

**DESAPOSENTAÇÃO: UMA LEITURA ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA
DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO (RE) 381367**

**DISAPPOINTMENT: A READING ABOUT THE CONSTITUTIONALITY OF THE
DECISION SERVED BY THE SUPREME FEDERAL COURT IN THE
EXTRAORDINARY REMEDY (RE) 381367**

Marilza Anholeti Ervati

Rita de Cássia Rodrigues Gomes¹

Hemerson José da Silva²

RESUMO

A presente pesquisa abordará, de maneira clara e concisa, o instituto da desaposentação, seu conceito técnico e a leitura doutrinária, analisando o principal julgamento em relação à matéria proposta. O instituto da desaposentação é entendido pelos doutrinadores como a renúncia ao benefício da aposentadoria, por parte do beneficiário (segurado), por meio de uma declaração, que é um instrumento público. Assim, o ex-beneficiário retorna ao mercado de trabalho almejando conseguir com suas novas contribuições um benefício mais vantajoso do que tinha. Isso ocorrerá quando o segurado requerer ao INSS sua nova aposentadoria, com valor maior, resultante do acréscimo dos valores de suas novas contribuições, ocorridas após sua aposentadoria. Quando o instituto da desaposentação se originou, havia apenas apoio da doutrina e da jurisprudência. Portanto, todas as vezes que algum beneficiário requeria tal direito na seara administrativa, o mesmo era negado, pelo fato de que tal pedido não teria respaldo legal na legislação vigente. O Segurado era obrigado a recorrer ao Poder Judiciário para ver sua pretensão alcançada. Tantas foram as ações que o assunto chegou ao Supremo Tribunal Federal. O STF julgou três recursos extraordinários acerca do tema 381367, 661256 e 827833 decidindo pelo indeferimento

¹Graduandos do Curso de Direito da Faculdade Multivix Cachoeiro de Itapemirim.

²Advogado; Professor da Faculdade de Direito Multivix - Campus Cachoeiro de Itapemirim; MBA em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas/RJ (em andamento); Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Damásio de Jesus/SP; Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Estácio de Sá de Vitória/ES.

diante da ausência de previsão legal expressa que embasa e fundamenta o instituto da desaposentação. Por consequência, todos os pedidos interpostos nas vias administrativas e judiciais não prosperaram. Isto posto, seria a desaposentação um direito do cidadão?

Palavra-chave: Segurado. Aposentadoria. Desaposentação.

ABSTRACT

This scientific dispositive will approach in a clear way about the institute of unretirement, so that this research will be carried out making a doctrinal comparison and bring about the main judgments regarding the proposed methodology. The definition of the institute of unretirement is classified as a desistance of the retirement benefit by the beneficiary, through a statement, as a public instrument. Thus, the former beneficiary will return to the workforce claiming later a new retirement with a higher value, as the result of his new contributions. In the beginning there was only support of doctrine and jurisprudence to the unretirement institute. So, every time someone claimed that benefit in the extrajudicial way, directly through the INSS, it was denied, due to the lack of an specific law to support such right. This issue then reached the Judiciary to come to terms and, with both sides still fighting for a solution, this battle reached the Supreme Court. STF judged three extraordinary appeals of numbers 381367, 661256 and 827833, and again and lastly decided to deny the benefit pledging the lack of a specific law to support it. That's been said, would unretirement be a citizen's right?

Keywords: Beneficiary. Retirement. Unretirement.

1 INTRODUÇÃO

A aposentadoria, programa de segurança pública para prevenção de riscos financeiros é um direito do contribuinte. Em sua forma original, significa dinheiro para conseguir sobreviver, após cumprida a carência contributiva exigida em lei, visando substituir sua remuneração pelo restante da vida, tendo função precipuamente alimentar.

A contribuição ao INSS para fins de aposentadora é obrigatória para todos os trabalhadores e é administrada pelo Ministério da Previdência Social através do

Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), ou então, pelos entes federativos através dos Regimes Próprios da Previdência Social (RPPS) dos seus servidores.

Várias são as modalidades de aposentadoria no ordenamento jurídico: aposentadoria por idade, por tempo de contribuição, especial, entre outras. Em cada modalidade de aposentadoria são verificados requisitos específicos para sua obtenção. Por exemplo:

Na aposentadoria por idade é preciso que o homem tenha 65 e a mulher 60 anos, e 180 meses de carência – que é o prazo mínimo de contribuições exigidas para que o segurado tenha direito ao benefício.

