caso, exige-se do segurado o ressarcimento de todos os valores já pagos pelo INSS a título de aposentadoria, atualizados monetariamente.' (Fl. 140 do processo eletrônico). (...)

No recurso especial, a recorrente alega divergência jurisprudencial entre o v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal de origem e a jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça, assim como violação ao disposto no art. 96, III da Lei 8.213/1991. Sustenta que 'no caso vertente nos autos a parte autora não terá possibilidade de usufruir do direito reconhecido, conforme disposto na decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da Quarta Região, pois estará frustrada a sua pretensão de execução do título executivo, uma vez que os valores recebidos enquanto aposentado eram de caráter estritamente alimentares' (fl. 190 dos autos eletrônicos). Sem as contrarrazões, admitido o recurso, subiram os autos a esta e. Corte. É o relatório. Decido.

Com efeito, as turmas que compõem a e. Terceira Seção do c. Superior Tribunal de Justiça já pacificaram o entendimento de que 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 (grifamos).

Acrescenta-se a este entendimento, transcrevendo as ilustres palavras do em. Min. Nilson Naves no julgamento do Resp

⁴⁸ REsp nº 1.137.864, Rel. Min. OG FERNANDES, DJ 03/03/2010, STJ

692.628/DF, que ‘enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos’. Nesse sentido, colaciono os vv. acórdãos:

‘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. (...)’

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’.” (AgRg no REsp nº 1.107.638/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 25/05/2009, negrito nosso)

“Previdenciário. Aposentadoria no regime geral da previdência social. Direito de renúncia. Cabimento. Possibilidade de utilização de certidão de tempo de contribuição para nova aposentadoria em regime diverso. Não obrigatoriedade de devolução de valores recebidos. Efeitos *ex tunc* da renúncia à aposentadoria. Jurisprudência do STJ. Agravo regimental improvido.

A renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, por ser ela um direito patrimonial disponível. Sendo assim, se o segurado pode renunciar à aposentadoria, no caso de ser indevida a acumulação, inexistente fundamento jurídico para o indeferimento da renúncia quando ela constituir uma própria liberalidade do aposentado. Nesta hipótese, revela-se cabível a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência. Caso contrário, o tempo trabalhado não seria computado em nenhum dos regimes, o que constituiria uma flagrante injustiça aos direitos do trabalhador.² O ato de renunciar ao benefício, conforme também já decidido por esta Corte, tem efeitos *ex tunc* e não implica a obrigação de devolução das parcelas recebidas⁴⁹.

Se faz necessário conferir a posição adotada pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, vez que funcionam como um verdadeiro órgão de cúpula dos Juizados Especiais Federais.

Pedido de uniformização nacional. Desaposentação. Efeitos *ex tunc*. Necessidade de devolução dos valores já recebidos. Decisão recorrida alinhada com a jurisprudência desta TNU. Improvimento.

1. Cabe Pedido de Uniformização quando demonstrado que o acórdão recorrido contraria jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

2. A Turma Nacional de Uniformização já firmou o entendimento de que é possível a desaposentação desde que haja a devolução dos

⁴⁹ AgRg no REsp nº 1.107.638/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 25/05/2009

proventos já recebidos. Precedentes: 2007.83.00.50.5010-3 e 2007.72.55.00.0054-0.

3. Pedido de Uniformização conhecido e não provido⁵⁰.

Conclui-se que para a TNU a desaposentação é possível, mas está condicionada a devolução dos valores percebidos a título do primeiro benefício, caso contrário culminaria em um privilégio ilícito dos segurados a ensejar um desequilíbrio financeiro nos cofres do INSS.

(...) 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 *ex tunc*, 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 *status quo ante* para ambas as partes (beneficiário e INSS). (...) 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 (relativamente à equidade na forma de participação no custeio) e o *caput* e § 5º do art. 195 (que diz respeito ao 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 caso fosse admitida a desaposentação sem devolução dos valores já recebidos. 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.

(...) Nesse contexto, é inegável a vantagem patrimonial que seria obtida na primeira situação pelo segurado que se aposentaria integralmente após se desaposentar sem devolver os proventos proporcionais já recebidos (...). E na segunda situação o segurado não teria esta vantagem. Assim, é inegável o desequilíbrio atuarial que seria causado caso fosse admitida a desaposentação sem a devolução dos proventos já recebidos em virtude da primeira

⁵⁰ TNU, PEDILEF nº 200872580022693, Pedido de uniformização de interpretação de lei federal, Relator(a) Juiz Federal José Antônio Savaris, j. 08/02/2010, DJ 23/03/2010).

aposentadoria, proporcional. (...) Além disso, admitir a desaposentação sem a devolução dos proventos já recebidos em virtude da primeira aposentadoria (proporcional) significaria tornar letra morta o direito a aposentadoria proporcional previsto na Lei nº 8.213/1991 até o advento da EC nº 20/1998, 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 (...). Ante o exposto, voto por negar provimento ao pedido de uniformização. Brasília, 03 e 04 de agosto de 2009. Jacqueline Michels Bilhalva Juíza Federal Turma Nacional de Uniformização⁵¹.

