

DESAPOSENTAÇÃO E SUA VIABILIDADE NO CAMPO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO¹

Irineu de Souza Filho²

Resumo: A presente investigação tem por escopo analisar as modificações no benefício de aposentadoria e o instituto da desaposentação, sendo um dos temas mais comentados na atualidade, trazendo-se considerações a respeito da evolução legislativa e entendimentos jurisprudenciais acerca da viabilidade jurídica do pedido, bem como a discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a devolução dos valores percebidos a título de aposentadoria. O entendimento majoritário adota a tese da concessão do pedido de desaposentação, sem a necessidade da devolução dos valores percebidos. Por fim, traz-se fundamentos para expor que a concessão dá desaposentação não traz prejuízos à Previdência Social.

Palavras chave: Aposentadoria. Desaposentação. Devolução dos valores recebidos.

Abstract: This research has the purpose to analyze changes in retirement benefit and the unretirement institute, being one of the most talked about subjects today, bringing up considerations of legislative and jurisprudential developments understandings of the legal feasibility of the application as well as doctrinal and jurisprudential debate about the perceived return of the form of retirement values. The prevailing understanding adopts the thesis of granting the request unretirement without the necessity of returning the perceived values. Finally, brings up foundations to show that giving unretirement does not harm Social Security.

Keywords: Retirement. Unretirement. Return the received amounts.

Sumário: Introdução. 1. Evolução Histórica da Seguridade Social no Brasil. 2. Desaposentação. 3. Divergências Jurisprudenciais. Considerações Finais. Referências.

Introdução

No campo do Direito Previdenciário, o instituto da desaposentação vem merecendo relevante interesse para o estudo, sendo um dos temas mais divulgados na atualidade, pois trata-se de um benefício cercado de detalhamentos técnicos,

¹ Artigo científico elaborado como trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – Turma 2014 da ESMAFESC.

² Advogado. Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera (2014). Conciliador do CEJUSCON/SC (2014). Acadêmico do Curso de Pós Graduação da ESMAFESC.

modificações legislativas e alterações de entendimentos jurisprudenciais, gerando discussões doutrinárias e práticas.

O benefício da desaposentação não se trata apenas de um benefício trazido ao aposentado nestas circunstâncias, mas de verdadeira compensação pelos valores vertidos aos cofres Previdenciários após a aposentadoria.

Ocorre que o benefício de aposentadoria sofreu inúmeras modificações legislativas ao longo do tempo, fator que gera polêmicas na doutrina e na jurisprudência, trazendo aos aposentados prejuízos.

Certamente, o tema mais polêmico e atual, no que tange ao Direito Previdenciário, diz respeito à possibilidade de renúncia ao benefício de aposentadoria, a fim de obter uma aposentadoria mais vantajosa, mediante o reconhecimento do período laborado após a aposentadoria, sendo a discussão de inegável importância prática.

Isso porque muitos aposentados permanecem até os dias de hoje trabalhando e merecem, de algum modo, ser compensados, não importando a data em que se aposentaram, desde que devidamente cumpram os requisitos necessários, ou seja, que contribuam de forma compulsória para o regime geral de previdência social (RGPS) após a aposentadoria.

A importância do tema reflete-se pelo fato de que inúmeras decisões judiciais foram e vem sendo proferidas acatando a tese da possibilidade da concessão da desaposentação.

Contudo, a impossibilidade de concessão do instituto de desaposentação não se sustenta frente ao Texto Constitucional, visto que o Brasil adotou o sistema contributivo de repartição, previsto no artigo nº 201 da Carta Magna, no qual os contribuintes repassam as contribuições sociais a um fundo único, com intuito de custear os benefícios aos inativos, que atendam aos requisitos previstos na norma previdenciária.

