

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

O DIREITO À DESAPOSENTAÇÃO

LETÍCIA BACCHI FRANCESCHINI

Porto Alegre

2010

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

LETÍCIA BACCHI FRANCESCHINI

O DIREITO À DESAPOSENTAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Francisco Rossal de Araújo

Porto Alegre

2010

O DIREITO À DESAPOSENTAÇÃO

Elaborada por
LETÍCIA BACCHI FRANCESCHINI

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em _____ de _____ de 2010.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Francisco Rossal de Araújo

RESUMO

Este trabalho tem o intuito de analisar a evolução histórica mundial da seguridade social, com ênfase nos princípios constitucionais brasileiros previdenciários, para chegarmos até o estudo acurado sobre o instituto da desaposentação, tema latente que surge com a continuidade laborativa da pessoa jubilada, a qual pretende, em razão das contribuições vertidas após a aposentação, obter novo benefício, em melhores condições e em razão do novo tempo contributivo. Após a confrontação de vasta doutrina e decisões atuais de nossos Tribunais, chegaremos, por fim, à viabilidade desse instituto tão contraditório e polêmico atualmente.

Palavras Chaves: Direito. Previdenciário. Princípios. Previdência Social. Aposentadoria. Desaposentação.

ABSTRACT

This work aims to analyze the world's historical evolution of social security with focus on the Brazilian constitutional welfare principles, in order to get to an accurate study about the institute of unretirement, a recurrent subject which rises with the laborer continuity of the jubilee person who, due to the contributions made after retirement, intends to obtain a new benefice, in better conditions and in regard to the new contributive period. After the confrontation of a vast doctrine and current decisions from our Courts, in the end, we get to the viability of this institute, which is so contradictory and contested nowadays.

Keywords: Law – Previdenciary – Principles – Social Security – Retirement – Un-retirement.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	A EVOLUÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES E A SEGURIDADE SOCIAL.....	9
2.1	A CONSTITUIÇÃO DE 1824.....	14
2.2	A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1891	15
2.3	LEI ELOY CHAVES.....	16
2.4	A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1934	16
2.5	A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1937	18
2.6	A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1946	19
2.7	A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1967	20
2.8	EMENDA CONSTITUCIONAL N.1, DE 1969	21
2.9	A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	22
2.10	LEI nº. 8.213/91	22
3	OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL	27
3.1	PRINCÍPIOS GERAIS DA SEGURIDADE SOCIAL	29
3.1.1	Princípio da Solidariedade.....	29
3.1.2	Princípio da Universalidade	30
3.1.3	Princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios	31
3.1.4	Princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios	31
3.1.5	Princípio da Equidade na Forma de Participação no Custeio.....	32
3.1.6	Equilíbrio Atuarial e Financeiro	33
3.2	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À PREVIDÊNCIA SOCIAL	33
3.2.1	Princípio da Legalidade	33
3.2.2	Princípio da Moralidade	35
3.2.3	Princípio da Publicidade.....	36
3.2.4	Princípio da Eficiência	
3.2.5	Princípio da Motivação.....	
4	APOSENTADORIA E DESAPOSENTAÇÃO	43
4.1	CONCEITO	43
4.2	MOTIVOS QUE DERAM ORIGEM AO SURGIMENTO DA DESAPOSENTAÇÃO	44
4.3	SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DO APOSENTADO QUE RETORNA AO TRABALHO	45
4.4	NATUREZA DO ATO DA DESAPOSENTAÇÃO	48

4.5	JUSTIFICATIVAS DA PREVIDÊNCIA PARA INDEFERIR O PEDIDO A DESAPOSENTAÇÃO	49
4.6	POSSIBILIDADE DO CANCELAMENTO AUTOMÁTICO DO BENEFÍCIO	51
4.7	JUSTIFICATIVA PARA O PEDIDO DE DESAPOSENTAÇÃO	51
4.8	DECISÕES JUDICIAIS SOBRE DESAPOSENTAÇÃO	54
4.8.1	Renúncia Mediante Restituição de Valores.....	54
4.8.2	Renúncia Isenta de Restituição de Valores.....	56
4.9	Visão Evolutiva da Desaposentação Segundo Wladimir Novaes Martinez	57
4.10	Argumentos Favoráveis à Desaposentação	60
5	CONCLUSÃO.....	64
6	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a analisar o Direito à desaposentação. Este instituto nasce com o pedido de renúncia do benefício ora concedido, para a inclusão de um período laborado posterior a concessão da aposentadoria, onde serão computados estes recolhimentos, buscando assim a concessão de um benefício mais benéfico.

Dessa forma, o segurado retorna ao *status quo ante*, seja ele inscrito junto ao Instituto Nacional de Seguridade Social ou a um Regime Próprio de Previdência. Nesta análise, cabe ao direito previdenciário a solução do problema, tendo em vista a existência de conceitos jurídicos e princípios próprios, com os quais iremos juntos traçar uma caminhada, à luz da interpretação das leis e da jurisprudência e em consonância ao que inúmeros autores renomados desta área descrevem, visando à fundamentação do que pode ser considerada a saída para uma aposentadoria mais digna.

A desaposentação não está prevista em lei, e insere-se intimamente na complexidade do sistema protetivo previdenciário brasileiro, sendo constituída pela abdicação a direito disponível. Na análise do instituto, mostra-se de especial interesse seu tratamento no âmbito do RGPS, até pela quantidade elevada de segurados participantes deste sistema previdenciário.

Partiremos da evolução da Seguridade Social, elencando, no passar dos séculos, os fatos que ajudaram na jornada do homem para alcançar o direito, e dar aos cidadãos uma condição que lhes garantisse o mínimo de dignidade para sobrevivência em meio ao convívio social, haja vista ter prestado a este sua parcela de contribuição, ou seja, atualmente o direito à esperada aposentadoria.

No mesmo sentido analisamos a evolução constitucional brasileira no que se refere ao assunto, bem como em face da anterior conceituação dos objetivos da seguridade social, verificamos a importância dos princípios, ou seja, das diretrizes basilares dos direitos que

norteiam a atuação da Administração Pública no exercício das atividades inerentes à Previdência Social. Foram analisados os princípios específicos da seguridade social, em especial, os relacionados com a previdência social. Também se realizou o estudo dos princípios administrativos que interessam no estudo do instituto da desaposentação.

Desse modo, após a conceituação e distinção dos princípios, foram abordados temas próprios dos benefícios previdenciários, sendo, por fim, analisada a viabilidade da renúncia a esse direito.

2 A EVOLUÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES E A SEGURIDADE SOCIAL

Antes de ingressar na análise da evolução histórica da Seguridade Social, mostra-se primordial esclarecer o seu significado:

“Seguridade” provém do latim *securitate(m)*, decorrente de *securitas*. Não se trata, portanto, de castelhanismo, mas palavra que caiu em desuso e foi agora empregada na constituição.

A expressão “seguridade social” mostra uma concepção de provisão para o futuro, enquanto a expressão “segurança social” da idéia de presente.¹

O professor Wladimir Novas Martinez também oferece seu conceito de Seguridade social:

Técnica de proteção social subsequente ao seguro social, e dele forma evoluída, implantada em raros países (onde geralmente resulta da reunião de previdência com a assistência social ou as ações de saúde). Compreende plano de benefícios completo, seletivo e distributivo, arrolando prestações assistenciárias e serviços sociais, custeada globalmente por toda a sociedade de consumidores, através de exarações tributárias ou não².

No Brasil a Seguridade Social está conceituada, atualmente, no termos do artigo 194 da Constituição Federal de 1988: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de

1 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito à Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001, p.41.

2 MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**, Tomo II, 2.ed. São Paulo: LTR, 2003, p.48-49.

ações, de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.³

Assim, da análise dos conceitos acima referidos e, essencialmente, da redação do texto constitucional, verifica-se que a definição de Seguridade Social, não está pura e unicamente atrelada ao Estado, mas sim ao conjunto formado pela iniciativa privada, representada pelos empregadores e empregados, e demais filiados da sociedade e as instituições públicas, bem como se nota que a Seguridade Social possui não só a finalidade de prestar os chamados seguros sociais, mas de garantir o bem-estar amplo (material, moral e espiritual) a todos os cidadãos. Podemos dividir a Seguridade Social em:

a) Saúde:

A saúde é uma das áreas protegidas pelo ramo da Seguridade Social e, seu conceito, sob o enfoque jurídico, é encontrado no artigo 196, da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Veja-se que a principal característica deste subsistema é não estar limitado a um grupo de pessoas ou especialidade de serviço, mas ser universal, conforme muito bem destacado na obra de Ionas Deda Gonçalves:

A universalidade é a nota característica desse subsistema, que é dirigido a toda e qualquer pessoa que dele necessite. Não se limita à prestação de serviços de recuperação, visto que o conceito constitucional acima transcrito é bem mais amplo, dando inclusive ênfase à prevenção do risco, através de políticas sociais e econômicas. O conceito de saúde não se restringe ao indivíduo, mas também alcança todo o corpo social.”⁴

Desse modo, à vista de efetivar esta universalidade, a Constituição Federal nos seus demais artigos que tratam sobre o tema (artigos 196 a 200), dispôs acerca de um sistema único de saúde, porém descentralizado, que conta com a participação das entidades políticas federais, estaduais e municipais, bem como da sociedade.

3 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL, 1988, art. 194, Caput.

4 GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito Previdenciário**. Coordenação Edílson Mougenot Bonfim. Editora Saraiva. 2005. p. 8.

b) Assistência Social

A assistência social, conforme o artigo 203, da Constituição Federal, será prestada a todos que dela necessitem, ou seja, é destinada àqueles cidadãos com maiores necessidades econômicas, não havendo, por tais razões, obrigação de contribuição para usufruto da referida assistência:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Em suma, a assistência social objetiva a proteção dos cidadãos hipossuficientes que, como regra geral, estão fora do mercado de trabalho, ou seja, sem a proteção previdenciária visando a preservação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, bem-estar e justiça social.

Ademais, enquanto a saúde tem como característica principal a universalidade, a assistência social distingui-se dos demais sistemas, essencialmente, pela gratuidade do serviço prestado.

Por fim, no que concerne à assistência social, é de suma importância destacar a existência da Lei 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social que regulamenta as diretrizes deste subsistema.

c) Previdência Social:

A previdência social não é destinada a todos os cidadãos, assim como não é gratuita. Nos termos da previsão constitucional do artigo 201, assim como do artigo 1º, da Lei nº 8.213/91, é dirigida exclusivamente aos trabalhadores que contribuirão com o sistema, seja através da filiação compulsória ou facultativa, garantido a estes cidadãos a proteção contra contingências que os coloquem em necessidade social, a exemplo do acidente de trabalho, invalidez, idade avançada, entre outras situações elencadas na norma constitucional:

Art. 201 - CONSTITUIÇÃO FEDERAL:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Lei nº. 8.213/91:

“Art. 1º 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.

Na obra dos Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social, consta importante conceituação do sistema da previdência social, a qual destacamos abaixo:

A previdência social é um seguro social compulsório, eminentemente contributivo – este é o seu principal traço distintivo – mantido com recursos dos trabalhadores e de toda a sociedade – que busca propiciar meios indispensáveis à subsistência dos segurados e seus dependentes quando não podem obtê-los ou não é socialmente desejável que eles sejam auferidos através do trabalho por motivo de maternidade, velhice, invalidez, morte, etc.”⁵

Trata-se de seguro coletivo, contributivo, compulsório, de organização estatal, com o objetivo de propiciar proteção adequada aos segurados e seus familiares contra os chamados riscos sociais.

Distingue-se da assistência social em razão desta não ser contributiva e restrita aos necessitados, conforme preconiza o artigo 203 da Constituição Federal.

Por derradeiro, destaca-se que a previdência brasileira é dividida em Regime Geral de Previdência Social (RGPS), administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social, e Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos (RPPS) ocupantes de cargos efetivos. Em paralelo, tem-se o Regime Complementar de Previdência, o qual possui caráter facultativo.

5 DA ROCHA, Daniel Machado e JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. Oitava edição revista e atualizada. Editora Livraria do Advogado e ESMAFE. 2008. p. 29.

A sede de garantias ensejadas pelo homem, e disseminada pela revolução Francesa, grande precursora no que tange aos direitos sociais destacou-se quanto à seguridade social quando: Promulgou uma norma em 1898 criando a assistência à velhice e a acidentes de trabalho.⁶

A Inglaterra por sua vez merece um local de destaque na evolução histórica da seguridade social, sua primeira lei data do sec. XVII: Em 1601 editou a Poor Relief Act (lei de amparo aos pobres), que instituía a contribuição obrigatória para fins sociais, consolidando outras leis sobre assistência pública.⁷

Nota-se diferença no que tange a efetividade do texto legal, pois ao invés de ser criada a lei para depois buscar sua efetivação, esta se consolida pelo sentido inverso, vem como forma de consolidar leis pré-existentes. Um belo modelo a ser seguido.

No séc. XIX a Inglaterra institui o Workmen's Compensation Act, seguro obrigatório contra acidentes: Em 1897 foi imposto ao empregador o princípio da responsabilidade objetiva, em que este se tornara responsável pelo infortúnio mesmo sem ter concorrido com culpa para o acidente, atribuindo-lhe o pagamento da indenização ao obreiro.⁸

Tal ato é seguido por diversos países, apresentado como mais uma forma de garantir a segurança ao trabalhador em caso de um infortúnio, que o impeça de trabalhar e assim adquirir o seu sustento e o de sua família.

Também é da Inglaterra o destaque por romper o modelo contratual, da Seguridade Social, onde o sistema exigia de certa forma uma prestação e esta lhe garantia uma contraprestação (seguridade).

Surge uma nova fase, denominada constitucionalismo social, em que as constituições dos países começaram a tratar de direitos sociais, trabalhistas e econômicos, inclusive direitos previdenciário.⁹

Desse período, destacam-se as Constituições do México de 1917, a primeira a trazer em seu contexto o Seguro Social, em seu art. 123. A constituição de Weimar, de 11-08-1919, determinou que ao Estado se incumbe prover a subsistência do cidadão alemão, caso não possa proporcionar-lhe a oportunidade e ganhar a vida com um trabalho produtivo (art. 163).¹⁰

⁶ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito a Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001, 27-28.

⁷ Ibidem, p.27-28.

⁸ Ibidem, p.27-28.

⁹ Ibidem, p.28.

¹⁰ Ibidem, p.28.

A Constituição Alemã ultrapassa o sentido alcançado pelos legisladores Mexicanos, e de certa forma abrange um contexto onde o estado se torna de certa forma paternalista, com uma abrangência e responsabilidade dilatada sobre a sua população.¹¹

No Brasil, diferentes leis e atos normativos dispuseram sobre várias organizações securitárias, criando entidades e programas, principalmente juto a repartições públicas civis e militares, referindo-se, pela primeira vez, a certos segurados, especializando-se nas áreas urbana, rural, acidentária e do servidor público; bem como as Constituições do Brasil trataram do tema.

2.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1824

O Brasil surge no contexto da seguridade social em sua evolução histórica destacando-se com a constituição de 1824, trazendo em sua composição o art. 179, em que se preconizava a constituição dos socorros públicos (XXXI). O Ato Adicional de 1834, em seu art. 10, estipulava a competência das Assembléias Legislativas para legislar sobre as casas de socorros públicos, conventos etc., que foram instituídos pela Lei nº 16, de 12 de agosto de 1934.¹²

O que podemos destacar nitidamente neste artigo, assim como muitas leis atuais e de que nosso problema não é de forma alguma a ausência da lei, mas sim no que tange a sua efetividade, versus interesse público. Imaginem passaram-se 110 anos desde a outorga da constituição imperial, foi proclamada a República e somente depois da revolução de 09 de julho de 1934, foi instituída uma lei para dar viabilidade ao artigo legal. Não podemos tomá-la como exemplo.

