



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

REGIMAR BORDIN NUNES RIBAS PINTO

O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO

JUIZ DE FORA

2008

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

FACULDADE DE DIREITO

BACHARELADO EM DIREITO

REGIMAR BORDIN NUNES RIBAS PINTO

O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao curso de ciências jurídicas da Faculdade de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientadora: Professora Carmem Lucia Machado.

JUIZ DE FORA

2008

FOLHA DE APROVAÇÃO

Regimar Bordin Nunes Ribas Pinto
Aluno

© Instituto da Desapensação

Tema

Monografia de conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito, da Universidade Presidente Antônio Carlos / Juiz de Fora, como exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Juliano
W. S. G. J.

Aprovada em 12/12/2008.

Para :
Mcdonnell, meu esposo e
Meus filhos Ana Carla, Luiz
Gustavo e Maria Luísa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a DEUS, que me deu não só vida e inteligência, mas também forças para lutar e conseguir atingir meus objetivos.

Lembrarei sempre com gratidão dos queridos mestres que me propiciaram entender, compreender e buscar a consciência do dever, procurando ajustar a condição humana do advogado à missão quase divina da defesa.

Ao meu esposo McDonnell, que nos muitos momentos em que o destino tentava me desviar, vinha ele e me alegrava a alma com palavras de estímulo;

Aos meus filhos Ana Carla e Luiz Gustavo que dia-a-dia me ensinaram a ser perseverante e propiciaram que eu estudasse, assumindo os cuidados da pequena Maria Luisa, que de forma não convencional ajudava-me com os textos de direito e hoje no auge de seus 7 anos é uma estudiosa do direito.

Aos meus pais que me apoiaram e incentivaram a continuar sempre.

“Teu dever é lutar pelo direito; porém quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça”

Eduardo Couture

RESUMO

A temática sobre o Instituto da Desaposentação foi toda desenvolvida através de uma pesquisa bibliográfica, e tem como objetivo principal os princípios norteadores, e suas conseqüências. Para alcançar tais objetivos foram realizadas pesquisas, leituras em periódicos, legislações, doutrinas e julgados. Em um primeiro momento buscamos um entendimento histórico da aposentação e sua evolução dentro do direito previdenciário brasileiro. No desenvolver do tema ainda abordou-se a aposentação como forma de renúncia, bem como a posição do INSS e demais opositores. Discutiu-se a problemática sobre o instituto da desaposentação e suas benesses para o contribuinte. De posse da bibliografia discutiu-se suas contribuições e críticas, bem como o projeto de lei que poderá trazer as modificações almejadas.

Palavras – chave: aposentação - desaposentação

SUMÁRIO

Introdução	8
1. UM BREVE HISTÓRICO DA PREVIDENCIA SOCIAL NO BRASIL.....	10
1.1 Quem Tem Direito ao Benefício.....	12
2. O ESTADO SOCIAL E A RENUNCIA A APOSENTADORIA.....	16
3. DESAPOSENTAÇÃO NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO.....	18
4. POSIÇÃO DO INSS E DEMAIS OPOSITORES.....	24
4.1 – Caráter Irrenunciável.....	24
4.2 – Necessidade de Anuência do Órgão Previdenciário.....	24
4.3 – Enriquecimento Ilícito do Segurado.....	25
5. MODIFICAÇÕES FUTURAS.....	27
6. CONCLUSÃO.....	29
7. REFERENCIA BIBLIOGRAFICA.....	31

INTRODUÇÃO

Questão ainda controversa no universo do Direito Previdenciário pertinente à chamada “desaposentação”, que constitui na renúncia à aposentadoria para aproveitamento do tempo de contribuição neste regime previdenciário com vistas à nova aposentadoria mais favorável em outro regime previdenciário.

O tema tem despertado discussão entre os estudiosos da matéria, bem como vem constituindo cada vez mais comumente objeto de decisões administrativas e judiciais, daí a necessidade de se fazer um paralelo entre as necessidades ora exigidas e o estado social do qual todos fazem parte.

Cumpre-nos, entretanto antes de adentrar na questão da desaposentação propriamente, traçar, ainda que em linhas gerais, o conceito de aposentadoria, suas espécies e natureza jurídica, bem como a natureza do ato de renúncia.

Os que defendem o instituto da desaposentação apóiam-se no caráter personalíssimo e renunciável do direito à aposentadoria, quando o for por ato voluntário do segurado e em seu benefício, como no caso de obter nova aposentadoria mais vantajosa. Baseiam-se ainda em ausência de proibitivo legal, calcando-se no princípio de legalidade, consubstanciado no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal.

Em seu turno os opositores da desaposentação defendem o caráter indisponível e irreversível da aposentadoria, conforme disposto no artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99, e também invoca o princípio da legalidade de observância obrigatória para administração pública, nos termos do artigo 37 *caput* da CF/88, mas sob o enfoque de ausência de previsibilidade legal para o procedimento de desaposentação e suas implicações no sistema de seguridade, além de classificarem a aposentação como ato jurídico perfeito e assim intangível, conforme preceito constitucional.

