

DESAPOSENTAÇÃO: UMA OPÇÃO PARA UMA APOSENTADORIA MAIS VANTAJOSA

Adriana Maria Schorr Diemer¹, Eugélio Luis Müller²

Resumo: A Constituição Federal, assim como a legislação ordinária, não disciplina nem veda o instituto da desaposentação, portanto é admitida a possibilidade do segurado da Previdência Social desfazer sua aposentadoria e aproveitar o tempo de filiação em contagem para um novo benefício. Por meio de uma pesquisa teórico-prática, apoiando-se em uma metodologia dedutiva, este trabalho apresenta um estudo da desaposentação no âmbito do direito previdenciário abordando temas como a necessidade de devolução ou não dos valores até então usufruídos, as teses levantadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, finalizando com a posição jurisprudencial sobre o tema.

Palavras-chave: Desaposentação. Renúncia. Natureza alimentar.

1 INTRODUÇÃO

A aposentadoria constitui-se em um benefício de prestação continuada destinado a substituir os rendimentos que o trabalhador obtinha, quando em atividade, assegurando-lhe o mínimo indispensável para a sua subsistência.

É inquestionável que se trata de um direito patrimonial e, portanto, disponível, a não ser que haja lei que disponha em sentido contrário.

A aposentadoria é sempre um assunto muito polêmico e um recurso almejado por todos os segurados, tanto aos que buscam a concessão desta e outros que buscam incessantemente a melhora das condições da que já implementaram.

Neste contexto, de alguns anos para cá a desaposentação, objeto de estudo deste trabalho, vem sendo a esperança de todos os segurados que continuaram a contribuir para o Regime Geral da Previdência Social, dando-lhes a possibilidade de renunciar a sua aposentadoria, aproveitando o tempo de contribuição posterior a esta, numa tentativa de recompor o valor real de seus benefícios para a concessão de um benefício, da mesma espécie, mais vantajoso.

Para um melhor entendimento, pode-se dizer que a desaposentação consiste no ato de renúncia da aposentadoria, no desfazimento da aposentadoria pela vontade do segurado que, enquanto na condição de aposentado, continuou trabalhando e contribuindo para o sistema, gerando contribuições (art. 11, § 3º da Lei 8.213/91) que poderiam, assim, ser usadas na concessão de novo benefício.

1 Advogada especialista em Direito Previdenciário e Processo pela Univates. Associada do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário.

2 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - UNISINOS (2004). Professor do curso de Pós-Graduação em Direito Previdenciário e Processo da Univates. Professor em diversas instituições de ensino superior (IES). Membro do Conselho Fiscal do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário.

Constitucionalmente o instituto da desaposentação não está vedado nem é proibido. Do mesmo modo, a legislação ordinária também não disciplina nem proíbe o instituto. Portanto é admitida a possibilidade do segurado desfazer sua aposentadoria e aproveitar o tempo de filiação em contagem para novo benefício.

Se não é proibido, então é possível o segurado dispor daquilo que lhe pertence, daquilo que é seu patrimônio, sem necessitar da aceitação ou da autorização do órgão previdenciário para fazê-lo.

É um instituto que atualmente tumultua os tribunais, na medida em que a Administração Pública apresenta obstáculos à obtenção do novo benefício, mediante a renúncia da prestação anterior, cumprindo ao Judiciário exercer seu papel constitucional, oferecendo a melhor interpretação ao instituto de modo a concretizar os direitos fundamentais.

Aplicando uma metodologia dedutiva, por meio de uma pesquisa teórico-prática, este trabalho primeiramente procura compreender conceitualmente a aposentadoria e a desaposentação. Discorre, sem seguida, sobre o direito do aposentado em renunciar seu benefício em favor de um novo benefício e as teses da autarquia previdenciária a este respeito. Na sequência, discute a necessidade da devolução ou não dos valores recebidos, sobre a tese do melhor benefício e, ao final, apresentando a posição jurisprudencial sobre o tema.

1.1 Da aposentadoria ou do ato administrativo de aposentação

A aposentadoria é uma garantia prevista constitucionalmente, constituindo-se em um benefício de prestação continuada destinado a substituir, de maneira permanente, os rendimentos que o trabalhador obtinha quando em atividade, com o propósito de assegurar-lhe a sua subsistência.

É um direito social dos segurados, possuindo caráter patrimonial e, portanto, disponível, exceto nos casos em que a lei disponha em sentido contrário.

Para Ibrahim:

Apesar de frequentemente utilizados como expressões sinônimas aposentação e aposentadoria apresentam significados distintos. Aquela é o ato capaz de produzir a mudança do *status* previdenciário do segurado, de ativo para inativo, enquanto esta é a nova condição jurídica assumida pela pessoa. A aposentadoria surge com a aposentação, prosseguindo seu curso até a sua extinção (IBRAHIM, 2011, p. 35).