Sobre a constituição Imperial, é importante levar em consideração a excelente análise de Balera que reconhece “a vaguidade dessa formulação porquanto, em face do estágio preliminar de desenvolvimento da história previdenciária, o cidadão não poderia exigir o cumprimento desse dever pela via coercitiva” (DA ROCHA, 2004,p.49).¹³

Referente às entidades privadas de Seguridade Social, merece destaque a nível mundial o “Montepio Geral do Estado, (Mongeral) sendo a primeira entidade privada a funcionar no país. Tal instrumento legal é anterior a lei Austríaca, de 1845, e a lei Alemã, de

¹¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito a Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001, p.28.

¹² Ibidem, p.29-30.

¹³ DAROCHA, Daniel Machado. **O Direito fundamental a Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.49.

1883. Previa um sistema típico de mutualismo (sistema por meio do qual varias pessoas se associam e vão se cotizando para a cobertura de certos riscos, mediante a repartição dos encargos com todo o grupo). Contém a maior parte dos institutos jurídicos securitários existentes nas modernas legislações e foi concebido muito tempo antes da Lei Eloy Chaves.”¹⁴

Desse período merece destaque a comparação entre as entidades criadas através de intervenções Estatais e as entidades privadas: Conforme exposto, o Montepio Geral do Estado, (Mongeral), merece servir como modelo, para demonstrar que as necessidades humanas uma vez não sanadas pelo estado, a sociedade demonstrou-se extremamente capaz de se organizar e gerir um sistema protetivo e eficaz de Seguridade Social.

2.2 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1891

Para analisar a Constituição de 1891, deve ser levado em conta que o poder político estava nas mãos de uma oligarquia rural e a economia girava em torno da agricultura de exportação.

Sobre a Carta há de se destacar a inexistência de interesse em legislar sobre a seguridade social, pois “a declaração de direitos contemplada nessa Lei Fundamental preocupava-se em tutelar a liberdade, a segurança individual e a propriedade”. O Interesse das oligarquias resta claro como fator determinante desta preocupação.¹⁵

Dentre os artigos da Constituição, no que tange aos direitos sociais merece especial referência o artigo 78 dessa Carta que dispunha: “A especificação das garantias e direitos expressos não excluem outras garantias e direitos não enumerados, mas resultante da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”.¹⁶

Embora exista a falta da menção dos direitos sociais, esta “foi a primeira constituição a conter a expressão aposentadoria. Determinou que a aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários em caso de invalidez no serviço da Nação, (art.75). É importante destacar que a aposentadoria era literalmente dada. Pois não havia nenhuma fonte de contribuição”.¹⁷

O primeiro segurado a ter seu benefício garantido foi, “o Imperador Dom Pedro, que passou a perceber uma pensão, a contar de 15 de novembro de 1889, durante toda a sua vida,

¹⁴ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito a Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001, p.29-30.

¹⁵ DA ROCHA, Daniel Machado. **O Direito fundamental a Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.50-51.

¹⁶ Ibidem, p.50-51.

¹⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito a Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001, p.30.

que seria fixada pelo Congresso Ordinário (art. 7º)".¹⁸. Pensão essa instituída totalmente em desfavor do Estado, único garantidor de seus proventos futuros.

2.3 LEI ELOY CHAVES

Daniel Machado da Rocha trata da importância a Lei Eloy Chaves:

A previdência passa a amparar os trabalhadores urbanos da iniciativa privada por meio da Lei Eloy Chaves, Decreto legislativo n. 4.682, de 24 de janeiro de 1923, o qual autorizou a instituição de Caixas de Aposentadorias e pensões, considerado o marco oficial da previdência social no Brasil. As Caixas de Aposentadorias e Pensões - CAPs - eram entidades semipúblicas que operavam debaixo da regulamentação do Conselho do Trabalho até 1930, e depois do ministério do trabalho.¹⁹

A criação das Caixas de Aposentadoria e Pensões fez com que as pessoas também passassem a se reunir em um mesmo grupo profissional, mediante a cotização, para assegurar entre si determinados benefícios.

O plano de benefícios previa: a) aposentadoria ordinária e por invalidez; b) pensão por morte; c) assistência médica para os beneficiários; d) medicamentos a preço reduzido. A aposentadoria ordinária era concedida ao empregado com mais de trinta anos de serviço e mínimo de cinquenta anos de idade.

Com a lei Eloy Chaves, a previdência social deixou de ser prêmio a servidores, seguro privado para certas categorias e mutualidade para outras, transformando-se em instituição pública genérica e imposta para todos os membros da clientela definida na lei.

Isso vem novamente a corroborar a linha de raciocínio com a qual buscamos comprovar que o homem necessita evoluir, mas essa evolução sempre implica na busca das melhores condições de vida para si e seus pares, este é um princípio básico para sua sobrevivência.

2.4 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1934

¹⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito a Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001, p.30.

¹⁹ DAROCHA, Daniel Machado. **O Direito fundamental a Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.52.

Na década de 30, o sistema previdenciário deixou de ser estruturado por empresa, passando a abranger categorias profissionais como os marítimos (Decreto 22.872 de 29.06.1933), comerciários (Decreto 24.273 de 22.05.1934) e os bancários (Decreto 24.615 de 09.06.1934).

Tal modelo de estruturação foi de extrema eficácia na época, pois levando em consideração do ponto de vista organizacional e fiscalizador, separar os grupos por categorias faz com que cada indivíduo seja contribuinte e fiscal dos interesses de sua classe.

A constituição de 1934 nasce de idéias revolucionárias que na teoria pretendiam romper com o Estado liberal-oligárquico, da Velha República. Esse rompimento por sua vez, trouxe boas mudanças ao setor econômico do país, onde deixamos o período semifeudal, e passou-se a buscar a industrialização voltada ao crescimento do mercado interno (DA ROCHA, 2004, p.54-56).²⁰

Destaca-se que foi nesse período, com o governo de Getúlio Vargas, que ocorreram diversas conquistas na esfera trabalhista estritamente relacionadas com a seguridade social, tais como:

- a) Criação do Ministério do Trabalho em 1930;
- b) Sindicalização das classes patronais e operárias, mesmo sendo facultativa, essa passou a condicionar o exercício de direitos (DA ROCHA, 2004, p.54-56).²¹

No entanto, apesar dos progressos acima referidos, já era possível constatar as deficiências do regime de filiação por empresa (onde apenas algumas empresas tinham acesso ao regime previdenciário reinante à época) com a proliferação de pequenas Caixas, poucas das quais com um número que tornasse viável o funcionamento dessas instituições.

A primeira solução para o enfrentamento dos riscos de enfermidade, falta de trabalho, invalidez, e morte no Brasil, teria sido o “Plano da Caixa Geral do Estado”, de autoria do Dr. Decio Coutinho, apresentado em 24 de outubro de 1931. Segundo Celso Barroso Leite, tratava-se não apenas do primeiro documento específico no concernente à unificação da previdência social, como constituiria o projeto mais antigo do que hoje se conhece como seguridade social, elaborado onze anos antes do primeiro relatório de Beveridge (DA ROCHA, 2004, p.54-56).²²

Por outro lado, neste texto constitucional já foi possível aferir diversos progressos no ramo da seguridade social, como a competência para a União fixar regras de assistência

²⁰ DA ROCHA, Daniel Machado. **O Direito fundamental a Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.54-56.

²¹ Ibidem, p.54-56.

²² Ibidem, p.54-56.

social, a responsabilidade dos Estados-membros para “cuidar da saúde e assistências públicas” e “fiscalização a aplicação das leis sociais”, assim como a competência do poder legislativo para instruir normas sobre aposentadorias, a proteção social ao trabalhador.

A constituição tratava da “assistência médica e sanitária ao trabalhador e a gestante, assegurando a esta o descanso, antes e depois do parto, sem o prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da união, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade, nos casos de acidentes do trabalho ou de morte”.²³

Diante de tais direitos e obrigações insertas no texto constitucional, o principal destaque é para a aplicação dos princípios atinentes à igualdade e à obrigatoriedade, na medida em que a “Lei Fundamental de 1934 já estabelecia a forma tríplice de custeio: entre público, empregado e empregador, sendo obrigatória a contribuição (art. 121, § 1º, h)”²⁴. Para o bom funcionamento do sistema previdenciário é preciso que haja o custeio, contribuições, para garantir os benefícios futuros.

2.5 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1937

A Carta Magna de 1937 serve de prova da grande capacidade do Presidente Getúlio Vargas como articulador, uma grande jogada para controlar os interesses das classes sociais e ao mesmo tempo manter-se no poder com o apoio das oligarquias dominantes.

No que diz respeito à previdência não há quase alterações ao comparar com o texto anterior de 1934:

A previdência social é disciplinada apenas em duas alíneas do art.137: a alínea **m** menciona a instituição de seguros de velhice e invalidez, de vida e para os casos de acidentes de trabalho. A alínea **n** trata que as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às praticas administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais.²⁵

“A carta política de 1937 emprega muito a expressão seguro social, em vez de previdência social” inversamente à outra que inovara ao ser a primeira a mencionar a previdência social; um claro retrocesso com fundo e cunho político, limitador e controlador de direitos:

²³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito à Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001, p..31-32.

²⁴ Ibidem, p.31-32.

²⁵ Ibidem, p.32.

Num certo sentido, é uma modalidade antipolítica que rejeita a noção de associações autônomas de interesse (para não mencionar classes) e lida com pontos importantíssimos, tais como problemas administrativos e técnicos a serem definidos e resolvidos pelo Estado que articula e incorpora os interesses da sociedade como um todo.²⁶

Os direitos sociais passaram a ser tratados por decretos, visando assim criar uma sociedade orgânica mais ou menos harmoniosa, pela incorporação de agrupamentos sociais chave (em princípio, todos os grupos sociais; na prática, apenas um) num conjunto de estruturas controladas e centralmente denominadas por um aparelho o Estado.²⁷

Motivo por isso da utilização de decretos para instituir, alterar, modificar, extinguir ou instituir direitos sociais. Um modo rápido e capaz de causar o contentamento de uma classe social descontente com o governo, o qual alcança assim a harmonia, estabilidade para com o poder, um modelo de contenção social.

2.6 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1946

A Constituição de 1946 volta a tratar das questões envolvendo direitos sociais com a expressão “previdência social”, desaparecendo a expressão que já havia causado controvérsia nas constituições anteriores: “seguro social”.²⁸

Com a nova carta começa a surgir “uma sistematização constitucional da matéria previdenciária, que foi incluída no mesmo artigo que versa sobre o Direito do Trabalho (art. 157)”.²⁹

No campo atinente às contribuições não houve mudanças, sendo tão somente recepcionado o texto já existente da carta de 1934, através do art. 157, que consagrava a “previdência, mediante contribuições da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as conseqüências da doença, da velhice, da invalidez e da morte”.³⁰

A Carta Magna merece destaque no que diz respeito à uniformização e unificação das políticas legislativas sobre previdência social a partir de 1940 em diante, com o Regulamento Geral dos Institutos de Aposentadorias e Pensões, o que foi feito por meio do

²⁶ DA ROCHA, Daniel Machado. **O Direito fundamental a Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.59.

²⁷ Ibidem, p.59.

²⁸ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito a Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001, p.33-34.

²⁹ Ibidem, p.33-34.

³⁰ Ibidem, p.33-34.

Decreto n. 35.448, uniformizando os princípios gerais aplicáveis a todos os institutos de aposentadorias e pensões.³¹

Em um primeiro momento foi preciso uniformizar as leis, e no segundo momento buscou-se, então, viabilizar a unificação administrativa com a fusão dos **IAPS** pelo Decreto-Lei n. 72/66, criando-se o **INPS**, conquanto os argumentos alinhavados, na época, fossem o de aumentar a sua capacidade técnica e financeira, bem como a racionalização administrativa.

Ultrapassando o limite das necessidades humanas em evoluir, também é essencial aos institutos que lhes garantem o alcance de seus direitos, se aprimorem em igual velocidade, e com responsabilidade para melhor lhes auxiliar.

2.7 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1967

O nascimento da Carta Magna de 1967 remonta a uma fase conturbada da história Brasileira, circundada por um golpe militar, onde o autoritarismo figura como personagem principal. No que diz respeito à matéria previdenciária, não inovou em relação à constituição de 1946.

Se por um lado a Carta Maior não inovou, por outro ela se sobrepõe aos direitos sociais adquiridos com o evoluir do Estado, por meio do... “emprego de instrumentos discricionários, mandatos parlamentares foram casados, direitos políticos restaram suspensos e também se decretou o recesso do Congresso Nacional”.³² Os atos institucionais, foram à prova de que o poder centralizado é uma fonte de abusos de todas as espécies, causando um retrocesso na evolução social, e Estatal.

Levando em consideração esses atos, essa constituição, a rigor, teria durado muito pouco, pois a Emenda Constitucional de 01/69, teórica e tecnicamente, não se tratou de uma emenda, mas de nova Constituição, pois o texto foi integralmente reformulado.

Pontos positivos para com o sistema previdenciário dentro do período de sua vigência:

-“O sistema de seguro de acidente do trabalho é integrado no sistema previdenciário com a lei n. 5.316, de 14-9-1967.”

-“O Decreto-lei n. 367, de 19-12-68, tratou da contagem de tempo de serviço dos funcionários públicos civis da União e das autarquias.”

³¹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito a Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001, p.33-34.

³² DA ROCHA, Daniel Machado. **O Direito fundamental a Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.67-68.

-“O Decreto-lei n. 564, de 1-5-69, estendeu a previdência social ao trabalhador rural, especialmente aos empregados do setor agrário da agroindústria canavieira, por meio de plano básico.”

-“O Decreto-lei n. 704, de 24-7-69, complementou e ampliou o Plano Básico de Previdência Social Rural, estendendo-o aos empregados das empresas produtoras e dos fornecedores de produto agrário in natura, bem como dos empreiteiros que utilizem de mão-de-obra para produção e fornecimento de produto agrário, desde que na constituídos sob a forma de empresa.” (MARTINS, 2001, p.34-35).³³

2.8 EMENDA CONSTITUCIONAL N.1, DE 1969

A Emenda, não apresentou grandes mudanças na seara do direito previdenciário em relação às constituições de 1946 e a de a 1967. A matéria previdenciária era tratada juntamente com a do Direito do Trabalho no art. 165, repetindo praticamente a Constituição de 1967.

Acrescentou novas formas de proteção ao trabalhador com base em leis e decretos, das quais iremos destacar as que dizem respeito a benefícios assistenciais e contagem recíproca entre institutos:

- a lei complementar de n. 11, de 25-5-71, instituiu o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (Pro-Rural), substituindo o Plano Básico de Previdência Social Rural. Não havia contribuição por parte do trabalhador, que tinha direito a aposentadoria por velhice, invalidez, pensão e auxílio funeral, todas no valor de meio salário mínimo. Foi alterada pela Lei Complementar n. 16, 30-10-1973.