Na aposentadoria por tempo de contribuição são necessários 35 anos de contribuição para homens e 30 anos de contribuição para mulheres. Com a falta do requisito, idade mínima, o legislador criou o fator previdenciário. O fator previdenciário não impede a pessoa de se aposentar, mas reduz seu valor, à medida que considera o tempo de contribuição e compara a idade, com a expectativa de sobrevida do IBGE. Esse mecanismo acaba inibindo as pessoas de se aposentarem cedo e aquelas que o fazem, acabam com o valor de seus proventos reduzidos (ANDRADE; LEITÃO, 2012, p. 88).

Conforme prevê o Artigo 195 da Constituição Federal “a Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios”. O parágrafo 5º da CF, Brasil 1988, por sua vez define que “nenhum benefício ou serviço da Seguridade Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio”. Ou seja, nenhum novo benefício deve ser criado sem uma fonte de custeio definida.

A aposentadoria, por não ser uma causa extintiva do contrato de trabalho vigente entre as partes permite que a pessoa se aposente e continue trabalhando. É muito comum em nosso país que uma pessoa aposentada continue a trabalhar. E, caso tenha carteira assinada, por imposição legal, terá que continuar contribuindo para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Todavia, as novas contribuições

provenientes do seu trabalho e que normalmente são descontadas na fonte pagadora não se reverterem em favor do contribuinte, ou seja, as contribuições do segurado aposentado serão somadas às demais fontes de custeio da Seguridade Social, sem nenhum benefício para o mesmo.

É neste cenário que surgiu o mecanismo chamado desaposentação. Em tese, significa: se uma pessoa continua fazendo contribuições ao INSS após sua aposentadoria, nada mais justo que possa renunciar à sua condição de aposentada para pedir nova aposentadoria, no momento oportuno, com base no novo tempo de contribuição, considerando os valores relativos às novas contribuições. Qual seja, o tempo que fez jus antes de aposentar-se (+) mais o novo tempo de contribuição após a renúncia da aposentaria anterior. Nos dizeres de Ibrahim (2011, p. 35):

A desaposentação, portanto, como é conhecida no meio previdenciário, traduz-se na possibilidade de o 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 utilização de seu tempo de contribuição. Ela é utilizada colimando a melhoria do status financeiro do aposentado.

Centenas de brasileiros trilharam este caminho por via judicial até outubro de 2016 quando o Supremo Tribunal Federal proibiu a aplicação do mecanismo da desaposentação. Por sete votos contra quatro o STF decidiu que não há mais a possibilidade de auferir este benefício na Justiça. Para quem já estava aposentado e voltou ao mercado de trabalho, a situação era extremamente desfavorável, uma vez que continuaria contribuindo obrigatoriamente sem nenhuma expectativa de usufruir das novas contribuições pagas.

Neste contexto, pretende-se demonstrar que os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao proibirem o mecanismo da desaposentação, levaram em conta somente a incapacidade financeira do Estado para devolver ao contribuinte aquilo que lhe pertence por direito. É sabido que somente por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base no novo tempo de contribuição, entretanto, não existe na legislação vigente vedação ou previsão do direito à desaposentação.

A Advocacia Geral da União admitiu que uma eventual decisão favorável agravaria ainda mais a já degradada situação econômica do Estado, gerando um impacto anual de R\$ 7,7 bilhões aos cofres públicos. A complexidade do tema é que levou a matéria ao plenário do Supremo Tribunal Federal. Ou seja, com fundamento no Princípio da Legalidade a maioria dos ministros entendeu que o recálculo do benefício não deveria prosperar pela falta de lei que regulamente a matéria.

2 DELINEAMENTO TEÓRICO NO TOCANTE À DESAPOSENTAÇÃO

O instituto da desaposentação origina-se em uma construção doutrinária e jurisprudencial, pois, até o presente momento o Poder Legislativo não positivou tal instituto dentro do arcabouço forense.

Cabe salientar que a reforma previdenciária de 1998, com fulcro na Emenda Constitucional nº 20 trouxe algumas alterações no tocante à aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e Regime Próprio de Previdência Social (RPPS). No RGPS ocorreram mudanças significativas, inclusive alterando o termo benefício da aposentadoria por tempo de serviço para o de benefício por tempo de contribuição, por exemplo.

