

# 1 DESAPOSENTAÇÃO<sup>1</sup>

Paulo Rodrigues da Rosa<sup>2</sup>  
Marlete Maria da Cruz Corrêa da Silva<sup>3</sup>

## Resumo

A seguridade social é uma rede protetiva formada pela saúde, pela previdência social e pela assistência social. Um dos benefícios concedido pela Previdência Social é a aposentadoria. A aposentadoria é um direito de todo trabalhador. Ela deveria substituir o salário e permitir que o segurado tivesse a possibilidade de suprir suas necessidades. No entanto, isso nem sempre acontece. Muitas vezes, depois de alcançar a tão sonhada aposentadoria, o segurado precisa continuar trabalhando ou então voltar ao mercado de trabalho para complementar sua renda e assim ter uma vida minimamente digna. Todo segurado que continua trabalhando compulsoriamente, contribui para a previdência social sem a contrapartida de nenhum benefício. Diante dessa situação, a doutrina e mais tarde a jurisprudência passaram a discutir a possibilidade de o segurado renunciar sua aposentadoria e utilizar esse novo tempo de contribuição para conseguir uma nova e melhor aposentadoria. Esta possibilidade de renúncia e nova aposentadoria tem sido denominado de desaposentação. Tal instituto não encontra previsão legal e nem unanimidade na doutrina e na jurisprudência. Existem divergência quanto à possibilidade de o segurado renunciar sua aposentadoria e também quanto à necessidade ou não de devolução das parcelas recebidas pelo segurado da previdência social. Grande parte da doutrina tem se expressado favoravelmente à alternativa da desaposentação sem a necessidade de restituição de valores. Este também é o posicionamento dominante no Superior Tribunal de Justiça. Hoje a discussão está no Supremo Tribunal Federal, onde se espera ser pacificado esta questão propícia ao segurado, possibilitando a desaposentação.

**Palavras-chave:** Aposentadoria. Desaposentação. Renúncia. Viabilidade Atuarial.

## Introdução

O termo desaposentação é um neologismo. Historicamente, a desaposentação aparece pela primeira vez num artigo publicado pelo ilustre professor Wladimir Novaes Martinez, intitulado "Renúncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários", em 1987. Hoje este é um tema muito debatido. Não existe ainda uma lei específica que assegure o direito à desaposentação e estabeleça regras, para que ele possa ser exercido, de forma que tal instituto é fruto muito mais de uma construção doutrinária e jurisprudencial.

Para que possa entender melhor o instituto da desaposentação, é necessário fazer alguns esclarecimentos a respeito do sistema de proteção social e em especial o instituto da aposentadoria, sendo; portanto, o objeto de estudo apresentado como conclusão do curso de Direito do Trabalho e Previdenciário.

## 1. Seguridade Social

A preocupação com a proteção diante das dificuldades que a vida oferece, sempre fez parte da história da humanidade. Essa inquietação se acentua com a família e mais tarde com o surgimento do Estado. A partir da evolução política e a construção do Estado do Bem-Estar

<sup>1</sup> Artigo derivado de trabalho de conclusão de curso apresentado para obtenção de grau de bacharel em direito pelo CEULJI/ULBRA em 2015/01;

<sup>2</sup> Graduado em História pela Universidade Luterana do Brasil, Canoas, RS. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná – (CEULJI/ULBRA). Pós-graduado em Didática e Metodologia do Ensino Superior pelo Centro Universitário de Ji-Paraná – (CEULJI/ULBRA). E-mail: [quatrorosas@yahoo.com.br](mailto:quatrorosas@yahoo.com.br).

<sup>3</sup> Bel. em Direito pela Universidade de Taubaté – UNITAU (1.988), pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Tiradentes (1.995) e Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Vale do Rio Doce (1.998). Titular das disciplinas Direito do Trabalho I e II e Estágio Supervisionado - Trabalho no curso de Direito do CEULJI. E-mail: marletemcruz@hotmail.com.

Social, as ações visando atender as pessoas carentes, oferecer acesso à saúde e até mesmo amparo na velhice, atinge seu grau máximo de proteção social.

No Brasil, a Seguridade Social está prevista no art. 194, caput da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: "A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social."

Esta rede protetiva chamada de Seguridade Social é formada pela Saúde, Previdência Social e Assistência Social. Martins (2005, p. 47) de forma resumida nos informa o que sejam estas divisões:

A Previdência Social vai abranger, em suma, a cobertura de contingências decorrentes de doença, invalidez, velhice, desemprego, morte e proteção à maternidade, mediante contribuições, concedendo aposentadoria, pensões, etc.

A Assistência Social irá tratar de atender os hipossuficientes, destinando pequenos benefícios a pessoas que nunca contribuíram para o sistema (ex.: renda vitalícia).

A Saúde pretende oferecer uma política social e econômica destinada a reduzir riscos, doenças e outros agravos, proporcionando ações e serviços para a proteção e recuperação do indivíduo.

Logo, previdência social é uma parte da Seguridade Social, que tem como objetivo assegurar aos seus beneficiários os meios indispensáveis para sua manutenção. Vários são os benefícios concedidos pela previdência no intento de cumprir seus objetivos. Este artigo tem por objeto a desaposentação, onde ater-se-á a Previdência Social e em especial o que concerne a aposentadoria.