-“A Lei n. 6.226, de 14-7-75, versa sobre a contagem recíproca do tempo de serviço em relação ao serviço público federal e na atividade privada, para efeito de aposentadoria” (MARTINS, 2001, p.35-36).³⁴

Após a criação de novos benefícios visando à maior abrangência da população, e com a função de mantenedor do Sistema de Saúde no Brasil, encontra sua primeira grande crise na década de 1980, conforme podemos extrair do texto que segue:

A recessão no início da década de 1980, cominada com a ampliação da cobertura previdenciária que caminhava rumo à universalização provocou déficits consideráveis na previdência social, cujo atendimento na área da saúde era expressivo, provocando o aumento das alíquotas e a criação de novas contribuições. Em face do quadro, as proposições empresariais eram no sentido da privatização da assistência médica e do aumento dos fundos privados na previdência e no estabelecimento de requisitos mais rigorosos para a concessão das aposentadorias. Esse processo de deterioração dos serviços e rebaixamento dos benefícios provocado pelos mecanismos de indexação foi designado por Werneck Viana, como

³³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito a Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001, p.34-35.

³⁴ Ibidem, p.35-36.

americanização perversa do sistema de proteção social (DA ROCHA, 2004, p.70-71).³⁵

2.9 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Nasce a Constituição Brasileira de 1988, marcada em sua vertente como a personificação da vontade do povo brasileiro, que buscava a redemocratização do Estado, e o fim de um período militar e conturbado, com restrições de direitos, perseguições, e opressão ao livre pensamento.

No âmbito da Seguridade Social, um dos anseios mais almejados pelos segurados era alcançar novamente o poder aquisitivo originário, relacionado ao princípio da irredutibilidade no valor dos benefícios.

Por falar no princípio da irredutibilidade, já foi aventada anteriormente a questão da idéia errônea de equivalência entre salário benefício e salário mínimo, pois o salário mínimo foi desvinculado como base previdenciária após dezembro de 1991. Além disso, passou a ter aumentos diferenciados, garantidos constitucionalmente, impedindo assim na atualidade a sua comparação com outros benefícios de maior valor.

A expressão “Seguridade Social” passa a ser adotada na Carta de 1988, cujo artigo 194 a define como o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social.

2.10 LEI Nº. 8.213/91

Além das previsões constantes na Carta Magna merecem destaque, essencialmente, outras duas normas. A Lei n. 8.212/91 que trata sobre o custeio do sistema da seguridade social e a Lei nº. 8.213/91 que versa sobre os benefícios previdenciários, bem como a Lei 8.112-90, no que diz respeito ao servidor federal.

Em complemento, há de também se registrar a importância da Lei nº. 9.784/99 que dispõe sobre o processo administrativo, o Decreto nº. 3.048/99, assim como diversas Instruções Normativas expedidas pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS.

³⁵ DA ROCHA, Daniel Machado. **O Direito fundamental a Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.70-71

O direito ou não à concessão de um benefício previdenciário encontra-se regido pela Lei nº. 8.213, compreendendo prestações devidas ao segurado como aposentadoria por invalidez, idade, por tempo de contribuição e também pelo exercício de atividade especial, assim como diversos auxílios concedidos em casos de infortúnios, como a morte ou a reclusão:

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

I – quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria por idade;
- c) aposentadoria por tempo de contribuição;
- d) aposentadoria especial;
- e) auxílio doença;
- f) salário família;
- g) salário maternidade;
- h) auxílio acidente;

II – quanto ao dependente:

- a) pensão por morte;
- b) auxílio reclusão;

III – quanto ao segurado e dependente:

revogada
serviço social;
reabilitação profissional.

§ 1. Somente poderão beneficiar-se do auxílio-acidente os segurados incluídos nos incisos I, IV e VII do artigo 11 desta Lei.

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

§ 3. O segurado contribuinte individual, que trabalhe por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado, e o segurado facultativo que contribuam na forma do § 2. do art. 21 da Lei 8.212 de 24 de julho de 1991, não farão jus à aposentadoria por tempo de contribuição.

Acerca das prestações previdenciárias, encontra-se importante comentário na obra de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior³⁶:

As prestações previdenciárias podem ser subdivididas, quanto a sua natureza, em benefícios e serviços. Os benefícios são prestações pecuniárias, pagas de uma só vez, como os antigos pecúlios, ou de duração continuada, como as aposentadorias, enquanto os serviços são prestações não-pecuniárias, como a reabilitação profissional. [...] Além dessas prestações, o regime geral disciplina os benefícios acidentários, somente devidos aos beneficiários previstos no § 1. do art. 18 da LBPS, e sujeitos a regras especiais, mais benéficas ao trabalhador (LBPS, arts. 19-23).

³⁶ DA ROCHA, Daniel Machado e JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social. Oitava edição revista e atualizada.** Editora Livraria do Advogado e ESMAFE. 2008, pg. 102.

Evidente que para a concessão de tais benefícios, sejam eles prestações pecuniárias ou não, é exigido pela legislação vigente o preenchimento de requisitos distintos para cada espécie de concessão previdenciária, cuja análise é feita pelo órgão administrativo responsável pelo Regime Geral de Previdência - INSS, que, por meio do processo administrativo manifesta-se pela procedência ou não do pedido.

Na seqüência, seguem algumas espécies de benefícios que são motivos de discussão no que diz respeito à *desaposentação*.

A Lei 8.213 em seu Capítulo II, das prestações em geral, Seção I, das espécies de prestação, prevê no artigo 18 que 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, das quais daremos destaque aos benefícios que figurem a possibilidade de um pedido formal de Desaposentação:

I - quanto ao segurado:

a) Aposentadoria por Invalidez, Lei nº 8.213/91:

Prevista nos artigos 42 a 47 da Lei 8.213/91, é concedida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz para o trabalho e suscetível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nessa condição.

Para a concessão do benefício, a carência mínima é de doze contribuições mensais, salvo se a incapacidade permanente for resultante de acidentes, seja de trabalho ou de qualquer natureza ou causa, situação na qual a carência é dispensada.

A verificação da condição de incapacidade será feita mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social.

Da possibilidade legal de retornar ao trabalho e cancelar o benefício:

Esta possibilidade está prevista no artigo 46º da Lei 8.213/91, que prega que o aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno.

b) Aposentadoria por Idade:

A aposentadoria por idade, prevista nos artigos 48 a 51 da Lei 8.213/91, é o benefício que visa a manutenção do segurado e de sua família quando a idade avançada daquele não lhe permitir continuar laborando.

O benefício é concedido aos 65 anos de idade, se homem, e 60 anos de idade, para as mulheres, conforme preconiza o artigo 48 da Lei. Tal idade é reduzida em cinco anos para ambos os sexos em caso de trabalhadores rurais.

A carência prevista atualmente é de 180 contribuições mensais, exigível aos segurados filiados ao RGPS após 24/07/1991, data de promulgação da Lei nº 8.213/91. Os demais segurados seguem a regra de transição prevista no artigo 142 da Lei.

Vale lembrar que a Lei 8.213/91, não prevê o cancelamento da Aposentadoria por Idade.

c) A aposentadoria por tempo de contribuição:

A aposentadoria por tempo de serviço, prevista nos artigos 52 a 56 da Lei n.8.213/91, existente em período anterior a EC n.20, de 15/12/1998, foi substituída pela atual aposentadoria por tempo de contribuição. O objetivo desta mudança foi adotar, de forma definitiva, o aspecto contributivo no regime previdenciário.

Considera-se tempo de contribuição o período compreendido entre o início da atividade até a data do requerimento da aposentadoria ou do desligamento da atividade abrangida pela Previdência Social. Deste tempo, serão descontados os períodos de suspensão de contrato de trabalho, de interrupção de exercício e de desligamento da atividade.

É um benefício que sofre constantes ataques, pois não há qualquer risco social sendo protegido. O tempo de contribuição não traz presunção de incapacidade para o trabalho.

d) A aposentadoria Especial:

A aposentadoria especial, prevista nos artigos 57 e 58 da Lei n. 8.213/91, é devida ao segurado que tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem sua saúde ou integridade física. Este benefício visa a atender os segurados que são expostos a agentes físicos, químicos, e biológicos, ou uma combinação destes, acima dos limites de tolerância aceitos, o que se presume produzir perda da integridade física e mental em ritmo acelerado.

Com a Lei 9.032/95, o direito de várias categorias ao recebimento da aposentadoria especial desapareceu.

A aposentadoria especial segue a regra da aposentadoria por idade, comportando carência de 180 contribuições mensais, submetendo-se à mesma regra de transição do artigo 142 da Lei 8.213/91.

Da possibilidade legal de cancelar o benefício:

O § 8º do art. 57 da Lei nº 8.213/91 remete aos artigos 46 e 58 do mesmo diploma. Assim, o segurado aposentado através da aposentadoria especial que retornar ao trabalho em condições sujeitas aos agentes nocivos previstos em lei, terá sua aposentadoria automaticamente cancelada a partir da data do retorno.

Todavia, se houver requerimento de aposentadoria por tempo de contribuição com conversão de tempo especial para comum, não há empecilhos para a volta ao trabalho.

3 OS PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL

José Arthur Diniz define a Administração Pública como a “atividade vinculada ao comando legal (CF e as Leis) que visa a gerir negócios públicos para atingir determinados fins emanados daquele próprio comando”³⁷. Ou seja, define que os atos da Administração Pública, seja ela direta ou indireta, devem obedecer a diretrizes, as quais estão estipuladas na Constituição Federal, leis esparsas, bem como nos princípios fundamentais, gerais e específicos.

Nesse diapasão é possível vislumbrar a importância da legislação e das demais diretrizes legais para a realização dos atos administrativos:

A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisáveis pelo Judiciário³⁸.

Assim, tais atos são exercidos pelo governo, que desempenha a função discricionária de legislar, administrar e julgar, através de três poderes específicos: legislativo, executivo e judiciário. Ou seja, é a maneira pela qual o Estado desempenha suas funções administrativas e políticas, com o intuito de atender os fins previstos na Constituição Federal³⁹.

Os atos exercidos pela Administração Pública, ou seja, o poder discricionário do Estado, assim como dos seus agentes públicos, está estritamente relacionado com o que os princípios e, sobretudo, com o que a legislação estabelece, ou seja, com o que a lei vigente

³⁷ BORGES, José Arthur Diniz. *Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência com o direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 28.

³⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed.rev.ampl. São Paulo, 2000. p. 31.

³⁹ BORGES, José Arthur Diniz. *Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência com o direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 29.

permite ou define acerca da conduta a ser seguida. Dessa forma, “subordinado sempre à *legalidade* de sua atuação, é lícito ao administrador se orientar, livremente, com respeito à oportunidade e conveniência”⁴⁰.

Diante disso é que o Estado atua no direito administrativo, impondo regras jurídicas - dentro do poder discricionário que detém e em conformidade com a legislação pertinente - de organização e funcionamento do complexo estatal, a fim de satisfazer às necessidades coletivas⁴¹. Em outras palavras, o processo de constitucionalismo dos princípios também atingiu o direito administrativo, impondo diretrizes de valoração moral, política e éticas⁴².

Para tanto, é necessário que a Administração Pública, em seus atos, esteja consubstanciada, além da legislação pertinente, em diretrizes, ou seja, em princípios. Ou seja, para que o administrador possa cumprir de maneira adequada as normas que lhe são impostas, é de suma importância, a observância dos princípios que norteiam a Administração Pública.

Em outras palavras, é dos princípios que decorre a base de todo e qualquer ordenamento jurídico, ou seja, a partir deles é que surge o fundamento geral para os comandos legais, assim como para os atos administrativos, devendo ser considerados como nortes para o sistema jurídico.

Portanto, mesmo que os princípios gerais do direito não estejam positivados em todas as leis do ordenamento jurídico, os aplicadores do direito devem respeitá-los, uma vez que quando houver lacuna na legislação, eles serão as diretrizes, ou seja, os vetores interpretativos utilizados para a solução do caso concreto⁴³.

Logo, pode-se concluir que os princípios atuam, sobretudo, no controle do poder discricionário do administrador, visto que no âmbito geral do direito e de maneira mais específica, na esfera da discricionariedade, deve haver espaço para a ponderação⁴⁴. Nesse sentido, tanto os princípios expressos na Constituição Federal, como àqueles que decorrem desses e outros tantos, carecem de muita atenção e prioridade quando da execução dos atos administrativos, da realização de pareceres administrativos ou em manifestações de processos judiciais. Em suma, os princípios devem ser encarados como o fundamento primordial de toda e qualquer ação administrativa.

⁴⁰ TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 3.

⁴¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 58-59.

⁴² BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 87.

⁴³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed.rev.ampl. São Paulo, 2000. p. 38.

⁴⁴ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 93.

3.1 PRINCÍPIOS GERAIS DA SEGURIDADE SOCIAL

3.1.1 *Princípio da Solidariedade*

O Princípio da solidariedade e a Seguridade Social estão diretamente ligados, como relata André Studart Leitão, “não é possível falar se da Seguridade Social, sem se observar o princípio da solidariedade. Trata-se de noção ínsita ao próprio conceito de Seguridade Social, de modo que esta não existe sem aquela”⁴⁵.

Pedro Vidal Neto, afirma que:

A solidariedade social está nas raízes da Seguridade Social, impelindo todas as pessoas a conjugarem esforços para fazer face às contingências sociais, por motivos altruístas ou não, desde que os males que afligem cada indivíduo podem vir a ser sofridos pelos demais e, de qualquer modo, atingem toda a comunidade (VIDAL NETO apud LEITÃO, 2007, p.19-22).⁴⁶

Para Wladimir Novaes Martinez, a previdência social é, tecnicamente, resultado da solidariedade forçada das pessoas ou gerações. Significa a participação de maioria contemporânea (contribuindo), a favor da minoria hodierna (inativos) e de futura (aposentandos)⁴⁷.

Neste contexto é importante entendermos que a relação de solidariedade é bilateral. O sistema precisa ser solidário com os indivíduos, e estes, com o sistema. Isto é, se, de um lado, é certo que a sociedade nacional deve ser solidária com os indivíduos, comprovada ou presumidamente, necessitados, custeando os meios capazes de lhes proporcionar uma sobrevivência digna, de outro, é igualmente indubitoso que todos aqueles que estejam em condição de cooperar com o financiamento do sistema também precisam ser com eles solidários.

E para Daniel Machado da Rocha⁴⁸ “a solidariedade previdenciária legitima-se na idéia de que, além de direitos e liberdades, os indivíduos também têm deveres para com a comunidade na qual estão inseridos. No elenco desses deveres, um dos mais importantes é o de pagar os tributos devidos, a fim de que o Estado possa ter condições de implementar as políticas sociais necessárias à concretização efetiva do bem comum”.

⁴⁵ LEITÃO, Andre Studart. **Aposentadoria Especial**. São Paulo: Quarter Latin, 2007, p.19-22.

⁴⁶ Ibidem, p.19-22.

⁴⁷ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**, Tomo II, 2.ed. São Paulo: LTR, 2003, p. 101.

⁴⁸ DAROCHA, Daniel Machado. **O Direito fundamental a Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.135.

Assim, todos os demais princípios inerentes à seguridade social e, em especial, à previdência social, são fortemente atingidos pelo princípio da solidariedade.

3.1.2 *Princípio da Universalidade*

É através do Princípio da Universalidade que o ordenamento jurídico Brasileiro garante que todos os residentes no país farão jus a seus benefícios, não devendo existir distinções, principalmente entre segurados urbanos e rurais. Os estrangeiros residentes no país também devem ser contemplados com a disposição da seguridade social, e não só para aqueles que exerçam atividade remunerada. A disposição constitucional visa, como deve se tratar de um sistema de seguridade social a proporcionar benefícios a todos, independente de terem ou não contribuído.⁴⁹

Segundo Wagner Balera⁵⁰ “a universalidade da cobertura e do atendimento se constitui na específica dimensão do princípio da isonomia na ordem social. Trata se da verdadeira pedra fundamental em que encontra apoio toda a estrutura”.

