

FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA
ALÉXIA PAULA DO NASCIMENTO NOGUEIRA

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS
ATRAVÉS DO INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO

CARATINGA - MG
DOCTUM
2017

ALÉXIA PAULA DO NASCIMENTO NOGUEIRA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS
ATRAVÉS DO INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdades Doctum de Caratinga, como requisito
parcial à obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Área de Concentração: Direito Constitucional e
Direito Previdenciário.

Orientador: Prof. Msc. Rodolfo Assis

CARATINGA - MG

DOCTUM

2017

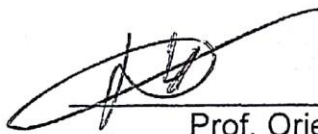
TERMO DE APROVAÇÃO

TERMO DE APROVAÇÃO

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:
A (IN)Constitucionalidade da devolução dos valores pagos através do instituto da desaposentação elaborado pelo aluno): **Aléxia Paula do Nascimento Nogueira** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de Direito da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

Caratinga 06 de 12 2017



Prof. Orientador



Prof. Avaliador 1



Prof. Avaliador 2

Dedico este trabalho ao meu Deus que me deu força e coragem para chegar até aqui.

À minha mãe por ser sempre a minha fortaleza e por tornar isso possível, e aos meus irmãos e familiares.

Ao meu amor e amigo e a todos aqueles que lutam pela justiça e igualdade em nosso país.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus da minha vida, agradeço imensamente por me dar forças ao longo do caminho e por me abençoar com tantas graças.

À minha mãe, gratidão eterna por lutar comigo ao longo desses anos. Devo tudo a você Rosemary do Nascimento. O seu modo de lutar me impulsiona para ir em busca dos meus sonhos e nunca desistir e todo seu tempo despendido para cuidar de mim contribuiu substancialmente para a conclusão deste trabalho. Que eu sempre coloque amor nos meus atos assim como o fazes.

Minhas irmãs, Débora Cristina e Delma Rinara, meu agradecimento por todo incentivo e carinho diário.

À minha tia Rosilaine do Nascimento e a todos os meus familiares que, acompanhando o trilhar dos meus caminhos pessoais e profissionais, permaneceram na torcida por meu sucesso e realização.

À minha avó Maria Tereza, palavras nunca descreverão a alegria de poder compartilhar as minhas conquistas com você.

Ao meu companheiro, Ciro Luiz, pelo amor, carinho e companheirismo demonstrado ao longo desses cinco anos juntos, que sempre acreditou nos meus planos, obrigada pela paciência nos momentos difíceis dessa jornada. O modo como me incentiva a acreditar na minha capacidade me mostra que juntos conseguiremos realizar os nossos projetos.

Ao meu orientar Rodolfo Assis pela disponibilidade e paciência em todos os momentos em que precisei de sua colaborações.

Aos servidores e funcionários da 2ª Vara Cível do Fórum Desembargador Faria e Souza, bem como a 071ª Zona Eleitoral desta comarca, meus maiores e sinceros agradecimentos pelos ensinamentos, paciência e companheirismo.

Aos meus amados amigos de turma, em especial à turma o “direitinho”, que me proporcionaram tantas alegrias, saibam que torcerei eternamente pela felicidade e sucesso de todos.

RESUMO

O Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 26 de outubro de 2016, decidiu pela inconstitucionalidade da “desaposentação”. Com a decisão, aposentados que permanecem no mercado de trabalho não podem mais pedir a revisão do benefício, ou seja, uma pensão maior por terem contribuído por mais tempo com a Previdência Social depois de aposentados, sob a justificativa de que como não estava prevista em nenhuma legislação, impossível seria sua concessão, imputando um fim aos mais de 180 (cento e oitenta) mil processos que aguardavam a manifestação da corte suprema. O presente trabalho tem por finalidade a análise jurisprudencial e doutrinária da obrigatoriedade ou não da devolução dos valores recebidos pelos segurados, que conseguiram o direito à desaposentação através das vias judiciais, haja vista que o Supremo preferiu “deixar em aberto” essa questão e, ainda não se manifestou sobre a modulação dos efeitos dessa decisão. Para a Corte, questionamentos sobre a devolução de valores pagos a essas pessoas que conseguiram se desaposentar serão discutidas caso a caso, em processos individuais de iniciativa do INSS, oportunidade na qual poderá pronunciar os efeitos da decisão.

PALAVRAS-CHAVE: Seguridade Social; Inconstitucionalidade; Desaposentação; Restituição; Modulação dos efeitos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPÍTULO 1 - SEGURIDADE E PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL	16
1.1- Princípio da Solidariedade Social	16
1.2- Seguridade Social	17
1.3- Princípios Constitucionais da Seguridade	19
1.4- Princípios da Previdência Social	22
CAPITULO 2 – SEGURADOS E FILIAÇÃO E APOSENTADORIAS	26
2.1- Segurados e Filiação	26
2.2- Benefícios	29
2.3- Aposentadorias	30
2.3.1 Aposentadoria por tempo de contribuição	31
2.3.2 Aposentadoria por idade	32
2.3.3 Aposentadoria por invalidez	33
2.3.4 Aposentadoria Especial	34
CAPÍTULO 3 – DESAPOSENTAÇÃO.....	36
3.1- Conceito	36
3.2- Julgado do Supremo Tribunal Federal - RE nº 661.256	44
3.3- Modulações dos efeitos	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “A (in)constitucionalidade da devolução dos valores pagos através do instituto da desaposentação”, tem por objetivo analisar as consequências do RE nº 661.256 julgado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que teve sua importância reconhecida em virtude do impacto social causado, atingindo mais de 180 (cento e oitenta) mil processos ajuizados. O caso reconheceu a constitucionalidade do art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/1991¹, decidindo pela inconstitucionalidade da desaposentação, impedindo que trabalhadores aposentados pleiteiam, em via judicial, o recálculo de suas aposentadorias com base em novas contribuições social, considerando o retorno ao mercado de trabalho. Sendo assim, levanta-se como problema se à luz da Constituição Federal Brasileira e a legislação aplicada no Brasil se aqueles segurados que conseguiram o direito à desaposentação, por força de decisão judicial, deveriam restituir os valores recebidos.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórico-dogmática, haja vista a necessidade de explicação de cunho bibliográfico, sobre tudo nos dois capítulos iniciais, bem como a investigação da legislação e jurisprudência aplicada ao tema. Também se inclui pesquisa de campo, com estudo de caso, para a averiguação, no caso concreto, das consequências que o julgado da Suprema Corte trará, haja vista o vasto número de processos que estavam sobrestados aguardando a decisão da matéria em questão. No que tange aos setores de conhecimento, o trabalho em tela se revela transdisciplinar, vez que aborda discussões envolvendo o Direito Constitucional e Direito Previdenciário.

O interesse por esse tema surgiu mediante a realização de estágio acadêmico, no Fórum Desembargador Faria e Souza, da comarca de Caratinga/MG, cuja linha de pesquisa versa sobre a inconstitucionalidade da devolução dos valores recebidos, em caráter alimentar, por força de decisões judiciais, através do instituto da desaposentação.

¹ Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

(...)

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

Como marco teórico da monografia em epígrafe, tem-se as ideias sustentadas por Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2016, p. 639), que sustentam que não há necessidade da devolução dessas parcelas, por se tratarem de verbas alimentares e pela presunção de boa-fé dos segurados, considerando que quanto da concessão do benefício inexistia irregularidade².

Desde modo, encontra-se base à confirmação da hipótese que, muito embora ainda não há pronunciamento a respeito da obrigatoriedade ou não da devolução desses valores. Para a Corte, questionamentos sobre a restituição das parcelas recebidas através do instituto da desaposentação serão discutidas caso a caso em processos propostos pelo INSS. No entanto, quando da concessão da desaposentação através de processos judiciais, não havia nenhum tipo de irregularidade ao pleitear o recálculo do benefício, sendo, portanto, à época, um mecanismo válido e legítimo.

Neste sentido, presente monografia é dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles, intitulado “Seguridade e Princípios da Seguridade e Previdência Social”, será apresentado uma visão geral da Seguridade Social segundo a Constituição Federal de 1988. Também serão abordados os princípios gerais norteadores da Seguridade Social e os específicos da Previdência Social para facilitar a compreensão dos demais capítulos, tendo em vista a importância desses princípios para a posterior compreensão do instituto jurídico da desaposentação.

Já no segundo capítulo, denominado Segurados, Filiação e Benefícios, apontam-se sobre as pessoas abrangidas, bem como as relações jurídicas disciplinadas pelo Direito Previdenciário. Assim, procuramos conceituar os segurados, os dependentes, as filiações, os benefícios e as aposentadorias e, dentro destas, as diversas categorias e espécies, com suas definições. Para compreender a relevância social e jurídica da desaposentação, é necessário que a análise do tema seja pautada na conjuntura da organização da Seguridade Social.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, a saber "Desaposentação", trataram de minuciar os aspectos específicos da desaposentação. Em um primeiro momento, se explorará a origem do instituto e, em seguida, a sua conceituação, evidenciando, desde logo as consequências do julgado do STF (RE nº 661.256), apontando quais os votos

² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. – 19. ed. rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, 2016.

contra e quais os a favor sobre este instituto. No mais, também serão expostos os requisitos e os efeitos da desaposentação, principalmente, a análise da necessidade ou não da devolução dos valores recebidos por ocasião do referido instituto.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A seguridade social, nos termos do art. 194, da CF/88, "compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social", que são destinados a todos que dela necessitem, desde que haja previsão legal sobre determinado evento a ser coberto. São espécies da seguridade social a previdência social, a assistência social e a saúde e tem como fundamento a solidariedade.³

Segundo Marisa Ferreira dos Santos:

Pela definição constitucional, a seguridade social compreende o direito à saúde, à assistência social e à previdência social, cada qual com disciplina constitucional e infraconstitucional específica. Trata-se de normas de proteção social, destinadas a prover o necessário para a sobrevivência com dignidade, que se concretizam quando o indivíduo, acometido de doença, invalidez, desemprego, ou outra causa, não tem condições de prover seu sustento ou de sua família. É com a proteção dada por uns dos institutos componentes da seguridade social que se garantem os mínimos necessários à sobrevivência com dignidade, à efetivação do bem-estar, à redução das desigualdades, que conduzem à justiça social.⁴

A Constituição pretende proteger todos, de algum modo, dentro da seguridade social. E a proteção apropriada se fixa em razão do custeio e da necessidade.

Assim, se o necessitado for segurado da previdência social, a proteção social será dada pela concessão do benefício previdenciário proporcional à eventualidade/necessidade que o atingiu.

A previdência brasileira é composta por dois regimes básicos, de filiação obrigatória, que são o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) dos servidores públicos e militares, bem como o Regime de Previdência Complementar, ao qual o participante filia-se facultativamente.⁵

Caso o necessitado não seja segurado de nenhum dos regimes previdenciários disponíveis, e preencha os requisitos legais, terá direito à assistência social.

Conforme o art. 203, da CF/88, a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, com o objetivo de

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília DF: Senado Federal. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁴ SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário esquematizado. Coord. Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43.

⁵ GOES, Hugo Medeiros. Manual de direito previdenciário: teoria e questões. -11 ed.- Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2016, pp. 15/16.

atender os hipossuficientes, destinando pequenos benefícios a pessoas que nunca contribuíram para o sistema. Todos, independentemente da classe social, segurados da previdência ou não, têm o mesmo direito à saúde.

Segundo o art. 196, da CF/88, "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". Os serviços públicos de saúde serão prestados de forma gratuita, a todos que necessitarem, independentemente de contribuição à seguridade social. O Poder Público prestará os serviços de saúde à população de forma direta ou mediante convênios ou contratos com instituições privadas. Vale ressaltar que esses contratos e convênios serão firmados, preferencialmente, com as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.⁶

Marisa Ferreira dos Santos ensina:

todos os que vivem no território nacional, de alguma forma, estão ao abrigo do "grande guarda-chuva da seguridade social", pois a seguridade social é direito social, cujo atributo principal é a universalidade, impondo que todos tenham direito a alguma forma de proteção, independentemente de sua condição socioeconômica.