## 2. Previdência Social

A Previdência Social comporta dois regimes básicos: Um voltado para servidores públicos e outro para os demais trabalhadores brasileiros. O principal deles é o Regime Geral da Previdência Social, o qual tem vinculação compulsória da maior parte dos trabalhadores brasileiros. Sobre o Regime Geral dispõe o art. 201 da Constituição Federal, nos seguintes termos: "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."

Os servidores públicos que efetivamente ocupam cargo público, poderão ser vinculados a Regimes Próprios de Previdência Social, desde que tenham deveras sido criado pelo Ente Federativo a que estejam vinculados. O Regime Próprio está contemplado no art. 40 da Constituição Federal de 1988.

### 2.1 Regime Geral de Previdência Social

O Regime Geral da Previdência Social está previsto no art. 201 da Constituição Federal de 1988.

As aposentadorias concedidas pelo Regime Geral estão previstas na Lei nº 8.213/1991 as quais são aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria por idade, aposentadoria especial e aposentadoria por invalidez.

#### 2.1.1 Aposentadoria por Tempo de Contribuição

A aposentadoria por tempo de contribuição está prevista nos arts. 52 a 56 da Lei 8.213/1991 e nos arts. 56 a 63 do RPS. Ela é devida ao segurado do sexo masculino que completar 35 anos de contribuição e 30 anos se do sexo feminino. Há redução de cinco anos para o professor que comprove, exclusivamente, tempo de efetivo exercício no magistério, conforme lei nº 11.301 de 2006.

A aposentadoria por tempo de contribuição prevê carência de 180 contribuições mensais. O valor do benefício está disposto no art. 53 da Lei 8.213/1991 e será equivalente a 100% do salário-de-benefício, sobre o qual obrigatoriamente incidirá o fator previdenciário.

O início do benefício segue a mesma regra da aposentadoria por idade prevista no art. 49 da Lei 8.213/1991: (a) a partir de data de desligamento do emprego, quando requerida até 90 dias depois dela e (b) a partir da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou quando for requerida após o prazo de 90 dias; para os demais segurados, a partir da data da entrada do requerimento.

### 2.1.2 Aposentadoria por Idade

A aposentadoria por idade está prevista na Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, nos artigos 48 a 51 e no Decreto nº 3.048 de 06 de maio de 1999.

Este benefício é concedido aos 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, se mulher. A comprovação da idade será feita conforme IBRAHIM (2010, p. 622) por meio de:

- 1) Certidão de Registro Civil de Nascimento ou de Casamento, que mencione a data ou apenas o ano do nascimento ou simplesmente a idade, desde que se evidencie, inequivocamente, possuir a idade exigida;
- 2) Título declaratório de nacionalidade brasileira (segurados naturalizados), certificado de reservista e carteira ou cédula de identidade policial;
- 3) Qualquer outro documento que, emitido com base no Registro Civil de Nascimento ou casamento, não deixe dúvida quanto à sua validade para essa prova.

A aposentadoria por idade terá valor equivalente a 70% do salário-de-benefício, mais 1% a cada grupo de 12 (doze) contribuições mensais, até o máximo de 30%, totalizando 100%, com a aplicação facultativa do fator previdenciário. A concessão deste benefício comporta a carência de 180 contribuições mensais.

A aposentadoria por idade será devida ao segurado empregado, inclusive o doméstico, quando (a) a partir de data de desligamento do emprego, assim que requerida até 90 dias depois dela e (b) a partir da data do requerimento, quando não houver desligamento do emprego ou for requerida após o prazo de 90 dias; para os demais segurados, a partir da data da entrada do requerimento.

O segurado empregado ao solicitar o benefício da aposentadoria por idade, não necessita deixar o seu emprego, pois a aposentadoria não produz efeito sobre o contrato de trabalho. Nesse sentido, o STF editou a Orientação Jurisprudencial SD-1 nº 361.

### 2.1.3 Aposentadoria Especial

A aposentadoria especial é concedida ao segurado que em sua atividade laborativa está exposto de forma permanente a agentes nocivos de ordem física, química ou biológica, em ambiente insalubre. Tem previsão na Lei 8.213/1991 nos arts. 57 e 58.

Esta aposentadoria é devida ao segurado que comprovar ter trabalhado 15, 20 ou 25 anos, conforme o caso em condições especiais que trazem prejuízo a sua saúde. Para que o segurado passe a receber esse benefício, deverá comprovar perante o INSS – Instituto Nacional do Seguro Social – a efetiva exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos, ou à associação de agentes prejudiciais à saúde ou a integridade física pelo período exigido para a concessão.

### 2.1.4 Aposentadoria por Invalidez

A aposentadoria por invalidez está prevista nos arts. 42 a 47 da Lei nº 8.213/ 1991 e nos arts. 43 a 50 do RPS.

A incapacidade será comprovada por exame médico-pericial a cargo da Previdência Social e o segurado, sob pena de suspensão do benefício. Deverá a qualquer tempo se submeter a exame médico a cargo da Previdência Social, ou processo de reabilitação profissional, por ela prescrito e custeado.

A renda mensal devida ao segurado aposentado por invalidez corresponde a 100% do valor do salário-de-benefício sem a aplicação do fator previdenciário. Os primeiros quinze dias de incapacidade serão de responsabilidade da empresa, de modo que o trabalhador não sofrerá interrupção de seus rendimentos.