O direito a aposentadoria está albergado pela nossa Constituição Federal nos artigos 201 e 202, também sendo regulamentado pelas Leis n. 8.213 e 8.212, ambas de 1991.

O encaminhamento do benefício se dá mediante iniciativa do segurado, que através de agendamento de requerimento, faz o pedido do seu benefício ao Instituto Nacional de Seguridade Social, que receberá a documentação, objeto de análise em conjunto aos requisitos necessários pelas premissas legais e diretrizes elementares, para o deferimento do benefício. Estando a documentação de acordo e preenchidos todos os requisitos, será emitida a carta de concessão do benefício previdenciário.

Desta forma, a aposentadoria é materializada através de ato administrativo praticado pelo INSS. Todavia, o provimento da aposentadoria, é também um ato jurídico que deve estar de acordo com as normas legais (IBRAHIM, 2011). De acordo com o autor Ibrahim (2011, p. 34) “após seu perfeito trâmite, atinge o status de pleno e acabado, alçando a categoria de ato perfeito, apto a produzir efeitos, *in casu*, o início do pagamento da renda mensal do benefício”.

Sendo consumado, eficaz e exequível, um ato perfeito é inatingível por atos do estado (LADENTHIN; MASOTTI, 2012). Deste modo, entendem as autoras Ladenthin e Masotti (2012, p. 155) que “somente o segurado poderá desfazê-lo renunciando ao ato de concessão”.

Atualmente afastar-se do mundo produtivo configura-se como uma passagem, uma mudança que exige uma nova organização de vida, motivo pelo qual muitos aposentados permanecem laborando, vertendo assim contribuições para a previdência.

Para o Serau Junior:

Não é possível obstar que o aposentado volte a trabalhar a fim de prover ou melhorar o seu sustento e sua qualidade de vida (ainda que por meio de medidas econômicas indiretas, tais como a exigência de contribuição previdenciária destituída de qualquer contrapartida social) (SERAU JUNIOR, 2013, p. 30).

Buscar o aproveitamento desse período de contribuição após a jubilação para a obtenção de uma nova aposentadoria mais vantajosa é justamente o intuito da desaposentação que passará a ser o foco e objeto nos capítulos subsequentes.

1.2 Desaposentação: conceito e objetivos

A aposentação, como já verificado, é a consequência de um procedimento iniciado pelo requerimento da aposentadoria, ao passo que a desaposentação, então, é procedimento administrativo de desconstituição do ato da concessão daquele benefício.

Para Ibrahim:

[...] a desaposentação seria a reversão do ato que transmudou o segurado em inativo, encerrando, por consequência a aposentadoria. Aqui tal conceito é utilizado em sentido estrito, como normalmente é tratado pela doutrina e jurisprudência, significando tão somente o retrocesso do ato concessivo de benefício almejando prestação maior (IBRAHIM, 2011, p. 35).

Na visão de Castro e Lazzari (2009), a desaposentação exprime-se na possibilidade do segurado, que continuou a laborar após a sua aposentação, em renunciar a aposentadoria com o propósito de obter um benefício mais vantajoso perante o Regime Geral de Previdência Social ou ainda pelo Regime Próprio de Previdência Social com a utilização desse tempo de contribuição.

Fernando Vieira Marcelo em sua obra ressalta que:

A desaposentação consiste no ato de renúncia da aposentadoria, definida pela doutrina como aposentadoria inversa. [...] é utilizada também para conceituar a renúncia de qualquer benefício de natureza previdenciária ou assistencial (MARCELO, 2013, p. 27).

Deste modo, pode-se dizer que existem duas possibilidades para a desaposentação: a averbação do tempo de contribuição em outro regime de previdência ou a contagem desse tempo de serviço excedente no mesmo regime previdenciário, sempre com o propósito de alcançar um benefício mais vantajoso (IBRAHIM, 2011).

Constitucionalmente nenhuma regra é contrariada quando admitida a possibilidade do segurado desfazer a sua aposentadoria, aproveitando o tempo de filiação em contagem para o novo benefício (CASTRO; LAZZARI, 2009).

Pode-se entender que não está proibido nem vedado, sendo perfeitamente possível, com base nos princípios que estruturam a ordem social, previstos nos arts. 193-195 da Constituição Federal

e nos arts. 201-202, que disciplinam a previdência social. Inclusive, o art. 201, § 9º da Constituição Federal, dispõe que, 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 (CASTRO; LAZZARI, 2009).

No que se refere à legislação ordinária, do mesmo modo, esta não disciplina e nem proíbe a desaposentação, entendendo que, se não é proibido, então é possível dispor do patrimônio que pertence a este segurado, sem necessitar, inclusive, de autorização do instituto previdenciário.

Ao segurado que permaneceu na atividade remunerada, o desfazimento daquela aposentadoria pela vontade própria, com o propósito de aproveitar esse tempo de filiação na contagem para a concessão de um novo benefício é direito desse segurado (CASTRO; LAZZARI, 2009).