Convém mencionar, também, o princípio constitucional da precedência da fonte de custeio, que está previsto no artigo nº 195, § 5º, CF/88, pelo qual se entende que “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

Outrossim, a necessidade de devolução não encontra arrimo na legislação previdenciária vigente, pois de acordo com a argumentação a ser expandida, poderá

se verificar que a aposentadoria é direito patrimonial disponível e, portanto, suscetível de desistência pelos seus titulares.

A chancelar tal entendimento e acirrar a discussão, recente decisão proferida pela Superior Tribunal de Justiça aponta nesse sentido, acenando para a mudança no entendimento jurisprudencial para o acolhimento da aplicabilidade no instituto de desaposentação, não havendo qualquer necessidade devolução das parcelas percebidas.

Exatamente neste ponto que a celeuma se destaca, pois, como já referido, não foram poucas as decisões judiciais que aplicaram o direito à desaposentação, fazendo com que muitos segurados utilizassem o tempo de serviço após aposentadoria.

Esta é a questão mais premente que se depara diante de tão recentes decisões e certamente muitas ações serão ajuizadas com o objetivo de ter o reconhecimento do tempo posterior à aposentadoria, com intuito de reparar o dano causado pela extinção do pecúlio e da Emenda Constitucional nº 20/1998.

É objetivo do presente estudo explanar os aspectos mais relevantes e discutidos sobre o instituto da desaposentação na prática de acordo com a evolução legislativa, refletir sobre o aproveitamento das contribuições após aposentadoria, expor os atuais entendimentos da jurisprudência e adotar posicionamento crítico a respeito do tema, principalmente com o enfrentamento da questão referente à devolução dos valores percebidos.

1. Evolução Histórica da Seguridade Social no Brasil

A expressão seguridade social, como está posta na Carta de Princípios, é o termo genérico utilizado pelo legislador constituinte para designar o sistema de proteção que abrange os três programas sociais de maior relevância: a previdência, a saúde e a assistência social, espécies do gênero seguridade social.³

O conceito de seguridade social é fornecido pelo artigo 194 da Constituição Federal: “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”.

³ JUNIOR, Jose Paulo Baltazar; ROCHA, Daniel Machado. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26.

Para Ferreira, “a seguridade social se originou como sistema de proteção social, após 1929, quando todo o planeta enfrentou uma crise econômica e social de grandes proporções.”⁴ Houve, então, a necessidade de uma atuação inovadora do Estado, para garantir condições mínimas de sobrevivência para as pessoas afetadas.

Para Rocha e Junior, a expressão seguridade social, como está posta na Carta de Princípios, é o “termo genérico utilizado pelo legislador constituinte para designar o sistema de proteção que abrange os três programas sociais de maior relevância: a previdência, a saúde e assistência social, espécies do gênero seguridade social.”⁵

Martins define a Previdência Social nos seguintes termos:

A Previdência Social é o segmento da Seguridade Social composta de um conjunto de princípios, de regras e de instituições, destinado a estabelecer um sistema de proteção social mediante a contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e à sua família, contra contingências de perda ou redução da sua remuneração, de forma temporária ou permanente, de acordo com a previsão da lei.⁶

A seguridade, segundo Castro⁷, diferencia-se do conceito de Previdência Social, visto que a Previdência Social é o ramo da atuação estatal que visa à proteção de todo indivíduo ocupado numa atividade laborativa remunerada, para proteção dos riscos decorrentes da perda ou redução, permanente ou temporária, das condições de obter seu próprio sustento.

No Brasil, na primeira Constituição de 1824 não se mencionava a seguridade social, mas se verificava a existência de uma forma diversificada de proteção por parte do Estado em relação aos indivíduos. O termo utilizado foi “socorros públicos”, que foi instituído com finalidade de proteger os necessitados, porém seu texto era vago, não especificando em que condições o Estado ajudaria os indivíduos.

⁴ FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. **Seguridade Social e direitos humanos**. São Paulo: Letra, 2007. p.128.

⁵ JUNIOR, Jose Paulo Baltazar; ROCHA, Daniel Machado. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 26.

⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 302.

⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 18.

