



**LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
FACULDADE NATALENSE PARA O DESENVOLVIMENTO
DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE DIREITO**

KEMIL VARELA ABY FARAJ

**DESAPOSENTAÇÃO: NATUREZA, PRINCIPAIS ELEMENTOS E VIABILIDADE
PERANTE OS REGIMES PREVIDENCIÁRIOS.**

Natal /RN

2011

KEMIL VARELA ABY FARAJ

**DESAPOSENTAÇÃO: NATUREZA, PRINCIPAIS ELEMENTOS E VIABILIDADE
PERANTE OS REGIMES PREVIDENCIÁRIOS.**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN

Orientador: Prof. Alexandre de Vasconcelos Mendes

NATAL/RN

2011

Catálogo na Publicação – Biblioteca da FARN
Setor de Processos Técnicos

Faraj, Kemil Varela Aby

Desaposentação: natureza, principais elementos e viabilidade perante os regimes previdenciários / kemil Varela Aby Faraj. – Natal, 2011.
55f.

Orientador: Alexsander de Vasconcelos Mendes

Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte.

1. Desaposentação – Monografia. 2. Regimes – Monografia. 3. RGPS – Monografia. 4. RPPS – Monografia. 5. Natureza – Monografia. 6. Renúncia – Monografia. 7. Restituição – Monografia. I. Título.

RN/FARN/BC

CDU 349.3

BIBLIOTECA UNI-RN

349.3 F219d - RB: 37588 (M002141)

Título: Desaposentação natureza, principais ...
2011, ex. 1

*Dedico este trabalho aos meus
queridos pais Walde Faraj e Raquel
Varela, a minha querida irmã Sanylle, e
por fim a minha amiga e companheira
Ananda.*

AGRADECIMENTOS

Inicialmente ao meu orientador Prof. Dr. Alexandre de Vasconcelos Mendes, por sua dedicação e paciência, mas principalmente, ao me despertar o interesse a este tema, tão importante nos dias atuais.

Agradeço ao meu tio, Dr. Levi Rodrigues Varela, advogado que sempre militou na área previdenciária de forma honesta e dedicada. Agradeço-o, principalmente, por ter me dado uma chance, e assim ter proporcionado o meu interesse nesta área.

Agradeço imensamente ao amigo e advogado, Dr. Guilherme dos Santos Alves, por seus ensinamentos, tanto acerca da vida, como dos percalços da prática diária da advocacia. Agradeço ainda, o tanto quanto, pela oportunidade que tem me dado, de ser, como ele é.

Quando um homem primitivo, nas brumas da pré-história, guardou um naco de carne para o dia seguinte depois de saciar a sua fome, aí estava nascendo a Previdência Social.

(Bertrand Russell)

RESUMO

O escopo desta obra é a análise, definição e interpretação acerca da "desaposentação", um novo instituto e objeto jurídico de estudo, ainda em início de discussão na doutrina e jurisprudência nacional. Discutiremos os seus pontos mais proeminentes, que ainda divergem os nossos tribunais, e até mesmo, os mais catedráticos doutos do Direito da Seguridade Social. O método escolhido é o dedutivo, via a pesquisa bibliográfica da literatura previdenciária moderna, assim como dos principais julgados que tratam dessa questão. Verificaremos que a desaposentação é uma tentativa de desfazer o ato administrativo de aposentação, para então liberar o seu tempo de contribuição já utilizado e reutilizá-lo em uma nova aposentadoria, no Regime Geral de Previdência Social ou mesmo em um Regime Próprio de Previdência Social. Defenderemos a sua natureza jurídica, não como um ato de mera renúncia, mas sim como de um ato complexo, em verdade ato de desfazimento administrativo para recálculo e um consequente novo ato administrativo de concessão. Examinaremos a viabilidade técnica desse instituto no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), assim como, nos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS). Quanto à desaposentação em regime diverso, verificaremos que no paradigma atual é praticamente inoperável quantificar o que cada regime deverá repassar para manter o equilíbrio atuarial-financeiro, onde se faz necessário, modificações legislativas que reconheçam o instituto, bem como, de que forma se dará a mudança entre os regimes.

Palavras-chave: Desaposentação. Regimes. RGPS. RPPS. Natureza. Renúncia. Restituição.

ABSTRACT

The focus of this work is the analysis, definition and interpretation about "desaposentação", a new institute and a legal object of study, still in the beginning of the discussion on doctrine and national jurisprudence. We will discuss about the main points, which still differs on our courts, and even the most instructive persons of Social Security Law. The chosen method is the deductive, in the ways of the bibliographic research of the modern pension law, well as the main judged who deals about this subject. We will also verify that "desaposentação" is the attempt to undo the administrative act of "aposentação", and then set free your contribution time already used and reused in a new retirement, on the General Regiment of Social Security or even in a particular Regiment of Social Security. We will defend your juridical nature, not as an act of mere resignation, but as a complex act, in true act of administrative undoing for recalculation and a consequent new act administrative of concession. We will exanimate the technical viability of this institute on the **General Regiment of Social Security**, well as, on the **Particulars General Regiment of Social Security**. About the "Desaposentação" in different procedure, we will verify that in the actual paradigm is practically inoperable quantificate what each procedure must pass to maintain the actuarial/financial balance, where it is necessary, legislative modification that recognize the institute, well as, which way will be the changes between the procedures.

Key Words: "Desaposentação". Procedures. General Regiment of Social Security. Particulars General Regiment of Social Security. Nature Resignation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A SEGURIDADE SOCIAL.....	09
2.1 A SEGURIDADE E A PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	09
2.2 REGIMES PREVIDENCIARIOS.....	12
2.2.1 REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	12
2.2.2 REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.....	13
2.3 ESPÉCIES DE APOSENTADORIA DO RGPS.....	14
2.3.1 APOSENTADORIA POR IDADE.....	14
2.3.2 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO.....	15
2.3.3 APOSENTADORIA ESPECIAL	16
2.3.4 APOSENTADORIA POR INVALIDEZ	17
2.4 APOSENTADORIAS DO RPPS.....	18
2.5 NATUREZA JURÍDICA DO ATO CONCESSIVO DA APOSENTADORIA..	19
3 DESAPOSENTAÇÃO	20
3.1 CONCEITUAÇÃO	21
3.2 NATUREZA JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO.....	22
3.3 DA FALTA DE PREVISÃO LEGAL.....	26
3.3.1 DA AUSÊNCIA DE NORMA REGULADORA.....	26
3.3.2 DECRETO 3.048/99.....	27

3.4 LEIS 8.212/91, 8.213/91 E 8.112/90.....	30
3.5 O ATO JURÍDICO PERFEITO E A SEGURANÇA JURÍDICA.....	35
3.6 ASPECTOS PROCESSUAIS.....	37
4 DESAPOSENTAÇÃO NOS REGIMES PREVIDENCIÁRIOS.....	38
4.1 OBTENÇÃO DA DESAPOSENTAÇÃO NO PRÓPRIO REGIME.....	38
4.2 OBTENÇÃO DA DESAPOSENTAÇÃO EM REGIMES DIVERSOS.....	46
5 CONCLUSÃO	52
6 REFERÊNCIAS	53

1 INTRODUÇÃO

A Seguridade Social pode ser conceituada como um conjunto de princípios, normas e instituições, integrado por ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Ela é em verdade gênero, que engloba as espécies Previdência Social, Assistência Social e Saúde. A Previdência Social, por sua vez, vai abranger a cobertura de riscos decorrentes de doença, invalidez, velhice, desemprego, morte e proteção à maternidade.

É nesse âmbito que encontramos o objeto de estudo de nossa pesquisa, a "Desaposentação" ou "Renúncia da Aposentadoria para Nova Aposentadoria" que consiste no ato de desconstituição do benefício mantido com vistas à nova aposentação.

Reveste-se de importância e consequente análise científica do tema em decorrência de uma busca cada vez maior pela concessão desse instituto. Tem como sujeitos os que seguiram trabalhando depois de ter se aposentado ou mesmo dos aposentados que desejam retornar ao mercado de trabalho no intuito de tentar melhorar seus vencimentos. Em todos os casos com a consequente melhora das suas condições de vida e sustentabilidade.

Estima-se, segundo dados fornecidos IBGE, que em 2008, os aposentados e pensionistas no país somavam-se a 22 milhões. Entre eles, 6,7 milhões estavam ocupados - cerca de 30% do total. Estima-se ainda, que no Brasil, há mais de 500 mil beneficiários com o direito a revisão da aposentadoria, sendo assim premente o amadurecimento desse instituto e consequente aceite de sua tese, como via de melhoria da capacidade econômica e de vida de milhões de brasileiros, que precisam após ser aposentar, ainda trabalhar para manter o seu status econômico.

O presente estudo, além expor as principais construções teóricas sobre o tema, pretende pela adesão da tese propugnada frente a possibilidade jurídica demonstrada.

O caminho que traçaremos é pela via do método dedutivo. Com a técnica da pesquisa jurisprudencial, bibliográfica doutrinária no campo previdenciário, da legislação constitucional e infraconstitucional.

Examinaremos suas principais características, os conflitos doutrinários, a posição dos tribunais pátrios e aprofundaremos quanto a análise da sua natureza jurídica.

Questionaremos a viabilidade técnica desse instituto no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), assim como nos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS), e ao final a mudança do segurado entre os regimes previdenciários, caso em que examinaremos a possibilidade ou não de sua contagem recíproca.