Trata-se de uma prerrogativa do aposentado de unificar os seus tempos de serviço e contribuição para a obtenção de uma nova aposentadoria.

Segundo Ibrahim:

O objetivo dela é liberar o tempo de contribuição utilizado para a aquisição da aposentadoria, de modo que este fique livre e desimpedido para a averbação em outro regime ou para novo benefício no mesmo sistema previdenciário, quando o segurado tem tempo de contribuição posterior à aposentação, em virtude de continuidade laborativa (IBRAHIM, 2011, p. 35).

A desaposentação pode-se dar em qualquer regime de previdência. O que a caracteriza é a melhoria do *status* econômico, objetivando a liberação do tempo de contribuição para a aquisição da nova aposentadoria.

Como no Regime Geral de Previdência Social não há vedação legal para que o segurado possa continuar a laborar após a concessão da sua aposentadoria, respeitadas as exceções, que são: a aposentadoria por invalidez e a aposentadoria especial (MARCELO, 2013).

Assim, se existe a obrigatoriedade da contribuição do segurado, mesmo já aposentado ao exercer atividade remunerada, conforme previsão contida no art. 12, § 4º da Lei 8.212/91, a desaposentação passa a ser um mecanismo aliado desse segurado para a concessão de uma nova aposentadoria agora mais benéfica.

É possível e de direito do segurado, diante da falta de regulamentação, segundo o autor Serau Junior:

[...] que atualmente a estratégia da desaposentação como forma de extinção do ato administrativo é o conjunto de argumentos mais firme para sua defesa, em virtude da inexistência de previsão legal. Porém, quando o instituto encontrar previsão legal, e somos daqueles que aguardam esse momento, a desaposentação ganhará tratamento bastante diverso: será uma mera técnica de revisão/atualização de RMI. Essas serão a essência e a natureza do instituto, com mais propriedade (SERAU JUNIOR, 2013, p. 89).

Assim sendo, por não haver por ora previsão expressa, já que a matéria ainda não mereceu um tratamento legislativo acerca dos requisitos, fica à competência dos doutrinadores e à jurisprudência essa tarefa.

1.2.1 Do direito a renúncia da aposentadoria e contraponto as teses contrárias alegadas pela autarquia previdenciária

Como já referido, a renúncia é uma das modalidades de desfazimento do ato administrativo, desde que seja da vontade do titular do direito (LADENTHIN; MASOTTI, 2012), pois a aposentadoria é um direito personalíssimo, o qual não se admite transferência a outrem. Sendo assim, somente o beneficiário de uma aposentadoria pode a renunciar, visando a solicitar uma nova aposentadoria com valores maiores.

Nas palavras do autor Fernando Vieira Marcelo (2013, p. 29) “a desaposentação é ato de renúncia à aposentadoria, instituto do direito civil o ato de aposentação é direito patrimonial disponível”.

No entanto, a Autarquia previdenciária tem entendido que a aposentadoria é irrenunciável, dado ao seu caráter alimentar, extinguindo-se com a morte do beneficiário. Atribuiu-lhe caráter de irreversibilidade, considerando ser um ato jurídico perfeito e acabado, podendo ser desfeito, pelo Poder Público, em caso de fraude ou erro na concessão (CASTRO; LAZZARI, 2009).

Como contraponto, há uma questão a ser analisada: a autarquia somente poderia recusar o exercício pelo segurado da faculdade de se desaposentar se houvesse lei específica que a proibisse (desde, é claro, que essa lei fosse constitucional). Mas essa lei não existe e o administrador está submetido à legalidade, motivo pelo qual o órgão previdenciário não pode criar óbice ao exercício de uma faculdade do segurado.

Neste caso, não se está diante de situação em que o órgão previdenciário possa invocar a proteção do artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal para impedir modificação de ato juridicamente perfeito. A proteção constitucional se restringe a impedir a lei nova de alterar ato já consumado, mas isso não impede ao titular do direito disponível de abrir mão, renunciando ao ato jurídico, desfazendo seus efeitos até então produzidos e, assim, abrindo caminho para benefício mais favorável.

A pretendida irreversibilidade e irrenunciabilidade, por parte da autarquia previdenciária, das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição, não decorrem da legislação ordinária, mas tem sua origem em decreto executivo (artigo 181-B do Decreto 3.048/99, na redação do Decreto 3.265/99). Entretanto, um decreto não pode restringir direito nem impedir o exercício de faculdade do titular do direito, sem a necessária previsão legal (MARCELO, 2013).

Só a lei ordinária (artigo 5º, inciso II da Constituição Federal) poderia estabelecer restrições como irreversibilidade ou irrenunciabilidade de benefício concedido. Se a lei previdenciária, como é o caso, não estabelece tais restrições, o benefício não pode ser tido por irrenunciável nem irreversível. Estabelecendo condição não permitida pela lei, o decreto extrapolou os limites da lei que deveria regulamentar e, portanto, não se aplica.