Os socorros públicos estavam previstos na Constituição de 1824, no artigo 179, inciso nº XXXI, com a seguinte redação:

Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros (sic), que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte (...) XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos.

No entanto, a primeira previsão constitucional de aposentadoria ocorreu na Constituição de 1891, que previa a concessão de aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos, não necessitando de contribuição por parte do empregador nem do empregado, sendo um bônus por parte do Estado.

A primeira lei sobre proteção do trabalhador contra acidentes do trabalho surgiu em 1919, através do Decreto Legislativo nº 3.724, que determinou o seguro obrigatório de acidentes de trabalho. A Lei nº 3.724, de 15/01/1919, tornou:

Obrigatório pagamento de indenização pelos empregadores em decorrência dos acidentes do trabalho sofridos por seus empregados. Estabeleceu, ainda, o seguro para acidentes do trabalho. O seguro não era pago pela Previdência Social, mas pelas empresas privadas.⁸

Contudo, o marco inicial da Previdência Social ocorreu no ano de 1911, quando foi publicado o Decreto nº 9.284, que instituiu a Caixa de Aposentadoria e Pensões (CAPs) dos operários da Casa da Moeda, que tinha como finalidade beneficiar os funcionários públicos.

Em seguida, o Deputado Eloy Chaves criou o Decreto Legislativo nº 4.682 de 24/01/1923, mais conhecido como Lei Eloy Chaves, que implantava as Caixas de Aposentadoria e Pensões (CAPs) nas empresas de estradas de ferro existentes, mediante a contribuição dos trabalhadores e das empresas do ramo e do Estado. Nesse Decreto, era assegurado aos trabalhadores o benefício de aposentadoria e pensão aos seus dependentes em caso de morte do segurado.

Posteriormente, na década de 30, no Governo de Getúlio Vargas, foi criado o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, tendo como finalidade administrar a Previdência Social. A partir de então, as caixas de aposentadoria começaram a ser

⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 37.

extintas, passando a ser reunidas por categoria profissional, surgindo os IAP - Institutos de Aposentadoria e Pensões.

Em ordem cronológica, podem-se elencar os principais Institutos de Aposentadoria e Pensões: a) 1933-IAPM- Instituto de Aposentadoria e Pensões de Marítimos; b) 1933-IAPC- Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Comerciários; c) 1934-IAPB- Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários; d) 1934-IAPI- Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários; e) 1936-IPASE- Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado; f) 1938-IPPETC- Institutos de Previdência e Pensões dos Empregados em Transportes e Cargas.

É importante relatar que uma das diferenças existentes entre as Caixas e os Institutos consistia em que o primeiro abrangia apenas os trabalhadores de determinadas empresas, enquanto os Institutos abrangiam por categoria profissional. Com o surgimento do IAP teve-se um maior número de trabalhadores beneficiados.

A Constituição de 1934 foi de suma importância para a evolução da previdência social, visto que foi a primeira Constituição a apresentar em seu texto a forma tripartite de custeio, ou seja, contribuição dos trabalhadores, dos empregadores e do Estado.

No ano de 1946, foi promulgada uma nova Constituição, que previa em seu texto normas sobre a previdência social. O inciso XVI do artigo 157 consagrava a “previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”.

Com a edição da Lei Orgânica da Previdência Social - Lei nº 3.807, de 26/08/1960 (LOPS), passou a atingir quase a totalidade da população, incluindo como segurados obrigatórios, autônomos e empregadores, deixando excluídos da Previdência Social os rurais e os domésticos.

De acordo com Martins⁹, esta Lei Orgânica da Previdência Social padronizou o sistema assistencial e ampliou os benefícios, tendo surgido vários auxílios como: auxílio-natalidade, auxílio-funeral e auxílio-reclusão e, ainda, estendeu a outras categorias profissionais.

⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas, 2005. p.56.

No ano de 1967, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social, o sistema previdenciário reuniu todos os Institutos de Aposentadoria e Pensões, tendo unificado em um único sistema.