## 2.2 Regime Próprio da Previdência Social

Os Regimes Próprios de Previdência Social são os regimes de previdência social dos servidores públicos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Estão abrangidos por este regime os servidores das autarquias e fundações, os titulares de cargos vitalícios: magistrados, membros do Ministério Público e membros dos Tribunais de Contas.

O Regime Próprio da Previdência Social tem previsão constitucional. Ele está previsto no art. 40 da Constituição Federal com redação dada

pela Emenda Constitucional nº 41, que assim dispõe:

Art. 40 - 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 critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

### 3. Desaposentação

A aposentadoria é um direito social dos trabalhadores, possuindo caráter patrimonial e pecuniário, personalíssimo e individual com característica de seguro social. Para Tavares (2009 p.121) os benefícios previdenciários, incluindo as aposentadorias são:

Prestações pecuniárias, devidas pelo Regime Geral de Previdência Social aos segurados, destinadas a prover-lhes a subsistência, nas eventualidades que os impossibilite de, por seu esforço, auferir recursos para isto, ou reforçá-los aos ganhos para enfrentar os encargos de família, ou amparar, em caso de morte ou prisão, os que dele dependiam economicamente.

A aposentadoria é concedida mediante requerimento do segurado o qual será analisado pelo órgão gestor que verificará se os requisitos legais necessários para a concessão da aposentadoria foram atendidos. Estes requisitos estão previstos na Lei nº 8.213/1991.

Discorrendo sobre a natureza jurídica do ato de concessão da aposentadoria, Ibrahim (2011, p.33) afirma que

A concessão da aposentadoria é materializada por um ato administrativo, pois consiste em ato jurídico emanado pelo Estado, no exercício de suas funções, tendo por finalidade reconhecer uma situação jurídica subjetiva. É ato administrativo na medida que emana do Poder Público, em função típica (no contexto do Estado Social) e de modo vinculado, reconhecendo o direito do beneficiário em receber sua prestação.

Este ato após todos os tramites necessários e o recebimento da primeira prestação pelo segurado atinge o status de ato

jurídico perfeito, ficando protegido contra alterações futuras.

Sendo o ato administrativo considerado válido, eficaz e tendo alcançado o status de ato jurídico perfeito, poderia ele ser desfeito?

Para Gasparini (2011, p.151) são causas de extinção do ato administrativo eficaz:

1. O cumprimento de seus efeitos;
2. O desaparecimento do sujeito da relação jurídica;
3. O desaparecimento do objeto da relação jurídica;
4. A retirada;
5. A renúncia

Discorrendo sobre a renúncia, Gasparini (2011, p.154-155) afirma que “[...] A renúncia é sempre de direito pertencente ao beneficiário. Renuncia-se ao que se tem.” Também afirma que “[...] A renúncia, em princípio, é sempre possível e independente de indenização.”

Mello (apud DI PIETRO 2014, p.247) ao falar sobre a extinção do ato administrativo diz ser a renúncia uma das formas de extinção e que a renúncia “[...] extingue os efeitos do ato porque o próprio beneficiário abriu mão de uma vantagem que desfrutava.”

#### 3.1 Conceito

A aposentadoria, portanto, sendo um ato administrativo, seria passível de renúncia. Esta possibilidade é denominada pela doutrina como desaposentação. Ibrahim (2011, p. 35) a define como sendo

[...] a possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no Regime Geral de Previdência Social ou em Regime Próprio de Previdência Social, mediante a utilização de seu tempo de contribuição com objetivo de melhoria do status financeiro do aposentado.

Ladenthin (2012, p. 60) por sua vez, define desaposentação como “[...] renúncia ao benefício concedido para que o tempo de contribuição vinculado a este ato de concessão possa ser liberado, permitindo seu cômputo em novo benefício, mais vantajoso”.

Já Martinez (2014, p.47) conceitua desaposentação como

[...] uma renúncia às mensalidades da aposentação, sem prejuízo de serviço ou do tempo de contribuição, por si irrenunciáveis, seguida ou não da volta ao trabalho, restituindo-se o que for atuarialmente necessário para a manutenção do equilíbrio financeiro dos regimes envolvidos com o aproveitamento do período anterior no mesmo ou em outro regime de Previdência Social, sempre que a situação do segurado melhorar e isso não causar prejuízo a terceiros.

A partir das definições acima elencadas, é possível verificar alguns pontos que necessitam de uma análise mais aprofundada, que sejam o instituto da renúncia e a necessidade de devolução de valores percebidos.

### 3.2 Renúncia

Conceitualmente, a desaposentação seria o direito à renúncia. Maria Helena Diniz define renúncia como a desistência de algum direito mediante ato voluntário dedisposição.

A possibilidade de renúncia da aposentadoria não é algo pacífico. Existem divergências sobre sua possibilidade e até mesmo sobre seus efeitos, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Aqueles que negam a possibilidade da renúncia, argumentam que o ato concessivo da aposentadoria é um ato administrativo o qual adquirir status de ato jurídico perfeito e constitucionalmente protegido contra qualquer alteração, constituindo-se em cláusula pétrea não podendo ser modificado nem por emenda constitucional. Esta garantia está prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal que assim dispõe: “[...]a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. E art. 60, § 4º, IV que diz: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] os direitos e garantias individuais.”

A impossibilidade de renúncia também é esposada, ainda que de forma não unânime, por diversos tribunais, como atesta o julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, abaixo transcrito.

**PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. DESAPOSENTAÇÃO. ATIVIDADE REMUNERADA EXERCIDA APÓS A**

**CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. RENÚNCIA. RECÁLCULO DA RMI. OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA MAIS VANTAJOSA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** 1. A renúncia à aposentadoria previdenciária com o objetivo de sua majoração, para que sejam consideradas novas contribuições vertidas após a concessão do benefício, encontra óbice no ordenamento jurídico e afronta a garantia do ato jurídico perfeito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Regionais Federais da 3ª, 4ª e 5ª Regiões. 2. Apelação não provida.

Por sua vez, a corrente a favor da desaposentação entende que a aposentadoria é um direito patrimonial disponível, portanto passível de renúncia. E, em que pese, a aposentadoria ser um ato jurídico perfeito protegido constitucionalmente, entendem que a razão de ser assim é proteger o segurado contra qualquer alteração na legislação que venha ocorrer no futuro, porém não impede que o titular do direito abra mão dele na busca de uma situação melhor.

Partindo da ideia que não existe norma absoluta e que o preceito constitucional deva ser entendido teleologicamente, Ibrahim (2011, p. 49) afirma:

Sem embargo da necessária garantia ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, não pode tais prerrogativas constitucionais compor impedimentos ao livre exercício do direito. A normatização constitucional visa, com tais preceitos, a assegurar que direitos não sejam violados, e não limitar a fruição dos mesmos. O entendimento em contrário viola frontalmente o que se busca na Lei Maior.

Nesse mesmo diapasão, Martinez (2003, p. 806) afirma “Não é objetivo de a Carta Magna petrificar o ato jurídico perfeito, tanto quanto o direito adquirido e a coisa julgada; ela deve palmilhar no sentido do titular da faculdade e não contra.”

Ainda, de acordo com a Dr. Elvira Samara Pereira de Oliveira, procuradora do Tribunal de Contas do estado da Paraíba (apud, IBRAHIM 2011, p. 49)

O ato concessório de aposentadoria embora realmente se mostre como ato jurídico perfeito, traduz-se, antes disso, em acolhimento de pretensão calcada no exercício de direito adquirido do segurado, que poderia, inclusive, nunca vir a ser

exercitado pelo seu detentor. Nem por isso deixaria de ser direito adquirido.

Ora, é basilar em direito de que quem pode o mais, pode o menos. Dessa maneira, podendo o segurado que reúna todas as condições para usufruir benefícios, sequer não o requerer, com mais razão, poderá não mais ter interesse em continuar usufruindo tal prestação.

Diga-se de mais: o instituto do ato jurídico, inscrito no art. 5º, XXXVI, da Carta Magna Federal, implica a garantia do particular contra a tirania estatal, nunca em motivo para serem sonogados seus direitos.

Destarte, resulta cristalino que os defensores da irrenunciabilidade vêm dando exegese distorcida e equivocada ao tema, posto que estão a interpretar às avessas a norma constitucional, transformando garantia individual em óbice legal.

(...)

Vê-se, assim, que a possibilidade de renúncia, em casos como este (renúncia exclusivamente para averbar tempo de serviço anterior para obtenção de novo benefício mais vantajoso), em hipótese alguma fere os princípios regentes do sistema previdenciário pátrio, mas, ao contrário, com eles perfeitamente se entrosa.

A corrente a favor da possibilidade de renúncia da aposentadoria encontra apoio em julgados de diversos tribunais e especialmente no STJ, conforme se pode verificar na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça.

**PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RENÚNCIA À APOSENTADORIA OBTIDA NA VIA JUDICIAL, PARA OBTENÇÃO DE NOVO BENEFÍCIO, MAIS VANTAJOSO, CONCEDIDO ADMINISTRATIVAMENTE, NO CURSO DA AÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**I. Na forma da pacífica jurisprudência do STJ, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria, com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no Regime Geral de Previdência Social ou em regime próprio de Previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que tal renúncia não implica em devolução de valores percebidos (REsp 1.334.488/SC, julgado sob o rito do art.543-C do CPC).II. Reconhecido o direito de opção pelo benefício concedido administrativamente, no curso da ação

judicial, mais vantajoso, e a desnecessidade de devolução dos valores recebidos na via judicial, afigura-se legítimo o direito de execução dos valores compreendidos entre a data de entrada do pedido de aposentadoria por tempo de serviço, cujo direito foi reconhecido judicialmente, e a data de início do segundo benefício, de aposentadoria por invalidez, mais vantajoso, concedido na via administrativa. Precedentes do STJ.III. "Permanece incólume o entendimento firmado no decisório agravado, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar à sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que tal renúncia não implica a devolução dos valores percebidos. Nessa linha, sendo possível a opção e desnecessária a devolução, resta legítimo, por extensão, o direito à execução dos valores entre a data de entrada do pedido de aposentadoria, cujo direito foi reconhecido judicialmente, e a data de início do segundo benefício, mais vantajoso, concedido na via administrativa" (STJ, AgRg no REsp 1.162.432/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe de 15/02/2013).

### 3.3 Efeitos da Renúncia

Superada a controvérsia sobre a possibilidade de renúncia à aposentadoria, surge a questão dos efeitos dessa renúncia. Estes efeitos seriam *Ex Tunc* ou *Ex Nunc*?