Além destes, outro fator impeditivo e que a autarquia previdenciária defende, está disposto no art. 18, § 2º da Lei 8.213/91, no qual, segundo o entendimento, a desaposentação estaria expressamente vedada. Este artigo autoriza somente os benefícios de salário-família e reabilitação profissional aos aposentados que voltam a contribuir para o Regime Geral da Previdência Social.

Como contraponto, entende-se que essa norma não impede a desaposentação, pois ela apenas dispõe que 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 (ALENCAR, 2011).

Ora, a norma se aplica apenas ao “aposentado” que permanecer em atividade (mantendo a condição de aposentado), mas não alcança quem pretende se desaposentar e somente, então, utilizar seu tempo de filiação para concessão de outro benefício. Se ele deixa de ser aposentado

(pela renúncia), não é mais aposentado, mas ex-aposentado, a quem a norma não se aplica. Com a renúncia, o “aposentado” se transforma em desaposentado, não mais detendo a condição prevista na norma (aposentado).

Além disso, ainda afastando a aplicação do art. 18, § 2º da Lei 8.213/91 ao caso concreto, temos que considerar que o segurado (ex-aposentado) não busca computar o novo tempo de serviço para mais um benefício previdenciário (que seria somado àquele que recebia), mas pretende receber um benefício único, uma nova aposentadoria mais vantajosa. Com a renúncia, será como se o benefício renunciado não tivesse sido concedido e não estivessem configurados os requisitos previstos como suporte fático à incidência da norma do art. 18, § 2º da Lei 8.213/91 (ALENCAR, 2011).

A parte inicial desta norma define os destinatários da regra contida na parte final, sendo específica e restritiva ao delimitar esse campo de incidência da norma: o aposentado pelo RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime ou a ele retornar.

Ainda que tudo pudesse parecer ocorrer num instante único de tempo, não é assim que se dá no plano lógico: primeiro o aposentado renuncia à aposentadoria (deixa de ser aposentado) e somente então, não mais como aposentado, volta a se aposentar. O ato de renúncia é prévio à concessão de nova aposentadoria, e afasta, assim, a situação fática prevista na norma legal (art. 18, § 2º da Lei 8.213/1991), que não incidirá no caso concreto e, portanto, não precisa ser afastada para reconhecer-se o direito à desaposentação.

Não há a necessidade de se declarar a inconstitucionalidade da regra do artigo 18, § 2º da Lei 8.213/91, mas apenas reconhecer que a norma não se aplica no caso concreto, porque ela não impede a percepção do novo (único) benefício por segurado que não é mais aposentado (mas ex-aposentado).

Reforçando o que foi citado anteriormente, nenhuma regra legal precisa ser afastada para admitirmos a possibilidade de o segurado desfazer sua aposentadoria e aproveitar o tempo de filiação em contagem para novo benefício, já que o instituto não está proibido nem é vedado pela legislação previdenciária (CASTRO; LAZZARI, 2009).

Em se tratando de um direito fundamental social, buscar a melhoria das suas condições financeiras, solidário a continuidade das contribuições sociais, deve permitir ao segurado uma aposentadoria mais digna, ao crescer todo o tempo por ele trabalhado (LADENTHIN; MASOTTI, 2012).

1.2.2 O equilíbrio financeiro e atuarial na desaposentação

A Constituição Federal em seu bojo possui um conjunto de princípios que são indissociáveis do ordenamento jurídico e, de modo especial, do Direito Previdenciário, visto como uma garantia para a manutenção das condições normais de vida frente aos riscos sociais (ROCHA; BALTAZAR JUNIOR, 2012). O segurado que busca se desaposentar necessariamente submete-se ao regime jurídico atual.

De todos os princípios norteadores do direito previdenciário o aspecto econômico é considerado o maior problema a ser solucionado quando se fala em desaposentação. No que se refere à questão da devolução dos valores havidos pelos segurados as decisões ainda são divergentes, não havendo um entendimento pacificado.

Para Fábio Zambitte Ibrahim, acerca da viabilidade atuarial:

[...] a desaposentação é plenamente justificável, pois se o segurado já goza de benefício, jubilado dentro das regras vigentes, atuarialmente definidas, presume-se que neste momento o sistema previdenciário somente fará desembolsos frente a este benefício, sem

o recebimento de qualquer cotização, esta já feita durante o período passado (IBRAHIM, 2011, p. 58).

Para o caso de beneficiários que continuam laborando e por sua vez contribuindo, segundo o autor, esta nova cotização gera excedente atuarialmente imprevisto, o qual pode ser utilizado na obtenção do novo benefício previdenciário (IBRAHIM, 2011).