A tomada de posição da TNU contradiz a temática pacificada pelo STJ. Por isso, recentemente, o STJ admitiu incidente de uniformização em relação a decisão da TNU, suspendendo o andamento de todos os processos que tratem da desaposentação, no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

No que tange aos Tribunais Regionais Federais, o posicionamento encontra-se dividido. Há os que admitiram uma postura mais próxima ao entendimento da TNU, admitindo a desaposentação, mas condicionando-a devolução dos valores recebidos a título da primeira aposentadoria. Exemplificados pelo posicionamento do TRF 4ª Região, TRF 3ª Região e 5ª Região.

Outros tribunais com entendimentos mais alinhados aos direitos sociais, TRF 1ª Região e 2ª Região, acatando a tese da possibilidade da desaposentação independentemente da restituição, seguindo os precedentes do STJ. A título, de exemplo:

Previdenciário. Desaposentação. Possibilidade de renúncia ao benefício. Ausência de vedação legal. Direito de natureza patrimonial e, portanto, disponível. Inexistência de obrigatoriedade de devolução das parcelas recebidas. Verba de caráter alimentar. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Recurso do INSS desprovido.
I – A inexistência de dispositivo legal que proíba a renúncia ao benefício previdenciário legalmente concedido deve ser considerada como possibilidade para a revogação do benefício a pedido do

⁵¹ TNU, PEDILEF nº 2007.83.00.505010-3, Pedido de uniformização de interpretação de lei federal, Rel. Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, j. 04/08/2009, DJ 29/09/2009

segurado.

II – A desaposentação atende de maneira adequada aos interesses do cidadão. A interpretação da legislação previdenciária impõe seja adotado o entendimento mais favorável ao beneficiário, desde que isso não implique contrariedade à lei ou despesa atuarialmente imprevista, situações não provocadas pelo instituto em questão.

III – Da mesma forma, o fenômeno não viola o ato jurídico perfeito ou o direito adquirido, preceitos constitucionais que visam à proteção individual e não devem ser utilizados de forma a representar desvantagem para o indivíduo ou para a sociedade. A desaposentação, portanto, não pode ser negada com fundamento no bem-estar do segurado, pois não se está buscando o desfazimento puro e simples de um benefício previdenciário, mas a obtenção de uma nova prestação, mais vantajosa porque superior.

IV – Quanto à natureza do direito em tela, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que a aposentadoria é direito personalíssimo, o que não significa que seja direito indisponível do segurado. A par de ser direito personalíssimo, tem natureza eminentemente de direito disponível, subjetivo e patrimonial, decorrente da relação jurídica mantida entre segurado e Previdência Social, logo, passível de renúncia, independentemente de aceitação da outra parte envolvida, revelando-se possível, também, a contagem de tempo para a obtenção de nova aposentadoria, no mesmo regime ou em outro regime previdenciário. Precedentes.

V – O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o ato de renunciar ao benefício não envolve a obrigação de devolução de parcelas, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, o segurado fez jus aos proventos, sendo a verba alimentar indiscutivelmente devida. Precedentes.

VI – Agravo interno desprovido⁵².

No tocante ao Supremo Tribunal Federal, há vários casos acerca do tema. Em alguns poucos casos, a Corte não submeteu ao regime de repercussão geral, foi aludido que a discussão não passaria diretamente pela Constituição Federal, sendo uma questão meramente infraconstitucional.

Como traz a reflexão de Marco Serau Junior, em sua obra “Desaposentação – Novas Perspectivas Teóricas e Práticas” o STF vem deixando de apreciar certos recursos extraordinários interpostos acerca da desaposentação pelo fundamento de que a violação à Constituição seria apenas reflexa e indireta. A inviabilidade dos recursos extraordinários sobre o tema da desaposentação será praticamente uma

⁵² TRF da 2ª Região, Apelação/reexame necessário nº 2008.51.01.804342-0/RJ, Primeira Turma Especializada, Relator Juiz Federal Convocado Aluisio Goncalves de Castro Mendes, j. 25/11/2009, DJU 15/01/2010, p. 100/101).

certeza enquanto os argumentos manejados para a sua defesa forem no sentido do direito ao trabalho ou quanto a moralidade administrativa. Porém a desaposentação apresenta múltiplas facetas de constitucionalidade.

Tramita na Corte o RE 381.367, relatoria do Ministro Marco Aurélio, distribuído em 2003, muito antes de ser introduzida a temática da desaposentação como repercussão geral. O julgamento de mérito foi iniciado em 2010, e foi interrompido por um pedido de vista, após o relator ter votado a favor do instituto da desaposentação. Nesse recurso, o relator reconheceu o direito a desaposentação, sem pronunciar a questão da restituição dos proventos recebidos a título da primeira aposentadoria. E concluiu que o reconhecimento do direito a desaposentação, não resulta da necessidade de declarar a inconstitucionalidade do art. 18 § 2º da lei dos benefícios.

Em 2011, o RE 661.256, afetou o Plenário, no regime processual de repercussão geral. O julgamento foi suspenso diante da ausência de três ministros da Corte, pois entendeu-se que a análise da desaposentação, por ser uma temática de extrema relevância jurídica, deveria ser apreciada pelo quórum completo. No entanto, já foram proferidos 4 votos. O capítulo 4, terá por objeto o voto do Relator Ministro Luís Roberto Barroso, que será destrinchado sob uma análise crítica e reflexiva à luz de todo o arcabouço principiológico da Seguridade Social.