Aqueles os quais defendem que os efeitos da renúncia sejam *Ex Nunc*, argumentam que o efeito *Ex Tunc* é admissível quando o ato administrativo for inválido, eivado de vício, portanto imperfeito. Não sendo o caso da aposentadoria, pois ela é um ato administrativo perfeito. Além disso, a renúncia não invalida o ato, mas apenas os efeitos produzidos por ele. E, é isso que se busca com a renúncia à aposentadoria, porque como nos informa Ladenthin e Masotti (2012, p. 69), na desaposentação,

O segurado abdica apenas dos proventos de aposentadoria, mas não do direito de utilizar os períodos de trabalhos anteriores à aposentação para somá-los aos períodos posteriores. Neste caso, a renúncia seria parcial, pois a pretensão é renunciar à aposentadoria atual, mas somar todo o tempo de contribuição, a fim de obter nova contagem e novo cálculo de aposentadoria.

Aqueles que argumentam no sentido de o efeito da renúncia ser *Ex Tunc*, alegam que se os valores percebidos não forem devolvidos, provocará um desequilíbrio financeiro e atuarial inviabilizando o sistema previdenciário.

### 3.4 Viabilidade Atuarial

Um dos pontos controvertidos, até mesmo entre os que defendem a possibilidade de desaposentação, diz respeito à necessidade ou não de devolução das parcelas recebidas pelo segurado da Previdência Social.

Esta divergência ocorre devido ao equilíbrio fiscal e atuarial previsto no art. 201 da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece que “[...] a previdência social será organizada [...], observados critérios que preservem o equilíbrio fiscal e atuarial.” O disposto neste artigo visa impedir uma administração temerária a qual houvesse um descompasso entre receitas e despesas inviabilizando o sistema previdenciário.

Para Carreiro e Kertzmann (2006, p. 13)

O equilíbrio financeiro e atuarial, previsto no art. 201, CF/88, consigna que o sustento financeiro do sistema previdenciário deve ser mantido, visando-se sempre preservar sua estrutura operacional e o equilíbrio fiscal e atuarial, com a adequada proporção adequada entre despesas e receitas. Tem por intento a obtenção de normas que atrelem o interesse público à consecução de uma Previdência ajustada à realidade. Portanto, é imprescindível um criterioso planejamento, principalmente no que concerne às fontes de receita, já que é a União quem arca com os déficits da Previdência, sendo a responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras nos regimes previdenciários.

O INSS, parte da doutrina e jurisprudência entendem que para manter o equilíbrio fiscal e atuarial, o segurado que busca a desaposentação deverá devolver todas as parcelas recebidas da previdência social. Além disso, alegam que a não devolução violaria o disposto no art. 195, § 5º da Constituição Federal, que assim preceitua “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Por outro lado, os que defendem a não necessidade de devolução alegam que do ponto de vista atuarial, a desaposentação é justificável, visto que o segurado recebe um benefício previsto legalmente e para o qual contribuiu anteriormente. Além disso, a viabilidade atuarial e financeira não ficaria comprometida em função do regime financeiro adotado ser o de repartição simples e não o de capitalização. É isto o que assevera Ibrahim (2011, p. 65) quando diz:

Todavia, sendo o regime financeiro adotado o de repartição simples, como nos regimes previdenciários públicos em nosso país, não se justifica tal desconto, pois o benefício não tem sequer relação direta com a cotização individual, já que o custeio é realizado dentro do sistema de pacto intergeracional, com a população atualmente ativa sustentando os benefícios dos hoje inativos.

A Alegação de que a não devolução das parcelas recebidas viola o disposto no art.195, § 5º da Constituição Federal não procede, porque o aposentado que continue ou volte a trabalhar, terá que contribuir para o sistema. Estas contribuições vertidas após a aposentadoria também não eram atuarial e financeiramente esperadas e que contribuirão para o pagamento dos custos com a desaposentação, como nos informa Ibrahim (2011, p. 59)

No entanto, caso o beneficiário continue a trabalhar e contribuir, esta nova cotização gerará excedente atuarialmente imprevisto, que certamente poderia ser utilizado para a obtenção de novo benefício, abrindo-se mão do anterior de modo a se utilizar do tempo de contribuição passado. Daí vem o espírito de desaposentação, que é renúncia de benefício anterior em prol de outro melhor.

Como visto anteriormente, a aposentadoria é um direito constitucionalmente garantido a todo trabalhador e visa substituir o salário o qual proporciona recursos para que o segurado tenha uma situação econômica digna e lhe permita enfrentar os encargos de sua subsistência. Entretanto, com o passar do tempo ocorre uma redução da aposentadoria, pois o reajuste não acompanha a inflação, o que traz dificuldades para o segurado ter de fato uma vida digna e o obriga a voltar ao mercado de trabalho. Quando volta ao mercado de trabalho forçosamente, terá que contribuir, já que o sistema previdenciário é de solidariedade, o qual toda a sociedade contribui. Diante dessa realidade é válido o questionamento levantado por Ladenthin e Massoti (2012, p. 97-98)

O aposentado que continua trabalhando como empregado, por exemplo, continua contribuindo, por força do art. 12 § 4º da Lei 8.212/91. Este mesmo contrato de trabalho obriga o empregador a pagar o SAT (Seguro de Acidente de Trabalho), incidente sobre o total das remunerações pagas ou creditadas aos seus empregados e trabalhadores avulsos, conforme art. 22, II da Lei 8.213/91. Ora, mesmo havendo contribuição do empregado, contribuição da cota patronal (art. 22, I Lei 8.213/91), contribuição do SAT, se o empregado aposentado sofre um acidente de trabalho, não tem direito a nenhum benefício em razão do acidente. Ficarà em casa, sem receber salário (caso a incapacidade seja superior a 15 dias). A solidariedade, neste caso, é somente para os outros e não para ele. Por estar aposentado, a lei o “castiga”, não lhe sendo permitido qualquer outro benefício, além do insignificante salário família e do serviço de reabilitação profissional.