Ainda nesse sentido:

Entendemos que não há de se falar em desequilíbrio financeiro e atuarial com a desaposentação visando um melhor benefício. Muito pelo contrário! Os segurados realizam suas contribuições e obtiveram a concessão da tão sonhada aposentadoria. Com a continuidade da atividade laboral e, conseqüentemente, com o pagamento compulsório das contribuições, eles verteram ao sistema valores que não estavam previstas (LADENTHIN; MASOTTI, 2012, p. 97).

O pedido da desaposentação não é um contrassenso, uma vez que se funda em direito personalíssimo do segurado, sendo inconcebível impor-lhe a possibilidade de renúncia apenas se houver a devolução dos valores recebidos enquanto aposentado.

Diga-se aqui que se houveram contribuições e em contrapartida não houve concessão de benefício, a função social para o qual foi criada a seguridade social também estará sendo infringida, sobressaindo-se apenas a questão fiscal, contrário aos fins precípuos da Ordem Social (LADENTHIN; MASOTTI, 2012).

O correto seria haver uma legislação que permitisse aos segurados melhorar sua aposentadoria com as contribuições vertidas posteriormente a jubilação, no entanto, como não há, o único mecanismo capaz de corrigir a distorção existente é a desaposentação.

Tendo em vista o excedente contributivo, nos casos em que o segurado continuou laborando após a sua aposentação, quando este renuncia a sua aposentadoria, a devolução dos valores até então recebidos não deve ocorrer (LADENTHIN; MASOTTI, 2012).

Todo o ônus gerado ao sistema pós-aposentadoria ao segurado deve garantir o recálculo do seu benefício, no intuito de obter uma aposentadoria compatível com as contribuições até então vertidas (LADENTHIN; MASOTTI, 2012).

1.2.3 Da não devolução dos valores recebidos

Em relação à restituição ao INSS dos benefícios recebidos antes da desaposentação, Castro e Lazzari (2009, p. 573) entendem que “É defensável o entendimento de que não há a necessidade da devolução dessas parcelas, pois não havendo irregularidade na concessão do benefício recebido, não há o que ser restituído”.

Se o segurado foi regularmente aposentado, não deve ser compelido a devolver os benefícios que utilizou para o sustento de si próprio e de sua família.

Essa corrente ajusta-se mais ao sentido social do Direito Previdenciário, mas distanciando-nos um pouco dessa discussão, o que realmente precisa ser destacado é que o direito à desaposentação, com o objetivo de requerer outro benefício mais vantajoso, é um direito inquestionável que não pode ser retirado do segurado.

Fábio Zambitte Ibrahim expõe:

A Desaposentação não se confunde com a anulação do ato concessivo do benefício, por isso não há de se falar em efeito retroativo do mesmo, cabendo tão somente sua eficácia *ex nunc*.

A exigência da restituição de valores recebidos dentro do mesmo regime previdenciário implica obrigação desarrazoada, pois se assemelha ao tratamento dado em caso de ilegalidade na obtenção da prestação previdenciária (IBRAHIM, 2011, p. 64).

O benefício anterior foi recebido de forma regular e lícita, tendo o beneficiário usufruído das respectivas prestações como era seu direito. Naquela oportunidade haviam sido preenchidos todos os requisitos para aquele benefício e este lhe foi concedido.

Nessa condição, recebeu regularmente as prestações enquanto teve direito ao benefício e nada lhe impunha não poder se utilizar desse benefício para finalidades alimentares, como é próprio da prestação previdenciária. Se o benefício foi recebido e gozado de forma regular, nada justifica que tenha de devolvê-lo (*ex tunc*) sem que a lei a isso obrigasse como condição para renúncia ao velho e concessão do novo mais vantajoso.

Há de se analisar que os pagamentos do benefício renunciado tiveram natureza alimentar, cobrindo eventos de idade avançada (art. 201, inciso I da Constituição Federal) ou decorrendo de tempo de contribuição (art. 201, § 7º da Constituição Federal). Ora, tendo sido pagos como prestação previdenciária, com natureza alimentar e destinados à proteção social do segurado, foram consumidos de forma lícita pelo titular do direito e não estão sujeitos à devolução ou repetição como requisito de eventual renúncia ao direito.

Assim, ao examinar a natureza jurídica do ato de renúncia deve-se concluir pela irradiação de efeitos (*ex nunc*) na desaposentação, não obrigando o titular do direito a ter que devolver aquelas prestações que regularmente recebeu e licitamente consumiu antes da renúncia (MARCELO, 2013).

O legislador silenciou quanto aos efeitos da renúncia que desfaz a aposentadoria. Contrariando a natureza das coisas que o segurado tenha de devolver o benefício previdenciário que já consumiu (tinha natureza alimentar e destinava-se à proteção social do trabalhador) e não havendo lei que estabelecesse eficácia *ex tunc* para esse ato de renúncia, parece inegável que tenhamos que atribuir eficácia exclusivamente *ex nunc* ao ato de renúncia da aposentadoria.

