



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito – FADIR

ANDREY GUEDES ALVES DA SILVA

**A (IN)DISPONIBILIDADE DO DIREITO DE APOSENTADORIA E A
DESAPOSENTAÇÃO: A POSTURA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES
SOB O VIÉS GARANTISTA**

Dourados – MS
Fevereiro de 2018



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito – FADIR

ANDREY GUEDES ALVES DA SILVA

**A (IN)DISPONIBILIDADE DO DIREITO DE APOSENTADORIA E A
DESAPOSENTAÇÃO: A POSTURA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES
SOB O VIES GARANTISTA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da Universidade Federal da Grande Dourados, como pré-requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Bruno Alexandre Rumiatto.

Dourados – MS
Fevereiro de 2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

S586(Silva, Andrey Guedes Alves Da
A (IN)DISPONIBILIDADE DO DIREITO DE APOSENTADORIA E A
DESAPOSENTAÇÃO: A POSTURA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES
SOB O VIES GARANTISTA / Andrey Guedes Alves Da Silva --
Dourados: UFGD, 2018.
43f. : il. ; 30 cm.

Orientador: BRUNO ALEXANDRE RUMIATTO

TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito e Relações
Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados.
Inclui bibliografia

1. DIREITO PREVIDENCIARIO. 2. DESAPOSENTAÇÃO. 3. TEORIA
GERAL DO GARANTISMO. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Em 09 de fevereiro de 2018, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **Andrey Guedes Alves da Silva** tendo como título “**A Indisponibilidade do Direito de Aposentadoria e a Dessposentação: A Posturados Tribunais Superiores Sob o Viés Garantiista**”.

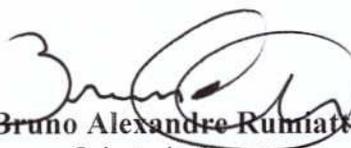
Constituíram a Banca Examinadora os professores Esp. Bruno Alexandre Rumiatto (orientador/a), Luciana Ramires Fernandes Magalhães (examinador/a) e o Me. Antonio Zeferino da Silva Junior (examinador/a).

Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) aprovado.

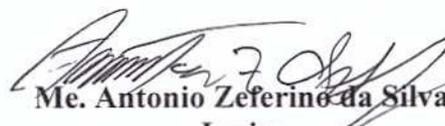
Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:


Esp. Bruno Alexandre Rumiatto
Orientador/a


Wellington Rocha
Examinador/a


Me. Antonio Zeferino da Silva
Junior
Examinador/a

Dedico este trabalho em especial a minha família, que por tanto tempo esperou por esse momento, a Deus, amigos e professores.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar, precipuamente, a (im)possibilidade do segurado dispor de seus direitos previdenciários, especialmente o benefício previdenciário da aposentadoria, por meio de uma análise da legislação previdenciária nacional, além de explorar a viabilidade dessa disposição da aposentadoria com a finalidade de recalcular seus valores para fins de majorá-los, por meio da desaposentação, examinando o contexto legislativo e comparando com outros modelos previdenciários que difiram do que é aqui adotado. Por fim, averiguar o conteúdo das decisões, referentes ao tema da desaposentação, dos juízes singulares, dos tribunais e, especialmente, do Supremo Tribunal Federal, com a tentativa de verificar resquícios de decisões tomadas pelo anseio político ou fundamentadas estritamente em bases legalmente constituídas, sempre correferindo a teoria do garantismo.

Palavras-Chave: Direito previdenciário, desaposentação, teoria geral do garantismo.

ABSTRACT

The present study aims at analyzing, mainly, the (im) possibility of the insured to have their social security rights, especially the pension benefit, through an analysis of national social security legislation, and to explore the feasibility of this retirement provision for the purpose to recalculate their values in order to increase them, through disapproval, by examining the legislative context and comparing with other social security models that differ from what is adopted here. Finally, to investigate the content of decisions regarding disapproval, individual judges, courts, and especially the Federal Supreme Court, such as the attempt to verify remnants of decisions taken by political will or based strictly on legally constituted bases, always ratifying the theory of garantism.

Key words: Social security law, disapproval, general theory of garantism.

SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO.....	8
2- ASPECTOS GERAIS SOBRE A DESAPOSENTAÇÃO	9
2.1- O CONCEITO DE DESAPOSENTAÇÃO.....	10
2.2- NATUREZA JURIDICA E A INDISPONIBILIDADE DOS BENEFICIOS PREVIDENCIARIOS.....	11
2.3- EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E BREVE HISTORICO DA BUSCA PELA DESAPOSENTAÇÃO.....	13
2.4- TESES FAVORAVEIS E DESFAVORAVEIS A DESAPOSENTAÇÃO	14
3- O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A DESAPOSENTAÇÃO E A TEORIA GERAL DO GARANTISMO	20
3.1- A TEORIA GERAL DO GARANTISMO	20
3.2- A PRIMEIRA ACEPTÃO DE GARANTISMO	21
3.3- A SEGUNDA ACEPTÃO DE GARANTISMO.....	23
3.4- A TERCEIRA ACEPTÃO DE GARANTISMO E O PONTO DE VISTA EXTERNO....	24
4- O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A REPERCUSSÃO GERAL ACERCA DA DESAPOSENTAÇÃO	27
4.1- JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS 381367, 661256 E 827833.....	27
7- REFERÊNCIAS	42

INTRODUÇÃO

O instituto da desaposentação se refere a possibilidade do instituidor de incorporar as contribuições previdenciárias que se deram após a concessão de seu benefício, nos casos em que ele retorna ao mercado de trabalho mesmo após aposentado. Entretanto, a possibilidade ou impossibilidade de aplicação desse instituto é matéria controversa no direito previdenciário desde meados da década de 80, já que por mais que a matéria aparente simplicidade, envolve diversos nuances complexos, pois não possui previsão legislativa expressa que possibilite sua realização.

Esbarra então em questões como a irrenunciabilidade dos benefícios previdenciários, arguida na lei 8.213/91 e Decreto 3.048/99, no princípio da legalidade, por não possuir previsão legal expressa, no princípio da solidariedade, que é norteador do sistema previdenciário de repartição simples, no princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, devido ao impactado ao fundos previdenciários, e em outras questões um tanto quanto mais complexas como devolução das parcelas já recebidas pelo instituidor em caso de concessão de novo benefício, instituição de novo benefício previdenciário sem a correspondente fonte de custeio e até mesmo na teoria de repartição dos poderes, já que o judiciário deveria se sobrepôr ao legislativo para a aplicação da matéria.

Assunto tão complexo não demoraria a chegar na mais alta instância do judiciário nacional e após quase uma década de julgamento e mais de 60 (sessenta) mil processos sobrestados nos demais tribunais por conta da repercussão geral¹, no fim do ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inaplicabilidade do citado instituto.

Desse modo, o presente trabalho visa então analisar como foi tomada a decisão de cada ministro, quais as teses utilizadas e quais teorias foram aplicadas em seus julgamentos, especialmente sobre a visão teórica de Luigi Ferrajoli, por meio da teoria geral garantista que será tomada como norteadora para esta análise

Para tanto será analisado em que de fato se constitui a desaposentação, seu conceito, natureza jurídica e como se deu a busca desse por esse instituto em nosso

¹Desaposentação: Plenário aprova tese de repercussão geral Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328278> acesso em 20/01/2018

ordenamento jurídico, por meio de um breve histórico da evolução legislativa acerca do tema, além de serem apanhadas as teses favoráveis e desfavoráveis ao recálculo da aposentadoria levantadas pela doutrina. Posteriormente, será feito um aprofundamento na teoria de Luigi Ferrajoli para buscar entender as motivações que levaram os ministros do STF a negarem a aplicação da desaposentação e por fim cuida-se de examinar voto a voto dos indigitados ministros com a finalidade de fragmentar as teses que os levaram a tomada de suas respectivas decisões.

2. ASPECTOS GERAIS SOBRE A DESAPOSENTAÇÃO

Como bem se sabe a desaposentação é um dos temas mais comentados dos últimos tempos pela mídia em geral relacionados aos institutos previdenciários, entretanto, o que pouco se sabe é que ela vem sendo discutida no âmbito previdenciário há décadas, mais precisamente em 1987, quando Wladimir Novaez passou a estudar o fenômeno que posteriormente passou a ser chamado de desaposentação que basicamente se trata da possibilidade de renunciar a um benefício previdenciário com vistas a majorá-lo por meio de contribuições que se deram após a concessão do mesmo.