É notório que a finalidade da contribuição previdenciária é usufruir o benefício em forma de aposentadoria, saúde e assistência. Se isso não ocorre, ou seja, se há contribuição, mas sem a contrapartida do benefício, teria na verdade um tributo como nos mostra Ladenthin e Massoti (2012, p. 99)

Se há contribuição e não haverá concessão de benefício, estar-se-á infringindo a função social para a qual foi criado o sistema de seguridade social, sobressaindo-se apenas a questão fiscal, contrário aos fins precípuos da Ordem social. Ora, se o segurado se aposentou, continuou contribuindo, não tem direito a nenhum benefício, sua contribuição deixa de ter natureza de contribuição e passa a ser tributo. Além disso, a existência de contribuição como qualquer seguro sem que possa usufruir os benefícios destinados aos segurados não aposentados, fere não só a regra da precedência do custeio, mas também o princípio da isonomia.

Outro empecilho levantado para exigir a devolução é o tão alardeado déficit previdenciário. No entanto, o sistema previdenciário não é deficitário, muito pelo contrário é superavitário, pelo menos é o que demonstra pesquisa realizada nos Anuários Estatísticos da Previdência, por Elvío Flávio de Freitas Leonardi (apud LADENTHIN et al., 2012, p. 100-101):

Logo, da detida análise dos números apresentados, é fácil observar que o sistema previdenciário brasileiro não é deficitário, mas pelo contrário, apresenta, em todos os últimos 10 (dez) exercícios financeiros superávit, totalizando, segundo dados obtidos no Anuário Estatístico da Previdência Social, o montante de R\$ 65.653.047.097,16 (sessenta e cinco bilhões, seiscentos e cinquenta e três milhões, quarenta e sete mil, noventa e sete reais e dezesseis centavos).

Por tudo o que foi exposto, forçoso concluir que não há necessidade de devolução das parcelas recebidas pelo segurado da previdência, uma vez que elas eram um direito adquirido, haja vista cumprir o previsto na legislação quanto à aposentadoria. Além do mais, não se justifica falar déficit previdenciário, desequilíbrio atuarial e financeiro para negar a possibilidade de desaposentação.

A divergência doutrinária sobre a necessidade ou não de devolução das parcelas recebidas pelo segurado da previdência também é encontrada na jurisprudência. Conforme pode-se verificar na jurisprudência abaixo citada, o Tribunal Regional Federal da 4ª região tem admitido a possibilidade de desaposentação desde que seja restituído os valores recebidos pelo segurado.

**CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 285-A DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO MONTANTE RECEBIDO NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ANTERIOR. SENTENÇA CONDICIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA.** 1. Não é inconstitucional o artigo 285-A do Código de Processo Civil. Precedentes. 2. Tratando-se a aposentadoria de um direito patrimonial, de caráter disponível, é passível de renúncia. 3. Pretendendo o segurado renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos. Precedente da Terceira Seção desta Corte. 4. O art. 181-B do Dec. n. 3.048/99, acrescentado pelo Decreto n.º 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por



idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita, porquanto somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos (inciso II do art. 5º da CRFB). 5. O provimento ora concedido tem natureza e eficácia meramente declaratórias, uma vez que a condenação da autarquia em deferir a renúncia da aposentadoria, mediante a devolução dos valores recebidos, importaria em entrega de título judicial condicional, o que é vedado por lei. 6. Se o segurado pretende renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos com correção monetária. 7. As quantias devem ser repetidas integralmente e em ato único, tendo em vista ter tido o INSS ciência da pretensão de desaposentação apenas no momento do requerimento e considerando não se tratar de prestações de trato sucessivo.

Posicionando a favor da desaposentação e da desnecessidade de devolução das parcelas recebidas, pode-se citar como exemplo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

**PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA A OBTENÇÃO DE NOVO BENEFÍCIO. CONDENAÇÃO IMPOSTA À FAZENDA PÚBLICA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA.**

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento REsp nº 1.334.488, SC, processado sob o regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, consolidou o entendimento de que "os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis, portanto suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento". 2. No julgamento da ADI nº 4.425, DF, relator do acórdão o Ministro Luiz Fux, o Supremo Tribunal Federal declarou, por arrastamento, a inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei nº 9.494, de 1997, na redação que lhe deu a Lei nº 11.960, de 2009. 3. Em função disso, a correção monetária, tratando-se de benefício previdenciário,

deve ser calculada segundo a variação do INPC, por força do que dispõe o art. 41-A da Lei nº 8.213, de 1991. 4. Ressalva de entendimento pessoal. Agravo regimental não provido.

No entanto, em que pese a relevância das decisões judiciais, hoje está nas mãos do Supremo Tribunal Federal a decisão definitiva sobre a possibilidade de desaposentação com a necessidade de devolução ou não.