Havendo a renúncia, somente efeitos futuros serão produzidos, consistindo esses efeitos principalmente no desfazimento da aposentadoria e na devolução do tempo de contribuição ao segurado (torna-se ex-aposentado) para que possa dele se utilizar para requerimento e concessão de benefício previdenciário mais vantajoso (MARCELO, 2013).

Quanto ao possível prejuízo à seguridade social, isso não ocorre, uma vez que os valores anteriormente pagos a título de aposentadoria eram devidos e ingressaram regularmente no patrimônio do segurado, enquanto esteve aposentado. Não foram nem se tornaram pagamentos indevidos e muito menos podem ser tidos como enriquecimento sem causa do segurado em detrimento da previdência.

Se a legislação previdenciária impõe ao trabalhador e ao empregador o pagamento das contribuições por quem está aposentado, não pode depois pretender desconsiderá-las em situações como nos casos da desaposentação, onde há renúncia de uma aposentadoria para receber outra mais vantajosa.

1.2.4 Posição jurisprudencial atual sobre o tema

No campo do Direito Previdenciário a desaposentação, aqui se diga, a Ação da Desaposentação, é a que tem chamado mais a atenção recentemente, tanto nos meios de comunicação, quanto no Poder Judiciário, que recebe diariamente milhares de novas demandas com este fim. Como já referido, esta ação preconiza que todos os aposentados que contribuíram após a jubilação possam obter um benefício melhor.

O propósito aqui é apontar os principais posicionamentos jurisprudenciais a respeito da desaposentação, a iniciar pelo TRF da 4ª Região.

No TRF da 4ª Região é predominante a admissão da desaposentação, no entanto, inicialmente ela era condicionada à devolução dos valores obtidos na primeira aposentadoria. Porém tal entendimento foi se alterando, deixando de se exigir a restituição da primeira jubilação, como se pode observar pelos julgados:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO MONTANTE RECEBIDO NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ANTERIOR.

1. *Tratando-se a aposentadoria de um direito patrimonial, de caráter disponível, é passível de renúncia.*

2. *Pretendendo o segurado renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos. Precedente da Terceira Seção desta Corte.*

[...]

(AC-APELAÇÃO CIVEL. Proc. n.2007.71.18.001021-8/RS. Sexta Turma. Relator: Celso Kipper. Decisão: 16/12/2009). **grifo nosso**

PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL. ARTIGO 181-B DO DECRETO Nº 3.048/99. NORMA REGULAMENTADORA QUE OBSTACULIZA O DIREITO À DESAPOSENTAÇÃO. ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 8.213/91. EFEITOS EX NUNC DA RENÚNCIA. DESNECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS A TÍTULO DO BENEFÍCIO ANTERIOR. AUSÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. VIABILIDADE ATUARIAL. EFETIVIDADE SUBSTANTIVA DA TUTELA JURISDICIONAL.

[...]

5. *O reconhecimento do direito à desaposentação mediante restituição dos valores percebidos a título do benefício pretérito mostra-se de difícil ou impraticável efetivação, esvaziando assim a própria tutela judicial conferida ao cidadão.*

6. *A tutela jurisdicional deve comportar a efetividade substantiva para que os resultados aferidos judicialmente tenham correspondência na aplicação concreta da vida, em especial quando versam sobre direitos sociais fundamentais e inerentes à seguridade social.*

7. *A efetivação do direito à renúncia impõe afastar eventual alegação de enriquecimento sem causa do segurado, uma vez que a percepção do benefício decorreu da implementação dos requisitos legais, incluídos nestes as devidas contribuições previdenciárias e atendimento do período de carência. De outra parte, o retorno à atividade laborativa ensejou novas contribuições à Previdência Social e, mesmo que não remetam ao direito de outro benefício de aposentação, pelo princípio da solidariedade, este também deve valer na busca de um melhor amparo previdenciário.*

[...]

9. *A renúncia ao benefício anterior tem efeitos ex nunc, não implicando na obrigação de devolver as parcelas recebidas porque fez jus como segurado. Assim, o segurado poderá contabilizar o tempo computado na concessão do benefício pretérito com o período das contribuições vertidas até o pedido de desaposentação.*

10. *Os valores da aposentadoria a que o segurado renunciou, recebidos após o termo inicial da nova aposentadoria, deverão ser com eles compensados.*

11. Diante da possibilidade de proceder-se à nova aposentação, independentemente do ressarcimento das parcelas já auferidas pelo benefício a ser renunciado, o termo a quo do novo benefício de ser a data do prévio requerimento administrativo ou, na ausência deste, a data do ajuizamento da ação.

(AC-APELAÇÃO CIVEL. Proc. n. 5036013-81.2012.404.7100/RS. Quinta Turma. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Decisão: 20/11/2012). **Grifo nosso.**

Os julgados do TRF da 4ª Região, principalmente a partir de 2013, diante das alterações no posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e devido à reconhecida repercussão geral da matéria no Supremo Tribunal Federal (STF), vêm sobrestando os processos até o julgamento final da controvérsia³.