Cabe salientar a discussão em torno da matéria em comento, que tramita no Congresso Nacional projeto de lei com escopo de modificar a Lei nº 8.213/91, inserindo-lhe a questão da desaposentação, o que também será objeto deste trabalho monográfico.

A jurisprudência nacional, bem como os tribunais de contas estaduais e o TCU vem sendo instados à manifestação quanto ao tema, pelo que, detém-se também o

presente estudo na apreciação da tendência jurisprudencial em relação a questão ora posta.

Assim constitui objeto do presente estudo, na modalidade de artigo científico, algumas considerações concernentes à desaposentação, sua instrumentalização e implicações.

1 – UM BREVE HISTORICO DA PREVIDENCIA SOCIAL NO BRASIL

A Previdência Social no Brasil possui mais de 100 anos de história. A primeira norma legal atinente ao assunto é datada de 1888, quando foi normatizado o direito à aposentadoria para empregados dos Correios.

O ponto de partida da Previdência Social no País, contudo, é a Lei Elói Chaves (Decreto nº 4.682) de 1923. Criou a Caixa de Aposentadoria e Pensões para empregados de empresas ferroviárias, estabelecendo assistência médica, aposentadoria e pensões, válidas inclusive para seus familiares. Em três anos, a lei seria estendida para trabalhadores de empresas portuárias e marítimas.

Na década de 30, através da promulgação de diversas normas, os benefícios sociais foram sendo estendidos para a maioria das categorias de trabalhadores, dos setores público e privado. Foram criados seis institutos de previdência, responsáveis pela gestão e execução da seguridade social brasileira.

Foi criada a Lei Orgânica de Previdência Social, em 1960, unificando a legislação referente aos institutos de aposentadorias e pensões. Nesta época a Previdência Social já beneficiava todos os trabalhadores urbanos, entretanto os trabalhadores rurais passariam a ser beneficiados somente em 1963.

Em 1966, com a alteração de dispositivos da Lei Orgânica da Previdência Social, foram instituídos o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - " FGTS, uma indenização para o trabalhador demitido que também pode ser usada para quem quiser comprar sua casa própria, e o Instituto Nacional de Previdência Social - " INPS (atualmente a sigla é INSS), que reuniu os seis institutos de aposentadorias e pensões existentes, segundo :

Em 1974, foi criado o Ministério da Previdência e Assistência Social. Até então, o tema ficava sob o comando do Ministério do Trabalho e Emprego (na época chamado Ministério do Trabalho e Previdência Social). A extensão dos benefícios da previdência a todos os trabalhadores se dá com a Constituição de 1988, que passou a garantir renda mensal vitalícia a idosos e portadores de deficiência, desde que comprovada a baixa renda e que tenham qualidade de segurado.

Em 1990, o INPS mudou de nome, passando a ser chamado de INSS - Instituto Nacional de Seguridade Social.

Em dezembro de 1998, o governo mudou as regras da previdência passando a exigir uma idade mínima para a aposentadoria, que, no caso das mulheres, é de 55 anos e do homem, 60 anos. Anteriormente, a aposentadoria valia para quem contribuisse por 25 a 30 anos, no caso das mulheres, e 30 a 35 anos, no caso dos homens, sem limite mínimo de idade.

Previdência Social é um sistema estatal cuja função precípua é a proteção social aos trabalhadores que se aposentam ou que, por algum motivo, ficam impossibilitados de trabalhar.

Muitos acreditam que é só parar de trabalhar para começar a receber uma cobertura financeira do governo, a Previdência Social cobre apenas trabalhadores em situações pré-definidas, como doença, acidente, gravidez, prisão, morte ou velhice. Além disso, para usufruir dos benefícios, o trabalhador precisa estar inscrito, bem como contribuir mensalmente.

Atualmente regem o sistema de previdência social :

as Leis n. 8.212 e 8.213, ambas de 27.07.1991. Previdência Social é assunto sério para uma nação, estamos falando de dezenas de bilhões de reais anualmente. No Brasil, dispomos até de um ministério e um instituto exclusivos para a área, são eles o Ministério da Previdência Social e o INSS, respectivamente. E não podemos deixar de citar também a Dataprev, Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social, que oferece vários serviços online para os cidadãos. A partir de 2007, o sistema da Previdência Social passou a ser unificado ao da Receita Federal, criando a Super Receita. A idéia é que o órgão, além de diminuir a burocracia e os gastos, ajude a investigar fraudes contra o sistema.

A previdência social tem a finalidade de “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.” (Lei 8.213/91).

Na verdade, no cotidiano nem todas essas garantias estão presentes. O Governo Federal, através de diversas medidas, vem dificultando em muito o acesso dos segurados aos benefícios do regime geral de previdência social.

1.1 Quem Tem Direito aos Benefícios

Previdência Social, consoante o Dicionário da Língua Portuguesa Larousse Cultural, 2007, consiste em um "conjunto de medidas e instituições para a proteção ao trabalhador (e aos seus dependentes ou beneficiários), na doença, na velhice, no desemprego etc". Segundo a Constituição Federal, em seu artigo 6º, é um *direito social*.

Direitos sociais são os proporcionados pelo Estado democrático a fim de tornar mais justa a convivência entre os homens e amenizar as desigualdades conseqüentes de um modo de produção capitalista. Estão em constante luta contra as desigualdades naturais e econômicas, tão acentuadas atualmente.