A seguridade social garante os mínimos necessários à sobrevivência. É instrumento de bem-estar e de justiça social, e redutor das desigualdades sociais, que se manifestam quando, por alguma razão, faltam ingressos financeiros no orçamento do indivíduo e de sua família.⁷

O RGPS tem suporte constitucional. É o principal regime previdenciário na ordem interna, e é administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Toda pessoa física que exerça alguma atividade remunerada é, obrigatoriamente, filiada a este regime previdenciário, exceto se esta atividade já gera filiação obrigatória a determinado RPPS. O regime é de caráter contributivo porque a cobertura previdenciária pressupõe o pagamento de contribuições do segurado para o custeio do sistema.

De acordo com o art. 201, da CF/88, na redação dada pela EC nº 20/98: "a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo

⁶ GOES, 2016, p. 15.

⁷ SANTOS, 2016, p. 43/44.

e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial”.⁸

O art. 1º, da Lei nº. 8.213/91 relaciona as contingências cobertas pelo plano de benefícios: incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. Essas contingências têm cobertura pelas prestações enumeradas no art. 18, da Lei nº. 8.213/91. Algumas têm como sujeito ativo o segurado; outras o dependente e outras o segurado e o dependente.

São devidas ao segurado, inclusive em razão de acidente do trabalho, aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade e auxílio-acidente. Aos dependentes são devidos pensão por morte e auxílio-reclusão. Os segurados e os dependentes têm direito a serviço social e reabilitação profissional.

O RGPS está regulado pela Lei nº. 8.212/91 e Lei nº. 8.213/1991, regulamentadas pelo Decreto nº. 3.048/99.

O aposentado pelo RGPS que volta ou que esteve exercendo atividade remunerada compreendido por este regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº. 8.212/91.

Por outro lado, de acordo Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

prevê o art. 18, § 2º, da Lei 8.213/91 que o aposentado que pretenda permanecer em atividade ou a ela retornar não terá direito a novas prestações previdenciárias, exceto o salário-família e a reabilitação profissional, quando for o caso. Note-se que o referido dispositivo é objeto de severas críticas e de questionamentos judiciais relevantes, sendo o principal deles o que envolve o direito à chamada “desaposentação”, quando o segurado, já aposentado, pretende substituir o benefício já recebido por outro, aproveitando o período contributivo posterior à aposentadoria antes concedida.⁹

Neste sentido, ainda, manifesta Maria Ferreira dos Santos:

o aposentado continua a trabalhar e participar do custeio do regime previdenciário, embora sem direito a nenhuma cobertura em razão dessa nova filiação (art. 18, § 2º, do PBPS). Acresce ao reduzido valor de sua aposentadoria o da remuneração pela atividade que passa a exercer, e continua a pagar contribuição previdenciária incidente sobre esse valor (novo salário de

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília DF: Senado Federal. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. – 19. ed. rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.198.

contribuição). Com o passar do tempo, acaba concluindo que não pode mais trabalhar e, como não tem direito à cobertura previdenciária em razão da atividade que passou a exercer, arca com a perda desses rendimentos.¹⁰

Para maioria dos doutrinadores, a desaposeção é compreendida como renúncia de um direito disponível, para a obtenção de um benefício mais vantajoso, com o computo das contribuições realizadas pelo aposentado após a sua aposentação.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, conceitua desaposeção como sendo:

o ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, em regra por ter permanecido em atividade laborativa (e contribuindo obrigatoriamente, portanto) após a concessão daquela primeira aposentadoria.¹¹

Nada impede que um aposentado filiado ao RGPS, volte a trabalhar, e, por conseguinte voltar a ser um segurado obrigatório, segundo dispõe o art. 12, §4º, da Lei nº 8.212/91, *in verbis*:

O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social.¹²

Acontece que, segundo o art. 18, § 2º da Lei nº 8.213/91 há uma vedação para tal prática, conforme segue:

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 salário-família e a reabilitação profissional, quando empregado.¹³

Verifica-se pelo dispositivo acima que o aposentado voltando ao mercado de trabalho é compelido a verter contribuições para a Previdência Social, porém tais contribuições não são vantajosas, pois a Autarquia não a reconhece com a finalidade

¹⁰ SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário esquematizado. Coord. Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 426.

¹¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. – 19. ed. rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.638.

¹² BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília – DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>

¹³ BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília – DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>

de majorar o valor do benefício, haja vista que não há previsão legal do direito à desaposentação.

É neste sentido que, Marisa Ferreira dos Santos, manifesta-se no sentido que a desaposentação só pode ser concedida judicialmente, *in verbis*:

A desaposentação não está prevista em lei. Por isso, não pode o INSS “desaposentar” o segurado e aposentá-lo novamente, acrescentando o período de contribuição decorrente da nova atividade, sob pena de violar o princípio da legalidade, que vincula a Administração Pública. Por aí, já se pode concluir que a desaposentação só pode ser concedida pelo Poder Judiciário.¹⁴

Desse modo, como não há legislação específica sobre o tema, há uma diversidade de decisões jurisprudenciais acerca do tema, inclusive, o STF no RE nº 661 256, reconheceu a Repercussão Geral da matéria, e, por conseguinte, por 7 votos a 4, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, no dia 26/10/2016, pela inconstitucionalidade da “desaposentação”. Com a decisão, aposentados que permanecem no mercado de trabalho não podem mais pedir a revisão do benefício, ou seja, uma pensão maior por terem contribuído por mais tempo com a Previdência Social depois de aposentados.

Segundo o entendimento majoritário do Supremo, somente por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do segurado ao mercado de trabalho após concessão do benefício da aposentadoria.

A tese fixada foi: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por hora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991”.¹⁵

O Supremo decidiu contra o instituto da desaposentação, contudo há aquelas pessoas que conseguiram se desaposentar antes do julgamento do Supremo.

¹⁴ SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito previdenciário esquematizado. Coord. Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 426.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 661.256, Santa Catarina. Relator: Min. Roberto Barroso. Relator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. Sessão Plenária: 27.10.2016. Brasília, DF, p. 02. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4157562>>

A modulação dos efeitos significa que ao julgar uma lei inconstitucional, o STF pode modular os efeitos de sua decisão, estabelecendo uma data a partir da qual a decisão surtirá efeitos. Segundo Donizetti:

Como forma de tentar evitar prejuízos em razão da mudança de entendimento das cortes superiores, o novo CPC dispõe que, “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (art. 927, § 3º).¹⁶

Contudo, o STF ainda não se manifestou sobre a modulação dos efeitos dessa decisão, ou seja, não decidiu se a desaposentação será negada apenas aos processos ajuizados após a data do julgamento ou se valerá para todos indistintamente, até mesmo para quem já esteja recebendo e para os processos já finalizados.

¹⁶ DONIZETTI, Elpidio. Curso didático de direito processual civil. 20ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 1474.

CAPÍTULO 1

SEGURIDADE E PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Neste primeiro capítulo apresentam-se uma visão geral da Seguridade Social segundo a Constituição Federal de 1988. Também serão abordados os princípios gerais norteadores da Seguridade Social e os específicos da Previdência Social para facilitar a compreensão dos demais capítulos, tendo em vista a importância desses princípios para a posterior compreensão do instituto jurídico da desaposentação.

1.1 O princípio da Solidariedade Social

O princípio da Solidariedade Social, que tem previsão expressa no art. 3º, I, da CF/88, tornou-se o elemento fundamental do direito da Seguridade Social. Este princípio consiste no fato de que toda a sociedade, indistintamente, deve contribuir para o custeio e manutenção da Seguridade Social, independentemente de se beneficiar dos benefícios disponibilizados.

A teor do art. 194, da CF/88, bem como o disposto no art. 3º, da CF/88, a Seguridade Social é um método pelo qual o Estado utiliza-se para proteção social, custeada solidariamente por toda sociedade, com o objetivo de assegurar a universalidade dos direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Trata-se da base de sustentação do Regime Previdenciário.

Assim, é através da Seguridade que o Estado busca ultrapassar as desigualdades econômicas e sociais, garantindo ao indivíduo o mínimo existencial nas contingências causadoras de necessidades, ressalta Castro e Lazzari:

Passava-se a entender que a proteção social era dever da sociedade como um todo, apresentando o caráter de solidariedade até hoje presente, pelo qual todos contribuem para que os necessitados de amparo possam tê-lo. Este conceito é fundamental para a noção de seguro social, já que sem o caráter de proteção de todos por todos, mediante a cotização geral dos indivíduos, não se pode falar em previdência social¹⁷.

Nas palavras de Kertzman:

O princípio da solidariedade é o pilar de sustentação do regime previdenciário. Não é possível a compreensão do sistema sem que o conceito de solidariedade esteja consolidado: Observe-se, contudo, que este princípio não é específico da seguridade social. não estando esculpido do parágrafo único, do artigo 194, da

¹⁷ CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 50.

Constituição, onde estão todos os outros princípios aqui estudados. Trata-se de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, 1, CF/88). Pode-se defini-lo como o espírito que deve orientar a seguridade social de forma que não haja, necessariamente, paridade entre contribuições e contraprestações securitárias. Através dele, tem-se em vista, não a proteção de indivíduos isolados, mas de toda a coletividade.¹⁸

Portanto, para se ter solidariedade há que existir a desigualdade, pois aquela é pressuposta desta. A solidariedade atua na limitação das desigualdade.

Assim, segundo João Batista Lazzari, “como a noção de bem-estar coletivo repousa na possibilidade de proteção de todos os membros da coletividade, somente a partir da ação coletiva de repartir os frutos do trabalho, com a cotização de cada um em prol do todo, permite a subsistência de um sistema previdenciário”.¹⁹

Ante o exposto nota-se o quão importante é o princípio da solidariedade, pois ele é essencial para a organização da proteção social.

1.2 Seguridade Social

A seguridade social, nos termos do art. 194, da CF/88, "compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social"²⁰, que são destinados a todos que dela necessitem para a sobrevivência com dignidade, desde que haja previsão legal sobre determinado evento a ser coberto.

Nesse sentido, afirma Marisa Santos:

Trata-se de normas de proteção social, destinadas a prover o necessário para a sobrevivência com dignidade, que se concretizam quando o indivíduo, acometido de doença, invalidez, desemprego, ou outra causa, não tem condições de prover seu sustento ou de sua família. É com a proteção dada por uns dos institutos componentes da seguridade social que se garantem os mínimos necessários à sobrevivência com dignidade, à efetivação do bem-estar, à redução das desigualdades, que conduzem à justiça social²¹.

Preleciona Kertzman que:

A definição constitucional enumera as áreas da seguridade social em: • Saúde; • Assistência social; • Previdência social.

¹⁸ KERTZMAN, Ivan. Curso Prático de Direito Previdenciário – 12. ed. Rev, ampl e atual. – Bahia: Juspodivm, 2015, p. 51/52.

¹⁹ CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 113.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília DF: Senado Federal. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

²¹ SANTOS, 2016, p. 43.

O legislador constituinte agregou estas três áreas na seguridade social, devido à inter-relação que pode ser facilmente observada entre eles. Se investirmos na saúde pública, menos pessoas ficam doentes ou o tempo de cura é menor, e, como consequência direta, menos pessoas requerem benefícios previdenciários por incapacidade de trabalho ou o tempo de percepção de tais benefícios é menor. Se investirmos na previdência social, mais pessoas estarão incluídas no sistema, de forma que, ao envelhecerem, terão direito à aposentadoria, não necessitando de assistência social.²²

A Constituição pretende proteger todos, de algum modo, dentro da seguridade social. A proteção apropriada será realizada de acordo com o custeio e a necessidade. Assim, se o necessitado for segurado da previdência social, a proteção social será dada pela concessão do benefício previdenciário proporcional à eventualidade/necessidade que o atingiu.

A previdência brasileira é composta por dois regimes básicos, de filiação obrigatória, que são o Regime Geral de Previdência Social (RGPS) e os Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS) dos servidores públicos e militares, bem como o Regime de Previdência Complementar, ao qual o participante filia-se facultativamente.²³

Caso o necessitado não seja segurado de nenhum dos regimes previdenciários disponíveis, e preencha os requisitos legais, terá direito à assistência social, que será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade, com o objetivo de atender os hipossuficientes, destinando pequenos benefícios a pessoas que nunca contribuíram para o sistema, conforme disposto no art. 203, CF/88:

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.²⁴

Todos, independentemente da classe social, segurados da previdência ou não, têm o mesmo direito à saúde.