### 3.5 Posição do INSS

O INSS tem negado os pedidos de desaposentação feitos via administrativa, forçando os interessados em sua renúncia a buscar a via judiciária. Esta negação se dá com base no art. 181-B do Decreto nº 3.048/1999 e no Princípio da Legalidade insculpido no art. 37 da Constituição Federal.

O Decreto nº 3.048/1999 em seu artigo 181-B estabelece que "As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis".

Com base neste Decreto, o INSS tem entendido que a aposentadoria é um direito não disponível sobre o qual não cabe a renúncia. No entanto, parte da doutrina entende que o estabelecido no decreto reforça a ideia de proteção ao direito do segurado, impedindo a Administração Pública de excluir ou modificar tal direito em prejuízo do segurado.

Ocorre que o Decreto é uma norma subsidiária, haja vista não se submeter ao processo legislativo formal, previsto no art. 59 da Constituição Federal de 1988, não tendo o condão de ditar regras que não estão previstas na Constituição nem nas leis infraconstitucionais. Este é o entendimento de Mendes (et all., 2008, p. 915) que discorrendo sobre a diferença entre regulamento e lei diz:

A diferença entre lei e regulamento, no Direito brasileiro, não se limita à origem ou à supremacia daquela sobre este. A distinção substancial reside no fato de que a lei pode inovar originariamente no ordenamento jurídico, enquanto o regulamento não o altera, mas tão somente fixa as regras orgânicas e processuais destinadas a pôr em execução os princípios institucionais estabelecidos em lei, expressos ou implícitos, dentro da órbita por ele circunscrita, isto é, as diretrizes, em pormenor, por ela determinada.

[...]  
Dentro desse raciocínio, há delegação indevida quando se permite ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica, atribuindo-lhe a definição de requisitos necessários ao surgimento de direito, dever, obrigação ou restrição.”

Portanto, inexistindo Lei que proíba, descabida a negação da concessão da desaposentação por parte do INSS com base no referido Decreto.

Outro argumento usado pelo INSS para negar a desaposentação pela via administrativa é o princípio da Legalidade. Este princípio, a partir da Constituição Federal de 1988, tornou-se princípio constitucional que norteia todo fazer da administração pública. Assim, é a Lei que estabelece e define os limites da atuação administrativa.

O Princípio da Legalidade está previsto no art. 37 da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”.

Com base neste princípio o INSS alega não poder conceder a desaposentação, pois ela não está prevista na legislação e a administração pública está restrita ao Princípio da legalidade.

Discorrendo sobre o Princípio da Legalidade, Meirelles (2008, p.89) ensina que

A legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Meirelles (2008, p.89), ainda sobre o mesmo princípio afirma

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe. Na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’;

para o administrador público significa ‘deve fazer assim’.

A partir da lição de Meirelles é fácil perceber que tal princípio obriga a administração pública a agir estritamente dentro da lei, e se traduz em uma evidente restrição a sua ação, impedindo-a de ir além do que a Lei permite. Mas, ao mesmo tempo não retira a liberdade dos cidadãos, permitindo que ele aja livremente, precisando, apesar, respeitar o que está proibido em Lei, como está disposto no art. 5, Inciso II da Constituição Federal de 1988 “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Seguindo esta linha de raciocínio e defendendo a possibilidade da desaposentação Fábio Zambitte Ibrahim afirma que “a vedação à possibilidade de desaposentação é que deveria constar de lei, pois a sua autorização é presumida”. Então, para Ibrahim (2011, p. 70-71)

[...] não se pode alegar ausência de previsão legal para o exercício das prerrogativas inerentes à liberdade da pessoa humana, pois cabe a esta, desde que perfeitamente capaz, julgar a condição mais adequada para sua vida, de ativo ou inativo, aposentado ou não aposentado. O princípio da dignidade humana repulsa tamanha falta de bom senso, sendo por si só, fundamento para a reversibilidade plena do benefício.

Neste mesmo sentido, defendendo a ideia de que não há incompatibilidade entre o Princípio da Legalidade e a busca por uma melhor aposentadoria, Coelho (apud IBRAHIM, 2011, p. 69) afirma:

[...] não bastasse, invocar o princípio da legalidade para deixar de reconhecer um direito público individual [à desaposentação] é relegar a um segundo plano os interesses do administrado; é elevar referido princípio a um patamar que não ostenta o de sobrepor os direitos e garantias fundamentais outorgados pelo soberano Poder Constituinte de 1988 ao cidadão brasileiro, como, *exempli gratia*, o de que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei’ inscrito no inciso II do art. 5º da Lei Maior da Federação Brasileira.

Nesse passo, inexistindo no nosso ordenamento jurídico vigente lei que proíba o desfazimento de aposentadoria regularmente deferida, impossível cogitar de indeferimento por conveniência e oportunidade da administração ou mesmo em razão de ausência de autorização legal, pois a renúncia de um direito que integrou o

patrimônio de seu titular, não clama por ilógicos e injurídicos pressupostos.”

Portanto, não resta dúvida que as alegações do INSS de que o Decreto 3.048 de 1999 e o Princípio da Legalidade o impede de conceder a desaposentação não procede, sendo apenas um empecilho para que o segurado possa receber uma aposentadoria que realmente atenda às suas necessidades, possibilitando uma melhoria de vida. Afinal, ele continuou a contribuir mensalmente para a previdência e faz jus a tal melhoria.