Com o advento destas alterações a monta do benefício recebido pela previdência social começou a ser apurada com base na média dos maiores vencimentos de contribuições, equivalente a 80%, dentro do lapso temporal que o segurado cooperou para a previdência social, incidindo desde julho de 1994 até o momento da sua aposentadoria, regulado pela condição previdenciária (CASTRO; LAZZARI, 2014, p. 53).

Nos últimos tempos o trabalhador brasileiro passou a aposentar-se cada vez mais cedo devido, principalmente, por ter iniciado seu labor com pouca idade. Com isso, muitas vezes o trabalhador opta por permanecer ou retornar ao mercado de trabalho, realizando as mesmas atividades ou outras distintas, apesar de já estar aposentado. Ocorre que, por força da lei, mesmo estando aposentado o trabalhador deve continuar fazendo suas contribuições ao INSS.

O instituto da desaposentação se dá no momento em que o trabalhador-contribuinte do INSS percebe que poderia agregar suas novas contribuições, que são obrigatórias, às contribuições anteriores que culminaram na sua aposentadoria. Assim sendo, ele opta por abrir mão do seu direito adquirido inerente à aposentadoria atual, com o objetivo de alcançar uma aposentadoria mais onerosa futura, independentemente do seu regime, podendo ser (RPPS) ou ao (RGPS). (VIANNA, 2013).

Assim, para que a desaposentação ocorra, é necessário primeiramente que o indivíduo esteja aposentado e, posteriormente, manifeste-se pelo desfazimento do benefício, tendo em vista que continuará ou retornará ao mercado de trabalho novamente.

No momento em que o contribuinte retorna ao mercado de trabalho, começa a receber uma remuneração, na qualidade de salário pelo serviço executado, sob a qual incide um desconto periódico automático destinado à previdência social. Este desconto servirá como esteio para aproveitamento “do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, em regra, por ter permanecido em atividade laboral (e contribuindo obrigatoriamente, portanto) após a concessão daquela primeira aposentadoria” (CASTRO; LAZZARI, 2014, p. 64).

Na visão de Martinez (2008, p. 28), o instituto da desaposentação advém de uma ação administrativa, manifestada pelo titular do direito da aposentadoria, na busca do desfazimento da continuidade da aposentação, o qual se define com o protocolo oficial desconstitutivo. Cabe enaltecer, que no momento que o indivíduo assina a declaração oficial, ocorre a desistência do benefício da previdência social, ou seja, correspondendo a revisão jurídica do deferimento da aposentadoria anteriormente outorgada ao segurado.

Nos dizeres de Masotti (2010), a desaposentação é matéria controversa, pois somente a doutrina e a jurisprudência se manifestaram acerca do tema. Não é incomum que o Poder Legislativo responda de forma paulatina a determinadas problemáticas levantadas pela sociedade e como resultado deste descompasso, ou seja, como o Poder Legislativo ainda não criou Legislação para embasar e regulamentar o referido

instituto, o que temos é a denegação pelo INSS às demandas feitas na seara administrativa. O requerente se vê obrigado a levar seus interesses para apreciação do Judiciário, na tentativa de ter sua demanda prosperada. Sendo que, a minoria dos tribunais denega o pleito em questão, e em sentido diverso, a maioria defere os benefícios.

De acordo com o posicionamento de Marina Vasques Duarte (2003), a desaposentação influencia o estado da aposentadoria do beneficiário e ocorre no momento em que se reintegra o tempo de atividade laboral antes utilizado. Ressalta que o Instituto da Previdência Social seria duas vezes onerado, caso não houvesse a possibilidade de devolução dos valores antes angariados, uma vez que a autarquia terá que conceder uma nova aposentadoria futuramente, ou por força do princípio da publicidade, a autarquia é coagida a expedir uma declaração informando o período de contribuição. De posse desse documento, o indivíduo poderá utilizar a certidão para solicitar a reintegração do benefício ou para aproveitar em outro benefício previdenciário.

É patente que, no momento em que a desaposentação fosse legitimada, traria grande benefício para a sociedade brasileira pois ampliaria o rol de benefícios da previdência social. Cabe esclarecer que a desaposentação não acarreta danos ao erário, visto que, o aumento do benefício se dará com base em sua contribuição periódica, ou seja, teríamos um novo benefício, mas em contrapartida teremos novas contribuições.

Não obstante, há que se atentar para o Princípio da Solidariedade, preceitos previstos nos artigos 194 e 195 da Constituição Federal, que prescrevem que o sistema é solidário, permitindo que alguns contribuam mais para que os necessitados possam se beneficiar. Assim, estabelece que a Seguridade Social será financiada por toda sociedade, de forma direta ou indireta. Ou seja, alguns contribuem mais em benefício da coletividade.