Segundo o art. 196, da CF/88, "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de

²² KERTZMAN, 2015, p. 26.

²³ GOES, 2016, p. 15/16.

²⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília DF: Senado Federal. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".²⁵

Os serviços públicos de saúde serão prestados de forma gratuita, a todos que necessitarem, independentemente de contribuição à seguridade social. O Poder Público prestará os serviços de saúde à população de forma direta ou mediante convênios ou contratos com instituições privadas. Esses contratos e convênios serão firmados, preferencialmente, com as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.²⁶

Segundo, Marisa Santos:

Todos os que vivem no território nacional, de alguma forma, estão ao abrigo do "grande guarda-chuva da seguridade social", pois a seguridade social é direito social, cujo atributo principal é a universalidade, impondo que todos tenham direito a alguma forma de proteção, independentemente de sua condição socioeconômica.

A seguridade social garante os mínimos necessários à sobrevivência. É instrumento de bem-estar e de justiça social, e redutor das desigualdades sociais, que se manifestam quando, por alguma razão, faltam ingressos financeiros no orçamento do indivíduo e de sua família²⁷.

As ações dessas espécies da seguridade social pretende proteger os trabalhadores e seus dependentes, bem como a assistência aos necessitados, mediante a contribuição de toda a sociedade, de acordo com o poder econômico de cada cidadão.

1.3 Princípios constitucionais da Seguridade Social

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 194, parágrafo único, aduz que a seguridade social será organizada, nos termos da lei, com base nos objetivos que relaciona.

De acordo com as lições de Marisa Santos:

Todavia, pela natureza de suas disposições, tais objetivos se revelam como autênticos princípios setoriais, isto é, aplicáveis apenas à seguridade social: caracterizam-se pela generalidade e veiculam os valores que devem ser protegidos. São fundamentos da ordem jurídica que orientam os métodos de interpretação das normas e, na omissão, são autênticas fontes do direito²⁸.

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília DF: Senado Federal. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

²⁶ GOES, 2016, p. 15.

²⁷ SANTOS, 2016, p. 43/44.

²⁸ SANTOS, 2016, p. 46.

Há sete princípios enumerados no parágrafo único, do art. 194, da CF/88, quais sejam: Universalidade da cobertura e do atendimento; Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; Irredutibilidade do valor dos benefícios; Equidade na forma de participação no custeio; Diversidade da base de financiamento; e Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados

Além desses sete princípios enumerados na CF, é de suma importância fazer menção ao princípio da Igualdade, que será necessário para posterior compreensão do instituto jurídico da desaposentação.

O princípio da Igualdade, expresso no art. 5º, *caput*, da CF/88, dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, devendo ser interpretada sob a prisma material. Segundo Pedro Lenza:

Deve -se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no *liberalismo clássico*), mas, principalmente, a **igualdade material**, uma vez que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Isso porque, no *Estado Social* ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina -se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei²⁹.

O princípio da Universalidade da Cobertura (art. 194, I) tem por objetivo atender todos os acontecimentos que coloquem as pessoas em estado de necessidade, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite.

Isso significa que as ações, as prestações e os serviços de seguridade social, no âmbito da saúde, da assistência social e da previdência social, sendo que nesta última deve ser obedecido o princípio contributivo, seja acessível a todas as pessoas residentes do território brasileiro³⁰.

O princípio da Uniformidade e Equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais (art. 194, II), confere tratamento igual aos trabalhadores urbanos e rurais, isso significa que o plano de proteção social, bem como os benefícios e serviços serão idênticos para ambos, mesmo que os rurais contribuam menos que os

²⁹ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 973.

³⁰ CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 116.

urbanos e o tempo de aposentadoria dos trabalhadores rurais sejam reduzidos em 5 (cinco) anos, devido aos desgastes da profissão, ambiente de trabalho, exposição as alterações climáticas.

O princípio da Seletividade e Distributividade na prestação dos benefícios e serviços (art. 194, III) consagra que para que os benefícios sejam concedidos, efetivamente, a quem deles necessite, é necessário que sejam preenchidos alguns requisitos para a concessão do benefício e serviço, conforme a necessidade da pessoa.

A distributividade reflete o caráter de repartição do sistema, isto é, repartição de renda e bem-estar social como meios de alcançar a justiça social. Entendem que nos benefícios assistenciais há distribuição de renda e nos serviços de saúde pública distribui-se o bem-estar social³¹.

O princípio da Irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, IV) tem previsão constitucional no art. 201, §4º, tem por objetivo preservar o valor real da prestação pecuniária. Esse princípio consagra que os benefícios não podem ter o seu valor inicial reduzido, a fim de que o beneficiário possa suprir os mínimos necessários à sobrevivência com dignidade.

O princípio da Equidade na Forma de Participação no Custeio da Seguridade Social (art. 194, V), de acordo com as lições de Marisa Santos:

O conceito de “equidade” está ligado à ideia de “justiça”, mas não à justiça em relação às possibilidades de contribuir, e sim à capacidade de gerar contingências que terão cobertura pela seguridade social.

Então, a equidade na participação no custeio deve considerar, em primeiro lugar, a atividade exercida pelo sujeito passivo e, em segundo lugar, sua capacidade econômico-financeira. Quanto maior a probabilidade de a atividade exercida gerar contingências com cobertura, maior deverá ser a contribuição³².

Portanto, tal princípio significa dizer que quanto maior a capacidade econômica do segurado maior será a sua contribuição, e, quanto menor a capacidade, menor a contribuição.

O princípio da Diversidade da base de financiamento (art. 194, VI) tem como pressuposto assegurar que em caso de dificuldade na arrecadação de determinadas contribuições, haverá outras para lhes suprir a falta. A seguridade social tem vários meios de custeio, o que não gera dependência econômica de apenas uma forma de financiamento.

³¹ CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 116.

Marisa Santos ensina:

Os aportes ao orçamento da seguridade social são feitos por meio de recursos orçamentários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de contribuições pagas pelo empregador, pela empresa ou entidade a ela equiparada (art. 195, I), pelo trabalhador (art. 195, II), pelas contribuições incidentes sobre as receitas dos concursos de prognósticos (art. 195, III) e pelas contribuições pagas pelo importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar (art. 195, IV).

As bases de cálculos das contribuições da empresa e da entidade a ela equiparada são diversas e estão previstas no inc. I, a, b e c, do art. 195³³.

Neste princípio aplica-se o princípio da Solidariedade em razão do fato de toda a sociedade, indistintamente, deve contribuir para a Seguridade Social, independentemente de se beneficiar dos serviços disponibilizado.

E por fim, o princípio do Caráter Democrático e Descentralizado da Administração (art. 194, VII), traz que a gestão dos recursos, programas, planos, serviços e ações, nas esferas da saúde, assistência e previdência social, deve ser realizada mediante discussão com a sociedade. Para isso, foram criados órgãos colegiados de deliberação: o Conselho Nacional de Previdência Social (CNPS); o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS); e o Conselho Nacional de Saúde (CNS). Todos estes conselhos têm composição paritária e são integrados por representantes do Governo, dos trabalhadores, dos empregadores e dos aposentados.

1.4 Princípios da Previdência Social

A Previdência Social também possui alguns princípios específicos além dos princípios da Seguridade Social que são aplicáveis à Previdência, são eles: princípio da Filiação Obrigatório; princípio do Caráter Contributivo; princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial; princípio da Garantia do Benefício Mínimo; princípio da Correção Monetária dos Salários de Contribuição; princípio da Preservação do Valor Real dos Benefícios; princípio da Facultatividade da Previdência Complementar; e princípio da Indisponibilidade dos Direito dos Benefícios.

De acordo com o princípio da Filiação Obrigatória (art. 201, *caput*, da CF/88) todo trabalhador que exerce atividade remunerada abrangida pelo Regime Geral da Previdência Social – RGPS, em qualquer de sua modalidade, deve contribuir para o custeio da previdência social e deve ter cobertura previdenciária.

³² SANTOS, 2016, p. 49.

Esse princípio não pode ser confundido com o princípio do Caráter Contributivo (art. 40, *caput*; art. 201, *caput*) que estabelece que para ter direito ao benefício previdenciário, em qualquer de seus regimes, é necessário que o segurado contribua financeiramente para o regime, cabendo à legislação ordinária de cada regime previdenciário definir como se dará a participação dos segurados no custeio.

Para a organização do RGPS devem ser observados o princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial (art. 40, *caput*, art. 201, *caput*), haja vista que as contribuições previdenciárias formam um fundo destinado ao financiamento das prestações. É preciso que a administração desse fundo, bem como a instituição, majoração e concessão das prestações, propicie que o sistema não se torne deficitário.

Princípio expresso somente a partir da Emenda Constitucional n. 20/98 (art. 40, *caput* e art. 201, *caput*), significa que o Poder Público deverá, na execução da política previdenciária, atentar sempre para a relação entre custeio e pagamento de benefícios, a fim de manter o sistema em condições superavitárias, e observar as oscilações da média etária da população, bem como sua expectativa de vida, para a adequação dos benefícios a estas variáveis.

Com base nesse princípio, o RGPS foi recentemente modificado para incluir, no cálculo de benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e idade, o chamado “fator previdenciário”, resultante das variáveis demográficas e atuariais relativas à expectativa de vida, comparativamente à idade de jubilação – Lei n. 9.876/99³⁴.

Consoante ao assunto entende Frederico Amado que:

É certo que é preciso haver um equilíbrio entre as receitas que ingressam no fundo previdenciário e as despesas com o pagamento dos benefícios, que restou prejudicado com a utilização pretérita dos recursos da previdência para o custeio de outras diversas despesas da União, especialmente a construção de Brasília.

Todo regime previdenciário, quando começa, tende a arrecadar muito mais com as contribuições do que gastar com o pagamento de benefícios e a promoção de serviços, pois apenas as prestações não programadas serão devidas no início, o que permitirá a reunião de uma grande soma de recursos para o futuro, formando um equilíbrio financeiro.³⁵

Quanto ao princípio da Garantia do Benefício Mínimo, o §2º, do art. 201, da CF, assegura a garantia de renda mensal não inferior ao valor do salário mínimo, no que diz respeito aos benefícios substitutivos do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho. Segundo Castro e Lazzari comentando acerca desse princípio:

³³ SANTOS, 2016, p. 50/51.

³⁴ CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 122.

³⁵ AMADO, Frederico. Sinopse Direito Previdenciário. – 7. ed. rev, ampl e atual. – Bahia: Juspodivm, 2016, p. 139.

Entendemos, entretanto, que a proposta de desvinculação do benefício substitutivo do rendimento do trabalho daquele salário mínimo pago aos trabalhadores na atividade é retrocesso inaceitável. O beneficiário da Previdência também tem direito a uma existência digna, tal como preconiza o art. 1º, III, da Carta Magna. Ora, se o trabalhador tem necessidades básicas, que devem ser cobertas pelo valor do salário mínimo, o beneficiário da Previdência também as tem, e não em menor escala, senão pelo contrário. Deve-se recordar que, antes da previsão constitucional vigente, os segurados recebiam como valor mínimo a metade do salário mínimo devido aos trabalhadores. Não se vislumbra em que finalidade social se sustentou tal tese, uma vez que a desvinculação somente aumentava o “abismo social” existente entre segurados de baixa renda e as classes mais abastadas³⁶.

Preleciona Frederico Amado que:

Todavia, essa garantia vem gerando uma situação inusitada e não isonômica para muitos segurados e dependentes do RGPS, porquanto ao longo dos anos os benefícios mínimos vêm sofrendo um reajuste maior que os demais, em decorrência dos maiores reajustes do salário mínimo ao longo das duas últimas décadas.³⁷

O princípio da Correção Monetária dos Salários de Contribuição (art. 40, §17; art. 201, §3º, da CF/88) determina, que, no momento de cálculo do benefício, sejam atualizados os valores de contribuição vertidos pelo segurado para evitar perdas inflacionárias que gerem distorções no momento da concessão do benefício previdenciário³⁸.