2 A SEGURIDADE SOCIAL

2.1 A SEGURIDADE E A PREVIDÊNCIA SOCIAL

É corriqueira a confusão entre os leigos acerca das nomenclaturas seguridade social e previdência social, por isso, importante a análise para sua diferenciação.

A Constituição da República em seu Capítulo II do Título VIII (BRASIL, 1988) – "Da Ordem Social" – assinala a Seguridade Social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, assistência social à previdência.

Podemos extrair que a seguridade é um macrossistema, e também um gênero, que comporta as espécies saúde, previdência social e a assistência social.

Tem como principal objetivo a proteção das contingências sociais existentes, assegurando os meios indispensáveis à sobrevivência de quem a ela necessita.

Convém destacar o conceito estabelecido por Leite (apud Braga, 2009, p.7):

(...) proteção social, portanto, é o conjunto de medidas de caráter social destinadas a atender a certas necessidades individuais; mais especificamente, às necessidades individuais que, não atendidas, repercutem sobre os demais indivíduos e, em última análise, sobre a sociedade.

Em sentido análogo, quanto ao caráter de proteção do sistema, explica Ibrahim (2011, p.5-6):

rede protetiva formada pelo Estado e sociedade, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações positivas no sustento das pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciado a manutenção de um padrão mínimo de vida.

Quanto ao seu custeio, determina o art. 195 da nossa Carta Magna (1988), a sua compulsoriedade por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos das pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), assim como mediante contribuições dos empregadores (incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro) e dos trabalhadores, e das receitas oriundas de concursos de prognósticos. O seu financiamento é previsto para ser feito de forma direta e indireta.

Dispõe o art. 1, da lei 8213/91 (BRASIL, 1991):

A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim 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. (grifo nosso)

A Previdência Social como anotado, é um dos elementos da Seguridade Social, tem como finalidade e mediante a contribuição, proporcionar meios indispensáveis a subsistência do segurado e da sua família, frente às contingências da perda ou redução do labor.

Para Ibrhaim (2011, p.9):, a Previdência Social é "(...) seguro coletivo, contributivo, compulsório, de organização estatal, com o objetivo de propiciar proteção adequada ao segurados e seus familiares contra os chamados riscos sociais".

É o que conclama nossa Constituição (BRASIL, 1988):

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

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

Extraímos do esposado, que o seu sistema é compulsório e de filiação obrigatória, assim qualquer pessoal nacional ou estrangeira, que exercer atividade remunerada dentro do território nacional, fará parte, automaticamente, obrigada ao seu recolhimento para com a Previdência.

Por sua vez a Previdência Pública se divide em Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e Regimes Próprios de Previdência dos Servidores Públicos (RPPS).

2.2 REGIMES PREVIDENCIARIOS

Há duas opções obrigatórias para o trabalhador brasileiro, se servidor público estatutário fará parte de algum regime próprio, se não for servidor estatutário ou então fizer parte dos quadros de trabalhadores da iniciativa privada, pertencerá obrigatoriamente ao regime geral.

2.2.1 REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

O RGPS é o maior regime previdenciário, formado pela maioria dos trabalhadores brasileiros, em grande parte regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, além de outras espécies de trabalhadores definidos em lei. Isso em decorrência do princípio da universalidade de atendimento e cobertura, que impõe, que todos têm o direito/dever de participar do sistema. Este regime é administrado pela União e gerido pelo INSS.

Encontramos sua previsão constitucional nos artigos 194, 195, 201 e 202. Outrossim, a sua previsão infraconstitucional é regida pelas Leis nº 8.212 e 8.213, e sendo regulamentada por meio do Decreto n.º 3.048/99

Tem como sistema financeiro o de repartição simples, que se fundamenta na solidariedade entre gerações. Os segurados ativos, através de suas contribuições, arcam com os benefícios dos inativos. Também é conhecido como sistema de solidariedade ou mesmo sistema de pacto intergeracional.

Opõe-se vorazmente ao instituto da desaposentação, inclusive com disposições regulamentares exorbitando a sua função regulamentar.

2.2.2 REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Os regimes próprios são destinados aos servidores públicos ocupantes de cargo público efetivo. Para a isso, contudo, deverão ser criados pelo ente federativo correspondente.

É o que prevê a Lei n.º 8.112/91 (BRASIL, 1991):

Art. 185. Os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor compreendem:

§ 1º As aposentadorias e pensões serão concedidas e mantidas pelos órgãos ou entidades aos quais se encontram vinculados os servidores, observado o disposto nos arts. 189 e 224. (grifo nosso)

Assim como no RGPS, é necessário de forma obrigatória a vinculação do servidor ao RPPS do ente vinculado.

Tem previsão Constitucional (BRASIL, 1988):

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Segundo observa Martinez (2011), a desaposentação ocorre com maior frequência nos casos em que o aposentado, pelo RGPS, ingressa em um regime próprio de previdência.

É o que leciona o egrégio doutrinador:

Olvidando a complementação supletiva em virtude do nível incomparável das prestações possíveis, o mais usual dos pedidos até agora registrado tem sido o do aposentado pelo RGPS que deseja o cancelamento do seu benefício para, adiante, novamente se jubilar, e no serviço público, migrando do RGPS para o RPPS, ali contando o tempo de serviço anterior da iniciativa privada. (grifo nosso) (2011, p.91)

2.3 ESPÉCIES DE APOSENTADORIA DO RGPS

2.3.1 APOSENTADORIA POR IDADE

É o benefício previdenciário “mais conhecido”, como bem pontua Ibrahim (2011). Tem como razão de ser a proteção do risco social velhice, entendendo esta como presunção de incapacidade laboral. É assim, uma garantia da manutenção do segurado quando a idade avançada não mais permitir o labor.

É devido ao segurado que completar a idade mínima, 65 (sessenta e cinco) anos se homem e 60 (sessenta) anos se mulher, reduzindo-se em 05 (cinco) anos para aqueles que forem trabalhadores rurais em regime de economia familiar. É requisito também, por obvio, da carência especificada na legislação, esta, mínima, de 180 contribuições-mensais.

O segurado poderá pedir a qualquer tempo, mesmo em período posterior à perda de sua qualidade de segurado, trata-se de um direito adquirido e incorporado ao seu patrimônio pessoal.

Tem como salário-de-benefício o valor equivalente a 70% do salário-de-contribuição, mais 1% a cada grupo de 12 contribuições mensais e até o máximo de 30%, totalizando então 100%, com a aplicação facultativa do fator previdenciário.

Não há necessidade de desligamento do emprego, se este for segurado obrigatório na categoria empregado. Contudo, pode a empresa requerer a aposentadoria compulsória, se completado 70 (setenta) anos homem ou 65 (sessenta e cinco) anos mulher. Haverá aqui a rescisão indireta do contrato de trabalho com correspondente indenização por demissão sem justa causa.

2.3.2 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO

É espécie de benefício devido ao segurado que atingir 35 (trinta e cinco) anos de contribuição, se homem, e 30 (trinta anos), se mulher. A perda da qualidade de segurado não influi em sua concessão.

Conta-se a data do início até a data do requerimento, não contados os períodos de suspensão de contrato de trabalho, interrupção de exercício e de desligamento de atividade.

Há redução de 05 (cinco) anos quando se tratar de professor que comprove exclusivamente, em sala de aula, tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio. O professor universitário não foi contemplado.

Substituiu a anterior aposentadoria por tempo de serviço, objetivando nos dizeres de Ibrhaim: "adotar, de forma definitiva, o aspecto contributivo no regime previdenciário".

No entanto, tal desiderato não foi atingindo pelo legislador, sendo um benefício criticado por não servir de proteção a qualquer risco social (velhice e incapacidade). Em verdade, bonifica o segurado, independente de estar submetido a qualquer risco, ao recebimento de prestação previdenciária ao atingir as contribuições mensais exigidas.

Não será contado por um sistema o tempo de contribuição utilizado para concessão de aposentadoria pelo outro, como disciplina o art. 96, III da lei 8.213. Aclarando, fica vedado ao segurado estando inativo pelo regime próprio, ao verter contribuições ao RGPS, por exemplo, de utilizar daquele tempo computado na aposentadoria no intuito de uma nova aposentação neste regime.

Cumpra obtemperar, todavia, que havendo a desaposentação inexistirá a vedação legal explicitada, pois o benefício não mais sobrevirá, acarretando a utilização do tempo de contributivo anterior na concessão de uma nova aposentadoria. Tal assunto será mais bem debatido adiante, na análise da desaposentação entre os regimes previdenciários.

2.3.3 APOSENTADORIA ESPECIAL

É garantida ao segurado, uma vez cumprida a carência exigida, que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos. Justificado em razão do trabalho exercido pelo segurado. São atividades insalubres, ficando o trabalhador exposto a agentes físicos, químicos e biológicos. A renda mensal do benefício é de 100% do salário-do-benefício.

Com a lei 10.666/2003, a perda de qualidade de segurado não é mais óbice para a concessão deste benefício. Não há distinção entre homens e mulheres. Para sua concessão é necessário prova, por parte do segurado, do trabalho exercido em condições especiais.