Em 1976 foi criada nova Consolidação das Leis da Previdência Social, por meio do Decreto nº 77.077/76.

A última CLPS foi editada em 1984, pelo Decreto nº 89.312, de 23/01/1984, reunindo toda a matéria de custeio e benefícios previdenciários, mais os decorrentes de acidentes de trabalho.

Todavia, somente na Constituição de 1988, através dos artigos 194 a 204, toda a população passou a ser beneficiada pela seguridade social, visto que passou a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e assistência social, em um único sistema.

Com a promulgação da Constituição de 05 de outubro de 1988 houve nítida separação entre o Direito da Seguridade Social e o Direito do Trabalho, ao trazer ao bojo da Lei Maior um capítulo versando sobre a Seguridade Social (artigos 194 a 204). Na concepção de Martins¹⁰, na atual Constituição, a Ordem Social abrange a saúde, a previdência e a assistência social.

Nesse passo, no ano de 1990, através do Decreto nº 99.350/90, houve a criação do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), que passou a substituir o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social (IAPAS), sendo estes institutos extintos.

Anteriormente à criação do INSS, esses institutos faziam a função de arrecadação e pagamento de benefícios e prestação de serviços. Com a extinção desses, passou o INSS a ser responsável pela arrecadação, fiscalização, cobrança, aplicação de penalidades (multas) e regulamentação da parte de custeio do sistema de seguridade social, bem como pela concessão de benefícios e serviços aos segurados e seus dependentes.

Em seguida, no ano de 1991, foram publicadas duas Leis que versavam sobre a Previdência Social, quais sejam, a Lei nº 8.212 (lei de custeio da Previdência

¹⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 56.

Social) e a Lei nº 8.213 (Lei de Benefícios da Previdência Social). A primeira dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui os planos de custeio e a segunda dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social.

A Lei 8.213/1991, Lei de Benefícios da Previdência Social, é o atual conjunto normativo a respeito do Regime Geral de Previdência Social, tendo sofrido algumas alterações ao longo do tempo, especialmente pela Lei 9.032/1995.

Porém, a Emenda Constitucional nº 20/98 representou um grande marco no sistema previdenciário, tendo instituído a primeira grande Reforma Previdenciária após o advento da Constituição Federal de 1988. Referida emenda tramitou no Congresso durante três anos e nove meses, sendo promulgada em 15/12/1998.

No tocante ao tema, Castro e Lazzari explicam:

A Emenda n. 20, que modifica substancialmente a Previdência Social no Brasil, foi promulgada no dia 15.12.1998, no encerramento do ano letivo, após três anos e nove meses de tramitação no Congresso Nacional. A votação da Emenda foi acelerada nos últimos meses da legislatura, por conta da crise econômica alardeada em meados de outubro, o que exigiu do Legislativo providências imediatas no sentido de aprovação de medidas capazes de conter o déficit público. Com isso, lamentavelmente, o debate acerca de questões envolvidas na reforma deixou de ser feito sob os pontos de vista estritamente jurídico e social, e passou a ser capitaneado pelo enfoque econômico, atuarial e dos resultados financeiros esperados com a aprovação do texto.¹¹

As alterações ocorridas após a promulgação da EC 20/98 em relação ao benefício de aposentadoria, por exemplo, fizeram com que os segurados permanecessem mais tempo no mercado trabalho. Já com relação ao benefício de auxílio reclusão, especificamente, foram modificados os requisitos para a sua concessão, fazendo com que muitos dependentes de segurados reclusos não tivessem direito ao benefício.

2. Desaposentação

A desaposentação é a possibilidade jurídica do segurado aposentado renunciar à aposentadoria proporcional ou a aposentadoria defasada, com o objetivo

¹¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 18.

de obter um benefício mais vantajoso, mediante o aproveitamento do tempo de serviço e das contribuições vertidas após a aposentadoria.

