

DESAPOSENTAÇÃO: PANORAMA ATUAL

Joseni Maria Mello Catelan¹

Curso de Pós-Graduação em Direito Previdenciário

EAD - Universidade Anhanguera

RESUMO

O presente artigo científico tem por objetivo analisar o tema “desaposentação”, seus contornos jurídicos, aspectos polêmicos, entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, sob o enfoque da expectativa da decisão a ser deflagrada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria e as prováveis consequências para o Sistema Previdenciário e para a sociedade, resultantes dos possíveis posicionamentos. Informações provenientes de livros, periódicos, revistas publicadas e disponíveis na *internet* e de sítios oficiais dos Tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: desaposentação; aspectos polêmicos; RE 381.367.

¹ Analista Judiciário da Justiça Federal de 1.º Grau, jmmcatel@jfsp.jus.br, Tutora Prof.ª Viviane Massotti.

1. INTRODUÇÃO

O aumento da expectativa de sobrevida dos brasileiros e o elevado número de aposentadorias precoces, implicando na redução do valor da aposentadoria em razão do fator previdenciário, e a inobservância eficaz do princípio da manutenção do valor real dos benefícios previdenciários constituem-se fatores decisivos para que incontáveis aposentados permaneçam ou retornem à atividade abrangida pelo Regime Geral da Previdência Social, com vistas a complementar seus rendimentos mensais, momento em que são enquadrados como segurados obrigatórios na forma prevista no artigo 12, § 4º, da Lei n.º 8.212/91.

De outra banda, a despeito dessa condição de contribuinte obrigatório, as contribuições previdenciárias vertidas para o Sistema não geram qualquer efeito financeiro², exceto o direito ao salário-família e reabilitação profissional, consoante disposto no artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Nesse contexto, mostra-se cristalino o objetivo do legislador em incrementar as fontes de custeio da seguridade social, emoldurando o quadro de descontentamento³ entre os que se encontram compelidos a contribuir sem contrapartida.

Surge, pois, a tese da desaposentação, construção doutrinária e jurisprudencial⁴, possibilitando ao aposentado que continuou a trabalhar possa renunciar à aposentadoria que recebe e, adicionando ao tempo de contribuição anterior àquele posterior à sua aposentadoria, possa obter benefício mais vantajoso, permitindo-lhe retornar ao ócio com dignidade.

O tema é deveras atual e pulsante.

Em geral, os Tribunais Regionais Federais acolheram a tese da desaposentação. O Superior Tribunal de Justiça também.

² Desde a extinção do pecúlio pela Lei nº 9.032/95 não é mais possível restituir contribuições realizadas pelo aposentado que continua trabalhando. Para maiores esclarecimentos sobre o tema: LADENTHIM, Adriana Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. Desaposentação teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2014, p. 21-22.

³ Segundo ALENCAR (2011, p. 13), “A partir deste ponto reside o desequilíbrio sistêmico, pela inexistência de instrumentos legais capazes de amparar o aposentado do Regime Geral de Previdência Social que, com muito esforço, volta ao mercado de trabalho, tendo o seu retorno por fundamento a insuficiência de recursos advindos da renda da aposentadoria”.

⁴ IBRAHIM (2011, apresentação) ensina: “A desaposentação não possui previsão legal expressa, razão pela qual é negada pelos órgãos administrativos, os quais ainda argumentam pela violação do ato jurídico perfeito e do direito adquirido”.

Em breve, o Supremo Tribunal Federal cristalizará entendimento definitivo ao findar o julgamento do RE nº 381.367, competindo-lhe, ao meu ver, a difícil missão de sopesar entre os conflitos de interesses do Instituto — segurança jurídica do INSS e o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema — e da pessoa do segurado — o direito a um benefício condigno.

As principais questões que se pretende analisar neste trabalho, objetivando investigar se o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, à luz do texto constitucional (§ 11 do artigo 201), obsta a concessão de benefício mais vantajoso, são: a aposentação é direito renunciável (direito patrimonial disponível) ou viola ato jurídico perfeito (afronta a segurança jurídica); há vedação constitucional ou legal; prepondera o princípio da solidariedade ou o caráter contributivo e sinalagmático das contribuições à seguridade social; deve-se devolver ou não as parcelas recebidas a título da aposentadoria e quais as consequências para o sistema em face das possíveis decisões do STF.