2.3.4 APOSENTADORIA POR INVALIDEZ

A aposentadoria por invalidez será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

Exige, para a concessão, a carência mínima de doze contribuições mensais, excepcionando-se as incapacidades resultantes de acidente de qualquer natureza ou causa e doença profissional do trabalho, independente de carência também, se for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos Ministérios da Saúde e do Trabalho e da Previdência Social. A aposentadoria por invalidez consistirá em renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício

Para concessão de aposentadoria por invalidez necessário se faz a verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social. Só o médico perito da autarquia-previdenciária poderá opinar pela aposentadoria por invalidez.

Há que se verificar também a preexistência ou não da incapacidade, já que ao início, se o segurado já for portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento da doença ou lesão.

Poderá o segurado recuperar de sua incapacidade, ocasionando então o fim do benefício. Inclusive, poderá ser chamado a qualquer tempo para a verificação ou não de sua capacidade. É para os opositores da tese da desaposentação, o único benefício reversível.

Convém ponderar, ao demais, que ante a análise do instituto em estudo, que tal benefício não é alcançado pela desaposentação, pela razão lógica de impossibilidade de retorno ao trabalho.

Esclarece Ibrhaim (2011, p.92):

(...) fica também afastada a aposentadoria por invalidez, em razão da impossibilidade do segurado jubilado por este benefício voltar a desenvolver a atividade renumerada em qualquer tarefa. Como não pode voltar a trabalhar após a obtenção do benefício, não haveria novo tempo de contribuição a computar.

2.4 APOSENTADORIAS DO RPPS

As aposentadorias concedidas pelo Regime Próprio de Previdência Social tem respaldo em nossa Constituição (BRASIL, 1988):

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

As modalidades no RGPS estão divididas como voluntária ou compulsória.

As voluntárias guardam semelhanças com as existentes no regime geral, e são concedidas em razão da idade e do tempo de contribuição, com ressalva a última que exige idade mínima de 55 anos para mulher e 60 anos para o homem. Também há previsão quanto a aposentadoria por invalidez. No que se refere a aposentadoria especial, por sua própria natureza, com raridade é concedida no serviço público.

No tocante a aposentadoria compulsória, ocorre quando o servidor alcança a idade de setenta anos, sendo obrigado então a deixar o cargo e incidindo de imediato sua aposentação.

Nossa Carta Magna (BRASIL, 1988) aplica essa forma de aposentadoria no art. 40, §1º:

.....

 § 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

II - compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

Cumpra observar, que nada o impede de estando aposentado, ingressar ao mercado de trabalho e contribuir através do RGPS.

2.5 NATUREZA JURÍDICA DO ATO CONCESSIVO DA APOSENTADORIA

As aposentadorias tem natureza de ato administrativo, materializam-se com o preenchimento dos requisitos legais que reconhecem o direito aos segurados. É ato administrativo já que é concedida pelo Poder Público, por sua vez, é vinculado e definitivo.

Defendemos que apesar de ser irreversível para instituição, é possível de abdicação ao seu titular.

Para Ibrahim (2011, p.34) o ato de concessão é meramente declaratório, "já que somente reconhece ao segurado o direito assegurado em lei mediante a prova do atendimento dos requisitos legais". Convém destacar que Martinez (2011, p.234) entende que tal ato de concessão além de declaratório, é também constitutivo. Pois assim sendo "constitui e declara um novo estado jurídico para o segurado"

3 DESAPOSENTAÇÃO

3.1 CONCEITUAÇÃO

Inicialmente quanto a sua etimologia, trata-se em verdade de um neologismo, cunhado por Wladimir Novaez Martinez, em 1987, após a publicação de seu artigo chamado "Renúncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários". Em 1996, publica o artigo intitulado "Direito à Desaposentação". Segundo o próprio Martinez (2011, p.248): "o neologismo "desaposentação" provém da palavra aposentação".

A desaposentação é a possibilidade do segurado ao renunciar a aposentadoria, liberar o seu tempo contributivo e assim reutilizá-lo no requerimento de uma nova aposentação, no mesmo ou em outro regime previdenciário, reconhecendo as contribuições vertidas após aquela jubilação.

É também um ato exclusivo de vontade do renunciante, de manifestação unilateral, para desfazer o ato administrativo de aposentação.

Ressalta-se que renúncia deve ser compreendida como renúncia ao benefício, não prejudicando assim, o tempo de contribuição do segurado.

Explica Marciel Antônio de Sales (2011, p.4):, quanto a sua conceituação, que:

(...) é um tema de um conceito doutrinário ainda não acabado, pronto, mas em grande aprimoramento, não se limitando a doutrina apenas a reforçar suas vantagens, mais a criticar suas obscuridades e reivindicar fundamentação para todas as suas peculiaridades.

Por isso, ainda busca a doutrina conceituar o instituto de forma que inclua em toda sua complexidade, os elementos a que ela compõe, variando as definições, e por vezes, também seus elementos. Veremos a seguir, a melhor doutrina.

3.2.1 Apresentamos o conceito dado por Ibrahim (2011, p.35):

A desaposentação, portanto, como conhecida no meio previdenciário, traduz-se na possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no Regime Geral de Previdência Social ou em Regime Próprio de Previdência Social, mediante a utilização de seu tempo de contribuição. Ela é utilizada colimando a melhoria do status financeiro do aposentado.

Por sua vez, Martinez (2011) não vê como decorrência necessária, após renunciar, o computo do tempo de serviço/contribuição para uma nova aposentação. Tal compreensão se dá por motivações outras do jubilado, tais como por simples vontade do seu retorno ao ambiente de trabalho, necessidade de não ser aposentado em razão de um requisito presente em um edital de concurso público ou simplesmente de retirar o imaginário social de ser um aposentado.

Assim explica Martinez (2011, p.248):

A desaposentação consiste numa renúncia ao pagamento das mensalidades de um benefício previdenciário legitimamente concedido e mantido, com vistas à desistência pura e simples ou ao computo do tempo de serviço e de contribuição no próprio ou em outro regime previdenciário. (grifo nosso)

Por sua vez Lorena Conalço (apud Martinez, 2011, p.249), em uma análise mais precisa, em decorrência das dificuldades impostas para sua concessão, conceitua como:

"tentativa do beneficiário desfazer o ato administrativo de aposentação, com fundamento exclusivo na sua manifestação volitiva, a fim de liberar o tempo de contribuição utilizado na concessão da aposentadoria para que o mesmo possa reutilizá-lo no requerimento e concessão de nova aposentadoria em um regime mais benéfico". (grifo nosso)

3.2 NATUREZA JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO

A Natureza jurídica de um instituto consiste em determinar sua essência para assim classificá-lo dentro das categorias jurídicas existentes, delimitando de que gênero aquele instituto é espécie.

Grande parte da doutrina abraça a renúncia como fundamento determinante da natureza jurídica da desaposentação.

A renúncia então pode ser conceituada como ato voluntário em que o sujeito sem transferência a outro, abre mão de forma voluntária, de um direito seu, ou do seu exercício. É classificada pela doutrina como uma das modalidades de extinção de direitos, pois, como tudo em nossa realidade fática é passível de extinção, tanto poderão ser os institutos jurídicos.

Esclarece o douto mestre Silvo Salvo Venosa (2006, p.249):

Os direitos extinguem-se igualmente pela renúncia, quando o titular abre mão do seu direito, sem transferi-lo a outrem. É o abandono voluntário do direito. A renúncia típica é aquela em que o titular abre mão do seu direito sem que qualquer outro sujeito dele se apodere.

Nessa mesma linha, preleciona Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior (apud Leonardi, E.F.F, 2009, p.87):

A renúncia é o ato jurídico mediante o qual o titular de um direito dele se despoja, sem transferi-lo a outra pessoa, quando inexistente vedação legal. Trata-se de uma modalidade de extinção de direitos aplicável, basicamente, aos direitos patrimoniais, pois ninguém está obrigado a exercer direito que possui considerando o fato de a aposentadoria ser um benefício de prestação continuada destinada a substituir os proventos auferidos pelo trabalhador – enquanto exercia atividade laboral, assegurando-lhe o mínimo

indispensável para a sua subsistência – é inquestionável que se trata de direito patrimonial, e, portanto, disponível [...]. [...] Assim, sendo a renúncia ato privativo de vontade do aposentado, não há que se cogitar de interesse público a condicionar a vontade do renunciante.

A desaposentação é um ato complexo, por isso composto de vários atos. Inicialmente, de fato, há a renúncia ao benefício, o renunciante abre mão então de receber os proventos de sua aposentadoria (patrimônio seu), sem a transferência a outro, em decorrência de sua natureza personalíssima. O ato é privativo, e depende apenas da manifestação unilateral do renunciante. Em seguida, em uma segunda etapa, a portabilidade do seu tempo de serviço/contribuição, dentro do mesmo regime ou para outro regime.

Justamente por tratar de ato mais complexo, não podemos classificá-lo como mera renúncia, pois além de haver o interesse de renunciar a aposentadoria, há a necessidade de aproveitar o seu tempo contributivo e também gerar uma nova aposentação. Razão que Marcelo Rodrigues da Silva compreende como “não de simples renúncia, mas de renúncia qualificada, voltada a obtenção de uma situação mais vantajosa”.

O simples fato de se renunciar, além do não abarcar tais prestações positivas, pode causar a confusão quanto a renunciar também o tempo contributivo acumulado durante a vida do segurado.