Para Castro e Lazzari¹², a desaposentação é o direito do segurado ao retorno à atividade remunerada. É ato de 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.

O instituto da desaposentação teve ênfase no Regime Geral de Previdência Social após a edição da Lei nº 8.870, de 15.04.1994, que declarou a extinção do instituto do pecúlio. No entanto, o artigo 2º da Lei n. 9.032/95 acrescentou o § 4º ao artigo 12 da Lei n. 8.212/91, prevendo que o aposentado que voltasse a exercer atividade abrangida pelo RGPS era considerado segurado obrigatório, ficando sujeito às contribuições previdenciárias.

O benefício do pecúlio foi tratado pela Lei nº 6.243, de 24.09.1975, e posteriormente pela Lei 8.213/91, nos artigos 81 a 85. Tal benefício consistia na devolução das contribuições quando não fosse possível a concessão de benefício, sendo devido ao segurado aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo RGPS que voltasse a exercer a atividade abrangida pelo mesmo.

Castro e Lazzari¹³ afirmam que o pecúlio era uma prestação única paga pela Previdência Social, correspondente à devolução daquilo que tivesse sido pago pelo segurado a título de contribuição previdenciária, nas hipóteses previstas no artigo 81 da Lei 8.213/91, quais sejam: a) ao segurado que se incapacitasse para o trabalho antes de ter completado o período de carência (extinto a partir de 21.11.95, pela Lei nº 9.129 de 20.11.95), b) ao segurado aposentado por idade ou por tempo de serviço pelo RGPS que voltasse a exercer atividade abrangida pelo mesmo, quando dela se tivesse afastado (extinto a partir de 16.04.94, pela Lei nº 8.870, de 15.04.94), c) ao segurado ou a seus dependentes, em caso de invalidez ou morte decorrente de acidente de trabalho (extinto a partir de 21.11.95, pela Lei nº 9.129, de 20.11.95).

¹² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 599.

¹³ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 713.

Conforme destaca Martins¹⁴, se o segurado aposentado que já recebesse pecúlio voltasse a exercer atividade abrangida pelo Regime Geral de Previdência Social faria jus ao recebimento de um novo pecúlio após 36 meses, contados da nova filiação.

A Constituição Federal de 1988, em sua redação original, estabelece no artigo nº 201, §11, que:

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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

A análise do Direito Previdenciário permite inferir que o Regime Geral de Previdência Social busca compensar o segurado. Tal compensação ocorre pela concessão de benefícios e, no caso do aposentado que verte contribuições para a Previdência Social, acaba não sendo compensado, já que não pode usufruir dos benefícios como os demais segurados.

A norma, além de possuir caráter extremamente injusto, desrespeita o princípio da contraprestação relativo às contribuições devidas pelos segurados, tendo em vista que as prestações oferecidas ao aposentado que retorna à atividade são insignificantes, diante dos valores a serem recolhidos.

No sistema brasileiro prevalece o sistema da repartição e não o da capitalização, decorrente da adoção do princípio da solidariedade contributiva e da distributividade.

O princípio da seletividade e distributividade consiste na divisão dos recursos. Após cada um ter contribuído para o Sistema, procede-se à divisão dos benefícios.

Assim, cabe ao legislador definir as pessoas que serão beneficiadas com os recursos do sistema, o que leva à conclusão de que nem todas as pessoas serão amparadas pelos benefícios previdenciários e a distribuição deve ser feita aos mais necessitados. Balera aborda a seletividade, mencionando que:

“a seletividade fixa o rol de prestações que serão garantidas ao beneficiário do sistema.”. Trata-se do momento pré-legislativo no qual o legislador fixa a prioridade na outorga de determinadas prestações. É a escolha progressiva

¹⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 41.

do Plano de Proteção. Essa escolha não é livre, pois o constituinte já determinou a proteção dos grandes riscos sociais: A morte, a doença, a velhice, o desemprego e a invalidez (art.201 CF/88). Já a distributividade define o grau de proteção devido a cada um.¹⁵

Por outro lado, há também o princípio da solidariedade social, o qual consiste em a sociedade, como um todo, prestar solidariedade a cada um dos indivíduos que dela necessitem, por meio do sistema de repartição ou fundo único. Tanto é assim que, a partir do momento em que cada trabalhador faça cotizações para si próprio, e não para um fundo mútuo, desaparece a noção de solidariedade social.