Apesar de parecer um instituto completamente simples, torna-se complexo ao ser analisado conjuntamente ao sistema previdenciário adotado e ao ordenamento jurídico posto, tão complexo que desde meados dos anos 80 não era assunto pacífico entre os operadores do direito, sejam juristas, doutrinadores, juízes das primeiras e superiores instâncias, sendo tema controverso até mesmo na mais alta corte jurídica do país, sendo necessária quase uma década para seu julgamento e análise de como se enquadraria no ordenamento jurídico.

Mas antes do aprofundamento no tema é necessário tentar entender como se deu a busca pela desaposentação e o que de fato é considerado desaposentação pelos doutos juristas.

2.1 – O CONCEITO DE DESAPOSENTAÇÃO

Quando se trata de direito previdenciário, uma das questões mais controversas a respeito da matéria é o que hoje se denomina como “Desaposentação”, neologismo que segundo Helena Mizushima Wendhausen² foi criado por Wladimir Novaez Martinez em seu artigo “Renúncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários”³ publicado em meados de 1987, que para o autor significava a renúncia qualificada da aposentadoria com vistas ao recálculo do

² WENDHAUSEN, Helena Mizushima. Aspectos controversos da desaposentação. Revista Síntese Trabalhista, São Paulo, v. 218, agosto, 2007.

³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Renúncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários. Suplemento Trabalhista — LTr: São Paulo, n. 4, 1987.

benefício para fins de majorá-lo com a inclusão de novas contribuições que se deram após o afastamento da atividade laborativa inicial do beneficiário.

Já em 1988 o douto jurista se aprofundou no tema de forma ainda mais específica, por meio do artigo, “Reversibilidade da prestação previdenciária”⁴ e no ano de 1996 publicou um artigo denominado “Direito à desaposentação”⁵. Destaca-se que até então esse foi o primeiro autor a discutir a problemática da desaposentação.

É evidente que esse truncado artifício de recálculo seria alvo, até pouco tempo, de intermináveis discussões, já que não possui nenhuma previsão legislativa expressa acerca do tema, sem contar que o impacto para o fundo previdenciário seria demasiadamente gravoso, o que acalora ainda mais as discussões.

No entanto, antes de adentrar em questões mais profundas é necessário conceituar o que de fato seria a Desaposentação, segundo o autor Carlos Alberto Pereira De Castro e João Batista Lazzari⁶,

É o direito do segurado à inatividade remunerada, a desaposentação é 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 concessão daquela primeira aposentadoria.

HAMILTON COELHO⁷ diz que:

A desaposentação é um direito do aposentado renunciar à jubilação e aproveitar o tempo de serviço para nova aposentadoria; o escopo último da aposentadoria do fenômeno jurídico da desaposentação é, exatamente, o de outorgar ao jubilado a prerrogativa de unificar os seus tempos de serviços numa nova aposentadoria.

Ivani Contini Bramante, Procuradora do Trabalho, conceitua a desaposentação como: “O desfazimento do ato administrativo concessivo do

⁴MARTINEZ, Wladimir Novaes. Reversibilidade da prestação previdenciária. Repertório de Jurisprudência, IOB. São Paulo: IOB, 1988.

⁵MARTINEZ, Wladimir Novaes. Direito à desaposentação. Jornal do 9º Congresso Brasileiro de Previdência Social. São Paulo, LTr Editora, 1996

⁶ DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira e João Batista de Lazzari, Manual de Direito Previdenciário (2014).

⁷ COELHO, Hamilton Antônio, Desaposentação: um novo instituto? Revista de Previdência Social, ano XXIII, nº 228, nov/1999.

benefício previdenciário, no regime de origem, de modo a tornar possível a contagem do tempo de serviço prestado em outro regime”.⁸

Já para Frederico Amado⁹, “A desaposentação é a renúncia da aposentadoria por requerimento do segurado, com o intuito de obter alguma vantagem previdenciária”.

Ou seja, pode-se considerar a desaposentação o ato de renúncia da aposentadoria, por vontade do beneficiário, para concessão de nova aposentadoria no regime geral de previdência social ou até mesmo em regime próprio de previdência, visando o aproveitamento do tempo de contribuição ocorrido posteriormente a concessão do primeiro benefício para majorá-lo.

2.2 NATUREZA JURÍDICA E A INDISPONIBILIDADE DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS.

Cabe destacar que o ato de concessão da aposentadoria, propriamente dito, é ato administrativo vinculado de natureza jurídica meramente declaratória, já que a administração pública deve apenas reconhecer ao beneficiário o que se dispõem no ordenamento jurídico previdenciário, partindo de prova dos requisitos legais contido na Lei nº 8.213/91, não cabendo, então, margem de discricionariedade a administração pública, sendo um ato jurídico perfeito que só pode ser desfeito pelo próprio poder público em caso de fraude ou erro na concessão.