Se entendermos a aposentadoria como um direito patrimonial disponível, não poderemos entender quanto ao seu direito de aproveitamento do tempo contributivo. Este permanecerá na esfera patrimonial do segurado, por se tratar de um direito incorporado ao seu patrimônio, sendo de caráter irrenunciável.

Entendimento observado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª. Região (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª. REGIÃO, 2005):

Entendemos que a renúncia é perfeitamente cabível, pois ninguém é obrigado a permanecer aposentado contra seu interesse. E, neste caso, a renúncia tem por objetivo a obtenção futura de benefício mais vantajoso, pois o beneficiário abre mão dos proventos que vinha recebendo, mas não do tempo de contribuição que teve averbado. Comunga desta posição o Procurador do Trabalho, Ivani Contini Bramante, que escreveu: 'A desaposentação, ipso facto, trata-se de renúncia-opção. E, quando vocacionada à conversão da aposentadoria de um regime menos vantajoso para um regime mais vantajoso é válida e eficaz. Nesta questão, como visto, prevalece o entendimento de que a aposentadoria é renunciável quando beneficiar o titular do direito e ou ensanchar nova aposentadoria mais vantajosa. (grifo nosso)

É o que pensa também Ladenthin e Masotti (apud Sales, 2011, p.4):

Na renúncia, o segurado opta em não receber mais os proventos de aposentadoria, bem como de não de utilizar do tempo de serviço computado para a concessão desta. Já na desaposentação, o segurado abdica apenas dos proventos de aposentadoria, mas não do direito de utilizar os períodos de trabalhos anteriores à aposentação para somá-los aos períodos posteriores. Neste caso a renúncia seria parcial, pois a pretensão é renunciar à aposentadoria atual, mas somar todo o tempo de contribuição, a fim de obter nova contagem e novo cálculo de aposentadoria. (grifo nosso)

A desaposentação, grosso modo, não deixa de ser um ato de renúncia à aposentadoria, porém não é o objetivo final do segurado, que em verdade, na maioria dos casos, deseja apenas o recálculo do seu benefício, e que na ausência de norma expressa, junto com a impossibilidade de acumulação de outra aposentadoria, busca na renúncia a liberação do seu tempo contributivo e consequente nova aposentadoria.

Há em verdade o desfazimento de um ato administrativo, pois, se a aposentadoria, como observado, tem natureza de ato administrativo, a desaposentação do mesmo modo só poderá ocorrer após o desfazimento deste mesmo ato. Ressaltasse que para o desfazimento de um ato administrativo, é necessário outro ato administrativo, em consonância ao princípio da legalidade.

Acertada é a análise de Martinez (2011, p.38), de classificar a natureza do ato como "administrativo formal vinculado":

"Desaposentação é ato administrativo formal vinculado, provocado pelo interessado no desfazimento da manutenção das mensalidade da aposentadoria, que compreende uma abdicação com declaração oficial desconstitutiva".

A desaposentação deveria mesmo era ser processada por meio de um procedimento administrativo, que assim o revogaria. Advém, que o seu não reconhecimento por parte da administração pública, torna cogente à atuação do Judiciário.

Não obstante, sabemos que pertence a Administração Pública a competência exclusiva para revogação desses atos. Contudo, tais comportamentos não poderão ser subtraídos do exame judicial.

Nesse sentido é que temos a sumula 473 do Supremo Tribunal Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 1969) admitindo nestes casos, a apreciação do judiciário:

A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A Administração não pode se furtar na ausência da lei para impedir o exercício de tal prerrogativa, que subsiste, em verdade, por decorrência da obrigatoriedade de contribuição.

3.3 DA FALTA DE PREVISÃO LEGAL

3.3.1 DA AUSÊNCIA DE NORMA REGULADORA

Entre os motivos alegados pelos opositores a tese da desaposentação, encontra-se na ausência de sua previsão legal.

A administração pública, tanto no RGPS, quanto no RPPS, declaram a observância estrita ao princípio da legalidade.

Convém ponderar, ao demais, que a doutrina administrativista vem abandonado tal hermenêutica, como leciona Rodrigo Felix Sarruf Cardoso (2011, p.2):

(...) hodiernamente parte da doutrina administrativista vem esvaziando o princípio da legalidade estrita, entendendo que os interesses particulares devem ser assegurados através dos limites constitucionais, pois, numa análise finalística, o Estado existe para os indivíduos e por eles.

É sabido que no ordenamento jurídico brasileiro não existem fontes formais, qualquer dispositivo, que permita a desconstituição do ato concessivo da aposentadoria para fins de nova aposentação, como também é sabido da inexistência da norma proibitiva.

Nesse tocante da legalidade, essencial a clássica interpretação de Hely Lopes Meirelles, em que enquanto na administração particular é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. O que nos faz chegar à conclusão de que a Administração só pode se eximir de consentir a algo sob a alegação da ausência de lei permissiva, pois tal proibição estaria condicionada lei proibitiva contra o particular.

Nesse sentido leciona Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p.68-69):

O Princípio da Legalidade, na mesma medida em que consiste em uma prerrogativa do Poder Público, impondo os ditames legais aos administrados, traduz-se em evidente restrição, pois a Administração Pública somente pode impor as restrições que efetivamente estejam previstas em lei (...) A vedação no sentido da impossibilidade de desaposentação é que deveria constar de lei. A sua autorização é presumida, desde de que não sejam violados outros preceitos legais ou constitucionais.

Deste modo, a inexistência de previsão legal, contra senso os opositores da tese, nos impõe a compreensão em favor do particular, que por não contrária à lei e nem a Constituição, insere-se no contexto hermenêutico previdenciário de condição mais favorável.

3.3.2 DECRETO 3.048/99

O procedimento adotado pelos órgãos da administração pública, é de que todo pedido de desaposentação deva ser indeferido, pois fundamentado na ausência de sua previsão legal.

Ao mesmo tempo em que se fundamenta nesta falta de previsão, reconhece no Decreto nº 3.048/99, que regulamenta as Leis n.º 8.212 e 8.213, denominado Regulamento da Previdência Social, e que se aplica ao RGPS e subsidiariamente aos RPPS, um dos motivos para a sua não concessão. O decreto declara ser de caráter indisponível e irreversível a aposentadoria.

Examinemos o seu conteúdo:

Art.181-B.As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.

Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos:

I - recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou **(Incluído pelo**

II - saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social (BRASIL, 1999)

Pois bem, é sabido que os Decretos não são leis em sentido formal, mas sim atos administrativos da competência dos chefes do Executivo e que visam à aplicação exata da lei. O Decreto 3.048/99 tem mera natureza Regulamentar, e assim sendo, visa esclarecer a lei e facilitar sua execução. Não devendo, entretanto, ultrapassar essa finalidade.

Por essa razão, como esclarece Kétlin Sartor Ristau (2011, p.1):

(...) em momento algum o Decreto pode ultrapassar instruções contidas na Lei Ordinária, pois esta atravessou todo um processo democrático de discussão e elaboração na Casas Legislativas, ao passo que aquele teve sua criação oriunda de ato do Poder Executivo (devendo ser um fiel respeitador das normas que intenta regulamentar).

O que nos leva a concluir que o artigo correspondente do Decreto nº 3.048/99 tem manifesto traço de ilegalidade/inconstitucionalidade, pois sendo norma de menor monta, fere o princípio da hierarquia das normas, ao reger situações que deveriam ser delimitadas apenas por lei em sentido estrito.

É assim que lecionava o saudoso mestre Miguel Reale (2005, p.163):

... não são leis os regulamentos ou decretos, porque estes não podem ultrapassar os limites postos pela norma legal que especificam ou a cuja execução se destinam. Tudo o que nas normas regulamentares ou executivas esteja em conflito com o disposto na lei não tem validade, e é suscetível de impugnação por quem se sinta lesado. A ilegalidade de um regulamento importa, em última análise, num problema de inconstitucionalidade, pois é a Constituição que distribui as esferas e a extensão do poder de legislar, conferindo a cada categoria de ato normativo a força obrigatória que lhe é própria.

Percebe-se do exposto, que se fere, inclusive, a esfera de atuação dos três poderes, pois o exercício do poder hierárquico é uma das garantias, previstas na constituição de independência política dos entes.

O Decreto como norma inferior não pode limitar a obtenção de direitos por parte do particular quando assim a lei for omissa, e não declarar, segundo os tramites legais, o seu alcance.

A lei deve ser sempre subsumida, no entender de Ibrahim que diz que "Somente vedação expressa em lei ou oriunda da própria Constituição poderá frustrar as expectativas dos beneficiários da Previdência Social".

3.4 LEIS 8.212/91, 8.213/91 E 8.112/90

A aposentadoria além de prevista na Constituição Federal, artigos 201 e 202, se ver regulamentada nas Leis 8.213 e 8.212, ambas de 1991. A primeira, chamada de Lei Orgânica da Seguridade Social, que dispõe sobre a organização da seguridade social e institui seu plano de custeio. A segunda trata sobre os planos de benefícios da previdência social.

A lei 8.212/91, por exemplo, determina ao jubilado, caso continue laborando, a continuar também a manutenção da contribuição obrigatória, como se fosse qualquer outro segurado na categoria de segurado obrigatório, "empregado", "empresário" ou mesmo "contribuinte individual."

É a disposição literal:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

§ 4º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social. (BRASIL, 1991)

Tais contribuições são justificadas pelo princípio constitucional da universalidade do custeio.