2. APOSENTADORIA DIGNA E O RETORNO À ATIVIDADE REMUNERADA

No ideário coletivo, a aposentadoria por tempo de contribuição representa a proteção máxima do ordenamento previdenciário, constituindo-se na contraprestação das contribuições vertidas ao Sistema (função substitutiva da remuneração do trabalho), de maneira que o ócio remunerado deveria ser motivo de alegria. Afinal, depois de anos de trabalho e contribuição, ao aposentado restar-lhe-ia usufruir o afastamento do labor com dignidade, mediante a percepção de recursos suficientes para suas necessidades.

Todavia, a triste realidade bate-lhe à porta sem demora.

Os proventos de aposentadoria não se afiguram suficientes frente ao incremento natural dos gastos devido à idade (aumento das despesas com saúde) e em função do descompasso entre o reajustamento dos salários efetivados no mercado e o reajuste do valor do benefício — não há, por assim dizer, obediência efetiva ao princípio da preservação do valor real do benefício (art. 201, § 4º, da Constituição Federal).

Soma-se a esse panorama, a forma de cálculo estabelecida pela Lei nº 9.876/99 que introduziu, de forma obrigatória no cálculo do salário de benefício das aposentadorias por tempo de contribuição, e, de forma facultativa no cálculo de aposentadoria por idade, o fator previdenciário, consistente numa equação matemática que conjuga os fatores idade, expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado. Alencar (2011, p. 296) preconiza: “[o] intuito do fator é proporcionar aposentadoria com valores maiores conforme seja maior a idade (id) e o tempo de contribuição (TC) do segurado. Ao reverso, reduz o valor da aposentadoria se de tenra idade o segurado e se contribui pouco tempo à Previdência”.

É de conhecimento geral que a expectativa de sobrevida dos brasileiros vem aumentando, resultando na brutal redução dos proventos de aposentadoria para o segurado cuja idade não é avançada, já que a ES (expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria) consta da equação do fator no denominador da primeira fração da fórmula⁵.

Assim sendo, o aumento da expectativa de sobrevida dos brasileiros que implica na redução do valor da aposentadoria em razão do fator previdenciário e o descompasso entre o provento auferido e o custo de vida constituem-se fatores decisivos para que incontáveis aposentados retornem ou continuem exercendo atividade remunerada obrigatória e daí a sujeição ao recolhimento para os cofres da Previdência Social em razão do disposto no art. 11, § 3º, da Lei nº 8.213/91, com redação conferida pelo art. 3º da Lei 9.032/95, e art. 12, § 4º, da Lei n.º 8.212/91, cuja exaço foi declarada constitucional pelo STF (RE 437.640, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 05.09.2006), “escudado no princípio no princípio da universalidade do custeio da Previdência Social (CF, art. 195), corolário do princípio da solidariedade, bem como no art. 201, § 11, da CF, que remete à lei os casos em que a contribuição repercute nos benefícios previdenciários” (ALENCAR, p. 13).

Ressalte-se, por oportuno, que essa obrigatoriedade não ofende a imunidade prevista no artigo 195, II, *in fine*, da Constituição Federal (CARNEIRO, 2010, p. 56-58).

Trago à colação a análise das eminentes doutrinadoras Ladenthim e Masotti (2014, p. 33):

⁵ $\frac{TC \times a}{ES} \times \left[1 + \frac{(id + TC \times a)}{100} \right]$

A questão do financiamento da Seguridade Social e o equilíbrio atuarial desse sistema tornaram-se ponto central de discussão na tese da desaposentação. Nas teses pela devolução dos valores contribuídos pelo aposentado que voltava a trabalhar, se discutia a ilegalidade da contribuição argumentando a não contrapartida do sistema. Com as decisões majoritárias no sentido da legalidade da contribuição por força da participação de toda a sociedade no custeio da Seguridade e do princípio da solidariedade, surgem as teses pleiteando exatamente a contrapartida do sistema, através da possibilidade de considerar no benefício do segurado as contribuições vertidas após a sua concessão. Como a lei previdenciária não permite a revisão do benefício para a inclusão destas contribuições posteriores, surge a tese da desaposentação com a técnica de desistência do benefício recebido para a concessão de um novo, que inclua todas as contribuições feitas. E novamente permanece em questão o financiamento do sistema, com a discussão sobre a necessidade ou não, da devolução dos valores recebidos pelo aposentado e os reflexos disto no equilíbrio atuarial do orçamento da Seguridade Social.