#### 4 Considerações Finais

A desaposentação, por ser um tema relativamente novo no direito previdenciário e não possuir uma legislação específica que estabeleça regras claras a respeito de sua possibilidade é alvo de grandes discussões e divergências. Os pontos de maior divergência são a possibilidade de renúncia e a necessidade ou não de devolução das parcelas recebidas pelo segurado da previdência.

Em que pese não haver uma legislação específica que trate e regulamente este instituto, a desaposentação não encontra óbice na Constituição Federal e nem na legislação infraconstitucional.

É equivocada a posição do INSS que com base no art. 181-B do Decreto nº 3.048, no princípio da legalidade e na responsabilidade pelo equilíbrio financeiro e atuarial tem negado a concessão da desaposentação pela via administrativa, obrigando o segurado a buscar seus direitos no judiciário.

É infundada a posição do INSS, já que o Decreto não tem o poder de ditar regras que

não estão previstas na legislação. Também a alegação de que o princípio da legalidade o impede de conceder a desaposentação não procede, pois tal princípio estabelece os limites da ação da administração pública, mas não retira direito do cidadão. Assim, a administração deve fazer somente o que a lei permite, já o cidadão tem liberdade para fazer tudo o que a lei não proíbe.

Por fim, a viabilidade atuarial e financeira não é prejudicada pela concessão da desaposentação, pois o que ela propõe é a possibilidade de o segurado usar o tempo de contribuição anterior a sua aposentação e o somar com o tempo de contribuição após sua aposentação e assim conseguir uma aposentadoria melhor. Logo, o segurado estará recebendo um benefício previsto na legislação e para o qual contribuiu.

A doutrina de forma majoritária tem se posicionado a favor da desaposentação, porquanto entende que ela não fere nenhuma lei e está em sintonia com os princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho, princípios basilares do Estado Democrático de Direito que se constituiu o Brasil.

Nos Tribunais Regionais, o tema da desaposentação não é pacífico, havendo muitas divergências. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça é uníssono em admitir a desaposentação, reconhecendo a aposentadoria como um direito disponível do segurado, não importando em devolução das parcelas recebidas. A decisão sobre a possibilidade da desaposentação se encontra em debate no Supremo Tribunal Federal o qual no Recurso Extraordinário 381367 já tem um voto favorável.

## COME OUT OF RETIREMENT

### Abstract

The social security is a protective network formed by health, social welfare and social assistance. One of the benefits provided by Social Security is the retirement. The retirement is a right of all worker. Retirement should replace the salary allowing the insured worker supplement their needs. However, this is not always possible, after achieving the long awaited retirement the insured person must continue to work and then return to the job market to supplement their income and get a minimally decent life. All insured keep working compulsorily contributing to Social Security without any counterpart benefits. Faced with this situation, the doctrine and jurisprudence began to discuss the possibility of the insured worker waive their retirement and use this new contribution time to get a new and better retirement. This new

possibility of resignation and retirement has been called come out of retirement. This legal institution finds no legal provision nor unanimity in doctrine and jurisprudence. There divergence as the possibility of the insured worker waive his retirement and also about whether or not to return the installments received by the insured Social Security. Mostly doctrines has been favorably expressed the possibility to come out of retirement without the need for restitution of values. This is also the dominant position in the Superior Court of Justice. Today the discussion is on the Supreme Court, where it is expected this issue to be pacified favorably to the insured worker enabling come out of retirement.

**Keyword:** Retirement, Come out of retirement, Disclaimer, Availability Actuarial.

## Referência

AGOSTINHO, Theodoro Vicente; SALVADOR, Sérgio Henrique. **Desaposeitação**. 2.ed., São Paulo: LTr., 2014

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível nº 0033226-67.2006.4.01.3800**. 1ª Turma. Relatora: Desembargadora Federal Ângela Catão. Minas Gerais 26/01/2011. Publicado em 15/03/2011. Disponível em <http://www.trf1.jus.br/> Acesso em 26/07/2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1371719 / SC**. 2ª Turma. Relatora: Ministra Assusete Magalhães, 27/03/2014. Publicado em 08/04/2014. Disponível em <http://www.stj.jus.br> Acesso 30/07/2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível – Processo nº 5001464-67.2011.404.7201**. Relator: João Batista Pinto Silveira. Santa Catarina. 14/09/2011. Publicado em 15/04/2011. Disponível em <http://www.trf4.jus.br> Acesso em 05/08/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp. nº 1324934/RS**. Primeira Turma. Relator: Ministro Ari Pargendler. Rio Grande do Sul, 27/05/2014. Publicado em 03/06/2014. Disponível em <http://stj.jus.br> Acesso em 05/08/2014.

CARREIRO, Luciano Dórea Martinez; KERTZMAN, Ivan. **Guia Prático da Previdência Social**. 2.ed., Bahia: Jus Podivm, 2006.

BRASIL. Senado Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil -1988**. Brasília, 2012

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

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 4.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16.ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16.ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

\_\_\_\_\_. **Desaposeitação: o caminho para uma melhor aposentadoria**. 5.ed., Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

KERTZMAN, Ivan. **Curso Prático de Direito Previdenciário**. 6.ed., Salvador: JusPodivm, 2009.

LANDENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposeitação – Teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário: previdência social**. 2. ed., São Paulo: LTr, 2003.

\_\_\_\_\_. **Desaposeitação**. 6.ed., São Paulo: LTr., 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 22.ed., São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**. 11.ed., Niterói: Impetus, 2009.