Ou seja, através deste princípio deve-se entender que a proteção social deverá alcançar todos os eventos cuja reparação seja premente, e ser prestada a todos que dela necessitem, inclusive estrangeiros em território nacional.

O professor José Antônio Savaris⁵¹ assim pondera:

“Para além dos seguros sociais dos trabalhadores assalariados, a universalidade reclama atenção efetiva aos trabalhadores independentes (o que já se almejava nos estágios mais avançados do sistema de Previdência Social), inclusão previdenciária de pessoas que não realizam atividade produtiva, políticas de saúde preventiva e curativa, e prestações de assistência social aos necessitados, de maneira a promover-lhes a inserção social mediante programas integrados e rendimentos mínimos independentemente de contribuição.”

No entanto, no que se refere à contraprestação da Previdência, reitera-se a necessidade de exigência de filiação e contribuição (compulsórios para os trabalhadores) do beneficiário e/ou dependentes, eis que, como antes mencionado, trata-se de sistema de Seguro Social.

⁴⁹ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito a Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001, p.75.

⁵⁰ LEITÃO, Andre Studart. **Aposentadoria Especial**. São Paulo: Quarter Latin, 2007, p.18

⁵¹ DA ROCHA, Daniel Machado e SAVARIS, José Antonio. **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**, Volume 1. Editora Juruá. Curitiba, 2006.

3.1.3 Princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios

Se todos têm direito à proteção social, de acordo com o princípio da universalidade, a seletividade procura destinar a cada um a prestação previdenciária específica disponibilizada para cobertura da contingência social sofrida, delimitando-se também quem pode ser beneficiário de determinado tipo de proteção, de acordo com parâmetros estabelecidos em lei.

Quanto à distributividade, oportuno trazer à baila o ensinamento de Daniel Machado da Rocha quando esclarece que “o princípio da distributividade colima eleger as necessidades mais prementes que deverão ser satisfeitas prioritariamente. Exemplificativamente, não sendo possível à Autarquia ancilar pagar a todos os beneficiários no mesmo dia, quem recebe prestações pecuniárias de valor mínimo deve receber antes de quem recebe o teto dos benefícios.”

Em outras palavras, apesar de existir a previsão de universalidade de prestação do serviço, se faz selecionar e distribuir as prestações e os serviços oferecidos, nos termos destacados por Sergio Pinto Martins: “a seleção (escolha) das prestações vai ser feita de acordo com as possibilidades econômico-financeiras do sistema da seguridade social, nem todas as pessoas terão benefícios: algumas o terão, outras não, gerando o conceito de distributividade”.⁵²

3.1.4 Princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios

O Princípio da Irredutibilidade é o garantidor de que o valor do benefício será implantado de forma a cumprir o ideal de justiça, e não sofrerá com a corrosão da inflação.

Nesse contexto podemos dividir o significado deste princípio em:

- a) Nominal: (...) o benefício não pode sofrer reduções em sua expressão quantitativa, isto é, redução em seu valor monetário;
- b) Real: é (...) o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real;

Sobre a irredutibilidade real, Wagner Balera entende que a irredutibilidade real também guarda relação com a sistemática de cálculo da prestação, no sentido de que se deve priorizar a utilização de um período de cálculo que atende para o padrão financeiro de vida do segurado no momento anterior ao recebimento do benefício. Nesse sentido, ao comentar o princípio vertente, empreendeu severa crítica à Emenda Constitucional n. 20/98, que traz

⁵² MARTINS, Sergio Pinto. **Direito a Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001, p.76.

inovações com o único intuito de reduzir o benefício do segurado, como se esta fosse a única saída para garantir a saúde do sistema previdenciário, com certeza é a mais fácil e mais adotada, pois ao contribuinte só resta acatar, um remédio amargo e de efeito rápido.

3.1.5 Princípio da Equidade na Forma de Participação no Custeio

O Princípio da Equidade na forma da participação do custeio, “é um desdobramento do princípio da igualdade”.⁵³ Visando, portanto alcançar a “justa proporção entre dois critérios principais: a) a capacidade econômica do contribuinte; e, b) o risco social”.⁵⁴

Para Andre Studart Leitão, o pagamento das contribuições não pode gerar desigualdades econômicas. Dessa forma, urge que o impacto financeiro decorrente desse pagamento seja equivalente entre os contribuintes.

Não se trata de mera proporcionalidade, mas sim de progressividade. Com a aplicação de alíquotas progressivas, a depender da base de cálculo, está-se diante de uma forma de custeio atenta à isonomia.

Nesse contexto, tem-se a disposição constitucional prevista no art. 195, § 9º da constituição federal: “As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra”.⁵⁵

Um dos pontos frágeis desse princípio perante nosso ordenamento encontra-se na ausência da criação de uma única fonte de custeio, para a seguridade social, o que facilitaria sobre maneira a fiscalização. Outro ponto que merece destaque refere-se à maior fonte de receita da seguridade social, oriunda, da empresa, que inclui no preço da mercadoria ou dos serviços prestados o custo da contribuição previdenciária. Em última análise, quem vai pagar ou custear a seguridade social é o consumidor.

A previdência social, utilizando-se de um sistema confuso de administração do fundo previdenciário cria dois graves problemas, o primeiro a impunidade por parte dos devedores, e o segundo a insegurança dos contribuintes, que encontram inúmeras dificuldades para constatar sua situação contributiva perante a instituição.

A reestruturação do sistema cadastral dos contribuintes para com a previdência é algo que deve ser revisto com certa urgência, pois ambas as partes serão favorecidas, mas o

⁵³ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito a Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001, p.77.

⁵⁴ LEITÃO, Andre Studart. **Aposentadoria Especial**. São Paulo: Quarter Latin, 2007, p.42.

⁵⁵ Ibidem, p.42-43.

que precisa ser feito? Em primeiro momento criar uma forma de fiscalização mais acessível aos segurados, para isso, a troca de carteira de trabalho por um cartão magnético, seria de extrema eficiência, pois o segurado poderia consultar a qualquer momento suas contribuições, e em contrapartida a previdência ganharia em termos de fiscalização com empregadores que não depositam as contribuições do empregado, e causam grandes rombos ao instituto, o segurado se torna um fiscal, saída eficiente prática e barata.

3.1.6 *Equilíbrio Atuarial e Financeiro*

Os regimes não podem ser prejudicados pela transferência dos encargos previdenciários. Especialmente o regime de origem, que terá de repassar recursos para o regime instituidor, desfalcando seu ativo em virtude de ter mantido o benefício a ser abdicado.

3.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS À PREVIDÊNCIA SOCIAL

3.2.1 *Princípio da Legalidade*

Historicamente, pode-se dizer que o princípio da legalidade surgiu, ainda, no Estado Liberal, uma vez que a Administração Pública encontrava-se neutralizada politicamente, restando ao Estado a aplicação do direito legislado, ao invés das vontades pessoais do governante⁵⁶. Diante disso, nasceu o princípio da legalidade administrativa, que continuou existindo por todas as outras formas de Estado e estabeleceu que a Administração Pública deve se submeter aos ditames da lei.

Dessa forma, o princípio da legalidade pode ser considerado um dos mais importantes na atuação da Administração Pública, não exclusivamente por ser um princípio constitucional e expresso, mas também porque nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais.

Em linhas gerais, “significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum[...]”⁵⁷.

Nessa linha de pensamento, José Afonso da Silva leciona:

⁵⁶ BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 96.

⁵⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 82.

O princípio da legalidade é nota essencial do Estado de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, como vimos, porquanto é da essência de seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. [...] É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude da lei⁵⁸.

Ou seja, o princípio da legalidade impõe que a Administração Pública só faça o que a lei permitir, sendo que qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal, ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Portanto, pode-se mencionar que uma das formas desta diretriz se expressar é através da fiscalização da atividade discricionária.

Nesse sentido, o princípio da legalidade tem por finalidade a concretização de um dos objetivos maiores do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita. Em outras palavras, significa a submissão da Administração Pública à legislação.

Assim, o princípio da legalidade denota, também, o sentido de garantia, em que existe a certeza jurídica de limitação do poder das autoridades estatais, tornando o poder objetivado aos ditames legais⁵⁹:

Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa⁶⁰.

Conclui-se, então, que a “Administração legítima só é aquela que se reveste de legalidade e probidade administrativa, no sentido de tanto atender às exigências da lei como se conformar com os preceitos da instituição pública”⁶¹. Portanto, os agentes públicos devem submeter-se aos ditames da legislação, sem que prevaleçam os desejos, favoritismos ou perseguições políticas e pessoais em prol da concretização do bem estar e da vontade geral. No caso de qualquer desvio da competência do agente, o ato deve ser invalidado e, conforme a situação, o autor da ação pode ser responsabilizado disciplinar, civil e criminalmente⁶².

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.419.

⁵⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo**. 9.ed.rev.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 141.

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores. 2001. p. 83.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ibidem*. p. 83.

⁶² GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 6.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 8.

3.2.2 *Princípio da Moralidade*

Preliminarmente, é relevante destacar que o desvio de poder, seja através do excesso ou do desvio de finalidade, é que determinou a importância do princípio da moralidade administrativa. Assim, é possível dizer que tal diretriz surgiu em busca de impor limite ao poder discricionário da Administração Pública que, se aproveitando de meios ilícitos, procura satisfazer interesses privados em prol do interesse público.

Portanto, o princípio da moralidade está estritamente relacionado com a conduta do administrador e, de maneira conseqüente, ao poder discricionário daquele que exerce o papel da Administração Pública. Logo, ele vai corresponder “ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os *standards* comportamentais que a sociedade deseja e espera”⁶³.

Cumprido, aqui, fazer uma referência acerca do conceito de discricionariedade, veja-se:

Tendo em vista os interesses que lhe cumpre proteger, realizar e assegurar, a Administração está adornada de prerrogativas que lhe são conferidas pelo sistema normativo a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente os escopos consagrados como próprios da coletividade⁶⁴.

Ou seja, os atos da Administração têm uma causa final, que é o interesse público, o interesse da coletividade. Assim, o administrador que, extrapolando o seu poder discricionário, e no lugar de agir dentro do interesse geral, tomar uma decisão em desconformidade com a legislação e com os princípios concernentes ao Poder Público, estará infringindo a moralidade administrativa.

Por estes fundamentos, verifica-se que o princípio da moralidade administrativa - que não se trata da moral comum, mas sim da moral jurídica, esta última entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas do âmbito da Administração - compreende em seu contexto de diretrizes de conduta, como, por exemplo, a lealdade, a boa-fé e a ética. Ou seja, é necessário que os agentes da Administração atuem de acordo com a moralidade, com a licitude:

⁶³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed.rev.ampl. São Paulo, 2000. p. 53.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira da. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 381.

A moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum o que, contudo, não as antagoniza, pelo contrário, são complementares. A moralidade administrativa é composta de regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre os valores antagônicos bem e mal; legal e ilegal; justo e injusto - mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa. Vislumbra-se nessa regra um caráter utilitário que é dado por sua intensa carga finalista⁶⁵.

Logo, o agente público no exercício da sua função administrativa, somente pode agir de acordo com a moral e os princípios jurídicos administrativos, sem abusar do poder que lhe é inerente, através de atitudes que, unicamente, referem-se aos seus próprios princípios e interesses.

Para Juarez Freitas o princípio da moralidade deve ser identificado como o da justiça, em que os atos administrativos devem ser realizados de maneira fundamentada e racional, utilizando-se, para tanto, as orientações e os valores expressos na legislação vigente - como a lealdade, a boa-fé - a fim de não promover lesões alusivas à moral, por atos que acusem a falta de probidade e honradez⁶⁶.

Em suma, a moralidade é o princípio que deve objetivar toda a ação administrativa, sendo defeso ao administrador o agir dissociado dos conceitos de honestidade, boa-fé, respeito à igualdade, lealdade, dignidade da pessoa humana e demais preceitos. Deste modo, aquele que não observar tais condutas estará afrontando o princípio da moralidade administrativa, estando, portanto, sujeito às sanções administrativas e judiciais previstas em lei.

3.2.3 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade decorre do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a publicidade é requisito fundamental para o controle dos cidadãos acerca da conduta dos governantes e administradores⁶⁷. Dessa forma, tal princípio determina que todos os atos administrativos, por serem públicos, devem proporcionar a todos os cidadãos o maior conhecimento possível do que está sendo realizado pelo poder público⁶⁸. Em outras palavras,

⁶⁵ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Ética e administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

⁶⁶ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 67-68.

⁶⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo**. 9.ed.rev.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p.147.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 649.

pode-se dizer que “todos os mecanismos de garantia atribuídos aos administrados, quer indivíduos ou coletivos, dependem de ampla publicidade” para se concretizarem⁶⁹:

Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos. Só com a transparência dessa conduta é que poderão os indivíduos aquilatar a legalidade ou não dos atos e o grau de eficiência de que se revestem⁷⁰.

Diante disso, conclui-se que em um Estado em que o poder emana do povo, não pode se esconder dos administrados assuntos que a todos interessam, ou seja, corresponde ao direito de informação sobre assuntos públicos (também previsto constitucionalmente)⁷¹. Portanto, para que ocorra a publicidade, é necessário que a Administração publique o ato em jornal oficial ou por meio de edital afixado no lugar de divulgação dos órgãos públicos. Exclusivamente, após a publicidade do ato é que ele se torna eficaz, em outras palavras, a publicidade é requisito de eficácia e moralidade para a ação administrativa⁷².

Ou seja, somente com a publicidade dos atos realizados pela Administração Pública é possível que os cidadãos tenham conhecimento das ações realizadas pelo poder público e, da mesma forma, é com isto que se pode auferir a moralidade daquela ação. Logo, somente com a publicidade é possível concretizar a eficácia do ato administrativo tornando-se válido perante terceiros:

Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamento das licitações e contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isso é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado e dele obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais⁷³.

Desse modo, para que surta os efeitos desejados pelo poder público, a publicidade deve ser feita em órgão oficial, não sendo considerada a mera notícia falada, mesmo que em programas destinados a noticiar assuntos diários. Ademais, em alguns casos dispostos na lei, a

⁶⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed.rev.ampl. São Paulo, 2000. p. 57.

⁷⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 4.ed.rev.ampl.atual. com EC nº 19/98 (Reforma Administrativa) e EC nº 20/98 (Reforma da Previdência). Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris Ltda, 1999. p. 14.

⁷¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 84.

⁷² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p.650.

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 89.

publicidade dos atos administrativos deve atender a exigências específicas, como, por exemplo, publicação em três dias consecutivos, prazo para publicação, ou, ainda, publicação em locais diversos (em jornal oficial e em edital afixado no local de determinada entidade).

Da mesma forma que os demais princípios, além de prever o princípio da publicidade, a Constituição Federal de 1988 previu a proteção de tal diretriz, para mais de uma situação. Primeiramente, em seu artigo 5º, inciso XXXIII, reconheceu a todos os cidadãos o direito de receber do poder público informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo. Ainda, no mesmo artigo, todavia, no inciso XXXIV, é assegurado ao cidadão o direito de petição para formular qualquer tipo de postulação e de obter certidões em repartições públicas, independente de pagamento de taxa e, por fim, há no texto constitucional a previsão de outros meios, porém judiciais de assegurar esse direito, como: o *habeas data*, o mandado de segurança e a ação popular⁷⁴:

O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais – mandado de segurança (art. 5º, LXIX), direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”), ação popular (art. 5º, LXXIII), “habeas data” (art. 5º, LXXII), suspensão dos direitos políticos por improbidade administrativa (art. 37, §4º) -, e para tanto a mesma Constituição impõe o fornecimento de certidões de atos da Administração, requeridas por qualquer pessoa, para defesa de direitos ou esclarecimento de situações (art. 5º, XXXIV, “b”), os quais devem ser indicados no requerimento⁷⁵.