Assim, com o passar do tempo e a idade avançada, o aposentado e ainda na ativa não consegue mais trabalhar. Nesse contexto e sobretudo porque não lhe foi possível usufruir quase nenhuma contrapartida por parte do sistema, haja vista a extinção do pecúlio, “surge, então, a pretensão de desistir da aposentadoria que já recebe para acrescer o tempo de contribuição decorrente da nova atividade ao que já lhe dera direito à aposentação, e, assim, obter nova aposentadoria, desta vez com renda mensal de valor maior” (SANTOS, 2012, p. 350).

3. DESAPOSENTAÇÃO

Segundo as lições de Ibrahim (2011, p. 35), a desaposentação é a:

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

Ensina Alencar (2011, p. 73), desaposentação é “[n]eologismo trazido ao meio jurídico brasileiro no final da década de 1980, pelo doutrinador Wladimir Novaes Martinez⁶ [...] consiste no desfazimento do ato administrativo de concessão de benefício previdenciário de aposentadoria”. Sugere então o termo *transformação*

⁶ In Renúncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários. São Paulo: LTr, in Supl. Trabalho n.4/87.

como sendo o mais apropriado porque desaposentar significa tão somente anular a aposentadoria em razão de ato administrativo ilegal e no apreço a renúncia tem por finalidade viabilizar incremento do valor do benefício anteriormente concedido.

Landenthin e Masotti (2014, p. 61 e 62) também tecem críticas ao termo desaposentação porque a tese não se resume em renunciar ao benefício. Nesse escólio prosseguem: “O termo que mais se adequaria ao conjunto de atos administrativos envolvidos seria Reaposentação, uma vez que o segurado renuncia ao benefício e ato continuo se aposenta novamente com um novo período básico de cálculo e um novo tempo de contribuição”.

Por ocasião do início do julgamento de recursos extraordinários em que se discute a possibilidade de reconhecimento da “desaposentação”, o Ministro Roberto Barroso⁷, relator do RE 661256, 09.10.2014, definiu ser a “renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo de serviço ou contribuição que fundamentara a prestação previdenciária originária, para a obtenção de benefício mais vantajoso em nova aposentadoria”.

Frise-se a possibilidade de existir em qualquer regime previdenciário, ou seja, “são duas as possibilidades de desaposentação: averbação de tempo de contribuição em outro regime previdenciário ou contagem deste tempo no mesmo regime, em abas as hipóteses colimando benefício mais vantajoso” (IBRAHIM, 2011, p. 37). Lembrando que este instituto começou a ser cogitado para desfazimento do ato de aposentadoria no RGPS e utilização do tempo de contribuição daquele Regime para fins de aposentadoria no Regime Próprio de Servidor Público, objetivando vantagem econômica uma vez que não há limitação.

Em suma, a desaposentação consiste no ato de renúncia da aposentadoria⁸ (iniciativa do próprio segurado), com o fito de obter nova aposentadoria com renda mensal mais vantajosa, mediante o aproveitamento do tempo de contribuição que verteu ao RGPS durante o período que regressou ou permaneceu trabalhando na condição de segurado obrigatório após sua aposentação.

Cumprе destacar a título de exemplo que Portugal, Canadá e Estados Unidos permitem a continuidade do trabalho remunerado após a aposentadoria,

⁷ Informativo do STF nº 765 –Título art. 18, §2º, s Lei 8.213/91 e “desaposentação” - 1

⁸ Podem ser objeto de desaposentação somente as aposentadorias por idade, por tempo de contribuição e especial.

sendo que as contribuições realizadas após a jubilação são computadas para efeito de recálculo do benefício (IBRAHIM, 2011, p. 88).

3.1 POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA

Esta é a primeira questão que se coloca em debate para se viabilizar o instituto.

Aqueles que são contrários à desaposentação fundamentam que a aposentação é ato jurídico perfeito⁹, razão pela qual não pode ser desfeito. Nessa linha de entendimento, invocam o art. 181-B do Decreto nº 3.048/1999, na medida em que estabelece que as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial **são irreversíveis e irrenunciáveis**, a não ser que requeridas antes do recebimento do primeiro pagamento ou antes do saque do FGTS ou PIS.

Como é cediço, a proteção do ato jurídico perfeito¹⁰ tem por fim beneficiar o indivíduo e não o prejudicar, tampouco há de se defender a tese do ato jurídico perfeito em favor do INSS, tendo em vista a prevalência de direitos do segurado, este sujeito de direitos de um sistema que visa à proteção integral do cidadão, que foi alçada a direito fundamental.