Quanto ao princípio da Preservação do Valor Real dos Benefícios, a Constituição Federal assegura “o reajustamento dos benefícios para preservá-los, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei” (art. 201, §4º). Sobre a Preservação do Valor Real dos Benefícios, discorre Marisa Santos:

O benefício previdenciário se destina a substituir os rendimentos do segurado, de modo que possa manter seu sustento e de sua família. O poder de compra da renda mensal do benefício previdenciário deve ser preservado desde a renda mensal inicial até enquanto durar a cobertura previdenciária, e não pode ficar sujeito às desvalorizações da moeda. A preservação do valor real dos benefícios previdenciários deve ser observada por ocasião dos reajustes do valor da renda mensal.³⁹

Ainda sobre o assunto Castro e Lazzari esclarece que:

A matéria se encontra disciplinada, no âmbito do RGPS, pelo art. 41-A da Lei n. 8.213/91, com redação conferida pela Lei n. 11.430, de 26.12.2006, que

³⁶ CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 122.

³⁷ AMADO, 2016, p. 146.

³⁸ CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 123.

³⁹ SANTOS, 2016, p. 171.

assegura o reajuste do valor dos benefícios, anualmente, na mesma data do reajuste do salário mínimo, com base no Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC, apurado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. O mesmo índice deverá ser observado no âmbito do regime previdenciário próprio dos agentes públicos federais, ocupantes de cargos efetivos e vitalícios, por força do disposto no art. 1º, § 1º, da Lei n. 10.887/2004, que estabeleceu como critério de reajuste dos salários de contribuição considerados para o cálculo da aposentadoria o mesmo índice aplicado ao RGPS, o que leva, necessariamente, à aplicação do índice para fins de reajustamento dos benefícios⁴⁰.

É possível, de acordo com o princípio da Facultatividade da Previdência Complementar, a participação da iniciativa privada na atividade securitária, em complemento ao regime oficial, e em caráter facultativo para os segurados (art. 40, §§ 14 a 16, da CF/88 no âmbito dos regimes próprios de agentes públicos; art. 202, no âmbito do RGPS).

A organização dessa participação privada é realizada de forma autônoma, desvinculada do regime oficial, que será regulada por lei complementar. É competência do Estado a função de fiscalizar a atividade das instituições de previdência privada, no exercício do poder de polícia⁴¹.

No mais, de acordo com o princípio da Indisponibilidade dos Direitos dos Beneficiários (art. 102, § 1º, da Lei n. 8.213/91), os benefícios previdenciários seriam inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis, por terem caráter alimentar. Vale destacar a importância desse princípio para o desenvolvimento desse trabalho, haja vista que servirá como base para compreensão da hipótese apresentada no presente trabalho.

⁴⁰ CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 123.

⁴¹ CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 124/125.

CAPITULO 2

SEGURADOS, FILIAÇÃO E APOSENTADORIAS

Este capítulo visa tratar sobre as pessoas abrangidas, bem como as relações jurídicas disciplinadas pelo Direito Previdenciário. Assim, procuramos conceituar os segurados, os dependentes, as filiações, os benefícios e as aposentadorias e, dentro destas, as diversas categorias e espécies, com suas definições. Para compreender a relevância social e jurídica da desaposentação, é necessário que a análise do tema seja pautada na conjuntura da organização da Seguridade Social.

2.1- Segurados, Filiação e Dependentes

Os segurados são pessoas físicas que contribuem para o sistema previdenciário, que receberão a proteção previdenciária do INSS, tendo como objetivo resguardar a condição econômica deles e de seus dependentes.

São os principais contribuintes do sistema da seguridade social, em razão da função do vínculo jurídico que possuem com o regime previdenciário, gerando o direito a prestações, benefícios ou serviços.

A proteção da Previdência para os segurados decorre de ato próprio, pelo exercício da atividade laborativa remunerada para os segurados obrigatórios, e pelo recolhimento das contribuições para os segurados facultativos. Por essa razão é que se diz que são beneficiários diretos da Previdência social.

Os segurados são classificados em obrigatórios e facultativos. Os obrigatórios (art. 11, da Lei nº 8.213/91 e art. 12, da Lei nº 8.212/91) são aqueles que se vinculam somente pelo exercício da atividade, sendo obrigados a contribuir para a previdência social, filiando-se automaticamente ao RPGS devido a atividade remunerada, e, quando preenchido os requisitos necessários, serão concedidos benefícios e serviços. Esses segurados são os indivíduos enquadrados no conceito de empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial. Os segurados facultativos são todos aqueles maiores de 16 anos (art. 7º, XXXIII, da CF/88) que não exercem atividade remunerada e não possui regime próprio, mas desejam contribuir, de forma autônoma, para fazer jus a benefícios e serviços. Esses segurados que podem filiar-se facultativamente são aqueles enumerados no art. 11, do Decreto nº

3.048/99, são eles: a dona de casa; o síndico de condomínio não remunerado; o estudante; o cônjuge de brasileiro que presta serviço no exterior; quem deixou de ser segurado obrigatório; o membro de conselho tutelar; o bolsista e o estagiário; o bolsista de pesquisa; o presidiário não filiado; o brasileiro residente ou domiciliado no exterior.⁴²

Vale ressaltar que o art. 201, §5º, da CF/88, veda a filiação ao RGPS de indivíduos que tem regime próprio, que é o caso dos segurados obrigatórios, na qualidade de segurado facultativo.

Contudo, conforme ensinamentos de Marisa Santos:

A filiação dessas pessoas como segurados facultativos é permitida, excepcionalmente, na hipótese de afastamento sem vencimento e desde que não permitida, nessa situação, contribuição para o respectivo regime próprio; nessa hipótese, em se tratando de servidores públicos, o tempo de contribuição como segurados facultativos para o RGPS será computado no regime próprio, se para ele retornarem, já que a CF assegura a contagem recíproca⁴³.

No mais, o objetivo do legislador constituinte foi garantir a proteção previdenciária para todos que exercem, de alguma forma, atividade econômica ou social.

A filiação é constituída do vínculo entre o segurado e a Previdência Social, que decorre direito e obrigações, haja vista a relação jurídica existente entre esse vínculo, conforme preconiza o art. 20, *caput*, do Decreto nº 3.048/99.

⁴² Art. 11. É segurado facultativo o maior de dezesseis anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, na forma do art. 199, desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadre como segurado obrigatório da previdência social.

§ 1º Podem filiar-se facultativamente, entre outros:

I - a dona-de-casa;

II - o síndico de condomínio, quando não remunerado;

III - o estudante;

IV - o brasileiro que acompanha cônjuge que presta serviço no exterior;

V - aquele que deixou de ser segurado obrigatório da previdência social;

VI - o membro de conselho tutelar de que trata o art. 132 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, quando não esteja vinculado a qualquer regime de previdência social;

VII - o bolsista e o estagiário que prestam serviços a empresa de acordo com a Lei nº 6.494, de 1977;

VIII - o bolsista que se dedique em tempo integral a pesquisa, curso de especialização, pós-graduação, mestrado ou doutorado, no Brasil ou no exterior, desde que não esteja vinculado a qualquer regime de previdência social;

IX - o presidiário que não exerce atividade remunerada nem esteja vinculado a qualquer regime de previdência social;

X - o brasileiro residente ou domiciliado no exterior, salvo se filiado a regime previdenciário de país com o qual o Brasil mantenha acordo internacional; e

XI - o segurado recolhido à prisão sob regime fechado ou semi-aberto, que, nesta condição, preste serviço, dentro ou fora da unidade penal, a uma ou mais empresas, com ou sem intermediação da organização carcerária ou entidade afim, ou que exerce atividade artesanal por conta própria.

⁴³ SANTOS, 2016, p. 197.

Segundo Alfredo Ruprecht, a filiação se inicia “no exato momento em que o indivíduo entra no campo da seguridade social e perdura por todo o tempo em que este – que preenche as condições pertinentes –mantém-se como segurado”.⁴⁴

Para os segurados obrigatórios a filiação decorre automaticamente da atividade remunerada e para os segurados facultativos é necessário realizar um ato formal, ou seja, efetuar o pagamento da primeira contribuição (art. 20, §1º, do Decreto nº 3.048/99).

Segundo o art. 16, da Lei nº 8.213/91, são também considerados segurados em modalidade especial, ou seja, sem contribuição, os dependentes dos segurados, em razão de terem vínculo familiar, os quais segundo a lei fazem jus aos benefícios de pensão por morte, auxílio reclusão, serviço social e a reabilitação profissional.⁴⁵

No entanto, a lei dispõe quem deve ser considerado dependente para fins de concessão de benefícios. Assim, segundo o art. 16, da Lei nº 8.213/91, os dependentes são divididos em três classes: Classe 1: o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave; Classe 2: os pais; Classe 3: o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

Vale ressaltar que o critério para fixação do quadro de dependentes também inclui o da dependência puramente econômica, e não somente o vínculo familiar.

O critério do vínculo familiar, em alguns casos, será ligado com o da necessidade econômica, ou seja, quando se estende a dependência a pessoas que estão fora da célula familiar básica. É o caso dos pais do segurado, bem como dos irmãos inválidos ou menores de idade não emancipados.

No caso dos dependentes de primeira classe, a dependência econômica é presumida, já para as demais classes deve se demonstrar o critério familiar e a dependência econômica existente entre segurado e dependente, contudo, tal dependência não necessita ser absoluta podendo ser parcial.

No mais, segundo, Marisa Ferreira dos Santos, “a relação jurídica entre dependente e Previdência Social só se formaliza se não houver mais a possibilidade de

⁴⁴ CASTRO e LAZZARI *apud* RUPRECHT, 2016, p. 201.

⁴⁵ CASTRO e LAZZARI, 2017, p. 154.

se instalar a relação jurídica com o segurado porque não há, no sistema previdenciário, nenhuma hipótese de cobertura concomitante para segurado e dependente”.⁴⁶

2.2- Benefícios

Os benefícios são uma espécie de prestação pecuniária, ou seja, pagas em dinheiro.

Nas palavras de Kertzman:

Os benefícios previdenciários são prestações pagas, em dinheiro, aos trabalhadores ou a seus dependentes. Alguns deles substituem a remuneração do trabalhador que ficou, por algum motivo, impedido de exercer a sua atividade. Outros são oferecidos como complementação de rendimento do trabalho ou, até mesmo, independentemente do exercício da atividade.⁴⁷

Segundo o art. 1º, da Lei nº 8.213/91, as contingências cobertas pelo plano de benefícios são: incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente. Essas contingências têm cobertura pelas prestações enumeradas no art. 18.

São devidas ao segurado, inclusive em razão de acidente de trabalho, aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadoria especial, auxílio-doença, salário-família, salário-maternidade e auxílio-acidente (art. 18, I)

Aos dependentes são devidos pensão por morte e auxílio-reclusão (art. 18, II). Os segurados e os dependentes têm direito a serviço social e reabilitação profissional (art. 18, III).

Para fazer jus à prestação previdenciária é necessário: que o indivíduo se encontre na qualidade de beneficiário do regime, à época do evento; a existência de um dos eventos cobertos pelo regime, em conformidade com os requisitos legais pertinentes; cumprimento das exigências legais.

Quanto à estas exigências legais as prestações previdenciárias são concedidas se o beneficiário, além de atingido pelo evento amparado, cumprir algumas exigências, como carência de contribuições, idade mínima, ou a ausência de percepção de outro

⁴⁶ SANTOS, 2016, p. 178.

⁴⁷ KERTZMAN, 2015, p. 364.

benefício inacumulável com o requerido; a iniciativa do beneficiário, por meio de requerimento⁴⁸.

Ainda, Castro e Lazzari ressaltam que, “a inexistência de contribuições para com a Seguridade Social e a falta de registro da atividade laboral em carteira profissional ou Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS não podem constituir óbice à concessão de benefícios para os segurados empregados, empregados domésticos e trabalhadores avulsos”.⁴⁹

Portanto, preenchido os requisitos supramencionados, embora não pleiteie a prestação, o segurado possui direito adquirido à prestação previdenciária, e uma vez adquirido o direito, este se torna intangível por norma posterior, devendo ser concedido o benefício ou prestado o serviço nos termos do regramento existente à época da aquisição do direito, independentemente de quando for requerido.⁵⁰

Contudo, o referido trabalho trata-se de um conjunto de benefícios em específicos. Em razão disso, eles serão tratados em tópicos separados.