Ademais, outro aspecto que deve ser enfatizado é de que o princípio da publicidade não pode ser distorcido, ou seja, não é permitida a publicidade com o intuito de veicular imagens ou símbolos que caracterizem a promoção pessoal dos administradores. Evidente que, ao conter o nome de alguma autoridade responsável pela obra, serviço ou campanha – por exemplo - não se está infringindo o referido princípio, pois se refere, apenas, de informação aos cidadãos. Nesse sentido, é que no § 1º do artigo 37 do texto constitucional, há a proibição de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos. Todavia, o sentido da publicidade dos órgãos públicos deve ser impessoal, não podendo caracterizar promoção de autoridades ou servidores públicos.

Contudo, existem casos em que a legislação restringe a publicidade dos atos administrativos, quais sejam: defesa da intimidade ou do interesse social, bem como em casos

⁷⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 4.ed.rev.ampl.atual. com EC nº 19/98 (Reforma Administrativa) e EC nº 20/98 (Reforma da Previdência). Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris Ltda, 1999. p. 15.

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 88.

em que o sigilo é imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, como exemplo, o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal.

Conclui-se, então, que o princípio da publicidade, além de ser elemento caracterizador de um Estado Democrático de Direito, é imprescindível para a eficácia e validade dos atos administrativos, visto que, sem a publicidade, estes se tornam ineficazes e até mesmo ilegais.

3.2.4 *Princípio da Eficiência*

O princípio da eficiência determina que a atividade administrativa deve ser, acima de tudo, exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional⁷⁶. Ele pode ser analisado sobre dois aspectos, quais sejam: o modo de atuação do agente público e o modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública; todavia, nos dois casos, significa melhorar o desempenho de atuação e prestação, tanto do servidor público, como do poder público em geral.

Alexandre de Moraes lecionou sobre o conceito do princípio da eficiência:

(...) é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social. Note-se que não se trata da consagração da tecnocracia, muito pelo contrário, o princípio da eficiência dirige-se para a razão e fim maior do Estado, a prestação dos serviços públicos sociais essenciais à população, visando a adoção de todos os meios legais e morais possíveis para a satisfação do bem comum⁷⁷.

Para Lucia Vale Figueiredo o legislador, ao incluir esse princípio através da Emenda Constitucional 19/98, quis dizer que a Administração deveria agir com eficácia, ou seja, os atos realizados pelos agentes públicos devem ser suficientemente úteis para alcançar a eficiência⁷⁸. Entretanto, esse princípio deve ser visto em conformidade com o da legalidade, uma vez que, tão-somente, com a observância das diretrizes legais é que será possível alcançar a eficácia dos atos administrativos⁷⁹.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 90.

⁷⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 293.

⁷⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed.rev.ampl. São Paulo, 2000. p. 60.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira da. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 92.

Portanto, o poder público tem o dever de prestar uma boa administração aos cidadãos, realizando suas atividades com rapidez, perfeição e rendimento, satisfazendo, assim, os interesses da coletividade. Entretanto, em algumas situações, devida a falta de instrumentos suficientes, os órgãos públicos não conseguem executar de maneira eficiente os atos administrativos que lhes competem⁸⁰:

Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população. Eficiência contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão[...]⁸¹.

Desse modo, verifica-se que o princípio da eficiência dispõe acerca do fazer acontecer com eficiência, ou seja, com racionalidade, a fim de alcançar os melhores e máximos resultados que saciem as necessidades do interesse público. Logo, se busca o maior benefício pelo menor custo possível⁸².

Portanto, para que se tenha uma Administração Pública que satisfaça às necessidades da população, é necessário que os agentes públicos cumpram as suas funções da maneira mais eficaz possível, ou seja, com celeridade, qualidade, imparcialidade, entre outros fatores que auxiliam no bom andamento dos atos do poder público.

3.2.5 *Princípio da Motivação*

A motivação pública surgiu como resultado do fim do absolutismo, no qual predominava a vontade do monarca, e como consequência da criação do princípio da legalidade. Ou seja, num Estado Democrático de Direito, é fundamental que os cidadãos saibam as razões pelas quais são tomadas as decisões administrativas⁸³.

Assim, por meio desse princípio, o agente público deve justificar a sua ação administrativa, indicando os fatos e os pressupostos jurídicos que fundamentaram a sua prática⁸⁴. Em outras palavras, todo e qualquer ato administrativo, seja vinculado, seja

⁸⁰ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 4.ed.rev.ampl.atual. com EC nº 19/98 (Reforma Administrativa) e EC nº 20/98 (Reforma da Previdência). Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris Ltda, 1999. p. 15.

⁸¹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo**. 9.ed.rev.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 149.

⁸² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 651.

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira da. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 83.

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 91.

discricionário, deve trazer os motivos de fato e de direito que o justifiquem na medida em que precede a esse ato uma decisão de autoridade administrativa competente.

Cabe ressaltar que a motivação não pode ser dispensada, ela é obrigatória, independente de determinação expressa do texto legal. Tal requisito é fundamental, visto que, tão-somente, com a motivação, ou seja, com a exposição dos motivos que levaram o agente público agir daquela maneira, é que será possível auferir a legalidade ou não do ato administrativo⁸⁵.

Assim, referido princípio implica no dever da Administração Pública justificar, ou seja, explicar, motivar os seus atos, sob pena de serem considerados ilegais. Evidente que, em muitas situações, o fundamento para a ação já está previsto em lei, sendo suficiente, apenas, a referência ao dispositivo legal⁸⁶. Dessa maneira, observa-se que a motivação não exige formas específicas para o ato, ela pode ocorrer concomitante ou não com a ação, pode ser feita, também, por órgão diverso do que proferiu a decisão, entre outras formas.

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXV, o dever constitucional de motivar as ações administrativas, assegurando ao cidadão o direito à apreciação judicial, nos casos de ameaça ou lesão de direito⁸⁷:

Em conclusão, com a Constituição de 1988 consagrando o princípio da moralidade e ampliando o do acesso ao judiciário, a regra geral é a obrigatoriedade da motivação, para que a atuação ética do administrador fique demonstrada pela exposição dos motivos do ato e para garantir o próprio acesso ao Judiciário⁸⁸.

Portanto, fica evidenciada a necessidade da Administração Pública aplicar, em conjunto todos os princípios que regem a atuação do poder público, a começar pela motivação dos seus atos, demonstrando ao cidadão os motivos, fundamentos e, ainda, a base legal que justifique a ação administrativa.

Logo, observa-se que a motivação é uma exigência do Estado de Direito, ao qual é inerente, entre outros direitos dos administrados, o direito a uma decisão fundada, motivada, com explicitação dos motivos. Conclui-se, então, que o princípio da motivação determina que o Poder Público, em todos os seus atos, deve apresentar as razões que o levaram a tomar uma decisão.

⁸⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed.rev.ampl. São Paulo, 2000. p. 48.

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira da. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 82.

⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira da. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 83.

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 93.

Assim, a ocorrência de motivação, abre possibilidade de desvio ou abuso de poder, dada a dificuldade ou, mesmo, a impossibilidade de efetivo controle judicial, pois, tão-somente pela motivação é possível aferir a verdadeira intenção do agente, bem como se foram cumpridos os requisitos legais para tal ato.

4 APOSENTADORIA E DESAPOSENTAÇÃO

4.1 CONCEITO

Aposentadoria está vinculada ao momento em que o segurado busca o seu direito a um benefício remunerado, após cumprir todas as exigências junto à instituição previdenciária e tem o seu pedido deferido. É materializada por meio de ato administrativo, pois emana do Poder Público, de modo vinculado, reconhecendo ao beneficiário o direito em receber sua prestação.

A aposentadoria é um direito do trabalhador, garantido constitucionalmente no inciso XXIV do art. 7º, sendo normatizado nos artigos 40 (servidor público) 201 (previdência social obrigatória) e 202 (regime de previdência privada), e, regulamentado pelas Leis de Custeio e Benefício da Previdência Social, ns. 8.212/91 e 8.213/91.

Nesse sentido, cabe diferenciarmos aposentação de aposentadoria: aposentação é o ato capaz de produzir a mudança do status previdenciário do segurado, de ativo para inativo, enquanto a aposentadoria surge com a aposentação, seguindo em curso até extinguir-se.

Cuida-se de artifício admissível para possibilitar a revisão de benefício e melhoria deste, mesmo entre regimes previdenciários distintos, de modo que o tempo de contribuição total do segurado seja utilizado nas regras atualmente vigentes.

Celso Barroso Leite considera a aposentadoria como uma espécie de poupança coletiva uma modalidade especial de seguro:

(...) embora se trate de poupança coletiva, base esta na participação individual. É a união que faz a força, mas na realidade cada um de nós está cuidando de si mesmo e

só depende dos outros na medida que os outros dependem de nós. [...] Falando em termos mais técnicos a previdência social e um seguro obrigatório.⁸⁹

Segundo Fabio Zambitte Ibrahim, a desaposeitação:

“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.”⁹⁰

Martinez também oferece sua definição, e apresenta a desaposeitação como:

“ato administrativo formal vinculado, provocado pelo interessado no desfazimento da manutenção das mensalidades da aposentadoria, que compreende a desistência com declaração oficial desconstitutiva. É o inverso da aposenteição; voltar ao estágio em que se encontrava quando da concessão do benefício.”⁹¹

Duas hipóteses de desaposeitação são reconhecidas: averbação de tempo de contribuição em outro regime previdenciário ou contagem deste tempo no mesmo regime, em ambas buscando-se benefício mais vantajoso.

O desenvolvimento histórico da desaposeitação mostra que o instituto técnico evoluiu nos anos de 1996/2009, acrescido com contribuições jurisprudenciais e doutrinárias.⁹²

O marco inicial desta possibilidade trata-se do juiz classista, cuja aposentadoria de legislação específica desapareceu com a lei n. 9.528/97, pode-se dizer que a lei n. 6.903/81 é o marco inicial normativo federal dessa possibilidade.

O art. 9º previa “Ao inativo do tesouro Nacional ou da Previdência Social que estiver no exercício do cargo de Juiz Temporário e fizer jus a aposentadoria nos termos desta Lei, é lícito optar pelo benefício que mais lhe convier, cancelando-se aquele excluído pela opção.”⁹³

4.2 MOTIVOS QUE DERAM ORIGEM AO SURGIMENTO DA DESAPOSEITAÇÃO

⁸⁹ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, *Desaposeitação*, RPS, ano XXIX, n.301, dez. 2007, p.784-785.

⁹⁰ IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Desaposeitação**. 4.ed. Niterói: Impetus, 2010, página 35.

⁹¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposeitação**. São Paulo: LTr, 2010, p.22.

⁹² Ibidem, p.21.

⁹³ Ibidem, p.22.

A desaposentação surge, “com a continuidade laborativa da pessoa jubilada, a qual pretende, em razão das contribuições vertidas após a aposentação, obter novo benefício, em melhores condições, em razão do novo tempo contributivo”.⁹⁴

Fábio Zambitte Ibrahim mostra-nos duas situações clássicas acerca da desaposentação:⁹⁵

“A primeira ocorre em relação a segurado que se aposenta precocemente e continua laborando, mantendo-se vinculado ao RGPS ou regime próprio, vertendo suas contribuições normalmente. Após encerrar de maneira efetiva sua atividade profissional, o beneficiado nada poderia demandar do Poder Público, pois, por ser aposentado, seu novo tempo de contribuição seria inútil para a produção de incremento do benefício. A segunda situação toma lugar em razão do segurado que muda de regime previdenciário, em especial quando ele pertencer ao RGPS, e, já estando aposentado, lograr aprovação em concurso público, tomando posse em cargo efetivo, vinculado nessa condição a regime próprio de previdência. A tendência natural é o segurado desejar averbar seu tempo de contribuição no novo regime, o que não lhe é permitido por já gozar de benefício do regime de origem. A desaposentação excluiria o vínculo do segurado com o regime de origem e possibilitaria emissão de certidão por tempo de contribuição, com a respectiva averbação em regime próprio.”

O que os segurados visam com a desaposentação nada mais é do que uma forma de materializar a regra de contra partida, onde eles segurados contribuem e mediante esse recolhimento visam alcançar uma forma de retorno por parte do instituto previdenciário, alcançando assim uma majoração do seu benefício.

Todos saem ganhando se for seguida uma regra justa entre segurado e regime previdenciário. O que se deve alcançar para isso é um justo meio termo, pois não só os aposentados que são contribuintes obrigatórios vão contribuir com a previdência, mas todos que estiverem exercendo atividade, retirando um grande grupo da informalidade, e ao mesmo tempo auxiliando na constituição de um fundo previdenciário mais sólido.

4.3 SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DO APOSENTADO QUE RETORNA AO TRABALHO

As contribuições que o segurado verteu desde que se aposentou não mais serão consideradas como as de aposentado novamente filiado, mas sim como contribuinte ativo. Durante o tempo em que o benefício foi mantido, se o segurado voltou ao trabalho, as

⁹⁴ IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Desaposentação**. 4.ed. Niterói: Impetus, 2010.

⁹⁵ Ibidem, p. 38 – 39.

contribuições que então verteu serão consideradas para futuros benefícios no RGPS ou fora dele.

A contribuição do segurado que retornava ao trabalho, já teve regulamentada sua devolução através do “pecúlio – devolução da contribuição do segurado aposentado que retornava ao trabalho, remonta à Lei n. 6.243, de 1975, em seu artigo 1º, as legislações previdenciárias posteriores mantiveram tal tema até dezembro de 1993”.⁹⁶

Com base nesse entendimento:

Suas contribuições vertidas para o sistema deveriam ser devolvidas em parcela única quando cessasse de trabalhar. Nítido era o entendimento acerca da ausência de qualquer outra contraprestação por parte do órgão previdenciário, pois suas contribuições não seriam capazes de lhe beneficiar uma nova aposentadoria ou mesmo melhorar a que já recebia.⁹⁷

A Seguridade Social traz como princípio basilar de sua existência e manutenção a necessidade de haver um liame, forte, robusto, entre o segurado e quem lhe garante a segurança. Como foi trabalhado ao longo de toda a evolução da sociedade e a seguridade social, este liame chama-se prestação *versus* contraprestação.

Instaura-se o caos jurídico,... “em dezembro de 1993 com a edição de medida provisória cancelando o pecúlio. Em 25 de Março de 1994 com a edição da Lei 8.861, que acrescentou o §4º, no art.12 da lei 8.212 obrigando a contribuição do aposentado que retornasse ao trabalho”.⁹⁸

Em um primeiro momento as contribuições eram devolvidas em forma de pecúlio, em um segundo momento elas se tornam irrestituíveis e obrigatórias, e no terceiro momento torna isenta a contribuição.

Sobre a isenção da Contribuição:

A lei n. 8.870, de 15 de abril de 1994, diferentemente da legislação anterior, determinou em seu art. 24, a isenção da contribuição do aposentado que retornasse ao trabalho, inclusive em seu art. 29 determinando a revogação expressa do § 4º, no art. 12 da lei 8.212, que já havia ingressado no ordenamento jurídico apenas 21 dias antes.⁹⁹

A isenção, todavia, foi revogada, pela “Lei n. 9.032, em 28 de abril de 1995, a qual revogou a isenção das contribuições e acrescentou novamente ao art. 12 da lei 8.212/91 o § 4º

⁹⁶ MOURA, Demis Ricardo Guedes de. A Contribuição do Aposentado que Retorna ao Trabalho, **RPS**, n.283, jun. 2004, p.534.