3 DESAPOSENTAÇÃO EM PAUTA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Corroborando o que foi dito alhures, Goes (2012, p. 50) destaca que toda pessoa que exerce atividade remunerada é obrigada a contribuir para o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS). Nesse aspecto, ela é sujeita passivo, ou seja, o Estado pode exigir dela as contribuições para a seguridade social. A partir do momento que ela preenche determinados requisitos, a relação se inverte e ela passa a ser sujeito ativo, de modo que pode exigir do Estado um benefício previdenciário.

A pessoa pode se aposentar e continuar trabalhando por razões diversas que vão desde a necessidade financeira à mão de obra qualificada indispensável. Ao permanecer no mercado de trabalho com carteira assinada, por obrigação legal deve-se continuar contribuindo para o Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), no entanto, as novas contribuições (posteriores à aposentadoria) vão para a Seguridade Social e não são revertidas em favor do contribuinte. Esta distorção impulsionou centenas de aposentados a recorrerem à justiça, para verem suas novas contribuições revertidas em seu favor, na forma de uma aposentadoria com valor maior (SANTOS; LENZA, 2013).

Importa destacar que o instituto da Desaposentação foi considerado inviável pelo Supremo Tribunal Federal consoante ao julgamento do Recurso Extraordinário na Sessão da Plenária, o qual considerou a inviabilidade do recálculo de aposentadoria por desaposentação pela ausência de norma que regulamente tal matéria. Cabe ponderar a respeito deste recurso infra mencionado:

Direito Constitucional. Direito Previdenciário. Desaposentação. Revisão da aposentadoria. Constitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91. Rejeição da tese da interpretação conforme para admitir a revisão do valor da aposentadoria. Recurso extraordinário a que se nega provimento. 1. Recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a qual rejeitou a pretensão dos recorrentes de que fossem recalculados seus proventos de aposentadoria com base nos 36 últimos salários de contribuição, com o conseqüente reconhecimento da inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91. 2. Nosso regime previdenciário possui, já há algum tempo, feição nitidamente solidária e contributiva. 3. Não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, que veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional. 4. A Constituição Federal dispõe que ficam remetidas à legislação ordinária, as hipóteses em que as contribuições vertidas ao sistema previdenciário repercutem, de forma direta, na concessão dos

benefícios. 5. Recurso extraordinário que é julgado em conjunto com o RE nº 827833 e o RE nº 66125. Aprovada pelo Plenário da Suprema Corte a seguinte tese de repercussão geral: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91”. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 381367, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 30-10-2017 PUBLIC 31-10-2017)

A decisão do Supremo Tribunal Federal torna desfavorável a situação de quem já está aposentado e volta ao mercado de trabalho, uma vez que vai continuar contribuindo para a previdência social sem nenhuma expectativa de retorno dessas contribuições.

A desaposentação se mostra vantajosa para todas as pessoas que se aposentaram com a incidência do fator previdenciário e continuaram trabalhando. É também vantajosa para quem teve aposentadoria proporcional, já que o novo tempo trabalhado após a aposentadoria também contaria no recálculo. Não é vantajoso, normalmente, se a pessoa se aposentou anteriormente por uma regra melhor; ou se suas novas contribuições tiverem valores menores, como no caso de quem consegue um emprego que não tem o salário tão alto. Na sessão plenária do STF que julgou os RE de nº 381.367, 661.256 e 827.833, prevaleceu o entendimento do Ministro Dias Toffolide que embora não exista vedação constitucional expressa à desaposentação, também não há previsão para embasamento desse direito.

O Ministro Toffoli ressaltou que compete à legislação ordinária estabelecer as hipóteses em que as contribuições previdenciárias repercutem diretamente no valor dos benefícios, como é o caso da desaposentação – que possibilitaria a obtenção de benefício de maior valor, a partir de contribuições recolhidas após a concessão da aposentadoria. O ministro Teori Zavascki acompanhou a decisão (STF, 2016, online).