Nas lições de Ibrahim (2011, p. 51):

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

Prossegue, o eminente previdencialista, na defesa da possibilidade de reversibilidade do ato jurídico perfeito, dizendo que “o mandamento constitucional não deve ser entendido de modo irrestrito, pois inexiste norma absoluta. Se nem o direito à vida é absoluto, já que se admite a pena de morte em caso de guerra, não

⁹ § 1º do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. O requerimento de aposentadoria exige ato administrativo vinculado (praticado segundo a lei vigente no momento do requerimento), que após seu completo trâmite (pleno e acabado) resulta na concessão do benefício, alçado à categoria de ato perfeito, apto a produzir seus efeitos, qual seja, o pagamento do provento mensal do benefício.

¹⁰ Artigo 5º, XXXVI, CF: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

há motivo para a definitividade alegada ao ato jurídico perfeito” (IBRAHIM, 2011, p. 40).

Outrossim, o mencionado Decreto contém restrição de direito que só a lei pode impor (SANTOS, 2012, p. 352). Deveras, não pode sobrepujar à garantia e ao direito fundamental do benefício digno.

De outra parte, a renúncia é juridicamente possível por ser direito patrimonial disponível até porque a ninguém é dado permanecer aposentado contra seu interesse.

3.2. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE

Como dito alhures, a desaposentação é instituto nascido da doutrina que encontrou guarida nos tribunais pátrios, inexistindo lei a respeito.

A falta de previsão legislativa dificulta a análise, mas também dá azo a inúmeras discussões.

Entrementes, ressalto que há muito abandonamos ao positivismo jurídico, porquanto a melhor interpretação em termos de Direito Previdenciário é aquela que atribui prevalência aos direitos sociais em face da sua relevância para todo corpo social, resultando em eficaz instrumento (interpretação conforme espírito social) de tornar eficaz a Constituição Cidadã, salvaguardando o bem-estar social.

De outra parte, ao intérprete não é permitido fechar os olhos ao comando constitucional do artigo 201 que prescreve a necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social¹¹, ou seja, “nenhuma interpretação no Direito Previdenciário poderá gerar custo adicional em a respectiva fonte, sob pena de inconstitucionalidade” (IBRAHIM, 2011, p. 24), daí porque alguns entendem que permitir a desaposentação sem a devolução dos valores antes recebidos é inconstitucional¹².

Como é cediço, a ausência de previsão legal desautoriza o INSS — entidade da Administração Pública indireta — a conceder desaposentação em razão do princípio da legalidade estrita, consagrado no art. 37, caput, da CF/88.

¹¹ A manutenção de seu equilíbrio financeiro e atuarial depende da existência de fonte de custeio para a concessão de novos benefícios.

¹² REEX 201150010048734. TRF da 2ª Região, Relator Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, data de julgamento 26/06/2013, Segunda Turma Especializada.

Por outro lado, para negar a desaposentação, a autarquia previdenciária invoca o art. 181-B do Decreto 3.048/99, que estabelece a irreversibilidade e irrenunciabilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial.

Mostra-se, todavia, incorreta a negativa sob esse fundamento. Isso porque, como ensinam Landenthin e Masotti (2014, p. 121), “ o regulamento não pode extrapolar os limites da lei. Se a lei nada disse acerca da irrenunciabilidade dos benefícios em questão, não pode o decreto impor tal vedação”.

Desse modo, há os que defendem a renúncia e posterior concessão de benefício mais vantajoso justamente porque não há lei obstando a desaposentação (enquanto a Administração Pública só faz o que a lei determina, o particular não faz o que a lei proíbe).

O artigo 201, § 11, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, assim dispõe:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

[..]

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

Os artigos 194 e 195 da Constituição Federal estabelecem que o custeio do sistema previdenciário é lastreado pelos princípios da universalidade, da solidariedade, do equilíbrio financeiro e atuarial.

De outra parte, o artigo 18, § 2.º, da Lei nº 8.213/91, com redação dada pela Lei nº 9.528/97, assim dispõe:

O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, **não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade**, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

A análise se faz em razão do conflito entre essas duas disposições.

Alexandre Simões Lindoso¹³ faz as seguintes ponderações:

A edição dessa legislação, porém, não observou os limites constitucionalmente impostos ao legislador ordinário, com vistas a proceder à restrição de direitos fundamentais. Por essa simples e definitiva razão, resulta configurada a inconstitucionalidade do artigo 18, § 4º, da Lei nº 8.213/91, já que:

- a) produz o esvaziamento do núcleo essencial do artigo 201, § 11, da Constituição;
- b) atenta contra o princípio da proporcionalidade; e
- c) ofende o princípio constitucional da proibição de retrocesso.