⁹⁷ Ibidem, p.534.

⁹⁸ Ibidem, p.534.

⁹⁹ Ibidem, p.535.

prevendo o aposentado que retornasse ao trabalho como contribuinte obrigatório da seguridade social”.¹⁰⁰

Pois bem, em que concerne a contribuição do segurado, senão... “a possibilidade de tais recursos anteriormente recolhidos serem convertidos em benefícios. Uma vez aposentado de mais nada serve”¹⁰¹

Em contrapartida a previdência social, tenta justificar a contribuição com base no que se poderia chamar de modo bismarckiano de proteção social, ou sinistro/prêmio:

“... ainda que de forma sutil, o esquema em que se calça o financiamento da seguridade social guarda relação com o arquetipo do vetusto contrato de seguro que, como sabemos, inspirou o modo bismarckiano de proteção social”.¹⁰²

Para Ricardo Guedes de Moura, a relação sinistro/prêmio, segundo o qual quanto maior venha a ser estimado o risco de sinistro tanto maior será o premio vertido pelo tomador, também se mostra presente na relação securitária.

Porém tal fundamentação é totalmente contrária ao que prevê nossa Carta Magna em seu:

Art. 195, § 5º, estabelece a regra de contra partida entre o custeio e o benefício. Tal dispositivo legal foi exemplarmente analisado pelo professor Wagner Balera, onde comenta: A regra importa em verdadeira proibição constitucional a instituição de novas fontes de custeio sem destinação precisa, assim como em proibição expressa de criação de novas prestações sem a adequada cobertura financeira.¹⁰³

Analisando assim a letra fria da lei, podemos constatar... “a impossibilidade de criação de benefícios sem devida contraprestação pecuniária, a contrário sensu seria indevida cobrança de contribuição pecuniária sem a devida contraprestação previdenciária” (BALERA apud MOURA, 2004, p.535).¹⁰⁴

Voltamos a constatar a presença da gênese da seguridade social, agora reconhecida em texto constitucional. Há uma invariável durante o passar dos séculos, e consideramos como principal responsável pelo sucesso alcançado pela Seguridade Social, em sua escala evolutiva, qual seja o liame criado pelo antagonismo prestação *versus* contraprestação. Confrontar tal princípio é colocar claramente em risco, as fundações do sistema

¹⁰⁰ MOURA, Demis Ricardo Guedes de. **A Contribuição do Aposentado que Retorna ao Trabalho**, RPS, n.283, jun. 2004, p.535.

¹⁰¹ Ibidem, p.535.

¹⁰² Ibidem, p.535.

¹⁰³ Ibidem, p.535.

¹⁰⁴ Ibidem, p.535.

previdenciário, que por sua vez foi construído sobre a pedra basilar de todo um sistema milenar.

4.4 NATUREZA DO ATO DA DESAPOSENTAÇÃO

O pedido de desaposentação “... é ato administrativo formal vinculado, provocado pelo interessado no desfazimento da manutenção da aposentação, que compreende a desistência com declaração oficial desconstitutiva”. Depende claramente da manifestação de vontade do segurado.¹⁰⁵

Portanto “desaposentar compreende renúncia às mensalidades da aposentadoria usufruída, a abdicação do direito de se aposentar, que se mantém potencialmente indestrutível”.¹⁰⁶

O tempo de serviço deve ser considerado:

Para o juiz Wellington Mendes de Almeida a renúncia a aposentadoria não implica renúncia ao próprio tempo de serviço que serviu de base para a concessão do benefício, se trata de direito incorporado ao patrimônio do trabalhador, que dele pode usufruir dentro dos limites legais (Acórdão da 6ª Turma do TRF 4ª Região, na Apelação Cível n. 0404738-I, in DJ de 6.9.98, p.516).¹⁰⁷

É possível, todavia, após a edição do Decreto 6.208/07, o qual altera o artigo 181-B do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3048/99, que haja a desistência do pedido, desde que não tenha havido o recebimento do primeiro pagamento do benefício nem saque do Fundo de Garantia (FGTS) ou do Programa de Integração Social (PIS).

Não haveria, portanto possibilidade jurídica do interessado em reverter o benefício previdenciário, não só pela necessidade de observar-se o ato jurídico perfeito, mas também devido à lógica protetiva do sistema previdenciário. Se o ato foi legítimo, legal e regular, não poderia ser desfeito, conforme preconiza a Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXVI.

No caso em tela, todavia, o ato jurídico perfeito é uma proteção do cidadão, não do órgão gestor, eis que compõe o patrimônio jurídico do indivíduo, uma segurança sua, não podendo o ato jurídico ser argüido contra o desaposentante, engessando um direito maior, que é o de melhorar sua condição de vida.

¹⁰⁵ IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Desaposentação**. 4.ed. Niterói: Impetus, 2010.

¹⁰⁶ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2010, p.30.

¹⁰⁷ Ibidem, p.30.

4.5 JUSTIFICATIVAS DA PREVIDÊNCIA PARA INDEFERIR O PEDIDO A DESAPOSENTAÇÃO

Irreversibilidade, “significa, em boa verdade, a impossibilidade de retornar-se ao *status quo ante*, e isso porque a aposentadoria seria um ato jurídico perfeito e acabado, que somente poderia ser desfeito em razão do óbito ou pelo Poder Público em caso de erro ou fraude no ato concessório”.¹⁰⁸

É importante destacar que:

a irreversibilidade tem como referencial a situação jurídica considerada, e não o direito ao benefício. O que é irreversível, segundo o Decreto, não é o direito à aposentadoria, mas o respectivo ato concessório. A situação jurídica de gozo do benefício, uma vez presente, e, ressalvadas as hipóteses excepcionais, não pode deixar de existir, tendo em vista a perfeição e acabamento do ato administrativo que lhe deu causa”.¹⁰⁹

A irrenunciabilidade:

está ligada ao próprio direito a prestação. O que se veda aqui é que o segurado renuncie, ou seja, abdique o direito à jubilação. Na verdade, a sua positivação expressa decorreu até de cautela excessiva do ente regulamentador; afinal, pelo caráter substitutivo de renda da aposentadoria, que acaba lhe conferindo, por via consequencial, a natureza nitidamente alimentar, seria de todo razoável a possibilidade de renúncia a esse direito.¹¹⁰

Tamanho conflito não é algo simples de se resolver. Primeiramente se a irreversibilidade é para com o ato concessório, e a irrenunciabilidade proíbe que o segurado abdique sua jubilação. Precisamos, assim, encontrar um meio termo, seguindo essa linha se mantivermos o benefício e depois revisássemos a renda, com a inclusão proporcional de suas contribuições posteriores.

Realmente, a segurança das relações institucionais aponta para a irreversibilidade. Todavia, a não definitividade poderia ser invocada pelo titular do direito, em busca da melhoria de seu benefício.

Cabe ressaltar, todavia, em relação à renúncia de aposentadorias, “Segundo a versão originária do projeto em epígrafe, mediante acréscimo de parágrafo único ao art. 54 da Lei n.

¹⁰⁸ LEITÃO, Andre Studart. **Aposentadoria Especial**. São Paulo: Quarter Latin, 2007, p.230-231.

¹⁰⁹ Ibidem, p.230-231.

¹¹⁰ Ibidem, p.230-231.

8.213/91, o beneficiário poderia renunciar a qualquer tempo a aposentadoria por tempo de contribuição que servira de base para a concessão do benefício”.¹¹¹

E a aposentadoria por idade:

Ao prever a possibilidade de renúncia à aposentadoria por tempo de contribuição ou especial, surgiram discussões sobre a possibilidade ou não de renúncia a aposentadoria por idade (arts. 48 a 51). Uma dúvida consistiria quanto à provável lacuna da norma ou sobre a intenção do legislador em tratar modo diferente o aposentado por idade. Nada justificaria um tratamento diferenciado, em razão da idade, em ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III, da CF) e da isonomia (art.5 caput, da CF), bem como do objetivo fundamental de promover o bem de todos, sem preconceito inclusive de idade (art. 3, IV, da CF).¹¹²

Assim como os aposentados por idade, em nossa caminhada vamos provar que a lei fora falha ao trabalhar desigualmente, no que diz respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso III, da CF) e da isonomia (art.5 caput, da CF), bem como do objetivo fundamental de promover o bem de todos.

A legislação previdenciária é omissa no assunto, sendo a posição atual dada pelo Decreto n 3048.99, que prega a impossibilidade da desaposentação. A alegação é no sentido de que não há previsão acerca da possibilidade da desaposentação no RGPS, o que impossibilita sua concessão pela autarquia previdenciária. Os Regimes Próprios também são omissos na matéria, tratando apenas da **reversão** (retorno ao trabalho no cargo público, com a perda do benefício previdenciário, conforme artigo 25 da Lei 8.112/90), no interesse da Administração Pública, constituindo mero ato discricionário.

Há também o argumento do custo administrativo, em relação ao custo em si, especialmente para a figura da cobrança de valores ao desaposentante, tendo em vista a ofensa ao equilíbrio financeiro do RGPS.

O ato concessório da aposentadoria assume a condição de ato jurídico perfeito, sendo então inalcançável por novas disposições legais, com amparo constitucional (art. 5, XXXVI, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”), constituindo cláusula pétrea, com o intuito de resguardar direitos individuais e coletivos, mantendo-os a salvo de eventuais mudanças legislativas.

¹¹¹FIGUEIREDO, Antonio Borges de; OLIVEIRA, Marcela Gallo de. Renúncia à Aposentadoria (DESAPOSENTAÇÃO), **RPS**, n.314, Jan. 2007, p.24-25.

¹¹²Ibidem, p.24-25.

4.6 POSSIBILIDADE DO CANCELAMENTO AUTOMÁTICO DO BENEFÍCIO

Na aposentadoria por invalidez, é cabível o cancelamento da aposentadoria automaticamente, em caso de retorno voluntário ao trabalho (art. 46 da Lei n. 8.213/91) com resultado analógico ao da renúncia a aposentadoria (desaposentação); ou gradativamente por recuperação da capacidade para o trabalho (art. 47 da Lei n. 8.213/91).¹¹³

A aposentadoria especial, por sua vez, pode ser:

Cancelada automaticamente se o respectivo beneficiário continuar no exercício ou operação que o sujeite aos agentes nocivos previstos na relação referida no art. 58 (art. 57, § 8º, da Lei n.8.213/91). Seria inócua eventual proibição de renúncia à aposentadoria especial, pois simples exercício de trabalho sujeito a certos agentes é suficiente para o cancelamento automático do referido benefício, o que levaria a resultados análogos ao da renúncia.¹¹⁴

Retomamos esses dois tópicos para confrontar com a desigualdade questionada acima que de certa forma autoriza uma espécie de renúncia. Favorecendo alguns e desfavorecendo outros, mas com apoio legal, e perfeitamente possível.

A Lei 8.112/90, em seu artigo 24, alude à volta ao trabalho do servidor aposentado por invalidez que recuperou a higidez, sem se confundir, todavia, com a desaposentação.

4.7 JUSTIFICATIVA PARA O PEDIDO DE DESAPOSENTAÇÃO

O pedido de desaposentação “é interessante para o segurado em duas situações: a) Quando ele pretende migrar para outro regime previdenciário; b) Quando ele pretende majorar o coeficiente de cálculo de seu benefício”.¹¹⁵

Com relação à primeira hipótese, ela se justifica porque o sistema previdenciário público brasileiro ainda não se caracteriza pela unidade regimental, existindo, cumulativa e simultaneamente, o regime geral, em que se incluem os trabalhadores da iniciativa privada, e os regimes próprios dos servidores públicos.¹¹⁶

¹¹³FIGUEIREDO, Antonio Borges de; OLIVEIRA, Marcela Gallo de. Renúncia à Aposentadoria (DESAPOSENTAÇÃO), *RPS*, n.314, Jan. 2007, p.24-25.

¹¹⁴Ibidem, p.24-25.

¹¹⁵LEITÃO, Andre Studart. *Aposentadoria Especial*. São Paulo: Quarter Latin, 2007, p.233.

¹¹⁶Ibidem, p.233.

Com relação à segunda hipótese, a desaposentação também pode versar sobre a majoração do valor do benefício nos seguintes casos:

- a) não sendo integrais as rendas dessas aposentadorias, o beneficiário possui interesse de que as contribuições vertidas após o gozo do benefício sejam posteriormente incorporadas ao histórico contributivo e, conseqüentemente, majorado, o coeficiente de cálculo de sua prestação.
- b) tem como finalidade aproveitar, num mesmo ou em outro regime previdenciário, o tempo de serviço que deu causa a essa prestação. Abdica-se de um benefício para receber outro mais vantajoso, sob o ponto de vista monetário.¹¹⁷

O segurado, ao requerer junto ao INSS o seu pedido de desaposentação, exige, para a sua efetivação, a desconstituição ou desfazimento da aposentadoria para que se viabilize a postulação de um ou outro benefício, tendo em vista que é inadmissível a acumulação de proventos. Segue-se do exposto, que tal desfazimento se dá mediante renúncia por parte do titular do benefício, com vistas a obter uma nova aposentadoria mais vantajosa.

A Previdência Social, no entanto, não acolhe o direito de renúncia da aposentadoria, manifestando-se no sentido de que o tempo de serviço utilizado para fins de aposentadoria não pode ser computado para a obtenção de um novo benefício.

Por outro lado, o direcionamento da doutrina e da jurisprudência firma-se no sentido de reconhecer a **renúncia**. Previdenciariamente, trata-se da abdicção de um direito pessoal disponível se não causar prejuízos para terceiros. Não é sinônimo de desaposentação que exige uma nova aposentação.

A renúncia não põe fim ao direito à prestação, apenas suspende seu exercício como direito. O limite maior em relação à discricionariedade que goza o titular do direito de exercê-lo é o interesse público e a possibilidade de que terceiros sejam afetados.

O desfazimento do ato de aposentação não pode causar danos para o plano de benefícios do RGPS ou do RPPS, prevalecendo a idéia de que a renúncia tem de restabelecer o *status quo ante*, como se o segurado nunca tivesse se aposentado.

José Ricardo Caetano Costa (2006) afirma que a renúncia à aposentadoria é perfeitamente válida, visto tratar-se de um direito patrimonial disponível, salientando que, ao contrário do que se dá com a aposentação, que consiste em um ato constitutivo positivo, a desaposentação significa um ato desconstitutivo negativo, e o titular do direito pode, a qualquer tempo, requerer a cessação do ato concessório do seu benefício.

¹¹⁷LEITÃO, Andre Studart. **Aposentadoria Especial**. São Paulo: Quarter Latin, 2007, p.233-234.

Complementando a idéia anterior é importante ressaltar o que diz André Santos Novaes (2003) que a disponibilidade refere-se aos proventos adquiridos e não propriamente ao direito à aposentadoria. Este continua intacto visto consistir em direito de ordem pública, cuja disposição não se vincula à vontade do seu titular. Portanto a renúncia à aposentadoria é possível sim, na medida em que alude à percepção de proventos o caráter público é indisponível visa oferecer uma garantia ao segurado quanto ao seu direito e não ao poder público.¹¹⁸

Cabe aqui salientar que a desaposentação não põe fim ao benefício como um direito, tendo em vista a definitividade e a irrenunciabilidade das prestações previdenciárias. Quando lhe convier, o segurado pode requerer novamente a prestação, que poderá ser restabelecida a contar da data em que foi solicitada.