José Afonso da Silva, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 2007, afirma serem os direitos sociais:

dimensões dos direitos fundamentais dos homens, prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Como se pode considerar a notória importância dada pela Constituição Federal à previdência social, ao enquadrá-la nos direitos sociais. Esta se situa na seção III, pertencente ao capítulo II (Da Seguridade Social) do Título VIII (Da Ordem Social). Enfim, a Previdência Social é uma peça do quebra-cabeça que forma a Seguridade Social, ou, como preferem alguns, "seguro social". Que compete não só à União, como também aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre os seus preceitos.

Não se trata, porém de seguro, uma vez que este é um contrato particular de Direito Privado. A previdência social pertence ao Direito Público. É, portanto, obrigatória e não um acordo de vontades. Ou seja, não tem natureza de seguro, apesar de a Constituição Federal afirmar que ela ergue-se na forma de um seguro obrigatório.

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. Será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, do Distrito Federal e dos Municípios e das seguintes contribuições sociais, quais sejam: do empregador, da empresa e da entidade a ela

equiparada na forma da lei (incidentes sobre: a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; a receita ou o faturamento; o lucro); do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social; sobre a receita de concursos de prognósticos. (art. 195, I, a, b, c, II, III).

Alexandre de Moraes, em sua obra *Direito Constitucional*, faz notar que:

o artigo 195 e incisos, da Constituição Federal, ao disporem sobre o custeio da seguridade social, não prevê contribuição a cargo dos aposentados e pensionistas, sendo vedado aos Estados-membros ou Municípios editarem disciplina em contrário, seja nas Constituições estaduais, seja nas respectivas Leis Orgânicas Municipais.

São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atentam às exigências estabelecidas em lei. (art. 195, §7º), devido ao fato de a seguridade ser uma medida protetora, principalmente, dos menos favorecidos.

São essas renúncias contributivas, um dos motivos do déficit da previdência social. Entre elas as facilidades permitidas a empregadores rurais e domésticos, clubes de futebol, entidades filantrópicas e empresas optantes do Simples: deixar de pagar a parte da Previdência referente ao empregador.

Cabe ao Poder Público a organização da seguridade social, nos termos da lei, com a observância dos seguintes objetivos:

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

empregados, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela emenda constitucional nº 20/98).

Aposentadoria é um instituto recente, pois só a partir do século XX a maioria da população assalariada no mundo inteiro passou a contar com a proteção da Previdência Social. No Brasil, foi a classe operária, a exemplo do que ocorreu na Europa e nos EUA, que liderou no início do século e na década de 1920 a luta pela proteção do velho operário, dando origem a movimentos em favor da criação das Caixas e Institutos e da legislação previdenciária. Magalhães (1989) observa que, na época, a preocupação era a defesa e o amparo financeiro dos mais idosos.

Em termos de valor, as aposentadorias atuais recebidas da Previdência, pelos trabalhadores do setor privado, variam de um até o limite máximo de dez salários mínimos. Já no setor público, os políticos e alguns funcionários se encontram em situações diferenciadas, recebendo aposentadorias com valores bem acima do teto estabelecido pelo governo.

Tendo em vista os proventos da aposentadoria serem em alguns casos menores que os salários recebidos pelos trabalhadores quando empregados, grandes empresas inauguraram os primeiros planos de complementação de aposentadoria, os famosos fundos de pensão. Isto ocorreu há cerca de 20 anos e se constitui até os dias de hoje numa poupança extra para alguns trabalhadores.

Atualmente, muitos bancos oferecem planos de previdência privada, mas esta prática ainda não é comum para os brasileiros que não têm o hábito de planejar suas vidas para um futuro, que lhes parece tão distante. Esta falta de hábito de planejamento talvez tenha sido causada pela alta inflação presente na vida dos brasileiros, o que, durante muitos anos, provocou um sentimento de consumo imediato e de viver mais a realidade do aqui e agora. Além disto, muitos trabalhadores não possuíam condições de economizar já que sua renda sequer garantia a sobrevivência. Apesar de a economia estar mais estabilizada, para alguns o futuro ainda parece ser algo intangível.

A aposentadoria torna-se mais polêmica quando verificamos o rendimento mensal dos chefes de família com 60 anos ou mais. De acordo com os dados do IBGE no censo demográfico de 1991, 63% dos chefes de domicílio, homens com 60 anos ou mais, recebiam até três salários mínimos. Este percentual é ainda mais alto no caso das mulheres.

Dentro deste contexto, o que se verifica é que o estado ao não se pronunciar sobre problemas como o acima citado esta se eximindo da função do estado social.

2. O ESTADO SOCIAL E A RENUNCIA A APOSENTADORIA NO DIREITO BRASILEIRO

A desaposentação consistiria no ato de renúncia à aposentadoria, portanto, cabe o esclarecimento do leitor a respeito do instituto da renúncia do direito brasileiro.

A renúncia é um instituto de natureza eminentemente civil, de direito privado. Apenas direitos de natureza civil são passíveis de renúncia, ante o caráter pessoal e, sobretudo disponível destes, ao contrário dos direitos públicos e aos de ordem pública.