Considerando que o dispositivo constitucional (art. 201) garante a contrapartida das contribuições no cálculo dos benefícios, a lei viola o núcleo essencial ao obstaculizar direito fundamental.

O artigo 18 acima é desproporcional, pois impõe grande desequilíbrio entre os sujeitos da relação, superestimando a necessidade de arrecadação em detrimento do direito à contrapartida, esvaziando a finalidade da proteção constitucional do direito ao benefício digno e do valor social do trabalho.

Outrossim, segundo a análise do referido doutrinador, ofende o princípio da proibição do retrocesso, na medida em que promoveu a eliminação de direitos já consagrados (Leis números 6.243/75, 8.213/91 e 8.870/94 — direito ao pecúlio, posteriormente isenção da contribuição).

Ademais, há compreensão no sentido de que o artigo 18 ao negar **prestação alguma**, na realidade, veda “a indevida duplicidade de aposentadorias, mas não o cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita”¹⁴.

Cumprе consignar que o novo benefício, obtido com o incremento do tempo posterior à jubilação, deve necessariamente ser calculado segundo as regras vigentes no momento da concessão da nova aposentadoria, em respeito ao princípio do *tempus regit actum*, sendo certo que a pretensão de contagem de tempo posterior e utilização de regra anterior não encontra guarida perante o STF que consagrou o entendimento no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico¹⁵.

¹³ O aposentado que permanece ou retorna à atividade remunerada e a inconstitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4815>. Acesso em: jan. 2015.

¹⁴ AC 201451011074264, Desembargador Federal ABEL GOMES, TRF2 - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 04.08.2014.

¹⁵ RREE 244.610.

4. EXPECTATIVA EM RELAÇÃO À DECISÃO DO RE 381.367

Conquanto a 1.^a Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.348.301, sob o rito do recurso repetitivo, tenha cristalizado entendimento favorável à desaposentação sem devolução dos valores recebidos da primeira aposentadoria¹⁶, a análise da validade jurídica desse instituto **sob a ótica constitucional** está pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 381.367.

Grande expectativa paira entre a comunidade jurídica e os cidadãos que direta ou indiretamente serão afetados pela decisão do Supremo Tribunal Federal.

A par dos entendimentos manifestados pelos tribunais pátrios, diga-se em vários sentidos (STJ, Tribunais Regionais Federais ou Juizado Especial Federal), é certo que a orientação a ser perfilhada pelo Supremo Tribunal Federal pautará os demais julgamentos, registrando que no RE 661.256/SC também foi reconhecida a repercussão geral da questão da desaposentação, estando suspenso o julgamento em face da aposentadoria do Ministro Relator Ayres Brito.

Notícia de 14.08.2014, retirado do sítio do STF¹⁷, informa a abrangência do RE 381.367:

Recurso extraordinário contra acórdão do TRF da 4^a Região, que declarou a constitucionalidade do parágrafo 2º do artigo 18 da Lei nº 8.213/1991 e a obrigatoriedade de o assegurado aposentado que permaneça em atividade ou a ela retorne continue a contribuir para a previdência social, sem ter direito a contraprestação, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando empregado. Alegam que a Constituição (artigo 201, parágrafo 11º) estabelece que a contribuição previdenciária terá repercussão em benefícios e, portanto, é inconstitucional o parágrafo 2º do artigo 18 da Lei nº 8.213/1991, que veda tal repercussão. O recurso busca afastar a aplicação da regra jurídica que veda a participação da recorrente nos planos de benefício do RGPS, para que se lhe apliquem apenas as regras, comuns a todos os segurados, relativas à cumulação de benefícios.

¹⁶ Fundamentado no caráter alimentar dos benefícios previdenciários. No REsp 692.628/DF foi decidido: “O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito *ex nunc* e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos”.

¹⁷ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=272852>> Acesso em: dez. 2014.

Os principais pontos a serem discutidos pelo STF são: a admissibilidade do ato de renúncia à aposentadoria e seus efeitos, se há violação a ato jurídico perfeito e ao princípio da isonomia e se há ofensa ao princípio da solidariedade e ao princípio contributivo.