É importante salientar que em 18 de abril de 2016, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as ações de desaposentação que estão em trâmite em todo o país não serão suspensas. A decisão foi proferida pelo Relator Ministro Luís Roberto Barroso, em resposta a um pedido do INSS, feito através da Advocacia Geral da União (AGU), que pedia a suspensão de todas as ações. Para o relator, o pedido da autarquia requerendo o sobrestamento dos processos de troca de aposentadoria, foi uma medida desesperada que afronta diretamente o direito dos segurados. O INSS requereu o sobrestamento em virtude do número de ações procedentes na Justiça, por meio de liminares e ações que não eram mais recorríveis.

3.3 Medida Provisória 676

A Medida Provisória 676 enviada pela Presidente Dilma Rousseff ao Congresso Nacional trata sobre a progressividade à fórmula 85/95 no cálculo dos benefícios. A iniciativa do Poder Executivo surgiu como uma contraproposta para evitar que o Congresso Nacional derrubasse o veto presidencial à aplicação da regra que exclui o fator previdenciário. A proposta requeria uma ampliação de 1 ano a mais de idade para cada ano que passasse. A MP foi aprovada pelos deputados, mas estes prevendo uma escala mais longa, de forma que o cálculo aumente a cada dois anos.

Tal medida trouxe a temática da desaposentação em uma de suas emendas. Tal emenda foi aprovada pelas duas Casas do Congresso e vetada pela Presidente. Ela trazia a possibilidade à desaposentação, a renúncia ao primeiro benefício de aposentadoria (seja por idade, tempo de contribuição ou especial) condicionando- a ao cumprimento do período de carência de 5 anos de contribuição, 60 meses e limitada ao teto do INSS.

Ao vetar a proposta, Dilma argumentou que tal dispositivo contrariava os princípios do sistema previdenciário brasileiro e que a proposta permitiria a acumulação da aposentadoria com outros benefícios de forma injustificada.

3.4 Desaposentação e a Tutela da Evidência do Novo Código de Processo Civil de 2015

A tutela da evidência, novo instrumento inserido pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, atualmente, vem sendo utilizado nos processos judiciais que requerem a troca de aposentadoria na Justiça Federal. Cumprido os requisitos do art. 211, o juiz pode implantar o novo benefício, mais vantajoso e de forma mais ágil para o aposentado em razão da decisão do Superior Tribunal de Justiça favorável aos aposentados que voltam ao mercado de trabalho.

Há um recente precedente na Justiça Federal do Rio de Janeiro, onde a parte aposentou-se proporcionalmente por tempo de contribuição, tendo uma perda de quase 42% devido a aplicação do fator previdenciário. Pleiteou judicialmente à desaposentação, com o instrumento da tutela da evidência, a aplicação da fórmula 85/95 tendo o seu benefício majorado em 77% de aumento. A Justiça Federal

reconheceu o direito da aposentada e ordenou ao INSS o pagamento do novo benefício em 20 dias.

CAPÍTULO 4

Análise Crítica do Voto do Relator, Min. Luís Roberto Barroso (RE 661.256)

4.1 Questões Preliminares

Antes de ser iniciada a análise do mérito, foram traçadas algumas questões preliminares que devem ser trazidas, em virtude do tema ser de extrema relevância para a comunidade jurídica brasileira, em especial para a Previdência Social e seus segurados.

No voto, foi ressaltada a importância desse julgamento diante da diversidade em que a matéria estava sendo tratada nas diferentes instâncias do Judiciário (como pôde ser analisado no Capítulo 1 desta obra). E ainda em âmbito preliminar, e de importância prática para a análise que será proferida a seguir, afastou a arguição de inconstitucionalidade do art. 18 § 2º da Lei 8213/91, conforme levantado pelo INSS em seu recurso extraordinário.

Afastou também a violação ao art.97 que prevê o respeito à cláusula de plenário, alegando que o STJ não deixou de aplicar o referido artigo da Lei de benefícios por considerá-lo inconstitucional, mas sim por não fazer referência ao instituto da desaposentação. Logo, o STJ afastou a questão de eventual declaração incidental de inconstitucionalidade que poderia gerar fortes impactos processuais nas instâncias inferiores, como por exemplo submeter os Tribunais Regionais Federais à reserva de plenários nos processos da matéria.

4.2 Análise de Mérito - sob as perspectivas dos princípios da Seguridade Social

4.2.1 Caráter contributivo

Ressalta-se que o Regime Geral de Previdência Social é estruturado em torno de dois vetores: o princípio contributivo e o princípio da solidariedade.

O caráter contributivo gera o recolhimento das contribuições em troca dos benefícios, que não podem ser interpretados como uma “benesse do Poder Público”, e sim uma contraprestação, coberturas do sistema que estão diretamente proporcionais ao tempo e ao valor das contribuições.

Está previsto de forma expressa no art. 195 da Carta Política, a cobrança de contribuições previdenciárias dos trabalhadores (art. 195, II) e também dos empregadores (art. 195, I):

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: I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei (...) 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;(...)