Sendo assim, como visto acima, a desaposentação seria o ato de renunciar o benefício anteriormente concedido, matéria que aparentemente causa polêmica para alguns, no entanto como bem leciona WILSON TELES DE MACEDO¹⁰,

Não é válida a renúncia pura e simples da aposentadoria, como ato de despojamento de um direito integrante do patrimônio jurídico do

⁸BRAMANTE, Ivani Contini. Desaposentação e nova aposentadoria. Revista de Previdência Social, São Paulo, ano XXV, n. 244, março 2001. Também consta do conceito desaposentação proposto por Cunha Filho o direito ao aproveitamento do tempo de serviço prestado a um regime “em outro regime a que tenha se vinculado” (CUNHA FILHO, Roseval Rodrigues da. Desaposentação e nova aposentadoria. Revista de Previdência Social, ano XXVII, n. 274, setembro 2003).

⁹ AMADO, Frederico, Manual de Direito Previdenciário. N. 27.

¹⁰ MACEDO, Wilson Teles. Servidor Público – Aposentadoria – Renúncia, Revista de Direito Administrativo nº 210, Rio: Jan./Mar. 1998.

titular, porque inexistente esse direito, somente atribuível por lei, dado o princípio da legalidade; a volta da atividade geraria direitos e obrigações ao servidor e ao Estado e suscitaria aspectos a serem objeto de disciplinamento específico, como os da contagem do tempo de atividade e a fixação de interstício para permitir nova aposentação.

Contrariando a tese de Wilson Teles Nascimento HAMILTON COELHO¹¹, afirma que o ato de desconstituição da aposentadoria não seria faculdade estatal, além de que seria benéfico ao Estado, no sentido de que:

O ato administrativo de aposentadoria é constitutivo positivo de direito para o aposentado; já o ato de desaposestação é desconstitutivo negativo, consubstanciado em desobrigar a Administração Pública de continuar no custeio de um benefício previdenciário. Logo a desaposestação libera o Estado de um compromisso pecuniário.

Entretanto, vê-se que a legislação previdenciária posta não deixou dúvida acerca da impossibilidade da indisponibilidade dos benefícios previdenciários por meio do art. 114 da Lei Nº 8.213/91, que estabelece que:

Art. 114. Salvo quanto ao valor devido à Previdência Social e a desconto autorizado por esta Lei, ou derivado da obrigação de prestar alimentos reconhecida em sentença judicial, o benefício não pode ser objeto de penhora, arresto ou seqüestro, sendo nula de pleno direito a sua venda ou cessão, ou a constituição de qualquer ônus sobre ele, bem como a outorga de poderes irrevogáveis ou em causa própria para o seu recebimento.

Além do já exposto, o sistema normativo deixa ainda mais clara a inviabilidade da possibilidade do jubilado pelo regime geral de previdência social renunciar de sua aposentadoria, já que o artigo 181-B do Decreto nº 3.048/99 dispõe que a aposentadoria é benefício irrenunciável:

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

¹¹Idem 7.

2.3 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E BREVE HISTÓRICO SOBRE A BUSCA PELA DESAPOSENTAÇÃO.

Deve se destacar que o início das divergências acerca da desaposentação não são recentes, pelo contrário, remetem à década de 1970, em que o art. 12 da Lei Nº 5.890/73, posteriormente revogado pela Lei Nº 6.210/75, estabelecia que:

Art. 12. O segurado aposentado por tempo de serviço, que retornasse à atividade seria novamente filiado e teria suspensa sua aposentadoria, passando a perceber um abono, por todo o novo período de atividade, calculado na base de 50% (cinquenta por cento) da aposentadoria em cujo gozo se encontrar e que ao se desligar, definitivamente ida atividade, o segurado faria jus ao restabelecimento da sua aposentadoria suspensa, devidamente reajustada e majorada de 5% (cinco por cento) do seu valor, por ano completo de nova atividade, até o limite de 10 (dez) anos.

A partir de então, diversos fatores sociopolíticos contribuíram para a busca desenfreada pelo recálculo de aposentadoria, tal como a extinção do benefício do pecúlio, pela lei Nº 8.870, em 16 de abril de 1994, que extinguiu este benefício para os aposentados por idade e tempo de contribuição e basicamente consistia na devolução em cota única das contribuições efetuadas para o INSS pelo beneficiário que permaneceu em atividade após ter se aposentado.