A lei no entanto, não prevê nenhum acréscimo para a aposentadoria do jubilado, não havendo previsão de devolução as prestações pagas em nenhuma outra hipótese, a não ser a restituição de valores nos casos de pagamentos indevidos.

É o disposto no art. 89, da mesma lei:

Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (BRASIL, 1991)

Diante disto, para o jubilado só haveria tal restituição na ocorrência de pagamento indevido ou superior ao devido, situação que não se prestaria as pretensões dos que buscam a desaposentação como um incremento a sua renda.

Já a lei 8.213/91 determina, de igual forma, que jubilado caso continue laborando, também continuará a efetuar as suas contribuições.

Vejamos:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

§ 3º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social. (BRASIL, 1991)

Desta feita, mesmo contribuindo não têm direito a qualquer benefício previdenciário, restituição ou revisão, a não ser o salário família e a reabilitação profissional, que, na maioria das vezes são imprestáveis para os aposentados.

E nesse sentido que temos o art.:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (BRASIL, 1991)

O que motivaria a vedação é o comentado por Luciano Dorea Martinez Carreiro (apud Cazon, 2010, p.26):

A resposta imediata, embora calcada num juízo teórico, estaria baseada no oferecimento da proteção social ao aposentado que apenas permaneceu em atividade ou voltou ao trabalho em decorrência de interesses de natureza pessoal. Segundo a perspectiva previdenciária, o trabalhador que alcançou a aposentadoria já se encontra protegido, cabendo ao seguro social cuidar da garantia mínima de sustento para outros trabalhadores ainda não arrimados por um benefício previdenciário específico.

Oportuno se torna dizer que devemos impor uma interpretação voltada a sua contraprestação, contrastando assim com uma mera forma para aumentar a arrecadação e custeio do sistema financeiro e atuarial da previdência social. Tanto é que não defendemos a sua inconstitucionalidade, mas sim a sua exegese conforme a constituição.

Sendo bastante apropriado o parecer do Min. Marco Aurélio (2010), RE 381367/RS, ao concluir que:

“não resultaria na necessidade de se declarar a inconstitucionalidade do § 2 do art. 18 da Lei 8.213/91, mas de lhe emprestar alcance consentâneo com a Constituição, ou seja, no sentido de afastar a duplicidade de benefício, porém não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita.”

Isso porque, não se trata da duplicidade de benefício, mas sim o seu recálculo, em total consonância com o sistema atuarial-financeiro e adequando-se com o tempo contributivo justo que cabe ao segurado.

Outrossim, a proibição por novos benefícios, após a ocorrência da aposentadoria, contida no art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 diz respeito à sua cumulação, o que não impede a sua renúncia, inexistindo aí tal vedação legal.

Já a Lei 8.112/90, dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União. Trata no Título VI, acerca da Seguridade Social do Servidor.

O artigo 185, parágrafo primeiro, disciplina que as aposentadorias e pensões serão concedidas e mantidas pelos órgãos ou entidades aos quais se encontram vinculadas os seus servidores.

Art. 185. Os benefícios do Plano de Seguridade Social do servidor compreendem:

§ 1º As aposentadorias e pensões serão concedidas e mantidas pelos órgãos ou entidades aos quais se encontram vinculados os servidores, observado o disposto nos arts. 189 e 224. (BRASIL, 1990)

Interessante observar que fora do Título VI, há o art. 25, que trata da Reversão, onde há a retorno a atividade do servidor aposentado.

Art. 25. Reversão é o retorno à atividade de servidor aposentado:

I - por invalidez, quando junta médica oficial declarar insubsistentes os motivos da aposentadoria; ou

II - no interesse da administração, desde que:

- a) tenha solicitado a reversão;
- b) a aposentadoria tenha sido voluntária;
- c) estável quando na atividade;
- d) a aposentadoria tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à solicitação;
- e) haja cargo vago.

§ 1º A reversão far-se-á no mesmo cargo ou no cargo resultante de sua transformação.

§ 2º O tempo em que o servidor estiver em exercício será considerado para concessão da aposentadoria.

§ 3º No caso do inciso I, encontrando-se provido o cargo, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga.

§ 4º O servidor que retornar à atividade por interesse da administração perceberá, em substituição aos proventos da aposentadoria, a remuneração do cargo que voltar a exercer, inclusive com as vantagens de natureza pessoal que percebia anteriormente à aposentadoria.

§ 5º O servidor de que trata o inciso II somente terá os proventos calculados com base nas regras atuais se permanecer pelo menos cinco anos no cargo.

§ 6º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo.
(BRASIL, 1990)

Parte da doutrina considera a reversão como paradigma para a desaposentação, contudo, acreditamos que reversão não pode ser confundida com ela. Aquela objetiva o retorno ao cargo público e consequente perda do benefício. É uma opção da Administração Pública e concretizada ao seu interesse. Por isso que Martinez a considera como “uma desdiponibilização que visa à volta ao trabalho do servidor”.

3.5 O ATO JURÍDICO PERFEITO E A SEGURANÇA JURÍDICA

Outro motivo de impedimento a desaposentação, declarado por seus opositores, é a violação do ato jurídico perfeito, que sendo violado comprometeria ainda a segurança jurídica. Argumentam que ao Poder Público só caberia o desfazimento da aposentação nos caso de erro ou fraude da sua concessão.

Vejamos o tratamento dado por nossa Carta Magna (BRASIL, 1988), que o trata como Cláusula Pétrea: “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”. Outrossim, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, “art. 6º, § 1º: Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

A segurança jurídica e o ato jurídico perfeito refletem a certeza mínima de estabilidade das relações sociais, pactuada entre o ente público e os particulares. Esses institutos pertencem à primeira geração de direitos, serve como garantia de que os direitos conquistados pelos particulares serão preservados e respeitados pelo ente público da ordem jurídica existente.

Nesse sentido, esclarece Jorge Camilo Leonardo (2011, p.26):

(...) não há impedimento legal algum para a concessão do requerimento do desfazimento do ato da concessão da aposentadoria, visto que as garantias do ato jurídico perfeito visam assegurar a garantia do cidadão, nesse caso o segurado, e não pode ser argumento para se impedir uma expectativa de direito.

As proibições de violação, serão melhor entendidas se forem para a defesa do segurado em face da administração pública, como assim compreende Martinez (2011, p.66) que enxerga o ato jurídico como uma proteção do cidadão e não do órgão gestor. A aplicação desses institutos deverá ser sempre em benefício do segurado.

Ilustra brilhantemente Eduardo Fiorito Pereira (2007, p.1):

Esses institutos e princípios servem para garantir o mínimo de segurança jurídica para a coletividade. É o Estado colocando freios em si próprio com o fito de tentar minimizar os eventuais atos arbitrários, ou no mínimo injustos.

Na verdade, não há violação, mas sim, ampliação de direitos, como bem fundamenta Ibrahim (2011, p.40):

A desaposentação. Desde que vinculada à melhoria econômica do segurado, ao contrário de violar direitos, somente os amplia. Seu objetivo será sempre a primazia do bem estar do indivíduo, algo desejável por toda sociedade.

A desaposentação não fere a segurança jurídica e o ato jurídico perfeito, visto tratar de uma nova relação jurídica estabelecida. O que não caberia é a administração desfazer, de forma arbitrária, o ato da aposentação.

3.6 ASPECTOS PROCESSUAIS

Se o benefício pretendido a ser desfeito pertencer ao RGPS, o órgão judicial competente será a Justiça Federal, estando presente no polo passivo o INSS. Poderá ainda ser protocolada perante o Juizado Especial (se o valor da causa se der até 60 salários-mínimos) ou na Vara Federal Previdenciária.

Igualmente se dará aos servidores federais do RPPS, que deverão ter suas causas julgadas na Justiça Federal, nesta situação terá no polo passivo da demanda a União.

Se o servidor público pretender a desaposentação em um RPPS estadual, a competência será da Justiça Estadual Comum, estando no polo passivo da demanda o órgão previdenciário estadual. O mesmo vale ao servidor público municipal na existência de órgão previdenciário Municipal, pois caso contrário estaria filiado ao RGPS.

Quanto a sua decadência, não há prazo, assim esclarece Martinez (2011, p.61):

A natureza do instituto técnico impede um prazo decadencial. Na ausência de disposição legal, a qualquer tempo, o aposentado poderá promover a. Claro que assim se dispuser positivar, o termo deveria ser o próprio da revisão, de dez anos.

Questão pertinente é quanto à necessidade ou não de protocolizar pedido administrativo, assim como o seu exaurimento.

Normalmente, a busca da via judicial sem o requerimento prévio do direito, seria causa de carecimento da ação com consequente de extinção da ação. Entretanto, nos casos em que sabidamente há entendimento da administração contrário ao segurado, como é o caso da desaposentação, poderíamos optar, sem requerimento prévio, pela via judicial.

Mesmo assim, acreditamos que seja interessante protocolizar administrativamente tal pedido. Ao protocolizar, contudo, não haveria a necessidade do esgotamento da via administrativa para o ajuizamento da ação, e em caso de evidente mora, seria motivo também justificador para o ajuizamento da ação.

4 DESAPOSENTAÇÃO NOS REGIMES PREVIDENCIÁRIOS

4.1 Obtenção da Desaposentação no Próprio Regime

A desaposentação poderá ocorrer em qualquer regime. No RGPS, por exemplo, é comum a situação do segurado que se aposenta por tempo de contribuição proporcional e que assim pretende a aposentação integral.