O art. 201 da Constituição Federal traz:

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:

- I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

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

§ 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei

§ 5º É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência.

§ 6º A gratificação natalina dos aposentados e pensionistas terá por base o valor dos proventos do mês de dezembro de cada ano.

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

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

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

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

§ 10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.

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

§ 12. Lei disporá sobre sistema especial de inclusão previdenciária para atender a trabalhadores de baixa renda e àqueles sem renda própria que se dediquem exclusivamente ao trabalho doméstico no âmbito de sua residência, desde que pertencentes a famílias de baixa renda, garantindo-lhes acesso a benefícios de valor igual a um salário-mínimo.

§ 13. O sistema especial de inclusão previdenciária de que trata o § 12 deste artigo terá alíquotas e carências inferiores às vigentes para os demais segurados do regime geral de previdência social.

Tal dispositivo traz a importância do aspecto contributivo para o sistema, e traz balizas que irão nortear o sistema de financiamento da Previdência. A

sustentabilidade da Previdência será alcançada com o equilíbrio atuarial do sistema, portanto esta será sua diretriz geral. Para garantir esse equilíbrio atuarial:

- (i) a aposentadoria voluntária foi condicionada a requisitos de idade e tempo de contribuição.
- (ii) qualquer ganho habitual do empregado será computado para fins de cálculo de sua contribuição e posterior benefício³.
- (iii) todos os salários de contribuição considerados para o cálculo do benefício devem ser atualizados.
- (iv) os próprios benefícios devem ser atualizados com o objetivo de que se preserve seu valor real.

4.2.2 Princípio da solidariedade

A ideia da solidariedade está expressa no artigo 3º, I da Constituição Federal, e idealiza um sistema protetivo, onde há a interdependência entre o indivíduo e a sociedade, caracterizada pela cooperação mútua. A solidariedade é pressuposto para a compulsoriedade do sistema previdenciário, onde o que prevalece é o interesse coletivo em prol do individual, justificando as ações promotoras da justiça social e garantidoras da proteção dos necessitados afetados pelas contingências sociais. Pode ser interpretado como um dever estatal de proteger e efetivar a dignidade humana, criando uma rede protetiva que impeça as pessoas de serem afetadas pelos riscos sociais.

É o princípio fundamental da Seguridade, por esta razão, todas as normas referentes a previdência social devem ser interpretadas em consonância com a máxima da solidariedade social. Devem ter o escopo de garantir proteção social àqueles que necessitem de amparo, promoção da melhoria de distribuição de renda, e a busca de um Estado Social Democrático de Direito que proporcione o mínimo.

Segundo Torres (2005, p.200):

No custeio da seguridade social a solidariedade social impele aqueles que têm mais riqueza a contribuírem com mais, aliviando a

participação daqueles que são mais pobres, ou mesmo dispensando contribuição daqueles que estão abaixo do nível de sobrevivência⁵³.

Portanto, para se ter solidariedade há que existir a desigualdade, pois aquela é pressuposta desta. A solidariedade atua na limitação das desigualdades.

O fato de alguém fazer parte, ou seja, participar de uma determinada coletividade a torna diferenciada ao ponto de poder haurir determinada vantagem e se obrigar a determinadas obrigações, e conclui que o vetor axiológico nas contribuições é a solidariedade para com o grupo em que está inserido⁵⁴.

A solidariedade é um dos fundamentos usados pelo Constituinte Originário que possibilita empregar os recursos orçamentários e sobretudo criar novas fontes de custeio, em paralelo com as contribuições sociais, exemplificados pelo artigo 195 §4º da Carta da República.

4.2.3 Ponderação entre o princípio contributivo e solidário

Os princípios contributivo e da solidariedade, fundamentados acima, devem ser ponderados à luz dos ensinamentos de proporcionalidade e da razoabilidade, trazidos por Alexy. Os ideais de proporcionalidade e razoabilidade surgiram para coibir as restrições ao núcleo dos direitos fundamentais, preservando a essência de cada um.

Da correlação feita pelo Relator entre estes dois princípios balizadores da Previdência Social, é possível inferir duas premissas:

- (i) o princípio da solidariedade é o fundamento estruturante do caráter da contributividade, no qual não se exige uma correspondência estrita entre a contribuição e o benefício, em razão da própria essência da Seguridade Social. Algumas vezes, o sistema ampara pessoas que nunca contribuíram, ou que contribuíram de forma limitada.

⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. Existe um Princípio Estrutural da Solidariedade? São Paulo: Dialética, 2005, p.200.

⁵⁴ GRECO, Marco Aurélio. Contribuições: (uma figura sui generis). São Paulo: Dialética, 2000, p. 83.

- (ii) o princípio da solidariedade não pode mitigar o princípio contributivo em seu núcleo essencial, afinal deve-se existir uma comutatividade entre o que se recolhe e o que se recebe, não sendo legítimo conferir uma cobrança a um determinado segurado sem conferir-lhe nenhuma contraprestação efetiva.