Sobre a restituição dos valores recebidos, esse tema é alvo de discussões homéricas. Para a solução destas, deve se levar em consideração qual a natureza do benefício em sua essência. A resposta é simples: natureza alimentar, pois sua destinação é a subsistência do aposentado.

Conseqüentemente deve ser levado em consideração o Princípio da Irrepetibilidade ou não Devolução dos Alimentos, princípio existente para proteger o indivíduo. Tal posicionamento vem sendo adotado pelos tribunais pátrios, entre eles o STJ, que reconhece o caráter alimentar do benefício previdenciário. Vejamos:

Uma vez reconhecida a natureza alimentar dos benefícios previdenciários é inadmissível a pretensão de restituição dos valores pagos aos segurados, em razão do princípio da irrepetibilidade ou da não-devolução dos alimentos (STJ, AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 697397, Processo: 200401512200 UF: SC, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 19/04/2005 DJ DATA:16/05/2005 PÁGINA:399).(KRAVCHYCHYN, 2008, p.8-9).¹¹⁹

Portanto, tendo o INSS indeferido o pedido de desaposentação na via administrativa, cabe agora ao segurado buscar seus direitos na via judicial, para isso no próximo tópico iremos analisar decisões judiciais sobre o tema por demais controverso.

Primeiramente iremos confrontar as decisões judiciais, destacando delas os tópicos favoráveis e desfavoráveis ao instituto da desaposentação. Daremos ênfase às decisões favoráveis seguindo a linha de raciocínio em que se defende a tese do reconhecimento ao direito da desaposentação.

¹¹⁸ LEITÃO, Andre Studart. **Aposentadoria Especial**. São Paulo: Quarter Latin, 2007, p.233-234.

¹¹⁹ KRAVCHYCHYN Gisele Lemos. **DESAPOSENTAÇÃO – Fundamentos jurídicos, posição dos tribunais e análise das propostas legislativas**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=559>. Acesso em: 30. Out. 2010.

4.8 DECISÕES JUDICIAIS SOBRE DESAPOSENTAÇÃO

Como já vem sendo trabalhado, o instituto da desaposentação encontra-se em construção, razão esta responsável por causar grandes discussões na esfera jurídica e muitas divergências no que tange às decisões judiciais, como veremos a seguir.

4.8.1 *Renúncia Mediante Restituição de Valores*

Admitindo-se a renúncia à aposentadoria, surge a questão de eventual restituição dos valores percebidos pelo segurado durante o período em que permaneceu como beneficiário:

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO PARA APOSENTADORIA NO MESMO REGIME PREVIDENCIÁRIO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS À TÍTULO DE APOSENTADORIA. PARCIAL PROCEDÊNCIA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

1. Não havendo vedação constitucional ou legal, o direito à inatividade é renunciável, podendo o segurado pleitear a sua desaposentação, especialmente por ser a aposentadoria direito disponível, de nítida natureza patrimonial.
2. Entretanto, ao se conferir o direito à desaposentação para a obtenção de outro benefício do mesmo regime previdenciário, há a necessidade de restituição dos proventos recebidos em decorrência da aposentadoria renunciada.
3. Pretender a desaposentação, porém gozando das parcelas do benefício de aposentadoria até a renúncia, significa obter, por vias transversas, um "abono de permanência por tempo de serviço", violando, o § 2º do art. 18 da Lei 8.213/91, vigente na época em que pede a desaposentação.
4. Diante disso, impõe-se reconhecer o direito à desaposentação, porém com a devolução dos valores recebidos a título de aposentadoria renunciada. Deixa-se de prosseguir na análise de concessão da aposentadoria por idade, pois não havendo informação nos autos sobre o interesse em renunciar à aposentadoria em tal condição, a conclusão pela concessão do benefício se daria de forma condicional, o que é processualmente vedado (art. 460, p. único, do CPC).
5. Assim, a ação é de ser julgada procedente em parte apenas para reconhecer o direito do autor à desaposentação com a restituição dos valores recebidos da aposentadoria, devidamente atualizados, com base nos mesmos índices de correção monetária utilizados no caso de pagamento de benefícios atrasados. Indevidos juros de mora, uma vez que inexistente atraso para que o capital seja remunerado com essa parcela.
6. Sucumbente de forma recíproca, compensam-se reciprocamente a verba honorária. Em razão da isenção legal do INSS e da gratuidade conferida à parte autora, não há custas a serem reembolsadas.
7. Apelação provida em parte. Ação julgada parcialmente procedente. (TRF 3, 4ª região proc. 200103990019812)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE DE RENÚNCIA. DEVOLUÇÃO DE VALORES. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

I - Da leitura do art. 18, §2º, da Lei n. 8.213/91, depreende-se que as contribuições vertidas pelo aposentado, em razão do exercício de atividade remunerada sujeita ao

RGPS, não lhe proporcionarão nenhuma vantagem ou benefício, à exceção do salário-família e a reabilitação profissional.

II - As contribuições vertidas posteriormente à data de início do benefício de aposentadoria por tempo de serviço proporcional (16.03.1998; fl. 16), consoante atestam os documentos de fls. 25/26, não podem ser utilizadas para a majoração do coeficiente do salário-de-benefício, posto que, do contrário, configurar-se-ia reajustamento por via transversa, sem a devida autorização legal.

III - É pacífico o entendimento esposado por nossos Tribunais no sentido de que o direito ao benefício de aposentadoria possui nítida natureza patrimonial e, por conseguinte, pode ser objeto de renúncia.

IV - Na hipótese acima mencionada, as contribuições vertidas pelo autor poderiam ser aproveitadas para a concessão de novo benefício de aposentadoria por tempo de serviço com coeficiente maior, todavia sua situação deve se igualar àquele segurado que continuou exercendo atividade remunerada sem se aposentar, objetivando um valor maior para sua aposentadoria. Vale dizer, os proventos percebidos até a concessão do novo benefício devem ser devolvidos à Previdência Social devidamente atualizados, uma vez que, do contrário, criar-se-ia odiosa desigualdade com o segurado que decidiu continuar a trabalhar sem se aposentar, com vistas a obter a aposentadoria integral, em flagrante violação ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da Constituição da República).

V - Ante a sucumbência recíproca, cada uma das partes arcará com as despesas que efetuou inclusive verba honorária de seus respectivos patronos, nos termos do art. 21 do Código de Processo Civil.

VI - Remessa oficial parcialmente provida.

(Trf 3ª região 200603990097572)

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RENÚNCIA A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. APROVEITAMENTO DE TEMPO PARA APOSENTADORIA EM OUTRO SISTEMA DE PREVIDÊNCIA. NECESSIDADE DE RESTITUIR OS VALORES AUFERIDOS A TÍTULO DE APOSENTADORIA. Se o segurado pretende renunciar ao benefício concedido pelo INSS para postular aposentadoria junto a outro regime de previdência, com a contagem do tempo que serviu para o deferimento daquele benefício, os proventos recebidos da autarquia previdenciária deverão ser restituídos. Embargos infringentes providos. (El em AC n 19990401670022; 3ª Seção; DJU 15.01.2003; Rel. Juiz Luiz Fernando Wovk Penteadó)

Na desaposentação no mesmo regime previdenciário, não haveria que se falar em restituição de valores percebidos, pois se cuida de um mero recálculo do valor da prestação em razão das novas contribuições do segurado.

Já a desaposentação com vistas à mudança de regime causa maiores discussões jurisprudenciais, pois se o segurado deixa o regime levando suas contribuições para outro regime previdenciário, deveria então ressarcir o regime originário pelo que sustentou, evitando-se prejuízos aos que permanecem vinculados ao sistema anterior.

A mensuração do que seria devolvido, portanto, levará em conta a multiplicidade de situações de cada segurado. A variedade de regimes e modalidades de contribuição conforme o tipo de segurado impossibilitam aferir-se o valor necessário, especialmente na falta de regulamentação legal.

4.8.2 *Renúncia Isenta de Restituição de Valores*

Voltamos a distinguir a especificidade do pedido, um diferencial importante a ser analisado no que tange ao entendimento dos Tribunais. Neste caso concreto analisaremos o pedido de renúncia a aposentadoria mediante expedição de certidão de tempo de serviço, para ser computada em outro regime previdenciário.

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO.

1 É possível a renúncia à aposentadoria, eis que se trata de um direito patrimonial disponível, não existindo lei que vede tal possibilidade.

2 Não pode o poder público contrapor-se à renúncia para compelir o segurado a continuar aposentado.

3 Não há prejuízo à Autarquia Previdenciária pelo fato de indenizar sistema diverso em razão de contagem recíproca vez que já recebeu contribuições do segurado por mais de 30 anos e ainda ficará dispensado de continuar pagando proventos de aposentadoria.

4 Apelação e remessa oficial improvidas. (AC NUM: 421147 REG:04 TURMA: 05 DJ: 09/08/2001 REL: JUIZ SÉRGIO TEJADA GARCIA).

ADMINISTRATIVO. TRABALHADOR APOSENTADO SOB O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. RENÚNCIA. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE EM APOSENTAR-SE SOB O REGIME PREVIDENCIÁRIO ESTADUAL. POSSIBILIDADE.

I - O art. 96, inc. III, da Lei 8.213/91 impede a utilização do mesmo tempo de serviço para obtenção de benefícios simultâneos em sistemas distintos, e não da renúncia a uma aposentadoria e concessão de certidão de tempo de serviço para obtenção de aposentadoria estatutária.

II - Inexiste vedação a renúncia de benefício previdenciário e conseqüente emissão de contagem de tempo de serviço para fins de averbação desse período junto a órgãos públicos, a fim de obter-se aposentadoria estatutária, por mais vantajosa, sem que o beneficiado tenha que devolver qualquer parcela obtida em decorrência de outro direito regularmente admitido, conforme pacífica jurisprudência. Precedentes (EAC 2000.34.00.029911-9/DF, RESP 692.628/DF e RMS 14.624/RS).

III - Recurso improvido.

(AC NUM: 200536009109668 UF: MT Órgão Julgador: 1ª Turma Recursal – MT)

PREVIDENCIÁRIO E ADMINISTRATIVO. DESAPOSENTAÇÃO (DESCONSTITUIÇÃO OU RENÚNCIA DE APOSENTADORIA PREVIDENCIÁRIA). Inexistência de óbice jurídico-legal. Direito eminentemente patrimonial. Expedição de certidão de tempo de serviço para averbação perante outro sistema de previdência. Compensação financeira no plano dos sistemas de previdência. (Relator Juiz Sergio Schwaitzer) Origem: Tribunal – Segunda Região Classe: AC – Apelação Cível – 303565 Processo: 1999.51.01.078502-9 UF: RJ Órgão Julgador: Sexta turma, TRF 200117806, DJU 07.04.2004)

Mais recentemente, decidiu o STJ:

APOSENTADORIA PREVIDENCIÁRIA. RENÚNCIA. TEMPO. APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA. A aposentadoria previdenciária, na qualidade de direito disponível, pode sujeitar-se à renúncia, o que possibilita a

contagem do respectivo tempo de serviço para fins de aposentadoria estatutária. Note-se não haver justificativa plausível que demande devolverem-se os valores já percebidos àquele título e, também, não se tratar de cumulação de benefícios, pois uma se iniciará quando finda a outra. Resp. 692.628-DF, Rel. Min.Nilson Naves, julgado em 17.05.2005.

Após esta breve comparação podemos ter uma noção do quão controverso é o tema em questão, por isso, visando alcançar uma forma mais didática vamos dar prosseguimento ao trabalho fazendo uma análise evolutiva sobre o que dizem diversos autores, de acordo com a visão de Wladimir Novaes Martinez, e buscando em seus ensinamentos, em que pontos conseguiram avançar na matéria.

4. 9 VISÃO EVOLUTIVA DA DESAPOSENTAÇÃO SEGUNDO WLADIMIR NOVAES MARTINEZ

Na 3ª edição de sua obra “Desaposentação”, o professor Wladimir Novaes Martinez enumera alguns dos principais autores brasileiros estudiosos do tema.

Para **Isabella Araújo**:

A desaposentação é uma construção doutrinária, aperfeiçoada pela jurisprudência. Ela assinala ainda que “a doutrina tergiversa e a desaposentação ora é considerada como a desconstituição da aposentação com vistas a possibilitar o aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria no mesmo regime de previdência e ora para nominar tal aproveitamento somente quando nova aposentadoria for em outro regime previdenciário”¹²⁰

Assim, teríamos quatro hipóteses a considerar:

- a) desaposentação no mesmo regime;
- b) desaposentação envolvendo dois regimes públicos, ou público e privado;
- c) simples volta ao *status quo* ante, sem qualquer outra pretensão previdenciária;
- d) melhorar de situação no mesmo ou em outro regime.

Não existe a distinção entre a desaposentação no mesmo regime ou fora dele, ambas presumidamente precedidas da renúncia no regime de origem; o que pode haver é uma renúncia sem nova aposentação (ou com ela).

Na visão de **Ivani Bramante**¹²¹

¹²⁰MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2010, p.39.

¹²¹Ibidem, p.39.

Num primeiro momento Ivani Contini Bramante diz que a desaposentação é o direito ao retorno à atividade remunerada; adiante, ela assevera ser o desfazimento do ato administrativo concessivo do benefício previdenciário no regime de origem, de modo a tornar possível a contagem do tempo de serviço prestado em outro regime.

Tal concepção acrescenta o principal objetivo do instituto que é o aproveitamento do tempo de serviço. Como outros autores, preferiu não exigir, na sua conceituação, a reposição ou não do status quo ante.¹²²

Para **Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari**: “é o direito do segurado ao retorno à atividade remunerada com o desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário”.¹²³

Avançado nos seus pressupostos, o conceito lembra a subjetividade do direito, assinalando que somente o aposentado requererá a desaposentação.

Como os demais estudiosos, nesse momento os dois doutrinadores não pretenderam ampliar a idéia nem particularizar outras prestações.

Fabio Zambitte Ibrahim a descreve como a “reversão da aposentadoria obtida no Regime Geral de Previdência Social, ou mesmo em Regime Próprio de Previdência de Servidores Públicos, com objetivo exclusivo de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário”.¹²⁴

Martinez salienta que o professor Ibrahim foi o primeiro destes autores a considerar a amplitude do instituto da desaposentação afirmando ser possível em outros regimes. Ainda, refere a possibilidade de ocorrer dentro de um mesmo regime ou envolvendo dois deles. Todavia, não reconheceu a possibilidade da volta ao trabalho ou ao simples ócio.

Hamilton Antonio Coelho a tem como um direito do aposentado renunciar à jubilação e aproveitar o tempo de serviço para nova aposentadoria.

“Ele acrescenta um esclarecimento útil: Logo, o escopo último do fenômeno jurídico desaposentação é, exatamente, o de outorgar ao jubilado a prerrogativa de unificar os seus tempos de serviços numa nova aposentadoria, evidentemente também considerando um estoque limitado do direito”.¹²⁵

¹²²MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 3ed. São Paulo: LTr, 2010, p.39.

¹²³Ibidem, p.40.

¹²⁴Ibidem, p.40.

¹²⁵Ibidem, p.40.

Sem embargo de não aprovar a idéia, **Lorena de Mello Rezende Colnago**, a define 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 de nova aposentadoria em regime mais benéfico.