2.3- Aposentadorias

A aposentadoria é uma contraprestação pecuniária, que o segurado tem direito de obter mensalmente, se cumpridos os requisitos legais. Segundo Castro e Lazzari, “o modelo majoritário de aposentadoria está intimamente ligado ao conceito de seguro social – benefício concedido mediante contribuição”.⁵¹

A natureza jurídica da aposentadoria é ato administrativo declaratório, faz-se necessário requerer administrativamente perante o INSS, o qual será analisado o cumprimento do requisitos e deferirá o benefício.

Celso Antônio Bandeira de Mello, conceitua-se ato administrativo como:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.⁵²

⁴⁸ CASTRO e LAZZARI, 2017, p. 338

⁴⁹ CASTRO e LAZZARI, 2017, p. 338.

⁵⁰ CASTRO e LAZZARI, 2017, p. 339.

⁵¹ CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 636.

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo - 26ª ed. rev. e atual - São Paulo: Malheiros, 2009, p. 380.

A aposentadoria é garantia constitucional, conforme o art. 201, da CF/88.⁵³

A aposentadoria visa amparar pessoas que não possuem mais condições de estarem em atividade, protegendo o cidadão de uma vulnerabilidade social. É garantida pela Previdência Social, um programa de segurança pública para a prevenção de riscos financeiros. A participação é obrigatória para todos os trabalhadores.

Nos próximos itens as espécies de aposentadorias serão explicadas em seus requisitos, formalidades, base de cálculo e peculiaridades.

2.3.1 Aposentadoria por tempo de contribuição

A aposentadoria por tempo de contribuição (art. 201, §7º, I, da CF) é devida ao segurado que, cumprida a carência exigida completar 35 anos de contribuição, se homem, e 30 anos de contribuição, se mulher. Aos professores que exerçam comprovadamente efetivo exercício em função de magistério, terá reduzido em cinco anos o tempo de contribuição.

Não há exigência de idade mínima para a concessão do benefício. É um benefício requerido voluntariamente pelo segurado.

A carência, tal como na aposentadoria por idade, é de 180 contribuições mensais e a renda mensal inicial é de 100% do salário de benefício, podendo optar pela não incidência do fator previdenciário.

Aqueles que se aposentaram antes da EC nº 20/98 possuem direito adquirido as regras da época. Aqueles que ingressaram no RGPS após essa alteração constitucional submetem-se as regras atuais e vigentes.

Segundo Marisa Santos:

Por isso, a **EC 20/98 é marco temporal importante também para esse benefício**, pois tem normas específicas que regem as situações dos segurados que ingressaram no RGPS antes e dos que ingressaram depois de sua

⁵³ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

(...)

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

publicação, bem como dos que já haviam preenchido os requisitos para a aposentadoria por tempo de serviço.

O **direito adquirido** está garantido no art. 3º da EC 20/98: poderão se aposentar, a qualquer tempo, os segurados que, até a data da publicação da Emenda, tenham cumprido todos os requisitos, com aplicação das regras então vigentes. Porém, somente com a **Lei n. 9.876/99** é que a reforma previdenciária foi efetivada. Então, na verdade, o que se deve considerar como **marco temporal** é a vigência da Lei n. 9.876/99 (29.11.1999) (Negrito da autora).⁵⁴

Ainda, há aqueles que entraram em regime antes da emenda, mas na data de sua publicação não haviam preenchido todos os requisitos necessários para a concessão do benefício, sendo estes titulares de uma mera expectativa de direito, aplicando-se uma regra de transição. Dentre essas regras de transição, destaca-se a possibilidade da aposentadoria proporcional por tempo de serviço, objeto de extrema importância que incidirá no instituto da desaposentação, a ser analisado posteriormente.

2.3.2 Aposentadoria por idade

A Constituição Federal, em seu art. 201, I, prevê cobertura previdenciária para aqueles que possuem idade avançada, sendo a mais importante em termos previdenciários, haja vista que presume a incapacidade laborativa.

Sua previsão legal encontra-se no art. 48 a 51, da Lei nº 8.213/91 e art. 51 a 58, do Decreto nº 3.048/99. Os requisitos para a concessão desta modalidade de aposentadoria é adquirir a idade mínima, qual seja, 65 anos para os homens, e 60 anos para as mulheres.

Há uma flexibilização para o trabalhador rural, bem como para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, que poderá aposentar-se 5 anos a menos (art. 201, §7º, II, da CF/88).

Discorre Marisa Santos:

Em regra, trata-se de benefício requerido **voluntariamente** pelo segurado. Porém, o art. 51 do PBPS e o art. 54 do RPS preveem a possibilidade de ser a aposentadoria por idade requerida **pela empresa quando o segurado empregado, cumprido o período de carência, tenha completado 70 anos, se homem, e 65 anos, se mulher**. Nessa hipótese, a aposentadoria será **compulsória**, mas ao segurado empregado é garantida a indenização prevista na legislação trabalhista; a data da rescisão do contrato de trabalho será

⁵⁴ SANTOS, 2016, p. 274.

considerada como sendo a imediatamente anterior à do início da aposentadoria. (Negrito da autora)⁵⁵

A carência exigida é de 180 contribuições. No caso do segurado especial, a carência é de 180 meses de efetivo exercício na atividade, imediatamente anteriores à data do requerimento do benefício. A renda mensal inicial corresponde a 70% do salário de benefício, acrescido de 1% para cada grupo de 12 contribuições, não podendo ultrapassar o total de 30% esse acréscimo. Em se tratando do segurado especial o valor corresponde a um salário mínimo.

Em regra, é preciso manter a qualidade de segurado na data do requerimento, para ter direito à cobertura previdenciária.

2.3.3 Aposentadoria por invalidez

Segundo o conceito de Russomano, “aposentadoria por invalidez é o benefício decorrente da incapacidade do segurado para o trabalho, sem perspectiva de reabilitação para o exercício de atividade capaz de lhe assegurar a subsistência”.⁵⁶

De acordo com Wladimir Novaes Martinez:

Juntamente com o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez é benefício de pagamento continuado, de risco imprevisível, devido à incapacidade presente para o trabalho. É deferida, sobretudo, se o segurado está impossibilitado de trabalhar e insuscetível de reabilitar-se para a atividade garantidora da subsistência. Trata-se de prestação provisória com nítida tendência à definitividade, geralmente concedida após a cessação do auxílio-doença (PBPS, *caput* do art. 43).⁵⁷

Trata-se da incapacidade que torna o segurado impossibilitado de exercer, permanentemente, atividade de qualquer natureza que lhe garanta a subsistência, sem perspectiva de melhoria.

É necessário que o INSS ateste, através de uma perícia médica, a incapacidade profissional, podendo estar ser requerida a qualquer tempo pela autarquia a fim de constatar a continuidade da inaptidão em laborar.

A carência para esse benefício, em regra, é de 12 contribuições mensais (art. 25, I). Contudo, há hipóteses em que a carência é dispensada (art. 26, II): acidente de

⁵⁵ SANTOS, 2016, p. 267.

⁵⁶ LAZZARI *apud* RUSSOMANO, 2016, p. 701.

⁵⁷ LAZZARI *apud* MARTINEZ, 2016, p. 701.

qualquer natureza ou causa, doença profissional ou do trabalho e as doenças previstas no art. 151, da Lei nº 8.213/91.⁵⁸

A renda mensal inicial é 100% do salário de benefício, mesmo naquela decorrente de acidente de trabalho. Outrossim, se o segurado necessitar de assistência permanente de outra pessoa, será acrescido um coeficiente de 25%, ainda que superando o limite máximo de contribuição.

Ainda, caso o segurado não compareça à perícia médica ou à convocação do INSS ou recuse ao tratamento de reabilitação profissional, o benefício será suspenso.

Vale ressaltar que, o aposentado nesta categoria que completar 60 anos de idade estará isento do exame médico periódico a cargo do INSS.

2.3.4 Aposentadoria Especial

A aposentadoria especial pode ser considerada como uma das modalidades da aposentadoria por tempo de contribuição, e é devida ao segurado que tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Não há exigência de idade mínima para a concessão do benefício. Segundo Castro e Lazzari:

A aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas.⁵⁹

Nas palavras de Kertzman:

A aposentadoria especial será devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado à cooperativa de trabalho ou de produção, que tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

⁵⁸ Art. 151. Até que seja elaborada a lista de doenças mencionada no inciso II do art. 26, independe de carência a concessão de auxílio-doença e de aposentadoria por invalidez ao segurado que, após filiar-se ao RGPS, for acometido das seguintes doenças: tuberculose ativa, hanseníase, alienação mental, esclerose múltipla, hepatopatia grave, neoplasia maligna, cegueira, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante), síndrome da deficiência imunológica adquirida (aids) ou contaminação por radiação, com base em conclusão da medicina especializada.

⁵⁹ CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 674/675

Percebe-se que os segurados que têm direito a esta modalidade de aposentadoria são, justamente, os que, de alguma forma, geram contribuição para o seu custeio.⁶⁰

O art. 201, §1º, da CRFB/88 determina que é vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

A Lei nº 9.032/95 impôs a necessidade de comprovação da efetiva exposição aos agente agressivos, exigindo ainda que essa exposição fosse habitual e permanente.

Para Castro e Lazzari:

O fator determinante para o reconhecimento do tempo especial passou, então, a ser a comprovação do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado (quinze, vinte ou vinte e cinco anos de trabalho).⁶¹

Tal aposentadoria tem previsão no art. 57 e 58, da Lei nº 8.213/91. Uma vez cumprida a carência de 180 contribuições mensais, será devida ao segurado empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual que tenha trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. A renda mensal inicial equivalente a 100% do salário benefício.

As aposentadorias são benefícios em cujo a desaposentação se apresenta como alternativa. A desaposentação pode ser conceituada, segundo Castro e Lazzari, como sendo:

O ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, em regra por ter permanecido em atividade laborativa (e contribuindo obrigatoriamente, portanto) após a concessão daquela primeira aposentadoria.⁶²

Dado o exposto, o foco deste trabalho é a análise da desaposentação dentro do RGPS, que passa a ser tratado a partir do capítulo subsequente.

⁶⁰ KERTZMAN, 2015, p. 385.

⁶¹ CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 675.

CAPÍTULO 3

DESAPOSENTAÇÃO

Neste presente capítulo, após as considerações preliminares feitas anteriormente que servirão de subsídio para a compreensão jurisprudencial e doutrinário que se faz acerca do tema, trataremos de um breve conceito, posição normativa, jurisprudencial e doutrinário a respeito da desaposentação, analisando a posição do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, bem como a modulação dos efeitos do RE nº 661.256.

3.1- Conceito

A desaposentação, foco deste trabalho, é conceituada, segundo maior parte da doutrina, como sendo renúncia a uma modalidade de aposentadoria e utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária, na perspectiva de obtenção de benefício mais vantajoso.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, conceitua desaposentação como sendo:

a desaposentação pode ser conceituada como sendo o ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, em regra por ter permanecido em atividade laborativa (e contribuindo obrigatoriamente, portanto) após a concessão daquela primeira aposentadoria.⁶³

Segundo Marisa Ferreira dos Santos “desaposentação é, então, a desconstituição do ato de concessão da aposentadoria, que depende da manifestação de vontade do segurado”.⁶⁴

Para Leitão:

A desaposentação consiste no desfazimento do ato concessório da aposentadoria, por vontade do beneficiário. Após a sua efetivação, a figura do beneficiário converte-se novamente em potencial beneficiário, com o pleno resguardo do direito (existencial e quantitativo) à prestação, que permanece incólume, haja vista a inatingibilidade do direito adquirido.⁶⁵

⁶² CASTRO e LAZZARI, 2017, p. 483.

⁶³ CASTRO e LAZZARI, 2017, p. 483.

⁶⁴ SANTOS, 2016, p. 427.

⁶⁵ LEITÃO, André Studart e MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. Manual de direito previdenciário. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva. 2015, p. 427.