Os direitos de ordem privada têm interessados e destinatários o indivíduo ou os indivíduos envolvidos na relação, tendo assim caráter eminentemente pessoal e, portanto, comportariam a possibilidade de desistência por seus titulares.

A renúncia passa a ser então uma das formas de extinção de direitos, sem que haja, contudo transferência do mesmo a outro titular.

Roseval Rodrigues da Cunha Filho conceitua renúncia como:

O abandono ou a desistência do direito que se tem sobre alguma coisa. Nesta razão, a renúncia importa sempre num abandono ou numa desistência voluntária pela qual o titular de um direito deixa de usá-lo ou anuncia que não o que utilizar.

Maria Helena Diniz define renúncia como, “Desistência de algum direito. Ato voluntário pelo qual alguém abre mão de alguma coisa ou direito próprio. Perda voluntária de um bem ou direito”.

A renúncia típica ou própria constitui-se de ato explícito e voluntário de não exercício ou abandono de um direito, sem que se opere a transferência do mesmo a outrem.

Convém destacar a restrição que alguns doutrinadores fazem com relação à renúncia em favor de outrem. No caso, muitos consideram que a mesma não se configuraria propriamente em renúncia, mas sim numa transferência de direito, ou até alienação, posto que tal dependa do consentimento do destinatário.

Outro relevante aspecto explicitado pela doutrina é a diferenciação entre o abandono e a renúncia. O abandono compõe-se do ato de abandonar a coisa e com o evidente propósito de abandonar, sendo este segundo aspecto de caráter subjetivo.

Em tal ato o adquirente da coisa não tem relação jurídica com aquele que a abandonou, tratando-se de aquisição originária, como exemplo a usucapião.

Assim, pode-se conceituar renúncia como ato unilateral do agente, e assim independe da vontade ou deferimento de outrem, consistente no abandono voluntário de um direito ou de seu exercício, é ato, portanto, que independe da aquiescência de outrem.

Podemos inferir que a renúncia é ato de caráter do possuidor do direito, eminentemente voluntário e unilateral, através do qual alguém abandona ou abre mão de um direito já incorporado ao seu patrimônio.

3. DESAPOSENTAÇÃO NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Como já vimos a aposentadoria constitui direito personalíssimo, sob o qual não se discute transação ou transferência a terceiros. O que não significa que a mesma seja um direito indisponível do segurado.

Roberto Luis Luchi Demo explica:

A aposentadoria, a par de ser direito personalíssimo (não admitindo, só por isso, a transação quanto a esse direito, v. g., transferindo a qualidade de aposentado a outrem) é ontologicamente direito disponível, por isso que direito subjetivo e patrimonial decorrente da relação jurídico-previdenciária.

Entramos na ceara do instituto da desaposentação, que seria essa desistência ou renúncia expressa do segurado à aposentadoria já concedida.

De acordo com Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

a desaposentação é o direito do segurado ao retorno à atividade remunerada, com o desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário.

Em nossa Lex Matter não há qualquer vedação à desaposentação. Na legislação específica da Previdência Social tampouco existe dispositivo legal proibitivo da renúncia aos direitos previdenciários. Existe apenas um ditame no Decreto regulamentador, o que se pode afirmar inconstitucional, posto que limita direito quando a lei não o fez. É patente que um decreto, como norma subsidiária que é, não pode restringir a aquisição de um direito do aposentado, prejudicando-o.

Destacamos, entretanto, que o instituto da desaposentação é reflexo de mudanças sociais, e mais é fruto da construção doutrinária e jurisprudencial do que propriamente retirada do texto legal.

O que existe no sistema previdenciário brasileiro é a ausência de norma proibitiva, tanto no tocante a desaposentação quanto no tocante à nova contagem do tempo referente ao período utilizado na aposentadoria renunciada.

No caso, por ausência de expressa proibição legal, subsiste a permissão, posto que a limitação da liberdade individual deve ser tratada explicitamente, não podendo ser reduzida ou diminuída por omissão, daí a necessidade de regulação específica.

Vejamos o entendimento de Felipe Epaminondas de Carvalho, que explica que o instituto da desaposentação visa *"uma melhor aposentadoria do cidadão para que este benefício previdenciário se aproxime, ao máximo, dos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, refletindo o bem estar social"*.

Hamilton Antonio Coelho define como desaposentação:

A contagem do tempo de serviço vinculado à antiga aposentadoria para fins de averbação em outra atividade profissional ou mesmo para dar suporte a uma nova e mais benéfica jubilação.

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

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

Como argumentado no parágrafo anterior, a possibilidade de aquisição de benefícios mais benéficos, seria uma das funções primordiais do estado social do qual todos fazem parte, sendo assim, em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Em outras palavras, pelos seus vínculos principais já expostos - e foram tantos na sua liquidez inatacável -, os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhe faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Ferem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico.