Na Turma Nacional de Uniformização (TNU) os julgados ainda em 2013 eram no sentido de que a desaposentação é possível, no entanto, entendiam que a renúncia é incabível sem a devolução das parcelas.

Nesse sentido seguem julgados:

*PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO NACIONAL. AÇÃO DE DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM ENTENDIMENTO DA TNU. QUESTÃO DE ORDEM N.º 13. VALOR DA CAUSA. QUESTÃO PROCESSUAL. SÚMULA N.º 43. INCIDENTE NÃO CONHECIDO. [...] 5. Não obstante a divergência de entendimento entre a Corte Cidadã e a TNU, esta já consolidou entendimento de que **para que ocorra a desaposentação mister a devolução dos valores recebido a título de benefício previdenciário que se pretende renunciar**. Questão de Ordem n.º 13 – “Não cabe Pedido de Uniformização, quando a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais se firmou no mesmo sentido do acórdão recorrido. (Aprovada na 2ª Sessão Ordinária da Turma Nacional de Uniformização, do dia 14.03.2005).” 6. Quanto à competência ser do Juizado Especial, não compete a esta Corte dirimir tal questão, eis tratar-se de questão processual. Súmula n.º 43 – “Não cabe incidente de uniformização que verse sobre matéria processual”. 7. Pedido de uniformização não conhecido.*

(PEDILEF 50363507920124047000. TNU. Relatora: Marisa Cláudia Gonçalves Cucio. Decisão: 08/03/2013). **Grifo nosso.**

O que mais surpreendia é que esse entendimento da TNU contrariava o entendimento majoritário do STJ, que vinha sendo favorável a desaposentação, inclusive sem a devolução dos valores até então recebidos, no entanto, mesmo assim esta vinha mantendo o seu posicionamento.

Fato que gerou a interposição de Incidente de Uniformização perante o STJ que admitiu o Incidente de Uniformização em relação à decisão proferida pela TNU (Pet. 9.231/2012) em 21/06/2012, suspendendo o andamento de todos os processos que tratam de desaposentação no âmbito dos Juizados Especiais Federais, diante a divergência interpretativa entre os posicionamentos adotados em relação àquele consolidado no STJ.

Este Incidente de Uniformização (Pet. 9.231/2012) foi julgado em 20/03/2014, determinando ser inegavelmente jurídica a renúncia à aposentadoria, sem a obrigação de devolução dos valores percebidos nas hipóteses do segurado pretender o aproveitamento posterior do tempo de contribuição para obtenção de um novo benefício em bases mais favoráveis, afinal trata-se de um

³ Nesse sentido, para exemplificar, a AC-APELAÇÃO CIVEL. Proc. n. 5000974-74.2013.404.7201/SC. Quinta Turma. Relator: João Pedro Gebran Neto. Decisão: 28/05/2013 e AC-APELAÇÃO CIVEL. Proc. n. 5060957-88.2014.4.04.7000/PR. Segunda Seção. Relator: JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA. Decisão: 09/03/2015.

direito patrimonial disponível, e como tal enquanto aposentado, o mesmo fez jus aos proventos decorrentes das contribuições anteriormente suportadas.

Cenário que com este julgado favorável aos segurados acabou mudando visto que a TNU não poderia continuar negando esse direito.

Entendem as autoras Ladenthin e Masotti (2012) que, com os resultados apresentados até então pelos Juizados Especiais Federais, a melhor opção era ingressar com a ação da desaposentação nas Varas Especializadas, Varas Federais ou mesmo Justiça Estadual, quando possível, pois o rigor dos recursos e as limitações dos Juizados Especiais podem, neste tipo de ação, ocasionar resultados indesejáveis.

No âmbito do STJ, pode-se dizer que o ato de renunciar o benefício, a aposentadoria, tem efeitos *ex nunc*, não gerando para tanto dever de devolver os valores percebidos com aquela aposentadoria, pois enquanto percebendo o benefício, os pagamentos de natureza alimentar eram indiscutivelmente devidos.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE.

1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar.

2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação.

3. 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. Precedentes do STJ.

4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposementação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE.

5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução.

6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.488 – SC, Relator MINISTRO HERMAN BENJAMIN. DJE: 14/05/2013).

Neste processo o INSS apresentou Embargos de Declaração no Recurso Especial, para o qual foi julgado:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 535 DO CPC. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO PARA A NOVA APOSENTADORIA. ESCLARECIMENTO NECESSÁRIO. [...]

2. Considerando a possibilidade de interpretação distoante do contexto do acórdão embargado e do próprio objeto do pedido de desaposentação, deve ficar expresse que a nova aposentadoria, a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, há de computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou.

[...]

(EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.488 - SC (2012/0146387-1). Relator: MINISTRO HERMAN BENJAMIN. DJE: 30/09/2013). **Grifo nosso.**

Em 29/01/2014 o INSS protocolou Recurso Extraordinário sob n. 455342/2013, o qual em 21/03/2014 obteve decisão no sentido de suspender o julgamento por depender de outra causa, ou seja, processo com a mesma controvérsia: RE 661256.