A partir de uma releitura prática feita acerca do artigo 18º §2º da Lei 8213/91, percebe-se que quando o legislador ordinário determina que o “aposentado pelo 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 e à reabilitação profissional e ao auxílio-acidente”, explicitamente descumpre a segunda premissa. O salário-família pressupõe que o segurado tenha dependentes menores de idade, e reabilitação profissional situações atípicas para um segurado que adquira certa idade. Logo, nenhum dos benefícios conferidos a ele possuem efetividade social, fazendo com que o princípio da solidariedade mitigue o núcleo essencial do princípio contributivo.

Ressalta-se também que a CF/88 confere ao legislador ordinário uma liberalidade para o cálculo das contribuições e benefícios, de forma que não há nenhuma correlação estrita sobre os aportes dos segurados e as prestações futuras. O modelo adotado é de repartição simples, formando um fundo geral para o custeio das prestações. Há a possibilidade de segurados que contribuíram a vida toda e antes de preencherem os requisitos da aposentadoria, falecem, há também outros que contribuíram por pouco tempo, e de forma precoce, são aposentados por invalidez. Logo, essa é a regra do sistema, a formação de um seguro social.

Isso não significa que o legislador possa dispor dessa liberdade de forma absoluta e arbitrária de acordo com seus critérios de conveniência. O fato de não haver uma comutatividade absoluta entre as contribuições e benefícios, não significa que não há correspondência alguma entre eles. Afinal, o próprio legislador constitucional destaca a existente relação necessária entre os aportes do segurado e as prestações estatais.

A liberdade do legislador ordinário também encontra limites em todos os princípios da Seguridade Social, devendo ser compatível com a isonomia

4.3 A desaposentação à luz do sistema normativo em vigor

O relator afastou de forma clara, a desaposentação na hipótese do segurado que envelheceu, e não efetuou mais contribuições após o deferimento do benefício. Ressaltou que é uma prática fraudulenta às regras previdenciárias apenas para que a nova idade aumente o fator previdenciário, e conseqüentemente aumente o benefício. A análise será feita usando como paradigma aquele segurado que após o deferimento da primeira aposentadoria continuou trabalhando e recolhendo contribuições.

Os aposentados pelo RGPS estão imunes a recolherem contribuições sociais, conforme o artigo 195, II da CF. O pagamento de seus benefícios está relacionado com o conjunto de contribuições vertidas ao longo da atividade, logo se não continuam na atividade laboral, não devem permanecer contribuindo. A recíproca é verdadeira, o eventual dever de continuar contribuindo está relacionado com a continuidade da atividade laboral, aplicando-se a ponderação entre os princípios da solidariedade e da contributividade.

A legislação contém um dispositivo ⁵⁵claro que permite que o aposentado permaneça em atividade, inclusive sob o mesmo vínculo empregatício, ou a ela retorne, condicionados ao recolhimento de contribuições. A lei diferencia as situações jurídicas antes e após a primeira aposentadoria.

A situação jurídica do segurado aposentado que retorna à atividade se iguala aos demais segurados, em consonância com o princípio da isonomia, no que tange aos deveres. E tal simetria não se reproduz no que concerne aos direitos, conforme já visto no art. 18 da Lei de Benefícios, que só assegura três benefícios que não tem correspondência com a realidade social de um segurado que retorna à atividade laboral já com certa idade. É fato inequívoco que o segurado contribui de forma igualitária e não possui as mesmas condições de igualdade na contraprestação dos benefícios.

⁵⁵ Lei nº8213/91, art. 11º, §3º: “O aposentado pelo 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”.

É certo que o Sistema da Previdência Social deve manter seu equilíbrio atuarial, diretriz geral concedida pelo constituinte. É evidente que admitir a desaposentação impactaria o financiamento do RGPS. Ocorre que, não se pode analisar seriamente cálculos utilitários gerados por novos encargos e desvalorizar os direitos de um conjunto de beneficiários que decorrem de uma proteção constitucional. Não é legítimo esvaziar determinados direitos e imputar ônus excessivo e arbitrário a determinados segurados.

Utilizando-se da falta de uma vedação legal explícita, o INSS sustenta que a Lei de Benefícios tornaria ilícita a desaposentação, ao mesmo tempo que as contribuições posteriores seriam plenamente válidas, justificadas pela dimensão solidária. A invocação genérica da ideia de solidariedade não é por si só capaz de mitigar e recortar direitos e aplicar de forma seletiva normas constitucionais.

A criação de uma classe de pessoas que contribuem em condição de igualdade e não gozam das mesmas prestações está descompatibilizada com a valorização constitucional do direito ao trabalho, previsto como um direito fundamental garantido pelo Estado Democrático de Direito.

Mesmo que a legislação ordinária vedasse o instituto da desaposentação, o que não é o caso, tal vedação seria no mínimo duvidosa quanto à sua constitucionalidade.

Portanto, o relator é claro em concordar com a interpretação feita pelo Superior Tribunal de Justiça, de que a vedação do art. 18 da Lei dos benefícios veda que o segurado goze de duas aposentadorias, sem que isso se extraia obstáculo à renúncia do vínculo original e consequentemente com a celebração de um novo e melhor.

4.4 Restituição de valores ou não?

Uma vez concluído que o sistema constitucional brasileiro não vedou o instituto da desaposentação, resta analisar em quais condições este direito deve ser exercido. Há necessidade de restituição dos valores já recebidos a título da primeira aposentadoria?