O Estado do nosso tempo, o Estado contemporâneo, é, fundamentalmente, Estado implementador de políticas públicas. Ainda que se possa encontrar os primeiros traços do esboço de seu perfil em momentos históricos anteriores. Cumpre as funções de instalação das condições indispensáveis à produção capitalista e de produção de normas jurídicas necessárias à fluência das relações

econômicas (segurança e certeza jurídicas) e de arbitragem dos conflitos individuais e sociais (ordem e segurança).

Verifica-se então, que no caso em tela não se trata, portanto de tentativa de cumulação de benefícios indevida, mas sim do cancelamento de uma aposentadoria e o posterior início de recebimento de outra, e sendo assim, seria cabível sem qualquer indeferimento do estado, pois se assim o fizesse estaria negando o estado social do qual fazemos parte.

Traduz-se, assim, na possibilidade de o segurado, depois de aposentado, renunciar ao benefício para postular outra aposentadoria futuramente.

Não obstante o confronto de opiniões deve-se enfatizar que prevalece, notadamente, a concepção mais ampla, que considera o instituto da desaposentação como cabível tanto na hipótese em que o aproveitamento do tempo de contribuição se dê no mesmo regime previdenciário, quanto em outro regime, admitindo assim o referido instituto em ambas as situações.

Isabella Borges de Araújo destaca ainda:

Pondere-se que na hipótese de mudança de regime previdenciário, isto é, entre regimes distintos, já existe o instituto da contagem recíproca que possibilita a contagem do tempo de contribuição em determinado regime com o escopo de implementar os requisitos legais para a concessão do benefício de aposentadoria em um outro regime previdenciário, ao qual o segurado esteja devidamente vinculado na ocasião do requerimento do benefício. A contagem recíproca já é garantia constitucional, disposta no art. 201, § 9º, CF/88, e assim não padece dúvida acerca desta, visto constar de forma expressa no texto constitucional.

Destaca-se que tanto doutrinária quando a jurisprudencialmente pacificou-se o entendimento de que a aposentadoria é direito patrimonial disponível. É, portanto, passível de renúncia ou desistência para eventual obtenção de certidão de tempo de serviço/contribuição. Temos alguns precedentes entre eles o julgamento, pelo STJ, do Agravo em recurso especial de nº. 497683, da competência da 5ª Turma, cujo Relator foi o Min. Gilson Dipp.

No julgamento do Processo n. 2004.92.95.003417-4, no qual a mesma diferenciou renúncia de desaposentação.

Na renúncia, o segurado abdica de seu benefício e, conseqüentemente, do direito de utilizar o tempo de serviço que ensejou sua concessão, mas não

precisa restituir o que já recebeu a título de aposentadoria. Ou seja, opera efeitos ex nunc. Na desaposentação, o segurado também abdica do seu direito ao benefício, mas não do direito ao aproveitamento, em outro benefício, do tempo de serviço que serviu de base para o primeiro. Para tanto, faz-se necessário o desfazimento do ato de concessão, restituindo-se as partes, segurado e INSS, ao status quo ante, o que impõe ao segurado a obrigação de devolver todos os valores que recebeu em razão de sua aposentadoria. Logo, a desaposentação nada mais é do que uma renúncia com efeitos ex tunc.

Nessa decisão a Turma diferenciou institutos que a doutrina comumente traz como idênticos. Pelo entendimento adotado no julgamento acima citado, a diferenciação básica seria a devolução de valores e a intenção de utilização do tempo de serviço.

O TRF da 4ª Região já se manifestou sobre a matéria, mas de forma diversa da Turma Recursal, tendo decidido, em Embargos Infringentes, favorável a desaposentação, nesse caso igualando a mesma à renúncia da aposentadoria, mas salientando a necessidade de restituição dos valores recebidos. Vejamos a ementa:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RENÚNCIA À BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO EM OUTRO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA. NECESSIDADE DE RESTITUIR OS VALORES AUFERIDOS À TÍTULO DE APOSENTADORIA. 1. Se o segurado pretende renunciar ao benefício concedido pelo INSS para postular aposentadoria junto a outro regime de previdência, com a contagem do tempo que serviu para o deferimento daquele benefício, os proventos recebidos da autarquia previdenciária deverão ser restituídos. 2. Embargos Infringentes providos.

O TRF da 3ª Região também considera necessário para o desfazimento da aposentadoria a devolução dos valores. Mas no caso, não explica se essa devolução seria apenas no caso da utilização do tempo para outra aposentadoria. Segue a decisão:

Administrativo. Previdenciário. Aposentadoria proporcional por tempo de serviço. Desfazimento, a pedido do próprio beneficiário, do ato de concessão. Possibilidade. Juros de moras, Correção monetária. Honorários advocatícios. 1 - Não mais convindo ao beneficiário a percepção de aposentadoria previdenciária, é lícito o pleito de sua desaposentação, mediante a conseqüente devolução dos valores pertinentes ao

INSS, ante a inexistência de norma legal expressa em sentido contrário.

II- A cláusula constitucional do direito adquirido, esculpida como um dos direitos e garantias individuais na forma do art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, visa proteger o cidadão das investidas do Poder Público, municia-o de instrumento para que possa ficar ao abrigo de eventuais medidas que venham a lhe trazer prejuízos que de outro modo, restariam sem qualquer tutela. Logo, no caso vertente, não cabe invocá-lo contra o apelado, com o intuito de obrigá-lo a permanecer aposentado, contra os seus interesses.