Assim, diante do cenário apresentado grande é o receio em relação ao que o STF decidirá acerca da matéria, cabendo à palavra final a ele. Para o autor Serau Junior:

[...] o STF vem deixando de apreciar certos recursos extraordinários interpostos acerca da desaposentação pelo fundamento de que a violação à CF seria apenas reflexa ou indireta. A inviabilidade dos recursos extraordinários sobre o tema da desaposentação será praticamente uma certeza enquanto os argumentos manejados para sua defesa forem no sentido do direito ao trabalho ou quanto à moralidade administrativa (SERAU JUNIOR, 2013, p. 64-65).

Cumprir anotar que foi aceita a repercussão geral da matéria no STF, no entanto, ainda não houve um pronunciamento definitivo a respeito do próprio conteúdo da desaposentação, por enquanto aguardam o julgamento dos RE ns. 381.367 e 661.256.

O RE n. 381.367 já foi pautado em várias oportunidades, no entanto em 29.10.2014 teve o seu julgamento novamente suspenso pela quarta vez por um pedido de vistas da Ministra Rosa Weber.

Dos Ministros que já se manifestaram, deram seu voto sobre o tema, o Ministro Dias Toffoli e o Ministro Teori Zavascki posicionando-se contrários a tese da desaposentação. Ao passo que, apresentaram votos favoráveis, defendendo a desaposentação os Ministros Marco Aurélio Mello e o Ministro Luis Roberto Barroso.

No voto do Ministro Luis Roberto Barroso teve uma peculiaridade, pois, além de considerar válida a desaposentação, sob o argumento de que a legislação é omissa em relação ao tema e não havendo qualquer proibição expressa a que um aposentado do Regime Geral da Previdência Social que tenha continuado a trabalhar busque um novo benefício, ainda apresentou uma alternativa no que se refere diretamente ao cálculo da desaposentação no sentido de reduzir o valor de uma segunda aposentadoria.

De todas as questões acerca da matéria já levantadas e abordadas e com os votos já proferidos seu desfecho continua incerto. Sabe-se que o julgamento definirá o futuro de milhares de processos que versam sobre o tema e que poderão gerar efeitos positivos para as partes autoras.

2 CONCLUSÃO

Considerando os principais aspectos inerentes à desaposentação, evidencia-se que esta é constitucional, inexistindo expressa vedação ao fato do segurado renunciar ao benefício, desde que seu objetivo seja obter um benefício mais vantajoso.

Na medida em que o trabalhador aposentado não consegue, a não ser que se aposente com uma idade bem avançada, manter o mesmo padrão de renda, da época em que esteve laborando, é comum optar por continuar trabalhando e, por conseguinte, vertendo contribuições ao sistema. São esses segurados que, na esperança de obter um benefício mais vantajoso, renunciam a sua

aposentadoria, buscando computar o período de contribuição após a jubilação para a obtenção de uma nova aposentadoria com proventos compatíveis com a totalidade de suas contribuições. Ademais, o benefício previdenciário proveniente da aposentadoria, em muitos casos, não é capaz de atender a uma vida digna, sendo mais uma razão para a continuidade do labor enquanto aposentado.

Entende-se que o instituto da desaposentação não lesa o equilíbrio atuarial, porque as contribuições realizadas após o benefício, não estavam previstas, representando um excedente contributivo. Todavia a devolução dos valores percebidos a título de benefício, enquanto aposentado, ainda é pauta em aberto nos tribunais, havendo divergência de entendimentos entre instâncias.

Considerando que contribuir para a previdência é compulsória para todos os trabalhadores, mesmo aos aposentados, não é justo que estas contribuições não se revertam em melhorias ao benefício previdenciário. A desaposentação, hoje, é o único mecanismo legal que atende a este propósito.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. **Desaposentação e o instituto da transformação de benefícios previdenciários do regime geral de previdência social**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 jul. 2013.

BRASIL. Legislação. **Lei de introdução às normas do direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm> Acesso em: 18 jul. 2013.

BRASIL. Legislação. **Lei orgânica da seguridade social**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm> Acesso em: 22 mar. 2014.

BRASIL. Legislação. **Lei n. 9032/1995**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm>. Acesso em: 22 mar. 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

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

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposentação: teoria e prática**. 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

LEONHARDT, Nestor. **O instituto da desaposentação**. Monografia de Pós-Graduação. UNIVATES, 2010.

MARCELO, Fernando Vieira. **Desaposentação: manual teórico e prático para o encorajamento em enfrentar a matéria**. 2. Ed. Leme: J. H. Mizuno, 2013.

ROCHA, Daniel Machado de; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora: Esmafe, 2012.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação: novas perspectivas teóricas e práticas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.