O art. 195 da Constituição Federal dispõe que:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

- a) 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;
- b) a receita ou o faturamento;
- c) o lucro

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Ferreira comenta:

Ao dispor que a solidariedade constitui um dos fundamentos de nosso ordenamento e um objetivo fundamental de nossa república, manifesta a preocupação do constituinte com uma sociedade justa e igualitária, em que os mais afortunados devem contribuir para dar condições justas aos menos favorecidos, para fortalecer a sociedade de uma forma geral.¹⁶

Contudo, a cobrança ora efetuada pelo INSS para devolução dos valores recebidos a título de pensão por morte é totalmente indevida, pois foram recebidos os benefícios de boa-fé, por força de decisão judicial que havia concedido a antecipação de tutela em sede de sentença.

¹⁵ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 37.

¹⁶ FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. **Seguridade Social e direitos humanos**. São Paulo: Letra, 2007. p. 162.

Pode-se afirmar, inclusive, que pela natureza das prestações oferecidas (salário-família, reabilitação profissional e salário maternidade), não haveria nova filiação a regime previdenciário, pois a lei não admite nova aposentação do segurado, recálculo da aposentadoria anterior ou prevê o pagamento de pecúlio as novas prestações vertidas, não garantindo as espécies mínimas de benefícios para que se tenha um regime previdenciário: nova aposentadoria e nova pensão.¹⁷

No tocante à necessidade de restituição dos valores recebidos a título de aposentadoria anterior, salienta-se que é possível a concessão da desaposentação sem a necessidade de restituição dos valores anteriormente percebidos, pois a aposentadoria concedida anteriormente foi regular e o benefício era efetivamente devido, além disso, o direito à aposentadoria já foi incorporada ao patrimônio jurídico, de modo que os proventos advindos do benefício lhe eram devidos.

Desta forma, não se pode considerar a possibilidade de enriquecimento ilícito ou qualquer prejuízo para a Administração caso não ocorra a restituição dos valores pelo fato de o dever do pagamento ser da administração bem como é um direito do segurado.

Ademais, a restituição torna-se inválida considerando o fato de ser um benefício previdenciário por excelência, a qual possui nítido caráter alimentar, não se podendo olvidar neste caso do princípio da irrepetibilidade dos alimentos. Além disso, sendo a aposentadoria integral concedida mediante averbação de período posterior à aposentadoria, interregno no qual o aposentado obrigatoriamente recolheu contribuições previdenciárias, estão respeitados os princípios regentes do Direito Previdenciário.

3 Divergências Jurisprudenciais

Como visto, no decorrer do tempo, muitas foram as modificações introduzidas no Direito Previdenciário, mas, sem sombra de dúvidas, a mais expressiva para os aposentados foi a extinção do pecúlio.

Nesse contexto, pode-se dizer que há duas correntes de entendimento em relação ao critério de aferição da renda. Uma defende a possibilidade de renúncia,

¹⁷TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. 4. ed. rev.atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 58-59.

no entanto entende que é devida a devolução dos valores auferidos a título de aposentadoria, e a outra entende que o aposentado tem direito de abrir mão de seu benefício para obter uma aposentadoria mais vantajosa, sem a necessidade de restituição dos valores recebidos na aposentadoria atual.

A maioria das decisões é a favor da concessão do pedido de desaposentação, sem a necessidade de devolução dos valores percebidos, o que se considera mais justo, na medida em que houve contribuição à Previdência Social.