Outra causa que incentivou a busca pela desaposentação foi a instituição do fator previdenciário, que foi criado pela Lei Nº 9.876/99 como alternativa de controle de gastos da Previdência Social e se relaciona com a idade de aposentadoria ou tempo de contribuição e a expectativa de sobrevida no momento do requerimento da aposentadoria. A finalidade da instituição do fator previdenciário era reduzir o valor de determinados benefícios previdenciários no momento da concessão, de maneira inversamente proporcional à idade de aposentadoria do segurado, quanto menor a idade de aposentadoria, maior o redutor e por conseguinte, menor o valor do benefício com a intenção de retardar aposentadorias precoces para beneficiários que ainda possuíam plena capacidade laborativa, evitando maiores despesas ao fundo previdenciário e garantindo os postos de trabalho de segurados já estabelecidos no mercado de trabalho.

Outro ponto que pode ter contribuído para a desenfreada busca pela desaposentação foi a extinção do abono de permanência que foi instituído pela Emenda Constitucional 41 de 2003, o abono de permanência consistia em um

benefício ao servidor público que optasse por permanecer em atividade mesmo tendo completado as exigências para a concessão das aposentadorias voluntárias, tal benefício consistia em um abono de permanência equivalente ao valor da contribuição previdenciária do servidor e com duração até que o mesmo completasse os requisitos para a concessão da aposentadoria compulsória descritas no art. 40, § 2º, II da Constituição Federal:

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

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

II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar;

Entretanto, o benefício de abono permanência foi extinto por meio da PEC nº 139 de 2015, como parte do pacote de medidas que objetivavam amenizar a crise econômica que abatia o país, milhares de servidores se aposentaram e a partir de então os regimes próprios de previdência sociais tiveram que arcar com as despesas decorrentes do pagamento de todas essas aposentadorias, o que claramente fomentou a busca pela desaposentação

2.4 TESES FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS A DESAPOSENTAÇÃO

Dentre as teses desfavoráveis à desaposentação, a que mais se destaca é em relação ao princípio da legalidade preceituado no art. 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

Como bem leciona Hely Lopes Meirelles¹²:

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Ou seja o princípio da legalidade proíbe a administração pública de fazer o que a lei não autoriza, ao contrário do que ocorre com as relações privadas, em que tudo é possível, desde que não seja vedado em lei. Deste modo, não existindo no ordenamento jurídico expressa possibilidade da concessão da desaposentação pela administração pública, essa prática se torna inviável, nesse sentido RODRIGO CARDOSO¹³ ensina que:

Na atual legislação previdenciária inexistente qualquer dispositivo autorizativo para a desconstituição do ato concessivo da aposentadoria, o que numa primeira análise, impede que a Administração Pública pratique o ato de desaposentação. Sendo assim, a aposentação somente poderia ser desfeita se a mesma estivesse eivada de vício, pois se a Administração não possui liberalidade para apreciá-lo no momento de sua edição, tampouco poderá fazê-lo posteriormente, salvo se houvesse autorização legal expressa.

Como já exposto anteriormente, um dos fortes argumentos contrários à desaposentação se relaciona ao fato de que o ato de concessão da aposentadoria é um ato jurídico perfeito, preceituado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988: “Art. 5º XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Instituto constitucional que tem por escopo exatamente salvaguardar direitos individuais e coletivos de posteriores mudanças legislativas, como bem afirma FABIO ZAMBITTE IBRAHIM:

12 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

13 CARDOSO, Rodrigo Felix Sarruf. A Desaposentação do Servidor Público: aspectos controvertidos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1429, 31 maio 2007.

O ato jurídico perfeito resulta muitas vezes na concretização de algum direito, seja pelo desejo das partes interessadas, ou pela força de lei. Daí a salvaguarda do ato perfeito e acabado, pois evidentemente é meio indireto de proteção ao próprio direito adquirido.”

Outro fator impeditivo da desaposeitação se refere ao princípio da solidariedade que se encontra no art. 195 da constituição federal e ao tipo de regime de financiamento previdenciário atualmente adotado, que é o sistema de repartição simples.