Pode-se inferir a possibilidade de desaposentação no direito brasileiro, existindo, entretanto, discordâncias no tocante a necessidade da devolução dos valores recebidos a título de aposentadoria para que o tempo possa ser reutilizado para a concessão de novo jubramento.

Por isso alguns julgadores e doutrinadores diferenciam a desaposentação da simples renúncia da aposentadoria, que seria aquele na qual o aposentado não ressarcir os cofres públicos, mas também não manteria o direito de utilizar o tempo já considerado.

É pacífico o entendimento de que os valores recebidos mensalmente a título de aposentadoria têm natureza alimentar, ficando, portanto, protegidos pelo princípio da Irrepetibilidade ou da não devolução dos alimentos. Tal posicionamento vem sendo adotado pelos tribunais pátrios, entre eles o STJ. Vejamos:

Uma vez reconhecida a natureza alimentar dos benefícios previdenciários é inadmissível a pretensão de restituição dos valores pagos aos segurados, em razão do princípio da irrepetibilidade ou da não-devolução dos alimentos.

É indevida a restituição dos valores recebidos a título de conversão da renda mensal do benefício previdenciário em URV por se tratar de benefício previdenciário, que tem natureza alimentar.

Inadmissível o pleito de restituição dos valores pagos aos segurados por força da decisão rescindida, em razão do reconhecimento da natureza alimentar dos benefícios previdenciários.

INCIDE, À ESPÉCIE, O PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. Precedentes.

A propósito do tema, elucidou o nobre Jurista PONTES DE MIRANDA que “os alimentos recebidos não se restituem, ainda que o alimentário venha decair da ação na mesma instância ou em grau de recurso”.

Cabe trazer a este trabalho acadêmico parte do Voto proferido no processo nº 2002.04.01.049702-7/RS - TRF da 4ª Região, in verbis:

Em primeiro lugar, deve ser destacada a natureza eminentemente alimentar dos proventos percebidos a título de benefício previdenciário, condição essa que, indiscutivelmente, não pode deixar de ser reconhecida.

Deve ser ressaltado, ainda, o caráter social das prestações pagas pela Autarquia-Previdenciária, notadamente pelo fato de garantirem, conquanto, minimamente, a subsistência dos seus beneficiários, pessoas que, na sua grande maioria, sempre tiveram uma vida de poucos recursos, e que após o seu jubramento não experimentaram qualquer melhora financeira, ao contrário, historicamente têm sofrido significativa redução nos seus ganhos.

Assim, a análise da devolução dos valores não é simples, como querem fazer parecer alguns julgadores. E tampouco estaria vinculada a possibilidade de utilização do tempo com a devolução dos valores recebidos. Isso porque, não se podem considerar indevidos os vencimentos pagos pelo INSS à época da aposentadoria, tampouco, pelo caráter alimentar, pode ser considerada válida a vinculação da nova utilização do tempo com a devolução das verbas recebidas, e mesmo porque aquele que pleiteia tal instituto continua a contribuir para com o INSS, ou seja, não houve em momento algum oneração aos cofres públicos.

4. POSIÇÃO DO INSS E DEMAIS OPOSITORES

A autarquia previdenciária e alguns doutrinadores visualizam a impossibilidade da desaposeção, apoiando seu raciocínio em diversos pontos, quais sejam:

4.1. Caráter Irrenunciável

Pensadores contrários a desaposeção defendem o caráter indisponível e irreversível da aposentadoria, conforme disposto no artigo 181-B do Decreto n. 3.048/99. Vejamos os ditames do Decreto:

Art.181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. (Artigo acrescentado pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/99)

Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste essa intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes do recebimento do primeiro pagamento do benefício, ou de sacar o respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou Programa de Integração Social, ou até trinta dias da data do processamento do benefício, prevalecendo o que ocorrer primeiro. Acrescentado pelo Decreto nº 4.729, de 9/06/2003)

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

Não podem vingar argumentos de irrenunciabilidade e irreversibilidade da aposentadoria, que constituem garantias em favor do segurado, quando da pretensão de impedimento do benefício pelo concessor do mesmo, não cabendo sua utilização em desfavor do aposentado, quando o mesmo optar pela desaposeção.

4.2. Necessidade de Anuência do Órgão Previdenciário

Alguns estudiosos do assunto calcam sua posição no entendimento que a renúncia não poderia ser configurada como renúncia posto que depende de requerimento e concordância da Administração (órgão pagador e gestor do benefício), excluindo-se assim a necessária unilateralidade do instituto.

Salientamos o posicionamento de Lorena de Mello Rezende Colnago:

É de suma relevância lembrar que um fato jurídico ingressa no mundo jurídico através de um suporte que, geralmente, é uma norma. No caso da aposentadoria, o fato natural: inatividade remunerada pelos cofres públicos torna-se jurídica e exigível através de um ato administrativo vinculado: aposentação, que necessita de um agente capaz, de expressa previsão legal, de objeto lícito e moral, além do interesse público.