Pois são muitos são aqueles que continuam contribuindo após a aposentação, sendo natural a busca de uma melhora econômica, pois ao continuar a exercer atividade que os filie compulsoriamente, vêm-se obrigado a contribuir por expressa obrigação legal, e que como visto, sem acréscimo algum a sua renumeração.

Além disso, no exemplo esposado, possibilitaria aposentar com um fator previdenciário mais benéfico, consequentemente melhorando seus proventos.

Quanto ao pedido administrativo, este, no RGPS, por impedimento da autarquia previdenciária não se realizará.

Nesse espeque Marciel Antonio de Sales (2011, p.5):

É consenso doutrinário e postulado do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS que todo pedido de desaposentação protocolado junto as suas agências tem que ser indeferido de qualquer jeito, revelando a posição adotada por este regime acerca do assunto e assevera-se que, em sede de ação judicial, usará como principais motivos a justificar o ato indeferitório: Ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI); benefício irreversível e irrenunciável; ausência de previsão legal; art. 96, III, da Lei 8.213/91; princípio da solidariedade; segurado optou pela renda menor, mais receberá por mais tempo.

O jubilado então poderá renunciar e reaproveitar o tempo contributivo no mesmo regime, mas em todos os casos, apenas pela via judicial.

A renúncia também poderá ser dar de um benefício para o recebimento de outro, como a da aposentadoria por “tempo de contribuição” para uma desaposentação e nova aposentação na espécie “por idade”.

Quanto à desaposentação dentro do próprio RPPS, esta se daria de maneira mais complexa. É que para ocorrer somente haveria possibilidade se por parte da administração houve-se disponibilidade do cargo ao servidor pretendente de ali retornar.

Nesse sentido, Martinez (2011, p.91):

A desaposentação do servidor em si mesma não oferece maiores dificuldades. A volta ao trabalho é que dependeria de recriação do cargo, se ele foi extinto com a apsoentação, mas para isso o Direito Administrativo tem varias soluções.

Como, de regra, o servidor está pensando em melhorar, feito o concurso e aprovado, tomando posse no novo cargo, criado antes do edital, ele renuncia ao primeiro.

Por esse motivo, não haverá desaposentação se o único intuito for o retorno ao cargo e não houver disponibilidade ao anteriormente deixado, ou se a administração não criar outro cargo para isso.

Quanto ao seu vínculo de emprego, no RGPS, é comum o comportamento do recém-jubilado em continuar na mesma empresa. Pergunta-se, a continuidade do labor aí, forma ou não um novo vínculo de emprego? Há na jurisprudência predileção para não extinção deste vínculo.

O Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região (RIO GRANDE DO SUL, 2011), credita pela não extinção, vejamos:

"TRT-4 - RECURSO ORDINARIO TRABALHISTA: RO 1795005820085040018 RS 0179500-58.2008.5.04.0018

Aposentadoria Espontânea. Extinção do Contrato de Trabalho. Não Configuração.

Processo:

RO 1795005820085040018 RS 0179500-58.2008.5.04.0018

Relator(a):

CLÓVIS FERNANDO SCHUCH SANTOS

Julgamento:

06/10/2011

Órgão Julgador:

18ª Vara do Trabalho de Porto Alegre

Ementa

APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

A aposentadoria espontânea, por si só, não extingue o contrato de trabalho, caso haja continuidade da prestação de trabalho pelo trabalhador ao mesmo empregador após a concessão da aposentadoria, não se formando novo vínculo empregatício. AUXÍLIO-REFEIÇÃO. DIAS EFETIVAMENTE TRABALHADOS. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. Previsão em norma coletiva de

pagamento de vale-alimentação em número equivalente aos dias de efetivo trabalho que afasta a intenção de percepção no período do aviso-prévio indenizado. (...)" (grifo nosso)

A aposentação não deve atingir o contrato de trabalho, aliás, é sabido inclusive do cancelamento da Orientação Jurisprudencial do TST, n. 177, que tratava da extinção do contrato de trabalho com a aposentadoria espontânea.

O texto então tinha a seguinte redação:

A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria. (BRASIL, 2006)

Um dos temas que mais diverge, ainda não pacificado, mesmo por aqueles que admitem a desaposentação, é quanto à necessidade ou não de devolução dos valores recebidos a título de aposentadoria. O Assunto não é pacífico, tanto em sede doutrinária, quanto na jurisprudência pátria.

Defendemos que a desaposentação, dentro do mesmo regime, não deve ser condicionada a devolução dos valores recebidos a título de prestação.

Um dos argumentos se dar em decorrência do regime em que adotamos, de repartição simples, onde se implica um equilíbrio coletivo, ou seja, as contribuições vertidas por segurados ativos destinam-se a cobrir os gastos dos segurados inativos, em oposição ao regime de capitalização, onde as contribuições são feitas através de uma poupança constituída por contribuições do segurado. Assim, a única forma viável para admitir a devolução seria nesse ultimo modelo, por condições de sua forma de cotização.

Quanto à análise do regime financeiro do sistema previdenciário do beneficiário, Ibrhain (2011, p.65):

Todavia, sendo o regime financeiro adotado o de repartição simples, como nos regimes previdenciários públicos em nosso país, não se justifica tal desconto, pois o benefício não tem sequer relação direta com a cotização individual, já que o custeio é realizado dentro do sistema de pacto intergeracional, com a população atualmente ativa sustentando os benefícios dos hoje inativos. Se nesta hipótese o desconto fosse admitido, fatalmente o fundo acumulado do segurado poderia até alcançar cifras negativas, porque evidentemente o Poder Público não aplicaria tais recursos visando um futuro, ao contrário do sistema de capitalização, utilizando-os no momento, sendo improvável que se possa atualizar o montante pleno do segurado. Em verdade, os mecanismos de compensação financeira entre regimes previdenciários oficiais são feitos a partir de valores arbitrados, muitas vezes desvinculados da real cotização do segurado.

Defendemos ainda, que falar em obrigação de devolução das verbas percebidas é o mesmo que considerar tal situação como irregular ou fraudulenta. O que não ocorre com a desaposentação, visto que não há irregularidade alguma ao benefício anteriormente concedido. Também não se trataria aqui de anulação da aposentação anteriormente concedida, pois não eram tais verbas iméritas, ao contrário, tais proventos eram devidos em decorrência do exercício regular do direito que assista o segurado na época de sua aposentação.

Não basta-se, a própria legislação previdenciária que em nada fala acerca da devolução, o que desobriga, segundo a hermenêutica previdenciária, com suas regras de caráter protetivo, interpretar de forma desfavorável ao segurado. Não há que se falar em condenar o segurado na flagrante ausência da lei que assim comande. Em verdade, na sistemática previdenciária há de se interpretar sempre de forma benigna os casos de omissão e dúvida.

Aliás, sob o ponto de vista atuarial, é viável, tendo em conta que essa nova cotização geraria excedente não previsto atuarialmente.

Assim entende Ibrahim (2011, p.64):

(...) da desaposentação no mesmo regime, não há de se falar em restituição de valores percebidos, pois o benefício de aposentadoria originalmente concedido, tinha o intuito de permanecer no restante da vida do segurado. Se este deixa de receber as prestações vindouras, estaria em verdade, favorecendo o regime previdenciário

Entendemos que tal feito é em verdade um recálculo do benefício no próprio regime. Tudo reflexo das novas contribuições vertidas pelo segurado, já que no caso do RGPS, foi escolha do próprio Estado em se apropriar das verbas de contribuição após a jubilação, impondo-lhe o seu custeio obrigatório.

Quanto a devolução, a maioria dos tribunais pátrios e grande parte da doutrina, acreditam que também não deve ser condicionada a devolução dos valores recebidos pela natureza alimentar dessas prestações, e por isso sob a égide do princípio da irrepetibilidade ou da não-devolução dos alimentos, já que a aposentadoria se destina a prover a subsistência do aposentado, notadamente atendendo as necessidades de alimentação, moradia, vestuário, transporte, saúde, lazer e educação.

Essa é a compreensão dada pelo STJ (BRASIL, 2010) em relação ao tema:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.184.410 - SC (2010/0040883-9)
RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
RECORRENTE : LUIZ MARTINS ADVOGADO : ANDRÉ LUIZ PINTO E OUTRO (S)

RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL INSS
PROCURADOR : MILTON DRUMOND CARVALHO E OUTRO (S)
DECISÃO

Cuida-se de recurso especial interposto por LUIZ MARTINS, com fundamento no art.105, inc. III, alínea c, da Constituição Federal, contra v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal Regional

Federal da 4ª Região, cuja ementa restou assim definida: "PREVIDENCIÁRIO. REAPOSENTAÇÃO APÓS O JUBILAMENTO EM RAZÃO DO DESEMPENHO DE ATIVIDADE VINCULADA AO RGPS. INVIABILIDADE CASO NÃO HAJA RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. CONSTITUCIONALIDADE. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE.

1. Conquanto seja possível, consoante o entendimento jurisprudencial corrente, a renúncia à aposentadoria deferida pelo INSS, não (por se tratar de direito patrimonial, logo disponível) é dado ao segurado, em princípio, agregar tempo posterior ao jubramento para obter novo benefício no mesmo regime em bases mais favoráveis.