O primeiro voto, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, proferido na Seção de Julgamento do Pleno em 16.09.2010, proveu o recurso tendo enfatizado o seguinte:

O segurado teria em patrimônio o direito à satisfação da aposentadoria tal como calculada no ato de jubilação e, ao retornar ao trabalho, voltaria a estar filiado e a contribuir sem que pudesse cogitar de restrição sob o ângulo de benefícios. Reputou, dessa forma, que não se coadunaria com o disposto no art. 201 da CF a limitação do § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91 que, em última análise, implicaria desequilíbrio na equação ditada pela Constituição. [...] Reiterou que, além de o texto do examinado dispositivo ensejar restrição ao que estabelecido na Constituição, abalaria a feição sinalagmática e comutativa decorrente da contribuição obrigatória. Em arremate, **afirmou que ao trabalhador que, aposentado, retorna à atividade caberia o ônus alusivo à contribuição, devendo-se a ele a contrapartida**, os benefícios próprios, mais precisamente a consideração das novas contribuições para, voltando ao ócio com dignidade, calcular-se, ante o retorno e as novas contribuições e presentes os requisitos legais, o valor a que tem jus sob o ângulo da aposentadoria. (grifo nosso)

Destarte, foi francamente favorável à validade jurídica do instituto, sustentando que negar incremento ao valor da nova aposentadoria implica no desrespeito à contrapartida ditada pela Constituição Federal. Sérgio Henrique Salvador¹⁸ tece críticas no sentido de que não foi exaurida a “problemática da restituição ou não dos valores antes auferidos pelo inativo” o que “propiciará uma discussão mais calorosa e ponderada do assunto, esticando, no tempo, a tão esperada resposta do Tribunal da Pacificação Social”.

O julgamento foi retomado com retorno de voto-vista do ministro Dias Toffoli, que negou provimento ao recurso, asseverando¹⁹:

¹⁸ Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11753&revista_caderno=20> Acesso em: mar. 2015.

¹⁹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo765.htm>> Acesso em: dez. 2014.

[...] a **desaposentação**” tornaria imprevisíveis e flexíveis os parâmetros utilizados a título de “expectativa de sobrevida” — elemento do fator previdenciário —, mesmo porque passaria esse elemento a ser manipulado pelo beneficiário da maneira que melhor o atendesse. O objetivo de estimular a aposentadoria tardia, estabelecido na lei que instituía o citado fator, cairia por terra, pois a “desaposentação” ampliaria o problema das aposentadorias precoces. Igualmente, não haveria violação ao sistema atuarial ao se vedar a “desaposentação”. Isso porque, ao contrário do que sustentado nos autos, as estimativas de receita deveriam ser calculadas considerando os dados estatísticos, os elementos atuariais e a população economicamente ativa como um todo. O equilíbrio exigido pela lei não seria, portanto, entre a contribuição do segurado e o financiamento do benefício a ser por ele percebido. Além do mais, o regime previdenciário nacional possuiria, já há algum tempo, feição nitidamente solidária e contributiva, a **preponderar o caráter solidário**. Por fim, ainda que existisse dúvida quanto à vinculação e ao real sentido do enunciado normativo previsto no art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, o qual impediria que se reconhecesse a possibilidade da “desaposentação”, na espécie caberia a aplicação da **máxima jurídica “in dubio pro legislatore”**. Se houvesse, no futuro, efetivas e reais razões fáticas e políticas para a revogação da referida norma, ou mesmo para a instituição e a regulamentação do instituto em comento, o espaço democrático para esses debates haveria de ser o Congresso Nacional.

Enquanto Ministro Marco Aurélio assentou a validade jurídica do instituto, o Ministro Dias Toffoli, além de concluir pela preponderância do princípio da solidariedade, consignou as consequências advindas de decisão favorável ao aposentado, na medida em que serviria de estímulo a aposentadorias precoces, visando futura melhoria do valor do benefício para aqueles que continuam segurados obrigatórios, além de ofender o princípio da separação dos Poderes, dado que não compete ao Judiciário a instituição ou regulamentação de instituto não previsto no ordenamento jurídico.