Como restringe a adoção do instituto técnico ela assevera ser uma tentativa, lembrando as dificuldades operacionais de se obter a desaposentação.¹²⁶

Para **Roseval Rodrigues Cunha Filho**: “A desaposentação constitui na renúncia à aposentadoria para aproveitamento do tempo de contribuição neste regime previdenciário com vistas à nova aposentadoria mais favorável em outro regime previdenciário”.

Da mesma forma julga ser possível quando da migração de um para outro regime.¹²⁷

O Advogado **André Luiz Cazu** discorreu sobre o tema garantindo ser “um direito do aposentado em renunciar à jubilação (aposentação) e aproveitar tempo de serviço para nova aposentadoria”. Assim: “referido instituto, é exatamente, de outorgar ao aposentado a prerrogativa de unificar os seus tempos numa nova aposentadoria”.¹²⁸

Rodrigo Felix Sarruf Cardoso discorreu amplamente sobre o instituto técnico, dizendo que a “renúncia à aposentadoria consiste na desistência do beneficiário em perceber seus vencimentos de inatividade sendo, portanto, apenas uma abdicação dos frutos advindos da aposentação”, no que estava correto.

Ele conclui: “Como tal, é ato privativo de vontade do servidor-renunciante dependendo tão-somente de manifestação unilateral do beneficiário não podendo a Administração Pública obstar essa pretensão. Nessa espécie, o ato administrativo permanece íntegro em relação ao ente público que o exarou”.¹²⁹

Como podemos ver, o Instituto da desaposentação instigou inúmeros trabalhos impulsionados pela busca constante do ser humano em evoluir, um desejo intrínseco (com objetivo de melhorar) que nos acompanha desde a formação do primeiro grupo humano. É impossível negar o direito de o homem evoluir, mas como deve ser essa evolução? Em

¹²⁶MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 3ed. São Paulo: LTr, 2010, p.41.

¹²⁷Ibidem, p.41.

¹²⁸Ibidem, p.41.

¹²⁹Ibidem, p.41.

primeiro lugar, devem ser levados em consideração os prós e os contras de tal ato, visando alcançar a ausência do prejuízo para a sociedade.

Quando falamos no objetivo de melhorar versus a ausência do prejuízo, isso nos lembra um princípio já citado várias vezes anteriormente, o princípio da prestação versus a contraprestação. A Desaposentação pode ser um instituto novo, mas seus fundamentos basilares remontam a origem da seguridade social.

Outro ponto importante a ser trazido com o intuito de sanar as discussões sobre as divergências de decisões entre as espécies de desaposentação, diz respeito ao trabalho de Isabella Araujo. Segundo ela, não existe a distinção entre a desaposentação no mesmo regime ou fora dele, ambas presumidamente precedidas da renúncia no regime de origem; o que pode haver é uma renúncia sem nova aposentação.

A partir dessa análise e buscando o amparo legal no princípio da igualdade, tais decisões estão em desencontro com a previsão constitucional. Ainda sobre a divergência, é importante destacar que ambos os autores se fundamentam basicamente em argumentos, para alegar a necessidade ou não da restituição nenhum deles traz como fundamento cálculos que venham a embasar seus posicionamentos. Com isso não se pode comprovar se o instituto da desaposentação é ou não lesivo à previdência

4.10 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À DESAPOSENTAÇÃO

Dentre os argumentos estudados, encontraremos alguns que justificam a desaposentação diante do caráter social da espécie. Dentre estes, pode-se citar as palavras de Isabela, que assim define:

Constitui nota essencial deste tema o seu caráter nitidamente social, já que o que se busca é a obtenção de uma aposentadoria mais vantajosa, aproximando o benefício previdenciário dos princípios da proteção do segurado e do bem estar social. Um outro aspecto importante é que a desaposentação é objeto de interesses não somente daqueles que se enquadram na sua hipótese, mas da sociedade como um todo, visto que a sua negação consiste em uma grave violação aos direitos dos do destinatário da seguridade social: o segurado.¹³⁰

A falta de amparo legal e a inexistência de lei que vede a desaposentação vem a corroborar como mais um argumento favorável, para um sistema mais justo social e equitativo:

¹³⁰ ARAÚJO, Isabella Borges de. A Desaposentação no Direito Brasileiro, **RPS**, n.317, abril 2007, p.341 a 342.

Neste Contexto, em face da sua fragilidade jurídica e de configurar-se um avanço recente a desaposentação conduz a divergências doutrinárias, eis que alguns entendem a inexistência do instituto no ordenamento jurídico vigente como um óbice ao seu cabimento. Todavia, **a doutrina majoritária sustenta a plausibilidade e a efetiva aplicação do referido instituto**, visto que este **não contraria o Direito Previdenciário, pois, malgrado não haver amparo legal, ele não viola lei alguma ou mesmo a Constituição Federal Brasileira.**¹³¹

Ao dizer que a desaposentação não viola lei alguma é porque a vedação da desaposentação tem fundamento exclusivo no Decreto n. 3048/99, Regulamento da Previdência Social. Sobre o tema, a Carta da República e a lei são omissas.¹³²

Sobre o decreto 3048/99, é importante levar em consideração o que o art. 84, IV da CF/88.

“preceitua o art. 84, IV, da Constituição Federal, compete privativamente ao presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. Daí decorre a impossibilidade de estes veículos normativos inovarem na ordem jurídica, devendo o seu papel limitar-se à regulamentação dos diplomas legais, com o visio de esmiuçá-los, facilitando-lhes a aplicação”.¹³³

Segundo Fabio Zambitte Ibrahim, a viabilidade do instituto centraliza-se na análise de duas questões: a proteção ao segurado e a questão do ato jurídico perfeito:

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 a sociedade. **Desta forma resta comprovado que o instituto da desaposentação não viola nem a lei e muito menos os direitos dos cidadãos.**¹³⁴

Sobre o “Ato Jurídico Perfeito, questão central do debate sobre a desaposentação, é sabidamente resguardado pela Constituição, no capítulo referente aos direitos coletivos, no artigo 5º, inciso XXXVI, dispondo que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. No mesmo artigo no caput, dispõe a Lei Maior que todos são iguais perante a lei, (...), garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”¹³⁵

As garantias constitucionais, entre elas a inviolabilidade do ato jurídico perfeito, têm como destinatários os indivíduos que delas possam usufruir em seu proveito, sendo distorção

¹³¹ ARAÚJO, Isabella Borges de. A Desaposentação no Direito Brasileiro, **RPS**, n.317, abril 2007, p.341 a 342.

¹³² LEITÃO, Andre Studart. **Aposentadoria Especial**. São Paulo: Quarter Latin, 2007, p.236.

¹³³ Ibidem, p.236.

¹³⁴ IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Desaposentação**. 2.ed. Niterói: Impetus, 2010, p.40.

¹³⁵ Ibidem, p.40.

flagrante qualquer tentativa de utilizá-las em sentido contrário aos interesses daqueles que são objeto de sua proteção.

Sobre o prisma desta discussão para a doutrina e a jurisprudência majoritárias, não há como se admitir a inclusão da “irreversibilidade do ato concessório do benefício na ordem jurídica através de Decreto Executivo, afinal, segundo se argumenta, tratar-se-ia de indiscutível regra restritiva de direito, que tolheria o poder de escolha do beneficiário e, por via consequencial, a sua liberdade de optar pelo que lhe pareceria mais conveniente.”¹³⁶

A doutrina também critica a vedação regulamentar ao desfazimento do ato concessório da aposentadoria, “valendo-se da analogia. Pretende-se, com a utilização desse recurso hermenêutico, a aplicação, no Regime Geral da Previdência Social, do instituto da reversão, próprio do Regime Próprio dos Servidores Públicos Civis da União, e previsto na lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990”.¹³⁷

Desta forma fica bem claro que o instituto da desaposentação, visa garantir o direito do segurado, buscar o melhoramento econômico de seu benefício. Não o coloca em risco perante sua aposentadoria, pois não está abrindo mão dela e sim de seus proventos, almejando um direito eminente a todos Direito esse que não vem causar prejuízos à administração, muito pelo contrário visa o equilíbrio do sistema, pois se fundamenta no princípio da prestação versus contraprestação.

Ainda, a vedação no sentido da impossibilidade da desaposentação é que deveria constar em lei. Sua autorização é presumida, desde que não sejam violados outros preceitos legais ou constitucionais, não se podendo alegar a ausência de previsão legal para o exercício das prerrogativas inerentes à liberdade da pessoa humana, pois cabe a esta julgar o que é mais adequado para sua realidade.

Todavia, para evitar o expediente da desaposentação como meio indireto de conseguir tirar proveito de legislação mais benéfica, poderia o legislador ordinário estabelecer um tempo mínimo de contribuição, evitando, assim, que os segurados a requeiram mensalmente, por exemplo. Como a previsão legal sequer existe, poderia a jurisprudência estabelecer tal prazo.

Projetos de lei já tramitam, há algum tempo, visando explicitar a viabilidade da desaposentação em lei, demonstrando a conscientização do legislador da importância da matéria para a manutenção do sistema protetivo.

¹³⁶ LEITÃO, Andre Studart. **Aposentadoria Especial**. São Paulo: Quarter Latin, 2007, p.236-237.

¹³⁷ Ibidem, p.236-237.

O Poder Legislativo chegou a aprovar um dos projetos de lei da desaposentação (Projeto de Lei n. 78/07 – PL n.7.154/02 da Câmara dos Deputados), o qual inseria essa possibilidade no texto da Lei 8.213. 91. Assim, a nova redação do artigo 94 da Lei seria:

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

Tal projeto foi, todavia, vetado na íntegra pelo Presidente da República, sob o argumento de que havia vício de iniciativa, devido às implicações também sobre servidores públicos e ao aumento de despesa (Mensagem de Veto n. 16, de 11 de janeiro de 2008).

5 CONCLUSÃO

Após uma análise histórica política e social de nosso sistema previdenciário, podemos concluir que o instituto da desaposentação encontra-se dentro dos parâmetros da razoabilidade, e vai ao encontro do conceito de justiça, criando assim um equilíbrio entre o segurado e o instituto previdenciário.

Quando se fala em equilíbrio, tratamos da possibilidade de melhorar o benefício sem causar prejuízo nem ao sistema previdenciário, muito menos aos segurados.

Admitir o instituto conjuga a nova forma de pensar o Direito Previdenciário e a Constituição Federal, respeitando o Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana. A desaposentação não prejudica o equilíbrio do sistema, não havendo óbice à revisão do benefício previdenciário. Não se trata de desfazimento puro e simples do benefício, mas de obtenção de nova prestação, mais vantajosa.

A desaposentação, com renúncia seguida imediatamente ou não de nova aposentação, é um direito subjetivo dos aposentados. O aumento constante do número de aposentados no Brasil torna evidente que façamos dois questionamentos: quanto por cento deles continua ativo economicamente e, desses, quantos contribuem para a previdência, qual o estímulo ou retorno que terão da previdência? A partir dos últimos estudos do IBGE, podemos constatar que nos próximos anos esse número só tende a aumentar; portanto, permitir que essa parte receba o bônus por suas atividades prestadas, possibilita claramente que a previdência aumente suas arrecadações e, conseqüentemente, crie uma maior estabilidade para as próximas aposentadorias.

A falta de uma regulamentação que incentive a contribuição faz com que a maioria se mantenha na informalidade, portanto caberia ao Poder Judiciário fixar alguns critérios necessários para a desaposentação, tais como o tempo mínimo de contribuição e periodicidade mínima para sua requisição. Sabe-se que a função do Judiciário não é legislar, mas, na

ausência de norma expressa, a segurança jurídica deve ser preservada, bem como as demandas atendidas.

Desse ponto de vista, a desaposentação encontra-se em terreno fértil e merece germinar onde a regra de contrapartida deve ser cumprida por ambas as partes, ou seja, contribuinte e previdência devem seguir uma regra de duas vias, onde ambos comprometem-se com suas respectivas obrigações: contribuir e garantir o retorno dessa contribuição a fim de conquistar a melhor forma e a menos lesiva para que esse direito seja alcançado.

Uma saída seria a viabilidade de revisar o benefício concedido e incorporar o valor pago ao benefício, dentro de uma proporção em que se encontre o real critério de justiça entre o segurado e a previdência.

Dessa forma, e levando-se em conta a liquidez dos regimes previdenciários brasileiros, bem como a complexidade das soluções, e a impossibilidade de se fazer uma correspondência exata entre contribuição e benefício, seria viável não exigir que o desaposentante restituísse o que auferiu.

Assim, tem-se que segurança jurídica, de modo algum, significa a imutabilidade das relações sobre as quais há a incidência da norma jurídica, mas, sim a garantia da preservação do direito, o qual poderia ser objeto de renúncia por parte de seu titular em prol de uma situação mais benéfica.

6 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Isabella Borges de. **A Desaposentação no Direito Brasileiro**, RPS, n.317, abr. 2007, p.341-342.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BOMFIM, Thiago. **Os Princípios Constitucionais e Sua Força de Normativa**. Análise da Prática Jurisprudencial. Salvador: JusPODIVM, 2008.

BORGES, José Arthur Diniz. **Direito Administrativo Sistematizado e sua Interdependência com o direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 2000.71.00.001821-5/RS**, Rel. Des. Federal Néfi Cordeiro, DJU de 03/09/2003, p.585.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, **Desaposentação**, RPS, ano XXIX, n.301, dez. 2007, p.784-785.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 05 DE OUTUBRO DE 1988.

COSTA, José Ricardo Caetano. **Previdência e Neoliberalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DA ROCHA, Daniel Machado. **O Direito fundamental a Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DA ROCHA, Daniel Machado e SAVARIS, José Antonio. **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**, Volume 1. Editora Juruá. Curitiba, 2006

DA ROCHA, Daniel Machado; JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. Oitava edição revista e atualizada. Editora Livraria do Advogado e ESMAFE. 2008

FIGUEIREDO, Antonio Borges de; OLIVEIRA, Marcela Gallo de. Renúncia à Aposentadoria (DESAPOSENTAÇÃO), **RPS**, n.314, jan. 2007, p.24-25.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 4.ed.rev.ampl. São Paulo, 2000.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 4.ed.rev.ampl.atual. com EC nº 19/98 (Reforma Administrativa) e EC nº 20/98 (Reforma da Previdência). Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris Ltda, 1999.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Elaboração e Formatação. Explicação das Normas da ABNT**. 14 ed Porto alegre: s.n., 2008.

GONÇALVES, Ionas Deda. **Direito Previdenciário**. Coordenação Edílson Mougnot Bonfim. Editora Saraiva. 2005.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Desaposentação**. 4ed. Niterói: Impetus, 2010.

KRAVCHYCHYN Gisele Lemos. **DESAPOSENTAÇÃO – Fundamentos jurídicos, posição dos tribunais e análise das propostas legislativas**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=559>. Acesso em: 30. Out. 2010.

LEITÃO, Andre Studart. **Aposentadoria Especial**. São Paulo: Quarter Latin, 2007.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Ética e administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito a Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário, tomo II: Previdência Social. 2 ed. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 3ed. São Paulo: LTr, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo**. 9.ed.rev.ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira da. **Curso de Direito Administrativo**. 13.ed.rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MOURA, Demis Ricardo Guedes de. A Contribuição do Aposentado que Retorna ao Trabalho, **RPS**, n.283, jun. 2004, p.534-535.

SABÓIA, Maximiliano Silveira. **Revisão de Aposentadoria e Pensão**. 4ed. Campinas: Syslook, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

VICTORINO, Fabio Rodrigo, Os Desacertos da Desaposentação, **RPS**, n. 325, dez. 2007, p.1044.