2. De acordo a sistemática vigente, o segurado aposentado que continuar a exercer atividade vinculada ao Regime Geral de Previdência Social deve recolher as contribuições previdenciárias correspondentes, fazendo jus apenas ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado, nos termos do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

3. Somente se mostra viável a concessão de nova aposentadoria com agregação de tempo posterior ao jubramento caso ocorra a devolução valores recebidos do INSS, uma vez que todos os efeitos, inclusive os pecuniários, estariam sendo desconstituídos." No recurso especial (Fl. 108 do processo eletrônico) al, o recorrente alega divergência jurisprudencial entre o v. acórdão prolatado pelo e. Tribunal Regional e a jurisprudência deste c. Superior Tribunal de Justiça. Sustenta que: "No acórdão recorrido, considerou a Egrégia Quinta Turma que o tempo de serviço urbano realizado após a concessão de aposentadoria somente por ser aproveitado mediante a indenização dos cofres previdenciários. Na decisão demonstrada, configuradora do dissídio, a Turma do STJ, ao contrário, julgou pela possibilidade de renúncia ao benefício de aposentadoria com a conseqüente concessão de novo benefício, independentemente da restituição de quaisquer valores." Sem as contrarrazões, admitido o recurso, subir (Fl. 115 dos autos eletrônicos) am os autos a esta e. Corte.

Decido.

Com efeito, as turmas que compõem a e. Terceira Seção do c. Superior Tribunal de Justiça já pacificaram o entendimento de que a renúncia à aposentadoria, para fins de aproveitamento do tempo de contribuição e concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não importa em devolução dos valores percebidos. Sobre este entendimento, acrescentem-se as ilustres palavras do em. Ministro Nilson Naves no julgamento do Resp 692.628/DF, segundo as quais: "enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos".

Nesse sentido, colaciono os vv. acórdãos:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ART. 557 DO CPC. MATÉRIA NOVA. DISCUSSÃO. NÃO-CABIMENTO.

PRECLUSÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO-OBIGATORIEDADE.

4.(...) A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg REsp 1.107.638/PR, 5ª Turma, Rel. Minª. Laurita Vaz, DJe de 25/05/2009, negrito nosso) "PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA NO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA EM REGIME DIVERSO. NÃO-OBIGATORIEDADE DE DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS. EFEITOS EX TUNC DA RENÚNCIA À APOSENTADORIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. A renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, por ser ela um direito patrimonial disponível. Sendo assim, se o segurado pode renunciar à aposentadoria, no caso de ser indevida a acumulação, inexistente fundamento jurídico para o indeferimento da renúncia quando ela constituir uma própria liberalidade do aposentado. Nesta hipótese, revela-se cabível a contagem do respectivo tempo de serviço para a obtenção de nova aposentadoria, ainda que por outro regime de previdência. Caso contrário, o tempo trabalhado não seria computado em nenhum dos regimes, o que constituiria uma flagrante injustiça aos direitos do trabalhador.

2. O ato de renunciar ao benefício, conforme também já decidido por esta Corte, tem efeitos ex tunc e não implica a obrigação de devolução das parcelas recebidas, pois, enquanto esteve aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Inexistindo a aludida inativação onerosa aos cofres públicos e estando a decisão monocrática devidamente fundamentada na jurisprudência desta Corte, o improvido do recurso é de rigor.

3. Agravo regimental improvido."(AgRg REsp 328.101/SC, 6ª Turma, Rel. Minª. Maria Thereza Assis Moura, DJe de 20/10/2008, negrito nosso) À vista disso, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso especial para conceder ao recorrente o direito de renunciar ao benefício de aposentadoria, sem a necessidade de devolver aos cofres públicos os valores recebidos quando em gozo do benefício. P. I. Brasília, 23 de março de 2010. MINISTRO FELIX FISCH (DF) ER Relator (Grifo nosso)

4.2 Obtenção da Desaposentação em Regimes Diversos

A nossa Constituição prevê a mudança do segurado entre os regimes previdenciários e com a possibilidade de sua contagem recíproca, é o que prescreve:

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

§ 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei. (BRASIL, 1988)

A Lei nº 9.796/99 prevê que o regime geral de previdência social e os regimes próprios dos servidores públicos se compensarão mutuamente para os segurados e servidores que transitarem entre eles, na proporção dos respectivos tempos de contribuição, até o limite dos benefícios do regime geral. Ou seja, na hipótese em comento, a compensação é total.

Art. 1º A compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência social dos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na hipótese de contagem recíproca de tempos de contribuição, obedecerá às disposições desta Lei. (BRASIL, 1999)

A Lei nº 8.213/91, também prevê em seu artigo 94:

Art. 94. Para efeito dos benefícios previstos no Regime Geral de Previdência Social ou no serviço público é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na atividade privada, rural e urbana, e do tempo de contribuição ou de serviço na administração pública, hipótese em que os diferentes sistemas de previdência social se compensarão financeiramente. (BRASIL, 1991)

Com a compensação permite-se o computo de maneira recíproca do tempo de serviço/contribuição, de maneira que o regime previdenciário responsável pelo pagamento do benefício poderá exigir do outro a compensação financeira correspondente ao período em que o servidor esteve vinculado àquele regime.

Um das situações mais comuns, é a do segurado aposentado pelo RGPS por tempo de contribuição, que em seguida, após passar em concurso público e tomando posse do seu cargo, se ver obrigado a filiar ao RPPS.

Para ocorrer a desaposentação necessário se faria então migrar o tempo de serviço/contribuição para contagem recíproca e aproveitamento no outro sistema previdenciário.

Discute-se então se haveria possibilidade de aproveitamento do tempo de contribuição relativo ao período no Regime Geral de Previdência Social para fins de contagem recíproca no Regime Próprio dos Servidores Públicos

Entende boa parte da doutrina que o regime de origem já concedeu o benefício e pagou os seus proventos, não podendo mais compensar o Regime Próprio porque já concedeu a cobertura previdenciária requerida à época pelo autor, onerando assim duplamente o sistema, pois deverá pagar os proventos e ainda compensar financeiramente o outro regime.

Pois bem, antes das modificações legislativa atuais, os regimes previdenciários concediam o Certidão de Tempo de Contribuição (CTC) para contagem do tempo serviço em outro regime (instituidor), e sem o devido acerto de conta, causando evidente desequilíbrio financeiro.

Em uma análise restrita, para haver contagem recíproca, só poderia ser possível o repasse dos recursos ao regime instituidor, se tais recursos não fossem consumidos. Apesar disso, defendemos que, em virtude dos inúmeros casos possíveis de desaposentação, mas justa seria a instituição de um regramento para tratar as diferentes hipóteses em que estiver presente o segurado.

Em verdade, os regimes previdenciários nunca observaram com rigor necessário à questão atuarial e o seu regime financeiro, como sabido, é o de repartição simples, onde os benefícios não tem exata relação com a cotização individual do segurado, o custeio como visto é realizado no sistema do pacto intergeracional, em que os segurados ativos sustentam os que já estão jubilados.

Não fossem apenas as barreiras atuariais, estas quase que intransponíveis, temos que considerar também as multiplicidades e particularidades de cada regime, em conjunto com as mais variadas formas de contribuições, o que dificulta ainda mais estes cálculos.

Nesse sentido explica Martinez (2011, p.148):

O certo é que o cálculo do quantum a ser restituído é matéria de atuária financeira e, além de exigir da lei ou seu mecanismo específico, nesse particular somente depois de Nota Técnica do matemático é que a desaposentação deveria ser encaminhada.

E continua:

O próprio matemático terá de se cingir não ao que for necessário para que o regime instituidor possa pagar a prestação mensal que virá, mas também não causar desequilíbrio no regime de origem com a renúncia do segurado; ele tem de pensar nos dois planos de benefícios.

Para resolver essa questão, e na ausência de norma legal específica, surge na doutrina e jurisprudência, varias escolas a respeito desta restituição: a) não devolução; b) devolução parcial; c) devolução total; d) desconto tabelado; e) valor sentenciado; f) restituição do necessário.

A primeira, então, seria a da não devolução. Essa é a doutrina majoritária, que, porém estar perdendo força por meio da jurisprudência. Justificam a não devolução por considerar regular a concessão primeira, assim como considera de natureza alimentar os valores recebidos até então.

É o que pensa Carlos Alberto Pereira da Rocha e João Batista Lazzari, (apud Leonardi, E.F.F, 2009, p.83) utilizando a reversão como justificador:

É defensável a tese de que não há necessidade da devolução dessas parcelas [recebidas em virtude da aposentadoria], pois, não havendo irregularidades na concessão do benefício recebido, não há o que ser restituído. Como paradigma podemos considerar a reversão, prevista na Lei n. 8.112/90, que não prevê a devolução dos proventos percebidos.

Continuando, há os que defendem a necessidade de devolução parcial. Nesse esteio temos Roseval Rodrigues da Cunha Filho (apud Martinez, 2009, p.149-150):

(..) o disciplamento da devolução á seguridade deve ter como parâmetro montante da prestação já recebido e o importe a ser compensando ao regime previdenciário que receberá o segurado, compensação que dependerá da expectativa remanescente da projeção de reajustamento do benefício.

Quanto à devolução integral, talvez seja a mais imprópria, pois além de tornar inviável a desaposentação, não leva em conta o sistema financeiro adotado em nossos regimes, e muito menos os fatores objetivos/subjetivos de quem pretende a devolução.