Por sua vez, o Ministro Teori Zavascki, ao acompanhar o Ministro Dias Toffoli, destacou:

[...] a Lei 9.032/1995, ao ultimar o processo de extinção dos pecúlios, incluía o parágrafo 4º ao art. 12 da Lei 8.212/1991 (“O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social”), e o parágrafo 3º ao art. 11 da Lei 8.213/1991 (“O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade,

ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social”). Com isso, teria sido dada às contribuições vertidas pelo aposentado trabalhador finalidade diferente da que até então teria, típica de capitalização, e teriam passado a ser devidas para fins de custeio da seguridade social, e, portanto, um regime de repartição. Ficaria claro, então, que, **a partir da extinção dos pecúlios, as contribuições pagas destinar-se-iam ao custeio atual do sistema geral de seguridade, e não ao pagamento, ou eventual incremento ou melhoria de futuro benefício específico para o próprio segurado ou para seus dependentes.** Assim, presente o estatuto jurídico delineado, não haveria como supor a existência do direito subjetivo à “desaposentação”. Esse benefício não teria previsão no sistema previdenciário estabelecido atualmente, o que, considerada a natureza estatutária da situação jurídica em que se inseriria, seria indispensável para que gerasse um correspondente dever de prestação. Ademais, para se reconhecer o direito à “desaposentação” seria necessário declarar previamente a inconstitucionalidade — inexistente, visto que compatíveis com o caráter solidário do sistema — do parágrafo 2º do art. 18, e do parágrafo 3º do art. 11, ambos da Lei 8.213/1991, bem como do parágrafo 4º do art. 12 da Lei 8.212/1991. Declarada a inconstitucionalidade, porém, isso não geraria outra coisa senão o retorno ao “status quo” anterior, ou seja, o retorno aos pecúlios ou a restituição das contribuições vertidas. Não haveria como se criar, sob o pretexto dessa inconstitucionalidade, um terceiro benefício jamais previsto na legislação, o que iria contra a natureza estatutária antes aludida. Outrossim, **a solidariedade, a respaldar, como dito, a constitucionalidade do sistema atual, justificaria a cobrança de contribuições pelo aposentado que voltasse a trabalhar.** Este deveria adimplir seu recolhimento mensal como qualquer trabalhador, mesmo que não obtivesse nova aposentadoria. A razão de solidariedade seria essa, a contribuição de um não seria exclusiva desse, mas sua para a manutenção de toda a rede protetiva. (grifo nosso)

Também contrário ao instituto, o Ministro Teori Zavascki destacou o princípio da solidariedade como prevalente ao da contrapartida, uma vez que, após a extinção do pecúlio, o aposentado que continua a exercer atividade remunerada recolhe não para si, mas em prol de todo o Sistema Previdenciário.

Solução interessante foi “criada” pelo Ministro Roberto Barroso ao dar parcial provimento ao RE 827.833, declarando o direito dos recorrentes à desaposentação, nos seguintes termos:

Desaposentação seria possível, visto que o § 2º do art. 18 da Lei 8.213/1991, diferentemente do que alegado pelos recorrentes, não impossibilitaria a renúncia ao vínculo previdenciário original, com a aquisição de novo vínculo. Ressaltou, porém, que, para a concessão do novo benefício, deveriam ser levados em conta os proventos já recebidos pelo segurado — a despeito de serem válidos e de terem

sido recebidos de boa-fé —, e as contribuições pagas após a aposentadoria original. Advertiu que essas condições levariam em conta a necessidade de que a fórmula atuarial que se aplicasse aos segurados fosse uma fórmula universalizável e que produzisse o mesmo resultado para todos os que se encontrassem em igual situação dentro do sistema. Observou que, nos termos do art. 29, I, da Lei 8.213/1991, **o cálculo do benefício previdenciário se daria ao multiplicar-se a média aritmética das contribuições pelo fator previdenciário, este último composto por quatro variáveis: tempo de contribuição, alíquota de contribuição, idade e expectativa de vida.** Indicou que, quanto às duas primeiras — tempo e alíquota de contribuição — **dever-se-ia computar todo o período que antecederesse a “desaposentação”, isto é, tanto o período anterior, como o posterior ao estabelecimento do primeiro vínculo previdenciário.** Já quanto às duas outras variáveis relativas ao fator previdenciário — idade e expectativa de vida —, **que teriam como finalidade graduar o benefício em função do tempo que o segurado ainda viria a permanecer no sistema, asseverou que, para a efetivação da “desaposentação”, deveria ser considerado, como marco temporal, o momento em que o primeiro vínculo fora estabelecido.** Ressaltou que a aplicação da fórmula descrita faria com que o segundo benefício, resultante da “desaposentação”, fosse intermediário em relação a duas situações extremas também aventadas: proibir a “desaposentação” ou permiti-la sem a restituição de qualquer parcela dos proventos anteriormente recebidos. Registrou que a mencionada forma de cálculo produziria, ao redundar num aumento médio de 24,7% no valor da aposentadoria, custo fiscal totalmente assimilável. Aduziu, portanto, que, quem se aposentasse pela segunda vez, já tendo desfrutado dos benefícios do sistema por certo período, não iria se aposentar novamente, em condições iguais às daqueles que se aposentassem pela primeira vez e nunca tivessem sido beneficiários do sistema. A razão da diferença seria objetiva e não haveria legitimidade constitucional em se equiparar as duas situações, sob pena de se tratar igualmente desiguais. **Afirmou que a solução proposta se afiguraria justa, porquanto o segurado não contribuiria para o sistema previdenciário em vão, mas também não se locupletaria deste último, além de preservar seu equilíbrio atuarial.** Propôs que a decisão da Corte começasse a produzir efeitos somente a partir de 180 dias da publicação, o que permitiria ao INSS e à União que se organizassem para atender a demanda dos potenciais beneficiários, tanto sob o ponto de vista operacional, quanto do custeio. Além disso, prestigiaria, na maior medida legítima, a liberdade de conformação do legislador, que poderia instituir regime alternativo ao apresentado e que atendesse às diretrizes constitucionais delineadas.