Assim, para que o fato jurídico aposentadoria seja banido do ordenamento, pelo princípio da paridade das formas, necessário se fará outro ato administrativo vinculado: o ato da desaposentação, com requisitos similares à emissão do ato de aposentação, intróito da aposentadoria.

Embora haja o interesse do segurado, no caso da desaposentação, não há interesse público, previsão legal, e, nem mesmo, objeto lícito e mora – face à aferição de vantagem em detrimento do equilíbrio financeiro dos Regimes de Previdência, ou seja, o enriquecimento ilícito do segurado.

Não se pode, portanto, obrigar alguém a continuar aposentado, da mesma forma que não se poderia obrigá-lo a continuar trabalhando vez que estariam implementadas as condições para a concessão de uma aposentadoria.

4.3 Enriquecimento Ilícito do Segurado

Tema controverso no tocante a desaposentação é a devolução dos valores recebidos a título da aposentadoria que se esta renunciando. No caso, existem, mesmo entre os autores que defendem a possibilidade de desaposentação, aqueles que acreditam ser necessária a devolução dos valores ao erário para que o tempo possa ser contato para nova aposentadoria. O entendimento da jurisprudência muitas vezes tem pendido para tal necessidade, como já vimos anteriormente.

Inclusive, há quem diferencie a renúncia simples (no caso, sem o interesse de utilização do tempo, e, portanto, sem a necessidade de devolução dos valores), da desaposentação, que seria a desistência da aposentadoria com o intuito da utilização do tempo na busca de uma melhor aposentadoria.

Entretanto, parece mais potente a corrente que defende a desnecessidade de devolução de valores. Nesse caso, autores contrários à desaposentação alegam o enriquecimento ilícito do segurado bem como o ferimento ao princípio da isonomia. Vejamos o posicionamento de Lorena de Mello Rezende Colnago:

É de suma relevância lembrar que um fato jurídico ingressa no mundo jurídico através de um suporte que, geralmente, é uma norma. No caso da aposentadoria, o fato natural: inatividade remunerada pelos cofres públicos torna-se jurídica e exigível através de um ato administrativo vinculado: aposentação, que necessita de um agente capaz, de expressa previsão legal, de objeto lícito e moral, além do interesse público.

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

Embora haja o interesse do segurado, no caso da desaposentação, não há interesse público, previsão legal, e, nem mesmo, objeto lícito e mora – face à aferição de vantagem em detrimento do equilíbrio financeiro dos Regimes de Previdência, ou seja, o enriquecimento ilícito do segurado.

Mas, como já discutido anteriormente, a natureza alimentar das verbas percebidas a título de aposentadoria impossibilitam a devolução das parcelas recebidas.

E nesse ponto, se não é exigível do segurado a devolução das verbas por seu caráter alimentar, não haveria que se falar em enriquecimento ilícito. Até porque o recebimento das verbas não foi indevido ou ilícito, as mesmas restaram “consumidas” e não é exigível do segurado a devolução.

5. MODIFICAÇÕES FUTURAS

Partiu do Deputado Inaldo Leitão em 2002 o Projeto de Lei de nº 7.154, tendo por objetivo acrescentar o parágrafo único do artigo 54 da Lei 8.213/91, que teria o seguinte teor:

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

O projeto foi então modificado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, tendo sido transferida a modificação para a seção de cuida da contagem de tempo recíproca de tempo de serviço, mediante a alteração do art. 96, com nova redação a uma dos incisos e acréscimo de um parágrafo único. Vejamos a redação final do referido projeto:

Art. 96 (...)

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

(...)

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

O entendimento majoritário é que se o projeto for convertido em Lei vai ao menos trazer a vantagem da previsão legal da desaposentação, ou seja, da possibilidade de renúncia da aposentadoria.

Claro que pode-se inferir o retorno ao trabalho ou à atividade especial como formas de renúncias tácitas para a aposentadoria por invalidez ou especial, respectivamente. Entretanto, isso não tem sido o suficiente para que o INSS aceite, administrativamente, a desaposentação nos demais casos.

Logo, um prognóstico mais claro da Lei no tocante a possibilidade de renúncia, por si só, já seria benéfico para o sistema previdenciário brasileiro. Entretanto, a redação trazida, tanto no projeto original quanto no projeto modificado deixa inúmeras dúvidas. Vejamos algumas:

No caso do projeto original a redação prevê apenas a possibilidade de renúncia no caso de aposentados especial e por tempo de serviço. Isso deixa de fora os aposentados por idade. No nosso entender não existe justificativa jurídica para essa diferenciação. Existiria aí um grave atentado ao princípio da isonomia, constante em nossa CF no art. 5º *caput*.

Ao tratar ainda do projeto com alterações, ou seja, das mudanças transferidas para o artigo 96, deve-se considerar que a seção em que estará inserida a norma será referente a contagem recíproca. Assim, entende-se que a modificação legislativa diz apenas respeito as situações em que o aposentado optaria por renunciar a aposentadoria e utilizar o tempo para outro regime. O que não foi à intenção do projeto, ao menos em seu primeiro momento. Respeito pelos Direitos em Aquisição e pelos Direitos Adquiridos

Uma reforma previdenciária que pretenda ditar regras estáveis ao longo do tempo deve respeitar os direitos, tanto em processo de aquisição como aqueles já adquiridos. A falta de obediência a esta condicionante acarreta riscos de duas naturezas: a) o risco de ter as novas regras contestadas e, eventualmente, derrubadas pelo judiciário; e b) o risco de perder, já de início, a indispensável credibilidade das novas regras.