Antes de prosseguirmos com o desenvolvimento dessa questão, faz –se imperioso entender como é feito o cálculo do valor dos benefícios de aposentadoria. E para isso, é importante traçar alguns conceitos:

(i) Salário-de-benefício, ressaltado por Wagner Balera como os ganhos habituais auferidos pelo empregado. É o valor básico utilizado para o cálculo da renda mensal dos benefícios. Será a média aritmética simples de 80% das contribuições recolhidas aplicadas à alíquota de benefício, obtendo-se o valor da renda mensal dos benefícios

(ii) Salário-de-contribuição é o fato gerador que determinará o valor das contribuições mensais, em regra equivale-se a própria remuneração recebida pelo trabalhador. É um valor mais amplo que o salário base. Ressaltam-se que as verbas indenizatórias não compõe o salário-de-contribuição. Logo, ele é a base de cálculo da contribuição dos segurados. Logo, o máximo do salário de contribuição será o teto do INSS.

(iii) Renda Mensal é o nome que se dá ao valor que será recebido mensalmente a título de aposentadoria, calculado sobre a média das contribuições a incidência do fator previdenciário. Importante enfatizar que a CF em seu artigo 201º §2º, veda que a RMB seja inferior ao salário mínimo.

O cálculo do valor dos benefícios previdenciários era feito sob a égide da Lei dos Benefícios, nos artigos 28 a 32 da 8213/91, e o período básico de cálculo eram os últimos 36 meses de contribuição. Após a referida Reforma Constitucional 20/98, o cálculo passou a ser de todo o tempo de contribuição do segurado, tendo como base o valor de todos os salários de contribuição.

Os salários devem ser corrigidos monetariamente, nos termos da CF, pelo índice de INPC, por isso aplicou-se uma regra de transição para aqueles que ingressaram no RGPS antes da referida Lei de alteração, 1999, considerando para o PBC o período contributivo a partir de julho de 1994, período de estabilização da moeda.

Posteriormente, com a implementação do fator previdenciário, inovação trazida pela Lei 9876/1999, o cálculo do valor dos benefícios seria diminuído em virtude do tempo de contribuição, idade do segurado, e expectativa média de sobrevida, aplicando-se as aposentadorias por idade e por tempo de contribuição.

Política implantada de forma obrigatória nas aposentadorias por tempo de contribuição afim de desestimular as aposentadorias precoces em virtude de não ser exigido uma idade mínima para tal, e facultativa para as aposentadorias por idade.

Para as aposentadorias, o cálculo para obter o salário do benefício equivale a uma média aritmética dos maiores salários de contribuição que correspondam a 80% de todo o período contributivo.

O Relator traz o entendimento do STJ, que consolida que a devolução é indevida, uma vez que os valores foram percebidos de forma lícita e os destinatários estavam de boa-fé e na vigência de uma relação válida, afinal preencheram todos os requisitos legais para adquirir tal provento. A questão não se encontra na validade ou invalidade dos proventos adquiridos na primeira relação jurídica. A validade é inequívoca. A questão remete a necessidade de universalização da fórmula atuarial básica oferecida a todos os segurados.

O raciocínio deve ser o mesmo. Da mesma forma que o legislador ordinário não pode criar uma categoria de contribuintes destituídos de benefícios, ele não pode outorgar um regime jurídico mais vantajoso àqueles que venham a optar pela desaposentação.

É necessário entender que o segundo benefício pleiteado pelo segurado não encontra-se em paralelo ao primeiro benefício, e sim de um vínculo substitutivo que contará com os requisitos que formaram a concessão do primeiro benefício. Logo, é necessário computar o proveito econômico já gerado.

A previdência não pode ser utilizada pelo segurado como uma fonte de renda complementar, afinal aquele que continuou trabalhando, recebia sua remuneração pela atividade laborativa e o benefício de aposentadoria proporcional. Portanto, faz-se necessário criar uma equação atuarial que não favoreça esse segurado já aposentado que continua na atividade e um segurado que cumpre os requisitos e requer a aposentadoria de forma original, sem antes ter recebido nenhum benefício proporcional.

O instituto da desaposentação não pode ser visto pelos segurados como um estímulo para requererem a aposentadoria proporcional na primeira oportunidade possível, pois isso seria uma forma de custeio de renda complementar pela Previdência Social, ideal deturpado e explicitamente inconstitucional.

4.5 Encaminhamentos

O relator ressalta que a restituição dos valores já recebidos, mesmo que de forma parcelada seria uma forma objetiva de restabelecer o status quo, mas de difícil realização prática. E que a cobrança compulsória de contribuições por parte destes segurados aposentados, sem conferir-lhes uma recíproca igualitária de direitos é inconstitucional.

Nos termos do artigo 29, I da Lei nº 8213/91⁵⁶, para as aposentadorias por tempo de contribuição e por idade, o cálculo do benefício terá a aplicação do fator previdenciário.

O fator previdenciário possui as seguintes variáveis:

- (i) idade;
- (ii) tempo de contribuição
- (iii) alíquota de contribuição
- (iv) expectativa de vida

Dentre esses fatores, é legítimo que as novas contribuições possam incorporar a segunda postulação de aposentadoria, logo ele terá seu benefício calculado a partir de todo o seu histórico contributivo. É certo que o tempo adicional somado ao recolhimento de novas contribuições aumentarão o valor do benefício.