Ainda, a desaposentação nas palavras do especialista Wladimir Novaes Martinez, “não põe fim ao benefício em si, mas à manutenção das prestações previdenciárias, subsistindo, pois, o fundo do direito validamente reconhecido. Ressalta, outrossim, que, caso a pretensão fosse a desconstituição de ato em que inobservadas as regras legais, a hipótese não seria de desaposentação, mas de anulação do ato da aposentação”.⁶⁶

Nada impede que um aposentado filiado ao RGPS, volte a trabalhar, e, por conseguinte, ser um segurado obrigatório, segundo dispõe o art. 12, §4º, da Lei nº 8.212/91, *in verbis*:

O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social.⁶⁷

Acontece que, segundo o art. 18, § 2º da Lei nº 8.213/91 há uma vedação para tal prática conforme segue:

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 salário-família e a reabilitação profissional, quando empregado.⁶⁸

Verifica-se pelo dispositivo acima que o aposentado voltando ao mercado de trabalho é obrigado a contribuir para a Previdência Social, porém tais contribuições não lhe traz nenhuma vantagem, pois a autarquia não a reconhece com a finalidade de majorar o valor do benefício, haja vista que não há previsão legal do direito à desaposentação.

Diante do exposto, surgem os seguintes questionamentos: à luz da Constituição Federal Brasileira e a legislação aplicada no Brasil, o aposentado pelo RGPS pode ou não se desaposentar? Caso não seja possível a desaposentação, terão ou não que devolver os valores que receberam? Ainda, para aqueles aposentados que

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 661.256, Voto Vista Ministra Rosa Weber *apud* MARTINEZ, sessão plenário 26.10.2016, p. 103.

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Brasília – DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm>

⁶⁸ BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília – DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>

conseguiram o direito a desaposentação, por força de decisão judicial, deveriam restituir o valor recebido?

Em primeiro lugar, o aposentado tem o direito à desaposentação e pode pleitear esse direito, levando-se em consideração que a aposentadoria é uma prestação pecuniária, de natureza patrimonial e pessoal, tratando-se de um direito disponível, dependendo tão somente da vontade do segurado.

Preleciona Castro e Lazzari que:

O STJ tem decidido no sentido de que a renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, pois se trata de um direito patrimonial disponível, de manifestação unilateral pelo detentor, na medida em que não contraria o interesse público, o qual deve sempre prevalecer ao particular.⁶⁹

Ainda, a lei não proibi expressamente esse instituto, o que torna a desaposentação possível, conforme o voto do relator Min. Luís Roberto Barroso que considerou válida a desaposentação, sob o argumento que não há proibição expressa que um aposentado do RGPS que tenha continuado a trabalhar pleiteie novo benefício mais vantajoso, haja vista que não há norma legal sobre o assunto.

A Min. Rosa Weber também seguiu esse entendimento do relator acerca da omissão da legislação no que diz respeito à desaposentação. A ministra observou que a filiação à previdência social é um vínculo jurídico que gera direitos e obrigações recíprocas e as novas contribuições vertidas pelo aposentado, por sua continuidade ou retorno ao mercado de trabalho, devem ser consideradas para cálculo de novo benefício.

De acordo com o princípio da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da CF/88, a Administração Pública somente está autorizada a fazer o que a lei determina, mas não pode criar obrigações sem lei que as fundamente.

Os valores recebidos a título de benefício de aposentadoria são verbas de natureza alimentar e irrepetíveis, pois garantem a subsistência do trabalhador e dos seus dependentes, razão pela qual sempre que ocorrer uma melhora no valor do benefício do segurado, ele terá o direito ao desfazimento de sua aposentadoria atual, ou seja, a desaposentação nesse caso também será cabível.

O Min. Ricardo Lewandowski acompanhou a corrente vencida que reconheceu o direito do segurado à desaposentação. Segundo ele, não é difícil que o segurado da

⁶⁹ CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 639.

previdência necessite complementar a sua renda para sustentar a família, levando-se em considerando a crise econômica pela qual passa o país, sendo legalmente possível que o segurado que retorne ao mercado de trabalho e após completado o requisitos necessários renunciei a sua aposentadoria atual para obter uma mais vantajosa.

Em seu voto, o ministro Marco Aurélio manteve sua posição já proferida como relator do RE 381.367, favorável à possibilidade de desaposentação, assegurado ainda ao contribuinte o direito ao recálculo dos proventos da aposentadoria após o período de retorno à atividade, adotando a mesma posição nos demais recursos.

Portanto, entende-se que uma vez preenchidos os requisitos necessários, e a vontade do aposentado tenha se positivado no sentido de majorar o valor do benefício, a desaposentação tem que ser concedida.⁷⁰

No entanto, também é possível o direito à renúncia do benefício de aposentadoria desde que haja restituição dos valores percebidos pelo segurado, em virtude de aposentadoria anteriormente concedida, para que não haja desequilíbrio financeiro e atuarial.

Contudo, o STJ decidia pela possibilidade da desaposentação, sem a necessidade da devolução de qualquer parcela obtida em decorrência da primeira aposentadoria já concedida administrativamente. Vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESAPOSENTAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. PRESCINDIBILIDADE. OFENSA À CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS PELO SEGURADO RELATIVAMENTE AO BENEFÍCIO OBJETO DA RENÚNCIA. DESNECESSIDADE. SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO A SEREM UTILIZADOS NO CÁLCULO DO NOVO BENEFÍCIO. PEDIDO DE INTEGRAÇÃO DO JULGADO, NOS TERMOS DOS EDCL NO RESP 1.334.488/SC. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

01. Relativamente ao direito de o segurado do regime geral da previdência social (RGPS) requerer a "desaposentação" e aos reflexos desse ato na futura composição da base de cálculo do novo valor do benefício, as Turmas que compõem a Primeira e a Terceira Seções do Superior Tribunal de Justiça têm decidido que: I) "o reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Excelso Pretório não impede o julgamento do recurso especial por este Superior Tribunal de Justiça" (AgRg no REsp 1.333.666/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 27/05/2014); II) "é desnecessário aguardar o trânsito em julgado do acórdão proferido no recurso repetitivo para

⁷⁰ PIAZERA, Bruna Motta. A possibilidade da desaposentação. Disponível em: <<https://phmp.com.br/artigos/a-possibilidade-da-desaposentacao/>> Acesso em: 27/10/2017.

que se possa aplicar aos demais recursos o entendimento firmado pela via do art. 543-C do CPC" (AgRg no REsp 1.333.666/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 27/05/2014); III) "não cabe ao STJ examinar, no âmbito do recurso especial, violação de preceitos e dispositivos constitucionais, tendo em vista a necessidade de interpretar matéria cuja competência é exclusiva da Suprema Corte, nos termos do art. 102 da CF" (AgRg no REsp 1.333.666/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 27/05/2014); IV) "não há falar em ofensa à cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF), pois a questão tratada nos autos foi decidida e fundamentada à luz da legislação federal, sem necessidade do reconhecimento da inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei n. 8.213/1991, apenas foi dada interpretação conforme a jurisprudência desta Corte. A violação à cláusula de reserva de plenário só ocorre quando a decisão, embora sem explicitar, afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide, para decidi-la com critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição, o que não ocorreu no presente caso" (AgRg no AREsp 570.693/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 16/10/2014); V) **"os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento" (REsp n. 1.334.488, SC, julgado como representativo de controvérsia" (AgRg no REsp 1.340.432/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014); VI) "consoante entendimento firmado no julgamento do REsp n. 1.334.488/SC, admite-se a renúncia à aposentadoria por tempo de serviço (desaposentação) objetivando a concessão de novo benefício da mesma natureza (reaposentação), com o cômputo dos salários de contribuição posteriores à aposentadoria anterior, não sendo exigível, nesse caso, a devolução dos valores até então recebidos a título de aposentadoria" (AgRg no REsp 1.104.671/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 04/11/2014). Também têm decidido que, no cálculo da "nova aposentadoria, a ser concedida a contar do ajuizamento da ação, há de computar os salários de contribuição subsequentes à aposentadoria a que se renunciou" (EDcl no REsp 1.334.488/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 27/05/2014). Todavia, se em nenhuma fase do processo, nem no âmbito administrativo, foi ela suscitada, não há como conhecer da quaestio porquanto importaria em supressão de grau de jurisdição. 02. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1257639/PE, Rel. Ministro NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC), QUINTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 10/03/2015) (Grifei)**

A decisão do STJ era no sentido que a desaposentação, requerida através da renúncia à aposentadoria atual, independe da devolução dos valores já recebidos, bastando somente o requerimento de recálculo com base no novo tempo de contribuição e idade do segurado, possuindo essa concessão efeitos *ex nunc*.⁷¹

⁷¹ SILVA, Veranice Maria. Desaposentação. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15169&revista_caderno=2> Acesso em: 27/10/2017.

Além disso, há aqueles que defendem que aposentados que não podem desaposentar, uma vez que a Constituição Federal é omissa quanto a esse direito e, por não prevê esse instituto, torna-o inviável.

Os Mins Dias Toffoli e Teori Zavascki consideraram inválida a desaposentação, por entender que a Constituição Federal não prevê especificamente a desaposentação, tornando-a inviável. Para os ministros, o texto constitucional dispõe, de forma clara e específica, que ficariam remetidas à legislação ordinária as hipóteses em que as contribuições vertidas ao sistema previdenciário repercutem, de forma direta, na concessão dos benefícios. Ainda, argumentam que dado o caráter solidário e contributivo do sistema previdenciário brasileiro, no qual os trabalhadores de hoje são responsáveis pelo custeio dos benefícios dos aposentados, não há qualquer inconstitucionalidade na norma que veda a desaposentação.

Em outra ótica, existe o entendimento que a desaposentação fere o princípio da solidariedade, pois as contribuições vertidas pelo aposentado que volta ao labor tem a finalidade de custeio da Seguridade Social.

O Min. Edson Fachin acompanhou a divergência aberta pelo Min. Dias Toffoli, votando contra a desaposentação por entender que cabe ao legislador dispor sobre a possibilidade de revisão de cálculo de benefício de aposentadoria já concedida em razão de contribuições posteriores, ao ponderar sobre o equilíbrio financeiro e atuarial do RGPS. Destacou que a Constituição consagra o princípio da solidariedade e estabelece que a Seguridade Social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta. Ressaltou que o legislador constitucional, ao tratar da previdência social, dispôs que especificamente sobre os riscos que devem estar cobertos pelo RGPS, mas atribuiu ao legislador infraconstitucional a responsabilidade de fixar regras e critérios a serem observados para a concessão dos benefícios previdenciários.

Na esteira deste pensamento, prega Marisa Ferreira dos Santos:

Aquele que está aposentado e volta a exercer atividade sujeita à filiação obrigatória ao RGPS está, na verdade, apenas “complementando” renda mensal.

Argumenta-se que, nesse caso, a contribuição decorrente da “nova filiação” ao sistema não traz cobertura previdenciária, a não ser salário-família e reabilitação profissional, o que não justificaria a cobrança. O argumento é equivocado porque o sistema é movido pela solidariedade e não se destina apenas à proteção de quem contribui. Quem exerce atividade laboral, de qualquer natureza, também é potencialmente gerador de contingências que terão cobertura previdenciária pelo RGPS. Por isso, participa do custeio não

para ter direito a benefícios, porque já está em gozo de benefício, mas, sim, em razão da solidariedade, uma vez que de sua atividade poderão resultar contingências com cobertura pela Previdência Social.⁷²

Para o Min. Luiz Fux, o instituto da desaposentação desvirtua a aposentadoria proporcional, considerando o instituto da desaposentação inválido. Ressaltou que a contribuição de uma pessoa serve para ajudar toda a sociedade. Segundo ele, a obrigatoriedade visa preservar o atual sistema da seguridade e busca reforçar a ideia de solidariedade e moralidade pública, entre outras concepções.

O Min. Celso de Mello considerou que os únicos benefícios que o §2º, do art. 18, da Lei nº 8.213/91 permite a concessão ao aposentado que volta a trabalhar são o salário-família e a reabilitação profissional. Concluiu que o tema em questão se submeteria ao âmbito da própria reserva de parlamento. Dessa forma, cabe ao legislador disciplinar e regular a matéria, estabelecendo critérios, fixando parâmetros, adotando, ou não, o acolhimento do instituto da “desaposentação”.