6. CONCLUSÃO

Não restam incertezas, portanto, quanto ao direito dos beneficiários de renunciarem a suas aposentadorias, fazendo uso do instrumento jurídico da desaposentação. Encontra base doutrinária, jurisprudencial e legal (permissiva omissiva), tudo a apoiar o direito de renúncia à aposentadoria para a desaposentação e o conseqüente direito de aproveitamento do tempo de serviço que tenha dado origem ao benefício para efeitos de nova jubilação.

No que tange a permissão legal, a ausência de impedimento expresso, no caso em tela, deve ser interpretado de forma a permitir a desaposentação. A maior dúvida para a instrumentalização da desaposentação nos apreça a necessidade ou não de devolução dos valores recebidos a título da aposentadoria, que se vai renunciar. Cabe ressaltar que em relação a devolução de valores não há que se falar, visto que muitas vezes o salário de benefício é menor que o salário percebido ao longo de sua vida laboral, sendo assim torna-se visível o cunho alimentar de tal benefício, não sendo, portanto cabível sua devolução.

Outro ponto crucial é que só tem direito a tal Instituto o trabalhador que continuar a contribuir para com o INSS, e sendo assim, não há que se falar em devolução de valores, já que não houve enriquecimento ilícito, pois os trabalhadores além de gozar da aposentadoria por se tratar de direito adquirido ainda continuam a contribuir para com a previdência Social. Conclui-se que o instituto ora abordado seria cabível sem insurgência de onerosidade ao estado, visto que os beneficiários estariam em permanente continuidade de colaboração junto a Previdência Social.

Desta forma, ainda que reste comprovado o direito dos aposentados que continuarem a contribuir em optarem pela desaposentação visando um aumento de seus benefícios, o estado social do qual todos os cidadãos fazem parte tem o dever de proporcionar que seus objetivos sejam alcançados, devendo cuidadosamente prever as modificações legais que poderão afetar o valor final desse novo benefício.

Verifica-se que o grande desafio para os juristas atuais resume-se, exatamente, em promover a máxima efetividade das normas constitucionais, ao atribuir-lhes o sentido de mais eficácia real, pois, desse modo, contribui-se para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição, permitindo a construção de uma ordem econômica e social mais justa e mais humana, indissociavelmente atada a dois princípios que ninguém pode derogar sem fazer infeliz e cruel o destino de uma nação: a liberdade e a igualdade.

Dessa forma, não há como se falar em justiça social sem considerar a necessidade de vida digna a todos os cidadãos e, apesar das dificuldades para atingir esse objetivo, o Estado Social ainda é o meio adequado para conciliar os princípios da justiça (equidade social) e da independência da personalidade humana, processo esse que só se realizará por meio da democracia, pois é o Estado social da democracia que consegue oferecer, concomitantemente em sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade e mecanismos de equilíbrio social, e visando alcançar este benefício seria razoável que o estado se manifestasse em relação a omissão de norma permissiva no que tange ao instituto da desaposentação.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. BRAMANTE, Ivani Contini. Desaposentação e Nova Aposentadoria. Revista da Previdência Social, ano XXV, nº 244, março de 2001.
2. CARVALHO, Felipe Epaminondas de. Desaposentação: Uma luz no fim do túnel. Disponível: <http://WWW.foreense.com.br/artigos/autor>.
3. CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 7º Ed. São Paulo: LTR, 2006.
4. COELHO, Hamilton Antonio. Desaposentação: Um Novo Instituto. Revista da Previdência Social, São Paulo, LTR, nº 228.
5. COLNAGO, Lorena de Mello Reze4nde. Desaposentação. Revista da Previdência Social, ano XXIX, nº 301, dezembro de 2005.
6. CUNHA FILHO, Roseval Rodrigues da. Desaposentação e Nova Aposentadoria. Revista da Previdência Social, ano XXVII, nº 274, setembro de 2003.
7. DEMO, Roberto Luiz Luchi. Aposentadoria. Direito Disponível. Desaposentação. Indenização ao sistema previdenciário. Revista da Previdência Social, ano XXVI, nº 263, outubro de 2002.
8. DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. Saraiva, 198.
9. DUARTE, Marina Vasques. Desaposentação e revisão do benefício no RGPS. In; ROCHA, Daniel Machado da (coord.). Temas Atuais de Direito Previdenciário e Assistência Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
10. LEITE, Celso Barroso. A Previdência Social ao alcance de todos. 5º Ed. São Paulo: LTR, 1993.
11. MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. Tomo II: Previdência Social. 2ª Ed. São Paulo: LTR, 2003.
12. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: atlas, 1999. 6ª Ed. 766
13. TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
14. OLIVEIRA, F. E. B. de, BELTRÃO, K. I. , DAVID, A. C. A. Previdência, poupança e crescimento econômico: interações e perspectivas. Rio de Janeiro: IPEA, novembro. 1998.