A Ministra Rosa Weber seguiu o entendimento do Ministro Barroso de que a legislação é omissa no que diz respeito à desaposentação. Na visão da Ministra, não existe proibição legal expressa a que um aposentado do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que tenha continuado a trabalhar, obtenha novo benefício com base nas novas contribuições realizadas. A Ministra afirmou que a filiação à previdência social

é um vínculo jurídico, que gera direitos e obrigações recíprocas, e as novas contribuições vertidas pelo aposentado, por sua continuidade ou retorno ao mercado de trabalho, devem ser consideradas para cálculo do novo benefício. “Não identifico no artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991, vedação expressa à desaposentação, considerada a finalidade de, a partir do cômputo de novo período aquisitivo, obter mensalidade de aposentadoria de valor maior” afirmou (STF, 2016, online).

O Ministro Edson Fachin entendeu que o STF não pode ultrapassar a atuação legislativa na proteção aos riscos previdenciários. Em seu pronunciamento destacou que cabe ao legislador dispor sobre a possibilidade de revisão de cálculo de benefício de aposentadoria, já concedido, em razão de contribuições posteriores. Fachin destacou ainda que a Constituição Federal consagra o princípio da solidariedade e estabelece que, a Seguridade Social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta. Destacou, ademais, que o legislador constitucional, ao tratar da previdência social, dispôs especificamente sobre os riscos que devem estar cobertos pelo RGPS, mas atribuiu ao legislador infraconstitucional a responsabilidade de fixar regras e critérios, a serem observados, para a concessão dos benefícios previdenciários.

O Ministro Luís Roberto Barroso considerou válido o instituto da desaposentação. Para ele o art. 18, § 2.º da Lei da Previdência viola o sistema constitucional contributivo e o Princípio da Isonomia, pois impõe dever de recolhimento de contribuições sem a fixação dos correlatos benefícios previdenciários. “O aposentado que volta a trabalhar com igualdade de regime jurídico contributivo em relação aos demais trabalhadores da iniciativa privada, volta também a recolher as contribuições previdenciárias, mas sem igualdade quanto aos **benefícios** que perceberá, pois a ele só serão devidos os benefícios do salário-maternidade e reabilitação profissional”.

Para o Ministro Luiz Fux, o instituto da desaposentação desvirtua a aposentadoria proporcional. Pois trata de expediente incompatível com a pretensão do constituinte reformador que deixou claro seu intento de incentivar a postergação das aposentadorias com a edição da Emenda Constitucional 20/1998. O Ministro ressaltou que a contribuição de uma pessoa serve para ajudar toda a sociedade. Segundo ele,

a obrigatoriedade, visa preservar o atual sistema da seguridade através do princípio da solidariedade.

O Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou a corrente vencida que reconheceu o direito do segurado à desaposentação. Segundo ele, diante da crise econômica pela qual o país passa, não é raro que o segurado da previdência se veja obrigado a retornar ao mercado de trabalho para complementar sua renda. Para o ministro, é direito patrimonial, de caráter disponível ao segurado que retorna ao mercado de trabalho, renunciar à sua primeira aposentadoria, para obter uma nova aposentadoria mais vantajosa. Concluiu seu pensamento asseverando que a renúncia unilateral ao benefício não depende de anuência do Estado, no caso o INSS.

O Ministro Gilmar Mendes votou no sentido de negar o direito à desaposentação por entender que se o segurado se aposenta precocemente e retorna ao mercado de trabalho por ato voluntário, não pode pretender a revisão do benefício, impondo um ônus ao sistema previdenciário, custeado pela coletividade. Para o ministro, a matéria tratada no artigo 18, parágrafo 2º da Lei 8.213/1991, conforme consta no Recurso Extraordinário nº 661256/RS, o qual teve como Relator o Ministro Ayres Britto, possui repercussão geral (STF, 2016, online):

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. § 2º DO ART. 18 DA LEI 8.213/91. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO QUE FUNDAMENTOU A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ORIGINÁRIA. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. MATÉRIA EM DISCUSSÃO NO RE 381.367, DA RELATORIA DO MINISTRO MARCO AURÉLIO. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA. Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária para a obtenção de benefício mais vantajoso. (RE 661256 RG, Relator (a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012)

Para o referido Ministro, o dispositivo é explícito ao restringir as prestações da Previdência Social, na hipótese dos autos, ao salário-família e à reabilitação profissional. Da mesma forma, segundo ele, o Decreto 3.048/99 deixa clara a irreversibilidade e a irrenunciabilidade da aposentadoria por tempo de contribuição. Para ele, se a matéria deve ser revista, isso cabe ao Congresso Nacional, com base

nos parâmetros que a Constituição Federal determina, e não ao Poder Judiciário. Em seu voto, em relação ao RE 381367, o Ministro Marco Aurélio manteve sua posição que já havia sido proferida como relator, ou seja, favorável à possibilidade de desaposentação. Assegurou ainda que o contribuinte tem direito ao recálculo dos proventos da aposentadoria, após o período de retorno à atividade.