Ao analisar a questão, o Ministro Barroso reconheceu o direito à renúncia e aquisição de nova aposentadoria mais vantajosa, haja vista que a legislação é omissa, adotando solução intermediária entre os interesses do INSS e do jubilado, ou seja, o cálculo da nova aposentadoria leva em conta todo o período contributivo,

mas as duas outras variáveis do fator previdenciário (expectativa de sobrevida e idade) devem ser as mesmas da primeira aposentadoria, de molde a respeitar a regra da contrapartida, a isonomia de tratamento e viabilizar economicamente o instituto.

Desde 03.02.2015, o RE 381.367 encontra-se com vistas a Ministra Rosa Weber²⁰.

Não se pode olvidar o grande impacto financeiro para os cofres da União Federal em caso de procedência. Segundo notícia veiculada no Jornal Gazeta do Povo em 17.09.2010²¹, consoante dados do Governo, “aproximadamente 500 mil aposentados continuam trabalhando e contribuindo com a Previdência Social”, estimando-se um custo inicial anual de R\$ 2,7 bilhões para satisfazer os pedidos de desaposentação. Ressaltaram, outrossim, tratar-se de mero custo inicial, dado que serviria de estímulo para as aposentadorias precoces com a certeza de revisão futura, fato que redundaria em aumento progressivo dos custos da Previdência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo quanto foi exposto, podemos concluir que a doutrina e a jurisprudência tendem pela aceitação do instituto.

Quanto ao julgamento definitivo, o atual empate²² demonstra indefinição, ressaltando que a atual composição da Corte Suprema tende a ser pró-governista.

Na difícil arte de ponderar valores, observo que o voto deflagrado pelo Ministro Luís Roberto Barroso foi extremamente sensato, porquanto adotou solução que prestigiou o texto constitucional e os princípios da seguridade social, ao mesmo tempo em que buscou respeitar o equilíbrio financeiro e a higidez do Sistema.

Ademais, prestigiou a harmonia e a separação dos Poderes da República ao estabelecer que a decisão passe a ser aplicada somente 180 dias após a publicação do acórdão do Supremo, viabilizando aos Poderes Legislativo e Executivo regulamentar a matéria.

²⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2109745>> Acesso em: fev. 2015.

²¹ Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?tl=1&id=1047694&tit=STF-comeca-a-julgar-possibilidade-de-desaposentacao>> Acesso em: mar. 2015.

²² RE 381.367: dois votos desfavoráveis de Dias Toffoli e Teori Zavascki e o voto favorável de Marco Aurélio. RE 827.833; voto favorável de Luís Roberto Barroso.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Cálculo de benefícios previdenciários: regime geral de previdência social: teses revisionais: da teoria à prática*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ALENCAR, Hermes Arrais. *Desaposentação e o instituto da “transformação” de benefícios previdenciários do regime geral de previdência social: a busca da adequada plataforma de proteção à idade avançada*. 1. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

BRAMANTE, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. *Desaposentação: teoria e prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

CARNEIRO, Daniel Zanetti Marques. *Custeio da seguridade social*. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*, 7. ed. Niterói: Impetus, 2006.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANTOS, Marisa Ferreira. *Direito previdenciário esquematizado*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SEIZAWA, Flavia. *Breves estudos sobre a desaposentação*. Revista Justiça & Cidadania, Rio de Janeiro, edição 171, p. 38-41, nov. 2014.

VIANNA, João Ernesto Aragonês. *Direito Previdenciário*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.