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região pacificou o tema o tema, adotando a posição de que é possível a renúncia ao benefício de aposentadoria, a fim de obter uma nova aposentadoria mais vantajosa, no entanto é necessária a devolução dos valores percebidos.¹⁸ Posteriormente, adotou posição diversa.

A decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, é no sentido de improcedência do pedido de renúncia do benefício visando a obter a aposentadoria mais vantajosa, sem a devolução dos valores previamente pagos, com a compreensão de que:

Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento.¹⁹

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o tema, adotando a posição diversa, concedendo o direito à desaposentação, sem necessidade devolução dos valores percebidos, estabelecendo que “não se faz necessária a devolução dos valores recebidos pelo segurado enquanto o benefício renunciado está vigente”.²⁰

¹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal 4º região. **EI nº 7100 RS 5013035-81.2010.404.7100**. Rel. Rogerio Favreto, j. 06.02.2012. D.E. 14.02.2012. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23304093/embargos-infringentes-einf-7100-rs-5013035-8120104047100-trf4>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

¹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federa 3º região. **AC nº: 7262 SP 0007262-83.2012.4.03.6103**. Rel. Des. Fed. David Dantas, j. 10.02.2014. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24960850/apelacao-civel-ac-7262-sp-0007262-8320124036103-trf3>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ARRE nº: 1386354 RS 2011/0208913-8**. Rel. Min. Marilza Maynard, j. 06.08.2013, DJe 09.08.2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23938743/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1386354-rs-2011-0208913-8-stj>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

Por fim, tal entendimento encontra precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no sentido de que “é possível ocorrer a desaposentação sem a necessidade da devolução dos valores recebidos durante a vigência do benefício renunciado”.²¹

Em que pesem as decisões favoráveis no sentido de concessão de uma aposentadoria mais vantajosa, ainda aguarda-se o trâmite no STF do RE 381367-RS, que trata da inconstitucionalidade do artigo 18, parágrafo segundo, da Lei 8213/91, o qual prevê que o aposentado que permanecer em atividade sujeita ao RGPS, ou a ele retornar, não fará jus à prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Além disso, o RE 661.256²², que tramita no STF, abordará a questão da necessidade de retorno ao “*status quo*” para pleitear o novo benefício, mais precisamente quanto à necessidade, ou não, de devolução de valores já percebidos através do primeiro benefício.

Assim, observados os ditames legais ora expostos, avalizados pelos entendimentos oriundos do Supremo Tribunal Federal, a concessão da desaposentação, sem necessidade de devolução é possível, visto que houve contribuições após a aposentadoria, não trazendo nenhum prejuízo à Previdência Social. Contudo, é necessário aguardar a decisão do STF para dirimir a questão.

Considerações finais

Diante de toda a exposição feita ao longo do presente trabalho, infere-se que o não reconhecimento do direito à desaposentação não encontra amparo nos princípios da Seguridade Social, nem nos princípios constitucionais, analisados de forma sistemática.

²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal 4º região. **EIAC nº: 2330532010405850003**. Rel. Des. Fed. Emiliano Zapata Leitão, j. 24.07.2013. D. 26.07.2013. Disponível em: <<http://trf5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23893085/eiac-embargos-infringentes-na-apelacao-civel-eiac-2330532010405850003-trf5>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 661.256**. Rel. Min. Ayres Britto, j. 17.11.2011, DJe 26.04.2014. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fredir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D1942587&ei=i0RpVPj9D9aHsQTL_YL4AQ&usg=AFQjCNGRokk2btXUOd_cm4y1-B9OCCAEXg>. Acesso em: 16 nov. 2014.

Como visto a extinção do pecúlio foi um dos causadores do surgimento da desaposentação, pois essa medida fez com que o aposentado retornasse ao mercado de trabalho, vertendo, assim, contribuição para a Previdência Social, não prevendo novos benefícios para os aposentados.