O Ministro Celso de Mello lembrou em seu voto a afirmação do STF em seus julgados sobre o Regime Geral da Previdência Social, dos postulados da solidariedade, universalidade, equidade, do equilíbrio financeiro e orçamentário. Lembrou ainda que o parágrafo 5º do artigo 195 da Constituição estabelece a necessidade de existência de fonte de custeio para a criação ou ampliação de benefício. A alteração introduzida em 1997 na Lei 8.213/1991 previu explicitamente que o aposentado que permanecer em atividade, não faz jus a prestação da previdência, exceto salário família e reabilitação profissional. Isso revelou a intenção do legislador, que deixou de autorizar um direito que poderia ser entendido pelo beneficiário como estabelecido. A lacuna antes existente na legislação, quanto ao tema não implicaria, nesse caso, na existência do direito (STF, 2016, online).

Em seu voto, a então Presidente do STF, Ministra Carmen Lúcia declarou que não há fundamento na legislação que justifique o direito à desaposentação. “Me parece que não há ausência de lei, embora essa seja matéria que possa ser alterada e tratada devidamente pelo legislador”. A Lei 8.213/1991 trata da matéria e o tema já foi projeto de lei, portanto, para a Ministra, não houve ausência de tratamento da lei, apenas o tratamento não ocorreu na forma pretendida pelos beneficiários. Os preceitos legais adotados, por sua vez, são condizentes com os princípios da solidariedade e com a regra do equilíbrio atuarial.

O resultado final no Plenário, por maioria, negou provimento ao RE 381367. Destaca-se ainda o Recurso Extraordinário que foi pauta no dia 02 de outubro 2017 na sessão do plenário em relação ao § 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91, que abordou sobre a temática em relação à desaposentação no tocante da renúncia ao anterior benefício de aposentaria:

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PARÁGRAFO 2º DO ART. 18 DA LEI 8.213/91. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A ANTERIOR BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO QUE FUNDAMENTOU A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ORIGINÁRIA. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. JULGAMENTO EM CONJUNTO DOS RE Nº 661.256/SC (EM QUE RECONHECIDA A REPERCUSSÃO GERAL) e 827.833/SC. Recursos extraordinários providos. 1. Nos RE nº 661.256 e 827.833, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, interpostos pelo INSS e pela União, pugna-se pela reforma dos julgados dos Tribunais de origem, que reconheceram o direito de segurados à renúncia à aposentadoria, para, aproveitando-se das contribuições vertidas após a concessão desse benefício pelo RGPS, obter junto ao INSS regime de benefício posterior, mais vantajoso. 2. A Constituição de 1988 desenhou um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo. Inexistindo inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a qual veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional. 3. Fixada a seguinte tese de repercussão geral no RE nº 661.256/SC: “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91”. 4. Providos ambos os recursos extraordinários (RE nºs 661.256/SC e 827.833/SC).

(RE 827833, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017).

Conforme narrado nos três Recursos Extraordinários acima, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Instituto da Desaposentação é inaplicável. Conforme o entendimento cristalizado pela Suprema Corte, a desaposentação não poderá ser consentida judicial e extrajudicialmente, sem antes o legislador prover, em legislação complementar, o embasamento legal necessário.

Imperioso salientar que a decisão da Suprema Corte criou um verdadeiro entrave para os trabalhadores brasileiros. Antes da decisão, muitos brasileiros conseguiram obter a revisão do benefício. Embora não haja um levantamento oficial de quantos brasileiros conseguiram a desaposentação nos últimos anos, a dúvida maior é como ficam essas pessoas. Resta aguardar agora a decisão do STF acerca dos embargos de declaração opostos nos autos do processo Nº 381367 para saber se quem obteve êxito na desaposentação terá que devolver o benefício auferido.

Destaca-se que nos votos proferidos até o momento a tese que tende a prevalecer é a de que não será necessário a devolução dos valores percebidos por quem obteve o provimento jurisdicional antes do julgamento pela Suprema Corte.

4 ASPECTOS TÉCNICOS DA DESAPOSENTAÇÃO

A desaposentação não possui previsão legal expressa, entretanto, não contraria os preceitos constitucionais que visam à proteção individual. Mas, a ausência de previsão legal implica em verdadeira possibilidade de o indivíduo pleitear o desfazer de sua aposentadoria, permitindo assim adicionar o tempo de contribuição anterior com o novo tempo obtido após a concessão do benefício.