Em relação ao desconto tabelado, poderia ser dar no valor de 30% do valor mensal das mensalidades ou mesmo em outro percentual arbitrado. É muito utilizado por magistrados da Justiça federal, e tem sua interpretação calçada na analogia do art. 154, § 3º do RPS, sendo utilizado em caso de débito originário de erro, vejamos:

Art. 154. O Instituto Nacional do Seguro Social pode descontar da renda mensal do benefício:

- I - contribuições devidas pelo segurado à previdência social;
- II - pagamentos de benefícios além do devido, observado o disposto nos §§ 2º ao 5º;
- III - imposto de renda na fonte;
- IV - alimentos decorrentes de sentença judicial; e
- V - mensalidades de associações e demais entidades de aposentados legalmente reconhecidas, desde que autorizadas por seus filiados, observado o disposto no § 1º.
- VI - pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, públicas ou privadas, quando expressamente autorizado pelo beneficiário, até o limite de trinta por cento do valor do benefício.

§ 3º Caso o débito seja originário de erro da previdência social, o segurado, usufruindo de benefício regularmente concedido, poderá devolver o valor de forma parcelada, atualizado nos moldes do art. 175, devendo cada parcela corresponder, no máximo, a trinta por cento do valor do benefício em manutenção, e ser descontado em número de meses necessários à liquidação do débito. (BRASIL, 1999)

Já no valor sentenciado, muito comum em sentenças e acórdãos, os magistrados reconhecem o dever de restituição, porém sem especificar o seu critério de quantificação.

Como adverte Martinez (2011, p.150):

Se isso acontece, o órgão gestor fica sem saber o que fazer, devendo ingressar com embargos declaratórios para os necessários esclarecimentos; porém, se o magistrado sentenciou fixando algum critério, ele deverá ser observado.

Aqueles que defendem a restituição do necessário apoiam a sua teoria no equilíbrio atuarial e financeiro, através de parâmetros que deveriam estar presentes em lei, objetivamente. Como também avaliando as suas características subjetivas (idade, expectativa de vida e etc), pois cada caso deveria ser um caso a ser analisado.

Acreditamos que no paradigma atual é praticamente impossível, tecnicamente e matematicamente, quantificar o que cada segurado deverá repassar na mudança de regimes. A multiplicidade dos regimes contributivos e as situações subjetivas de cada caso tornam inoperável a compensação, o que poderia apenas ser sanado através da criação de uma lei que convergisse com o equilíbrio atuarial-financeiro dos regimes envolvidos.

Sem qualquer reserva, podemos afirmar que a restituição é o principal obstáculo para a efetividade da desaposentação em no sistema previdenciário brasileiro, sendo premente o estudo atuarial e legislativo do tema, pois, se por um lado a restituição total torna inviável o instituto, por outro lado a sua não devolução prejudicaria o regime receptor e assim desfalcando o equilíbrio atuarial e financeiro.

5 CONCLUSÃO

Podemos apreender do exposto, que o instituto da desaposentação, criação doutrinária e jurisprudencial, é fruto imediato das barreiras econômicas e legislativas que hoje abalam a previdência social brasileira. E que, o paradigma atual das aposentadorias brasileiras, impedem, na maior parte das vezes, que o aposentado tenha vida digna e compatível com a realidade que outrora vivia a sua jubilação.

Outrossim, e com poucas exceções, não deseja mesmo “renunciar” pura e simplesmente sua aposentadoria, mas apenas requerer o simples recálculo da prestações vertidas e não computadas, que, na falta de disposição legal, evidentemente injustificada, tem negado, por partes dos órgãos previdenciários, aquilo que é seu por direito.

Na contenda da desaposentação, no mesmo regime, percebemos ser possível a sua ocorrência em qualquer um deles, e as dificuldades consistiriam apenas em suas peculiaridades, como por exemplo no caso da disponibilidade do cargo deixado por um servidor público. Também anotamos, que por sua natureza de mero recálculo, seriam incabíveis quaisquer devoluções de valores.

Após uma breve análise do instituto entre os regimes, compreendemos ser necessário, para efetivação da desaposentação, a sua compensação financeira. Entretanto, apenas se veria possível, posteriormente, ao surgimento de uma lei adequada (técnica), coadunando-se as particularidades existentes nos regimes, e, adequando-as as situações existente.

Em verdade, premente se faz para não gerar quaisquer dúvidas, da possibilidade ou não de desaposentar, bem como em qual regime e de que forma, a instituição legislativa do recálculo no sistema previdenciário da seguridade social brasileira.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Daniel Aroldo Barbosa de. **Os Reflexos Abusivos do Instituto da Desaposentação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. 2009. 31 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Jorge Amado, Salvador/BA, 2009. Disponível em: <[HTTP://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/8C4CD687F004A0CE832576F00077B00C/\\$File/NT00043CEE.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/8C4CD687F004A0CE832576F00077B00C/$File/NT00043CEE.pdf)>. Acesso em 24 nov. 2011.

BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. Acórdão nº. 1.184.410. Recurso Especial. Luiz Martins e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Felix Fischer. **JusBrasil**. Abr. 2010. Disponível em: <[HTTP://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9175844/peticao-de-recurso-especial-resp-1184410-stj](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9175844/peticao-de-recurso-especial-resp-1184410-stj)>. Acesso em 25 nov. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **DJi**. Dez. 1969. Disponível em: <[HTTP://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0473.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0473.htm)>. Acesso em 25 nov. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Acórdão nº. 1795005820085040018. Recurso Ordinário. Relator: Desembargador Clóvis Fernando Schuch Santos. **JusBrasil**. Out. 2011. Disponível em: <[HTTP://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20555779/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1795005820085040018-rs-0179500-5820085040018-trt-4](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20555779/recurso-ordinario-trabalhista-ro-1795005820085040018-rs-0179500-5820085040018-trt-4)>. Acesso em 25 nov. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Acórdão nº. 3819 AM. Apelação Cível. Nicimar Barbosa Cawamura e Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Desembargador Federal Carlos Olavo. **JusBrasil**. Maio. 2005. Disponível em: <[HTTP://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3699370/apelacao-civel-ac-3819-am-20023200003819-7-trf1](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3699370/apelacao-civel-ac-3819-am-20023200003819-7-trf1)>. Acesso em 25 nov. 2011.

CARDOSO, Rodrigo Felix Sarruf. A **Desaposentação do Servidor Público: Aspectos Controvertidos**. Âmbito Jurídico, 2007. Disponível em: <[HTTP://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3401](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3401)>. Acesso em 24 nov. 2011.

CAZON, Jefferson Figueira. **Desaposentação**. 2010. 48 f. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Previdenciário) – Instituto Faculdade Arthur Thomas, Londrina/PR, 2010. Disponível em: <HTTP://http://www.seboldcazon.com.br/artigos/files/69_monografiasite.pdf>. Acesso em 24 nov. 2011.

CRUZ, Henrique Jorge Dantas da. **A Ilegitimidade Constitucional da Desaposentação**. Jus Navigandi, 2011. Disponível em: <HTTP://jus.com.br/revista/texto/20029/a-ilegitimidade-constitucional-da-desaposentacao>. Acesso em 24 nov. 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. **Desaposentação: Fundamentos jurídicos, posição dos tribunais e análise das propostas legislativas**. Jus Navigandi, 2007. Disponível em: <HTTP://www.jus.com.br/revista/texto/10741/desaposentacao>. Acesso em 24 nov. 2011.

LEONARDI, E.F.F. et al. O Instituto da Desaposentação. **Revista F@pciência**, Apucarana/PR, v.5, n. 9, p. 82 – 99, 2009. Disponível em: <HTTP://www.fap.com.br/fapciencia/005/edicao_2009/009.pdf>. Acesso em 25 nov. 2011.

LEONARDO, Jorge Camilo. **Desaposentação no Direito Previdenciário**. 2011. 38 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro/RJ, 2011. Disponível em: <HTTP://www.uva.br/sites/all/themes/uva/files/pdf/desaposentacao-no-direito-previdenciario.pdf>. Acesso em 24 nov. 2011.

MARTÍNEZ, Fábio Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

PEREIRA, Eduardo Fiorito. **A coisa julgada administrativa para a Administração Pública**. Jus Navigandi, 2007. Disponível em: <[HTTP://jus.com.br/revista/texto/10959/a-coisa-julgada-administrativa-para-a-administracao-publica](http://jus.com.br/revista/texto/10959/a-coisa-julgada-administrativa-para-a-administracao-publica)>. Acesso em 24 nov. 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RISTAU, Kétlin Sartor. **A Tese da Desaposentação e o Atual Entendimento dos Tribunais Pátrios**. Jus Navigandi, 2009. Disponível em: <[HTTP://www.jus.com.br/revista/texto/13350/a-tese-da-desaposentacao-e-o-atual-entendimento-dos-tribunais-patrios](http://www.jus.com.br/revista/texto/13350/a-tese-da-desaposentacao-e-o-atual-entendimento-dos-tribunais-patrios)>. Acesso em 24 nov. 2011.

SALES, Marciel Antonio de. **O Instituto da Desaposentação**. Jus Navigandi, 2011. Disponível em: <[HTTP://jus.com.br/revista/texto/19906/o-instituto-da-desaposentacao/](http://jus.com.br/revista/texto/19906/o-instituto-da-desaposentacao/)>. Acesso em 24 nov. 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006