Porém, a obrigação do aposentado de verter contribuições e não ter direito aos benefícios da Previdência Social fere diretamente e com mais contundência o princípio da isonomia, pois criou discriminação entre os segurados na ativa e segurados aposentados, em situações iguais, retirando o direito aos benefícios para o aposentado, não havendo nenhuma razoabilidade nessa distinção, na medida em que ambos contribuíram para os cofres da Previdência Social.

Os aposentados que permanecem no mercado de trabalho, sujeito ao Regime Geral da Previdência Social, fazem parte de uma realidade que não condiz com os princípios que norteiam a Seguridade Social, uma vez que, se houver contribuição, é necessário que haja uma contraprestação.

A regra da contrapartida, por sua vez, é nitidamente violada, porque o segurado efetua o recolhimento da contribuição previdenciária e não recebe a contraprestação que, no caso, seria devida.

Com relação à renúncia do benefício de aposentadoria, não há discussão, tendo em vista que a aposentadoria é direito patrimonial disponível, podendo o segurado renunciá-la para buscar um benefício mais vantajoso.

Na desaposentação, não é devida a restituição dos valores, em razão dos benefícios não serem recebidos concomitantemente e nem cumulativamente. Além disso, o aposentado que retorna ao trabalho, isto é, volta a financiar a Previdência Social como os demais segurados.

A desaposentação já é pacificada no Superior Tribunal de Justiça e alguns Tribunais Regionais Federais. Todavia, o Supremo Tribunal Federal ainda não julgou o mérito desse instituto.

Por outro lado, direito à previdência é direito social considerado direito fundamental, o que lhe assegura um caráter de essencialidade.

A ordem social estabelecida na Constituição Federal tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem estar e a justiça social, portanto a

garantia do trabalho digno é direito social e assim está vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Frente ao exposto, demonstra-se cabalmente a inviabilidade de restituição dos valores percebidos da aposentadoria anterior, tendo em vista a boa-fé do segurado, bem como em face do caráter alimentar do benefício, não sendo possível a restituição dos valores recebidos.

Conclui-se que as formas de interpretação do texto constitucional não poderão ser deixadas de lado pelo legislador infraconstitucional, que deverá observar a intenção premente do legislador constituinte, na edição de novas leis, para que não sejam elaboradas em desacordo com os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS:

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 661.256**. Rel. Min. Ayres Britto, j. 17.11.2011, DJe 26.04.2014. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fredir.stf.jus.br%2Fpaginadorpub%2Fpaginador.jsp%3FdocTP%3DTP%26docID%3D1942587&ei=i0RpVPj9D9aHsQTI_YL4AQ&usg=AFQjCNGRokk2btXUOd_cm4y1-B9OcCAeXg>. Acesso em: 16 nov. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ARRE nº: 1386354 RS 2011/0208913-8**. Rel. Min. Marilza Maynard, j. 06.08.2013, DJe 09.08.2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23938743/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1386354-rs-2011-0208913-8-stj>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3º região. **AC nº: 7262 SP 0007262-83.2012.4.03.6103**. Rel. Des. Fed. David Dantas, j. 10.02.2014. Disponível em: <<http://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24960850/apelacao-civel-ac-7262-sp-0007262-8320124036103-trf3>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. **EI nº 7100 RS 5013035-81.2010.404.7100**. Rel. Rogerio Favreto, j. 06.02.2012. D.E. 14.02.2012. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23304093/embargos-infringentes-einf-7100-rs-5013035-8120104047100-trf4>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4º Região. **EIAC nº: 2330532010405850003**. Rel. Des. Fed. Emiliano Zapata Leitão, j. 24.07.2013. D. 26.07.2013. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23893085/eiac-embargos-infringentes-na-apelacao-civel-eiac-2330532010405850003-trf5>>. Acesso em: 15 nov. 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. **Seguridade Social e direitos humanos**. São Paulo: Letra, 2007.

JUNIOR, Jose Paulo Baltazar; ROCHA, Daniel Machado. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo: Atlas, 2005.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. 4. ed. rev. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.