As diversas alegações manifestadas para versar a respeito da desaposentação na seara jurisprudencial são de peculiaridade, mais econômica e financeira, do que formalmente jurídicas. Portanto, as duas peculiaridades não têm incitamento suficiente, para afastar o direito de abdicação do sujeito aposentado, como estão elencados nos princípios fundamentais, como por exemplos, o delineamento da dignidade da pessoa humana, justiça social, bem-estar, liberdade e valor social do labor (LADENTHIN; MASOTTI, 2010).

Nesta esteira, a desaposentação é um direito do segurado pelo efetivo retorno à atividade remunerada. O objetivo finalístico do segurado não é anular a aposentadoria auferida, mas sim obter nova aposentadoria no mesmo ou em outro regime previdenciário com a contagem das novas contribuições, mais vantajosa, considerando sua contribuição à coletividade e ao sistema previdenciário.

Nesta toada, defende-se a necessidade de alteração do artigo 18, parágrafo 2º da lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991 para excluir a vedação à renúncia do benefício de aposentadoria auferido, para os fins de viabilizar a desaposentação e a consequente aplicação de um benefício justo a quem permanece ou retorna ao mercado de trabalho, continuando a contribuir.

5 REFLEXO SOCIAL DA DENEGATÓRIA DO INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO PELA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

Conforme se extrai do julgamento dos Recursos Extraordinários apreciados pelo Supremo Tribunal Federal, decidiu-se pela inaplicabilidade do instituto da

Desaposeitação, considerando-se não haver dentro da órbita forense respaldo constitucional, muito menos, no texto legal.

Assim, tal decisão estabeleceu que a Administração Pública, na figura do INSS, somente poderá conceder algum benefício caso haja alguma lei embasando tal direito. Tal entendimento é extraído do artigo 37 da CRFB/88, o qual prevê o princípio da Legalidade estrita, que garante que os atos da Administração Pública só poderão ser praticados em virtude de lei, sob pena de sua ilegalidade. (BRASIL, 1988).

Cabe discutir a relação entre o princípio da legalidade estrita em consonância com o moderno delineamento da juridicidade, entendido como um princípio amplo, que se aplica não à uma norma específica, mas sim, ao sistema jurídico como um todo. Logo, compreende-se que a revolução do pensamento moderno se baseia na necessidade de substituir a concepção de legalidade pela concepção de juridicidade, de modo a incluir os princípios constitucionais à interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, quando a lei interditar ou vedar expressamente determinada coisa, não caberá ao intérprete do direito discutir a temática que a lei interditou com base na ótica administrativa. No entanto, quando a norma não se pronuncia sobre determinada matéria, como é a situação apresentada, é necessário primeiro verificar se houve uma taciturnidade eloquente, em que a lei deliberadamente não disse, por não querer dizer, ou se há uma omissão por parte do legislador (MAZZA, 2012, p. 85).

Destarte que, se o legislador não fixou regras e critérios, poderá ser interpretado como constitucional ou não, porém se há uma omissão, é necessário que seja sanada com base nos princípios do sistema. Portanto, ao aplicar o princípio do sistema jurídico, resultará no direito do indivíduo de angariar o benefício da desaposeitação. Logo, conforme o caso em tela vislumbra-se que a sociedade brasileira não terá mais direito de pleitear tal benefício. Com base nesse entendimento do STF, levantam-se outros problemas sociais (RODRIGUES, 2017, p. 56).

A sessão plenária do julgamento dos recursos extraordinários tem caráter de repercussão geral, logo, a sentença proferida pela Suprema Corte simboliza um

antecedente vinculante, com esteio no artigo 927, inc. III, do Novo Código de Processo Civil. Assim sendo, todos os juízes e tribunais do Brasil terão que acatar tal entendimento (CPC, 2015).

À vista disso, a todos os processos que já foram ajuizados antes da sentença do dia 26 de outubro de 2017, com fulcro no artigo 1.040, inc. III, do Novo Código de Processo Civil, será aplicado o novo entendimento em relação à matéria. Os juízes e tribunais que concederam a desaposentação terão que utilizar do instituto da retratação em relação às suas decisões, com fundamento no artigo 1.040, inc. II, do Novo Código de Processo Civil. E, também fortuitas decisões em dissonância com o atual entendimento, tendem a ser cassadas ou reformadas, além das decisões monocráticas dos relatores do recurso ou da reclamação, a luz do artigo 932, V, 'b', e ao artigo 985, § 1º, do Novo Código de Processo Civil.