Os fatores de idade e expectativa de vida destinam-se a graduar o valor dos benefícios em função do tempo estimado em que eles serão fruídos por seus destinatários, ou seja o tempo em que o segurado figurará como beneficiário do RGPS, onerando o fundo social.

À luz dessa síntese de considerações feita pelo relator, tem-se a conclusão: no segundo pedido de aposentadoria, deverão computar-se ao fator previdenciário a idade e a expectativa de vida do primeiro pleito de aposentadoria, de forma a equilibrar o sistema atuarial do RGPS.

⁵⁶ Lei nº 8213/91, art. 29: “ o salário-de-benefício consiste: (...) na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário.

Segundo o Ministro Barroso, a aplicação de tal fórmula é uma situação intermediária entre duas extremas. Tal solução pode ser melhor analisada segundo o quadro comparativo trazido por ele:

<u>Variável</u>	<u>Aposentadoria original em 2006</u>	<u>Desaposentação em 2014, incondicionada</u>	<u>Desaposentação em 2014, no modelo proposto</u>
IDADE	53	61	53
TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO	35	43	43
EXPECTATIVA DE SOBREVIVÊNCIA	26	20,9	26
FATOR PREVIDENCIÁRIO	0,684	1,112	0,853
VARIAÇÃO NO VALOR DO BENEFÍCIO		+ 62,57	+24,7

Ao adotar tal critério, garante-se o efetivo cumprimento do princípio da igualdade, onde o valor do benefício auferido pelo segurado desaposentado vai ser maior que a sua primeira aposentadoria, pois a ele será incorporado as novas contribuições. E o valor do benefício será menor em comparação com aquele segurado que requerer pela primeira vez o benefício da aposentadoria, sem ter gozado antes de benefícios proporcionais.

Ou seja, a partir desta criteriosa análise, pode-se entender como uma tentativa do Poder Judiciário, mais especificamente da Suprema Corte, em materializar um direito social fundamental determinado normativamente que não foi tutelado pelo Legislativo e Executivo. Ou seja, o próprio exercício da justiciabilidade, que ocorre quando o Legislador não determina o conteúdo de um mandamental constitucional, e o Judiciário deve, sob o cumprimento de dar eficácia a Constituição,

atribuir conteúdo a esses direitos que possuem determinação na própria norma constitucional.

A atribuição de conteúdo a direitos sociais fundamentais, pelo Judiciário, está limitada ao princípio democrático da separação dos Poderes. E para não ferir tal princípio, o campo de atuação do Judiciário se restringe ao que a Constituição já determinou. E como visto, ao longo de todo este trabalho, é inequívoco reconhecer, que a própria Carta Maior tutelou o direito à desaposentação.

Concentrar o debate na discussão da inconstitucionalidade aparente do artigo 18º §2º da Lei 8213/91, não resolveria a efetivação do direito à desaposentação. É necessário reconhecer o instituto da desaposentação como uma resultante da ponderação entre os princípios da solidariedade e da contributividade, de forma que um não pode atingir o núcleo essencial do outro. A ponderação entre esses dois princípios balizadores da Previdência, feita pelo ministro Barroso no voto analisado acima, é irretocável. Ele conseguiu manter a essência dos dois princípios, respeitando as características essenciais de cada um, e adequando-os a realidade da desaposentação.

A solução para o novo cálculo da segunda aposentadoria (ao utilizar a idade, a expectativa de vida e o fator previdenciário do primeiro requerimento de aposentadoria) possibilita manter o equilíbrio atuarial do sistema, de forma que estes beneficiários não sobrecarreguem os outros segurados e possibilita um desestímulo para aqueles que utilizam da aposentadoria proporcional como uma renda complementar. E o mais importante de todos os pontos, a nova solução traz uma correspondência entre o recolhimento de contribuições e as contraprestações.

CONCLUSÃO

A atual proteção legal dos trabalhadores aposentados pelo RGPS que permanecem em atividade laborativa, regidos pela Lei nº 8.213/91, garantindo apenas salário-família e reabilitação profissional, não está em conformidade com os princípios constitucionais. Valendo-se dos princípios norteadores da Seguridade Social e da Previdência é justo que o aposentado continue trabalhando e contribuindo para que no futuro possa adquirir uma aposentadoria mais benéfica.

O objeto de análise desta pesquisa foi o voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso no RE 661.256. Toda a argumentação foi interpretada segundo uma perspectiva teleológica da Constituição Federal e considerado pela jurisprudência e doutrina como uma inovação acerca do tema. Nele, o Ministro reconhece a omissão legislativa em não tratar da matéria na ordem jurídica infraconstitucional mas ressalta que não se pode manter o recolhimento das contribuições sem a contraprestação devida. Por isso, ele propõe uma novidade no cálculo da nova aposentadoria, onde no cálculo do fator previdenciário, serão consideradas a idade e a expectativa de vida na data do primeiro requerimento de aposentadoria.