Em seu voto, a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia adotou a posição segundo a qual não há fundamento na legislação que justifique o direito à desaposentação. A Lei 8.213/1991 trata da matéria, e o tema já foi projeto de lei, portanto, para a ministra, não houve ausência de tratamento da lei, apenas o tratamento não ocorreu na forma pretendida pelos beneficiários. Os preceitos legais adotados, por sua vez, são condizentes com os princípios da solidariedade e com a regra do equilíbrio atuarial.

O Min. Gilmar Mendes votou no sentido de negar o direito à desaposentação por entender que, quando o segurado se aposenta precocemente e retorna ao mercado de trabalho e posteriormente pretende revisar o benefício, estaria impondo um ônus ao sistema previdenciária que é custeado pela coletividade. Para ele não há dúvidas sobre a vedação da desaposentação trazida no art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/91. O ministro citou dados da Advocacia Geral da União de que um eventual reconhecimento do direito à desaposentação pelo STF teria impacto de R\$ 1 bilhão por mês aos cofres da Previdência Social.

Ressalta-se, segundo o STF, a aposentadoria por tempo de contribuição é irreversível e irrenunciável e, depois que receber o primeiro pagamento, sacar o PIS ou o Fundo de Garantia, o segurado não poderá mais desistir do benefício.

⁷² SANTOS, 2016, p. 429.

Inclusive, uma das maiores preocupações sobre o tema em questão encontra-se na necessidade ou não da devolução de valores pelo aposentado que adquiriu a desaposentação. Isso porque, a restituição dos valores recebidos está ligada ao equilíbrio atuarial e financeiro do sistema previdenciário, sendo este muitas vezes apontado como o maior óbice para a desaposentação.

Dentro da questão da desnecessidade da devolução dos valores das prestações pecuniárias, os doutrinadores Castro e Lazzari compreendem que pela aposentadoria possuir natureza alimentar, não é possível a exigência de devolução das parcelas recebidas. A restituição das prestações só seria justificável se ocorresse alguma irregularidade na concessão do antigo benefício.

Esse posicionamento defende, também, que a reversibilidade da desaposentação possui efeitos *ex nunc*, assim o aposentado não tem necessidade de devolver os valores percebidos, haja vista que a desaposentação só produzirá efeitos depois de sua formalização.

Preleciona Castro e Lazzari que:

Questionamento importante está relacionado com a restituição dos proventos recebidos durante o período em que o beneficiário esteve jubilado. Por ora, tem prevalecido o entendimento de que não há a necessidade da devolução dessas parcelas, por se tratar de verba alimentar e pela presunção da boa-fé do segurado e da ausência de irregularidades na concessão do benefício.⁷³

Em se tratando da inviabilidade da desaposentação e, uma das razões é a exigência da devolução dos valores recebidos da previdência social, sob pena de se configurar enriquecimento ilícito e prejuízo para o sistema previdenciário e isso vem impedindo o aposentado em pleitear esse instituto, uma vez que dificilmente alguém terá dinheiro disponível ou mesmo interesse em devolver todos esses valores.

Preleciona Kertzman que:

Em recente decisão, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que o segurado deve devolver tais valores, uma vez que a decisão liminar é precária, não ensejando a presunção, pelo segurado, de que os valores recebidos integrem em definitivo o seu patrimônio.⁷⁴

Nota-se que há grandes dúvidas sobre essa questão da devolução ou não dos valores recebidos antes da decisão do Supremo, e, por essa razão, que faz necessário

⁷³ CASTRO e LAZZARI, 2016, p. 639.

⁷⁴ KERTZMAN, 2015, p. 474.

uma análise sobre a modulações dos efeitos dessa decisão, que será tratada no último tópico deste trabalho.

Sendo assim, foi possível observar que existem diversos entendimentos tanto doutrinários quanto posicionamentos jurisprudenciais favoráveis e desfavoráveis à implementação da desaposentação, sendo que alguns deles fazem menção à devolução dos valores recebidos à título de proventos de aposentadoria e, outros fazem menção à não devolução dos referidos valores.

3.2- Julgado do Supremo Tribunal Federal - RE nº 661.256

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 26/10/2016, julgou os Recursos Extraordinários (RE) 381.367, de relatoria do ministro Marco Aurélio, 661.256, com repercussão geral, e 827.833, ambos de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso.

No RE nº 661.256, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, interposto pelo INSS, apreciando a chamada “desaposentação”, em sede de repercussão geral, por maioria dos votos, entendeu o STF pela inconstitucionalidade da desaposentação.

Dos votos, quatro ministros votaram à favor e sete votaram contra. Os que votaram à favor a desaposentação foram: Luís Roberto Barroso; Rosa Weber; Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Os ministros que foram contra o recálculo da aposentadoria são: Dias Toffoli; Teori Zavascki; Edson Fachin; Luiz Fux; Gilmar Mendes; Celso de Mello; e a presidente do STF, Cármen Lúcia.

Desse modo, ao final, o Plenário, por maioria, considerou inviável o recálculo do valor da aposentadoria por meio da chamada desaposentação. Por maioria de votos, os ministros entenderam que apenas por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do trabalhador ao mercado de trabalho após concessão da aposentadoria.

Já no início da sessão plenária do dia 27/10/2016, o STF, por seu Pleno, fixou a seguinte tese: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal

do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/1991”⁷⁵

Assim, segundo o STF, os aposentados trabalhadores que contribuem obrigatoriamente com a Previdência Social, não conseguem reverter tais contribuições em seu benefício, não sendo possível obter um benefício mais vantajoso através do instituto da desaposentação.

3.3- Modulações dos efeitos

A modulação dos efeitos significa que ao julgar uma lei inconstitucional, o STF pode modular os efeitos de sua decisão, estabelecendo uma data a partir da qual a decisão surtirá efeitos.

Segundo Donizetti:

Como forma de tentar evitar prejuízos em razão da mudança de entendimento das cortes superiores, o novo CPC dispõe que, “na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (art. 927, § 3º).⁷⁶

Ainda segundo Donizetti, a modulação poderá variar conforme o entendimento de cada tribunal:

O tribunal pode modular os efeitos e determinar que a tese seja aplicada somente a fatos posteriores à formação do novo precedente. Assim as demandas cuja matéria fática esteja relacionada com o precedente anterior não estarão abarcadas pelo novo entendimento, ainda que não tenham sido julgadas. O tribunal também pode fixar data futura a partir da qual a nova tese irá ser aplicada (aplicação prospectiva a termo).⁷⁷

Para Theodoro Júnior:

Certo é que a declaração de inconstitucionalidade opera efeitos retroativos. Vale dizer, é como se a lei nunca tivesse integrado o sistema jurídico. Entretanto, razões “de segurança jurídica ou de excepcional interesse social” podem levar o STF a restringir os efeitos da declaração ou “decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (Lei nº 9.868/1999, art. 27). Não havendo a modulação dos efeitos pelo STF, é perfeitamente possível a rescisória, uma vez que “a lei inconstitucional não produz efeito, nem gera direito, desde o seu início”. Todavia, se a Corte Superior determinar que a inconstitucionalidade se opere

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 661.256 RG, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Relator p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 26/10/2016.

⁷⁶ DONIZETTI, 2017, p. 1474.

⁷⁷ DONIZETTI, 2017, p. 1474/1475.

ex nunc, não se poderá utilizar a rescisória para desconstituir a decisão fundamentada na lei declarada inconstitucional.⁷⁸

O Supremo decidiu contra o instituto da desaposentação, contudo há aquelas pessoas que conseguiram se desaposentar antes do julgamento do Supremo.

Contudo, o STF ainda não se manifestou sobre a modulação dos efeitos dessa decisão, ou seja, não decidiu se a desaposentação será negada apenas aos processos ajuizados após a data do julgamento ou se valerá para todos indistintamente, até mesmo para quem já esteja recebendo e para os processos já finalizados.

Conforme se sabe, o STJ já havia reconhecido o direito à desaposentação. Por esse motivo, como a decisão do STJ também era aplicável aos demais processos, inúmeros juízes estavam seguindo esse entendimento, de forma que vários aposentados já estão recebendo o benefício mais vantajoso decorrente da desaposentação. Assim, fica o receio de ter que devolver esses valores legitimamente recebidos.

Preceitua Castro e Lazzari:

O STJ vinha decidindo no sentido de que a renúncia à aposentadoria é perfeitamente possível, pois se trata de um direito patrimonial disponível, de manifestação unilateral pelo detentor, na medida em que não contraria o interesse público, o qual deve sempre prevalecer ao particular (AgRg na Pet 7.691/SC, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 14.10.2014). E, havia firmado entendimento de que não há a necessidade da devolução dessas parcelas, por se tratar de verba alimentar e pela presunção da boa-fé do segurado e da ausência de irregularidades na concessão do benefício (REsp 1.334.488/SC, 1ª Seção, Rel.Min. Herman Benjamin, DJe de 14.5.2013)⁷⁹.

Trata-se de direito legítimo, tanto que reconhecido em sede de julgamento de recursos repetitivos pelo STJ. Conforme exposto, o STJ reconheceu o direito à desaposentação sem qualquer restrição. Trata-se da análise puramente jurídica do direito, considerando a legislação vigente e o efetivo direito social dos aposentados.

Porém, a Corte Suprema, no julgamento supramencionado, não analisou puramente aos argumentos jurídicos, expondo decisão de natureza política e, relacionado no argumento do déficit previdenciário, bem como ausência de previsão legal do instituto da desaposentação.

⁷⁸ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil – vol. III. 50. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1052.

⁷⁹ CASTRO e LAZZARI, 2017, p. 484.

Para Castro e Lazzari, "trata-se de verdadeira injustiça social com o aposentado que possui benefício de valor muito aquém de suas necessidades e mesmo comprovando novas contribuições não consegue o reconhecimento à devida recomposição da sua renda mensal".⁸⁰

Na sessão do dia 27.10.2016, a Suprema Corte informou que se manifestaria sobre eventual omissão apenas no julgamento de embargos de declaração. A modulação dos efeitos é necessária para que se possa verificar se os efeitos da decisão valem somente a partir da data do julgamento ou se valem para todos os processos ajuizados.

Além disso, inúmeros Juízes e Tribunais deferiram tutela antecipada nos processos de desaposentação, de forma que milhares de aposentados já tiveram seus benefícios revistos e já estão recebendo o benefício decorrente do deferimento da tese.

Assim, o receio é que o INSS venha a pedir de volta os valores recebidos (de boa-fé e legitimamente). Essa questão ainda está por ser analisada e não existe nada concreto determinando essa devolução.

As prestações da Previdência Social, segundo Castro e Lazzari, "trata-se de direito de natureza eminentemente alimentar, gerador, no mais das vezes, da subsistência básica do ser humano, cuja demora ou indeferimento descabido podem causar danos irreparáveis à existência digna de quem dependa das prestações do seguro social."⁸¹

Conforme o disposto na súmula nº 51 do TNU:

Os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento

Portanto, os valores recebidos de boa-fé, através de decisão judicial, entendemos que não seria justo devolver, tendo em vista o caráter alimentar do benefício previdenciário.

Vale ressaltar, que essas prestações previdenciárias foram recebidas de boa-fé, inexistindo irregularidades em sua concessão, levando-se em consideração que o STJ reconhecia o direito à desaposentação, portanto, não há que ser restituído esses valores, haja vista que o aposentado que logrou êxito em ação judicial pleiteando a

⁸⁰ CASTRO e LAZZARI, 2017, p. 484.

desaposeição, certamente já consumiu este dinheiro, pois se trata de verba de natureza remuneratória e, portanto, alimentar.

Por outro lado, para que haja total harmonia ao ordenamento jurídico, o Poder Judiciário realiza o controle de constitucionalidade da lei.⁸² No caso apresentado, o controle é realizado na via abstrata/difuso, ou seja, é instaurada exclusivamente perante o STF em defesa da supremacia da Constituição Federal.⁸³

Nas palavras de Teori Albino Zavascki:

Bem se vê, destarte, que o Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário e o Tribunal da Constituição, com atribuições para resolver, originariamente ou em instância recursal extraordinária, as demandas em que se alega ofensa a dispositivo constitucional. O Supremo Tribunal Federal ocupa, assim, a posição mais importante no sistema de tutela de constitucionalidade dos comportamentos. Suas decisões, ora julgando situações concretas, ora apreciando a legitimidade em abstrato de normas jurídicas, ostentam a força da autoridade que detém, por vontade do constituinte, a palavra definitiva em matéria de interpretação e aplicação das normas constitucionais.⁸⁴

O direito à desaposeição, segundo o STF, não estava de acordo com a Constituição Federal, o que ocasionou a admissão do recurso extraordinário em questão, por conseguinte, tornando-se inconstitucional o instituto da desaposeição.