É patente, no entanto, que por mais que a matéria da desaposentação tenha chegado até a Suprema Corte, o assunto tratado não foi em relação à inconstitucionalidade de tal instituto, mas sim, ao direito do indivíduo de angariar tal benefício. Por fim, oxigenado com o artigo 525, § 15, e o artigo 535, § 8º, ambos do Novo Código de Processo Civil, não caberá ação rescisória contra as decisões de natureza definitiva em relação à procedência da concepção da desaposentação, com esteio na segurança jurídica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Repisa-se que instituto da Desaposentação iniciou-se por meio de uma construção doutrinária e ganhou mais tarde o apoio da jurisprudência, embora todas as vezes que um indivíduo requisitava tal direito perante o INSS, tivesse sua pretensão negada. Com a negativa do INSS, dava-se o respaldo necessário para que o indivíduo recorresse perante o Poder Judiciário.

Em outubro de 2016, em sessão plenária, o Supremo Tribunal Federal levou a pauta os Recursos Extraordinários de números 381367, 661256 e 827833, que tratavam da Desaposentação. Por sete votos a quatro, o Supremo entendeu pela inviabilidade do

recálculo de aposentadoria pela via da desaposentação, sem embasamento em lei e pela ausência de fonte de custeio definida na legislação vigente.

Cabe salientar ainda, que a Suprema Corte não se manifestou em relação à inconstitucionalidade da desaposentação. Os ministros entenderam que embora não exista vedação constitucional expressa à desaposentação, também não há previsão desse direito.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pelo indeferimento do recálculo da aposentadoria, ou seja, pelo indeferimento da desaposentação, obrigando a todo indivíduo que trabalhar após aposentar-se, a contribuir novamente para a previdência social, com base no princípio da solidariedade, mesmo sem a expectativa da possibilidade de recálculo.

Neste passo, grande prejuízo suportou a coletividade e contribuintes que retornaram ao trabalho após a aposentadoria e hoje não mais possuem direito aos benefícios concedidos pela autarquia previdenciária. Há que se considerar a flagrante necessidade de alteração do artigo 18, parágrafo 2º da lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991 para excluir a vedação à renúncia do benefício de aposentadoria auferido, para os fins de viabilizar a desaposentação e a consequente aplicação de um benefício justo a quem permanece ou retorna ao mercado de trabalho, continuando a contribuir.

7 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávia Cristina Moura de; LEITÃO, André STUDART. **Direito previdenciário I**. Coleção saberes do direito, 45. São Paulo: Saraiva, 2012;

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 16 ed. 2014;

DUARTE, Marina Vasquez. **Temas atuais de direito previdenciário e assistência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;

GOES, Hugo Medeiros. **Manual de Direito Previdenciário**. 10 ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2015;

IMBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008;

_____. **Desaposeição:** o caminho para uma melhor aposentadoria. 5 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011;

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposeição: teoria e prática.** 22. ed. Curitiba: Juruá, 2010;

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposeição.** 6 ed. São Paulo: LTr, 2014;

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. **Artigo: Neoconstitucionalismo e Legalidade Administrativa: A Juridicidade Administrativa e Sua Relação Com Os Direitos Fundamentais.** Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php>>. Acesso em: 21 de nov. 2017;

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário.** Coleção sinopses jurídicas, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado / coord. Pedro Lenza.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito Previdenciário Avançado.** 2ª Ed, Mandamentos. Belo Horizonte, 2005;

STF, Julgamento do. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em 21 de novembro de 2017;

VIANNA, João Ernesto Aragonez. **Curso de Direito Previdenciário.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013;

_____. **BRASIL, Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 out. 2017;

_____. **BRASIL, Lei nº 9.786, de 8 de Fevereiro de 1999.** Dispõe sobre o Ensino no Exército Brasileiro e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9786.htm>. Acessado em: 30 out. 2017;

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 21 de nov. 2017;

_____. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 de nov. 2017;

_____. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 381367**, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 30-10-2017 PUBLIC 31-10-2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 19 de jun. 2018;

_____. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 661256 RG**, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 19 de jun. 2018;

_____. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 827833**, Relator (a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator (a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 29-09-2017 PUBLIC 02-10-2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 19 de jun. 2018.