O Ministro ressalta que o Sistema da Previdência se baseia em duas premissas centrais: o sistema contributivo e o solidário, logo todos são compulsoriamente obrigados a contribuir para o sistema. A solidariedade é o pressuposto para o caráter contributivo, e não pode mitigá-lo em seu núcleo essencial. A desaposentação, na visão do Relator, deve ser permitida haja vista que o Judiciário não pode proibir uma conduta sem que lei a faça.

Conclui-se a partir da solução fornecida pelo relator, a possibilidade do legislador elevar ou reduzir alíquotas das contribuições impostas a empregados e empregadores, seria possível instituir alíquotas progressivas para ambos os conjuntos de destinatários, estratificando as faixas de riqueza. Isso seria uma exemplificação de discricionariedade política permitida pela Constituição Federal. Diferentemente, da prática de agravar a tributação vinculada a um conjunto heterogêneo de pessoas, sem qualquer contraprestação. Esta prática é veementemente proibida pelo ordenamento constitucional.

Ou seja, a partir de toda a análise do voto e consoante a pesquisa desenvolvida neste trabalho, é possível perceber de forma clara, que a todo tempo foi ressaltado a importância do legislador conceber outras fórmulas para o computo dos proventos já recebidos. Logo, a atividade de interpretação conforme a Constituição, feita pelo ministro, foi apenas uma solução temporária afim de minimizar os atuais problemas que acerbam o tema, diante do seu impacto em milhões de pessoas. Mudanças mais abrangentes, só poderão ser introduzidas pelo legislador, de forma que seja respeitado o princípio republicano de separação de poderes. Ou seja, o que objetivou com a decisão foi evitar que a falta de decisão política ou de consenso quanto a modelos alternativos perpetuasse a situação de injustiça em total desconformidade com a Constituição Federal de 1988.

Impedir a desaposentação seria consentir em desestimular o direito social do trabalho, impedindo melhorias de condições de vida, de progressos sociais impedindo a materialização da dignidade da pessoa humana. Vive-se, hoje, em uma sociedade que se aprimora cada vez mais, se moderniza e aumenta sua expectativa de vida. Ou seja, negar o direito à desaposentação é uma forma de obstar o direito ao trabalho, pois o aposentado que continua trabalhando não obtém incentivos em continuar na vida laboral, não recebe contraprestações e sente-se sobrecarregado pelo sistema. Em uma realidade em que a sociedade aumenta sua expectativa de vida, o desincentivo à vida laboral após a aposentadoria é inviável e perigoso.

É inequívoco a existência de tal direito, diante de todo o arcabouço principiológico analisado no trabalho, o que deve ser discutido é a maneira de executá-lo, os requisitos legais a serem adotados, fornecendo ao segurado aposentado sua contraprestação e ao mesmo tempo mantendo o equilíbrio atuarial do sistema. A desaposentação não pode ser vista como um tipo de renda complementar, mas como uma real necessidade daqueles que se aposentem precocemente e proporcionalmente. Com a aprovação da fórmula 85/95 em maio pelo Congresso Nacional, os requerimentos judiciais de desaposentação tendem a aumentar cada vez mais, em virtude deste cálculo ser mais benéfico pois afasta a aplicação do fator previdenciário. Pelo seu impacto social, o tema deverá ser em breve finalizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Por fim, destaca-se que a presente pesquisa não tem por finalidade esgotar o tema, até porque o julgamento do RE 661.256 ainda será finalizado, mas apenas expor a atual situação de debate jurídico vivenciado pela temática da desaposentação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Madrid: Centro de Estudos Políticos e Constitucionais, 2001.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra, 2006
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003
- CASTRO, Carlos Alberto P. de. **Manual de Direito Previdenciário**. 6ªed. São Paulo: Editora LTr, 2005
- CLÈVE, Clémerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro: Volume III: constituições econômicas e social**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Os direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol.99
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000
- FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010
- GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições: (uma figura sui generis)**. São Paulo: Dialética, 2000
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 15 ed. Niterói: Impetus, 2010
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O caminho para uma melhor aposentadoria**. 2 ed. rev. Atual. Niterói: Impetus, 2007
- Jr., SERAU, Marco Aurélio. **Desaposentação – Novas Perspectivas Teóricas e Práticas**, 5ª edição. Forense, 06/2014.
- LANDETHIN, Adriane Bramante de Castro. **Desaposentação: teoria e prática**. 1 ed. Curitiba. Juruá, 2010
- LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 9 ed. Florianópolis: Conceito, 2008

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito Subjetivo e Direitos Sociais : o Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 2 ed. São Paulo: Editora LTR, 2009

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 28ª edição. São Paulo: Atlas, 1999

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2004

PEDRA, Adriano. **Reflexões sobre a teoria das cláusulas pétreas**. Revista de Informações Legislativas, Brasília, 2006.

SANCHEZ, Adilson. **Advocacia Previdenciária**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2010

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. Coord. Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7ª ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

SCHIMITT, Carl. **Teoria da Constituição**. Madrid: Direito Privado, 1928

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2007

TORRES, Ricardo Lobo. **Existe um Princípio Estrutural da Solidariedade?** São Paulo: Dialética, 2005

ZAMBITTE, Fábio, Ibrahim. **Desaposentação – O caminho para uma melhor aposentadoria**. 2 ed. ver. Atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2007