A supremacia da Constituição Federal é o maior fundamento da inconstitucionalidade, sendo que as leis infraconstitucionais abaixo da Constituição devem com ela serem compatíveis.⁸⁵

Pedro Lenza afirma que:

A declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado tem efeitos retroativos (*ex tunc*), declarando-se a nulidade da lei.

⁸¹ CASTRO e LAZZARI, 2017, p. 121.

⁸² Conforme Masson, "A constatação da inequívoca hierarquia normativa entre as normas constitucionais e as demais, justifica a realização do controle de constitucionalidade. A instituição desse instrumental teórico de fiscalização da constitucionalidade dos diplomas é, pois, o que impede que o ideal da supremacia constitucional torne-se mera retórica. A efetivação do controle desenlaça-se na conclusão de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do ato submetido à comparação (análise de compatibilidade) com o texto constitucional. Caso a percepção final seja pelo antagonismo e contrariedade do ato normativo inferior frente aos vetores constitucionais, estaremos diante da inconstitucionalidade, que poderá ser classificada segundo alguns critérios, apontados no próximo tópico" (MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. – 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016, p. 1142).

⁸³ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 797.

⁸⁴ ZAVASCKI, A. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. 2000. 187 f. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2000, p. 13/14.

⁸⁵ DAMASCENO, Adelson Barbosa; SILVA, André Ribeiro; RIBEIRO, Deborah Mendes. A relativização da coisa julgada inconstitucional. Jusbrasil. Disponível em: <https://advadelson.jusbrasil.com.br/artigos/239200209/a-relativizacao-da-coisa-julgada-inconstitucional>. Acesso em: 09 nov. 2017.

Nesse sentido, pode ser afirmado, por regra, que a lei inconstitucional nunca produziu efeitos, até porque a sentença declaratória restitui os fatos ao *statu quo ante*. Esse reconhecimento gera diversas consequências. Trata-se da denominada “sentença inconstitucional”, qual seja, aquela que considera lei válida e que, por decisão futura do STF, em controle concentrado, vem a ser declarada inconstitucional, ou o contrário.⁸⁶

De acordo com os ensinamento de Lenza, a sentença inconstitucional decorre do desacordo dada à interpretação da lei.⁸⁷ Por isso que a sentença que concedeu o direito a desaposentação é inconstitucional, tendo em vista a interpretação dada pela jurisprudência e pela doutrina ao direito à desaposentação, portanto, está em desacordo com a Constituição Federal que não prevê especificamente a desaposentação, tornando-a inviável.

A fim de garantir a segurança jurídica foi criado no direito brasileiro o instituto da coisa julgada, que consiste em uma qualidade que adquire a sentença judicial com o seu trânsito em julgado, possuindo características de imutabilidade.⁸⁸

A coisa julgada inconstitucional ocorre quando uma sentença transitada em julgado baseia-se em uma determinada lei, sendo esta vigente e válida. Contudo, essa lei, posteriormente, é declarada inconstitucional por decisão do STF, gerando efeito retroativo, devendo atingir todos os atos celebrados na vigência da referida lei que foi considerada inconstitucional.⁸⁹

No entanto, em se tratando de sentenças ou acórdão que encontram-se em desacordo com a Constituição, neste caso, não se aplicam a coisa julgada, tampouco a questão da segurança jurídica para justificar a imutabilidade das decisões.⁹⁰

Donizetti citando Dinamarco discorre que:

As sentenças que contrariem preceitos constitucionais não têm força para impor-se sobre as normas e princípios superiores que as repudiam. Só aparentemente elas produziram os efeitos substanciais programados, “mas na realidade não os produzem porque eles são repelidos por razões superiores, de ordem constitucional”. Nesse contexto, conclui o eminente processualista, a sentença que viole a Constituição não produziria efeitos de coisa julgada material.⁹¹

⁸⁶ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. – 15ª ed. ver., e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 161.

⁸⁷ LENZA, 2011. p. 161.

⁸⁸ DAMASCENO, Adelson Barbosa; SILVA, André Ribeiro; RIBEIRO, Deborah Mendes. A relativização da coisa julgada inconstitucional. Jusbrasil. Disponível em: <https://advadelson.jusbrasil.com.br/artigos/239200209/a-relativizacao-da-coisa-julgada-inconstitucional>. Acesso em: 09 nov. 2017.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ DAMASCENO, Adelson Barbosa; SILVA, André Ribeiro; RIBEIRO, Deborah Mendes. A relativização da coisa julgada inconstitucional. Jusbrasil. Disponível em: <https://advadelson.jusbrasil.com.br/artigos/239200209/a-relativizacao-da-coisa-julgada-inconstitucional>. Acesso em: 09 nov. 2017.

⁹¹ DONIZETTI, 2017, p. 748.

Novamente de acordo com Donizetti:

Os professores Humberto Theodoro e Juliana Cordeiro chegam a defender que a inalterabilidade da coisa julgada constitui noção processual, e não constitucional, porquanto o art. 5º, XXXVI, da CF se dirigiria apenas ao legislador ordinário. Nos dizeres desses doutrinadores, a intenção do constituinte originário “foi apenas a de pôr a coisa julgada a salvo dos efeitos de lei nova que contemplasse regra diversa da normatização da relação jurídica objeto de decisão judicial não mais sujeita a recurso, como uma garantia dos jurisdicionados”.⁹²

Em suma, segundo Humberto Theodoro e Juliana Cordeiro, a sentença que transitou em julgado em desacordo com a Constituição constituiria a chamada “coisa julgada inconstitucional”, passível de rescisão.⁹³

Portanto, as sentenças que transitaram em julgado nas ações que pleiteavam o direito à desaposentação, diante do acima expostos, podem ser rescindidas.

⁹² DONIZETTI, 2017, p. 748.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Previdência Social, como visto no início deste trabalho, tem por finalidade a proteção de todo indivíduo que exerce ou já exerceu atividade laborativa remunerada, contra os riscos decorrentes da perda ou redução de prover seu próprio sustento.

A fim de garantir essa proteção dos trabalhadores que surge os benefícios previdenciários, sendo a aposentadoria uma dessas modalidades. Ocorre que, após adquirirem a aposentadoria devida, muitos aposentados se veem obrigados a retornar ou permanece no mercado de trabalho.

Contudo, a atual proteção legal dos trabalhadores aposentados pelo RGPS que permaneceram exercendo atividade laborativa, conforme o art. 18, §2º, da Lei nº 8.213/91, apenas garante o salário-família e a reabilitação profissional. Ou seja, o aposentado não pode utilizar-se do novo tempo de serviço/contribuição e a idade, na perspectiva de obtenção de benefício mais vantajoso, o que impede o direito à desaposentação.

A finalidade da desaposentação é permitir que o aposentado renunciem a sua primeira aposentadori, para obtenção de uma aposentadoria mais benéfica. Levando-se em consideração que ao voltar para o mercado de trabalho o aposentado continua contribuindo obrigatoriamente para a Previdência Social. Assim, nada mais justo que tais contribuições sejam revertidas em seu benefício.

A falta de previsão legal sobre a desaposentação fez com que milhares de aposentados entrassem com processos com o intuito de desaposentar, tendo em vista que o INSS não reconhece esse direito administrativamente. Em razão disso, os Tribunais vinham admitindo o instituto da desaposentação. Porém, o RE nº 661.256 julgada pelo STF, com repercussão geral, tornou inviável o direito à desaposentação, o que vem causando enorme insegurança jurídica.

A Suprema Corte, até no presente momento, não modulou os efeitos de sua decisão, deixando grandes dúvidas quanto à necessidade ou não da devolução dos valores que os aposentados receberam após adquirir o direito à desaposentação.

Em razão da falta de modulações dos efeitos surge então especulações sobre as implicações do julgamento nos demais processos já transitados em julgado.

⁹³ DONIZETTI *apud* THEODORO e CORDEIRO, 2017, p. 748/749.

Fala-se em devolução de todas as parcelas recebidas após a concessão da desaposentação por força de decisão judicial, bem como da desnecessidade da devolução dessas parcelas devido à natureza alimentar desta prestação.

A proibição de devolução de verbas de caráter alimentar é tema consolidado nos tribunais. Visto que os benefícios previdenciários possuem natureza alimentar conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, não é admissível que se exija a devolução dessas quantias quando recebidas de boa-fé. Além disso, a devolução dessas parcelas traria enorme prejuízo ao benefício do aposentado, que batalhou para ter uma vida digna.

Contudo, é necessário mencionar que as sentenças que concederam a desaposentação em 1ª instância, apesar de terem acompanhado os entendimentos jurisprudenciais dos tribunais superiores, quando o instituto da desaposentação era legitimamente possível, foram baseadas em desacordo com a Constituição Federal, o que constitui a “coisa julgada inconstitucional”.

A coisa julgada inconstitucional dá-se quando uma sentença que transitou em julgado fundamenta-se em uma determinada lei que, posteriormente, é declarada inconstitucional, passíveis de rescisão, ou seja, todos aqueles processos que já transitaram em julgados, poderiam ser anulados e todos os valores que os aposentados receberam após adquirir a desaposentação, provavelmente, terão que ser devolvidos.

Todavia, a devolução desses valores, conforme mencionados acima, possuem natureza alimentar, sendo, assim, irrepetíveis.

Por conseguinte, para evitar qualquer prejuízo, entende-se que seria bastante viável a possibilidade da restituição dos valores que contribuíram aos aposentados. Dessa forma, acredita-se que o mais justo caminho seria que todos aqueles que já optaram por se aposentar, ou seja, que já possui uma proteção previdenciária concreta, mas decide permanecer no mercado de trabalho, seja restituído de alguma forma, seja pela devolução das contribuições, ou, seja pela desobrigação legal de contribuir.

Negar o direito à desaposentação é uma forma de desencorajar ao trabalho, pois o aposentado não consegue estímulos em continuar a exercer atividade laborativa, mesmo depois de aposentado, não recebe contraprestações e sente-se sobrecarregado pelo sistema. Em uma realidade em que a sociedade aumenta sua expectativa de vida, o desincentivo à vida laboral após a aposentadoria é inviável.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. *Sinopse Direito Previdenciário*. – 7. ed. rev, ampl e atual. – Bahia: Juspodivm, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília DF: Senado Federal. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. *Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências*. Brasília – DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 661.256*, Santa Catarina. Relator: Min. Roberto Barroso. Relator do Acórdão: Min. Dias Toffoli. Sessão Plenário: 27.10.2016. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 661.256*, Voto Vista Ministra Rosa Weber apud MARTINEZ, sessão plenário 26.10.2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. – 20. ed. rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de e LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. – 19. ed. rev., atual. e ampl.– Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DAMASCENO, Adelson Barbosa; SILVA, André Ribeiro; RIBEIRO, Deborah Mendes. *A relativização da coisa julgada inconstitucional*. Jusbrasil. Disponível em: <<https://advadelson.jusbrasil.com.br/artigos/239200209/a-relativizacao-da-coisa-julgada-inconstitucional>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 20ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

GOES, Hugo Medeiros de. *Manual de direito previdenciário: teoria e questões*. - 11. ed.- Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2016.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil* – vol. III. 50. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário* – 12. ed. Rev, ampl e atual. – Bahia: Juspodivm, 2015.

LEITÃO, André Studart e MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. *Manual de direito previdenciário*. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva. 2015.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. – 15ª ed. ver., e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. – 4ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Juspodivm, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo* - 26ª ed. rev. e atual - São Paulo: Malheiros, 2009.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. – 16. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PIAZERA, Bruna Motta. *A possibilidade da desaposentação*. Disponível em: <<https://phmp.com.br/artigos/a-possibilidade-da-desaposentacao/>> Acesso em: 27/10/2017.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*; coord. Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Veranice Maria. *Desaposentação*. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15169&revista_caderno=20> Acesso em: 27/10/2017.

ZAVASCKI, A. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2000. 187 f. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2000.