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

O princípio da solidariedade é considerado por muitos autores como um dos mais importantes para a seguridade social, como bem ensina Pedro Vidal Neto¹⁴:

Esse princípio surgiu nos primórdios da seguridade social e impele todas as pessoas a conjugarem esforços para enfrentar as contingências sociais ainda que os objetivos desses esforços sejam altruístas ou não.

Do mesmo modo, WAGNER BALERA¹⁵, considera o Princípio da Solidariedade como primordial: “O princípio fundamental da justiça social e a define como a ordenação das atividades de cada membro da sociedade e do Estado na busca do bem comum”. ‘

Assim como afirma MARLY A. CARDONE¹⁶que: “O princípio da solidariedade obriga que todos contribuam na medida de sua possibilidade e usufruam das prestações na medida de sua necessidade”.

O princípio da Solidariedade, em partes, se confunde com o sistema de repartição simples, que é norteado pelo pacto intergeracional, em que os segurados que se encontram em plena atividade custeiam aqueles que já estão aposentados

14 VIDAL NETO, Pedro. Natureza Jurídica da Seguridade Social.1993.225 f. Tese (Professor Titular em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

15 BALERA, Wagner. Princípios Norteadores do Direito Previdenciário. Revista da Previdência Social, São Paulo: LTr, n. 82, 1987.

16 CARDONE, Marly A. Previdência, assistência, saúde: o não trabalho da constituição de 1988. São Paulo, LTr, 1990.

ou recebendo algum tipo de benefício e posteriormente são beneficiados pelas próximas gerações e assim sucessivamente.

Como afirma, WLADIMIR NOVAES MARTINEZ¹⁷

A solidariedade entre gerações se caracteriza pela privação momentânea de todos em favor de alguns necessitados no futuro. Se atualmente os não-necessitados custeiam aqueles que não têm condições de manter sua própria subsistência, no futuro, estes que agora contribuem, vindo a se encontrar em situação de necessidade, serão custeados por novas gerações não-necessitadas deste custeio.

JOHN KENNETH GALBRAITH¹⁸ se aprofunda ainda mais no princípio da solidariedade, saindo até mesmo do âmbito previdenciário, no sentido de que:

Todos os seres humanos são responsáveis pelo bem-estar econômico e social. Trata-se de uma responsabilidade transnacional em que devemos nos preocupar, como o sofrimento pela fome, por outras privações e por doenças.

Ou seja, temos que o recálculo da aposentadoria não é previsto e nem mesmo teria espaço no sistema previdenciário de repartição simples atualmente adotado, já que esse possui caráter contributivo e filiação obrigatória. Tem-se que a contribuição feita após a aposentadoria não é faculdade do segurado, dado a filiação obrigatória e também não se trata de um “investimento pessoal” em que o trabalhador espera um retorno direto e imediato, ante o princípio da solidariedade.

Wladimir Novaes Martinez diferencia o sistema de repartição simples do sistema de capitalização da seguinte forma:

Assim, freqüentemente, o regime de capitalização é o próprio do neoliberalismo, enquadrado como poupança individual e disponível, da iniciativa privada, para o plano do tipo contribuição definida, com baixo nível de solidariedade, hodierno e com tendência a se universalizar. Bom para as prestações programadas. Por outro lado, o regime de repartição simples, ideologicamente seria social-democrático, técnica previdenciária, de iniciativa estatal, para o plano do tipo benefício definido, com elevada solidariedade

17 MARTINEZ, Wladimir Novaes. Princípios de Direito Previdenciário. São Paulo: LTr, 1982.

18 GALBRAITH, John Kenneth. A sociedade justa: uma perspectiva humana. Tradução de Ivo Korytowsk. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

É claro notarmos que ao tratarmos as contribuições previdenciárias obrigatórias como um investimento pessoal e que necessariamente daria retornos diretos aos contribuintes, nos afastamos do sistema solidário e nos aproximamos do regime de financiamento previdenciário de capitalização que tem como característica primordial a individualização contributiva, em que cada segurado contribui para seu próprio benefício, criando um elo direto entre custeio e benefício, se assemelhando a uma poupança individual, com a diferença em que não existe a possibilidade de controle das aplicações investidas, e plenamente dependente do que ocorrerá com o mercado financeiro.

Além disso, como bem ensina FREDERICO AMADO¹⁹ a seguridade social é solidária por excelência, já que visa proteger os segurados em momentos de real necessidade, seja pela concessão de benefícios previdenciários a segurados sem condições laborativas, seja pela disposição de remédios ao segurado enfermo impossibilitado de adquiri-lo, por meio do viés da saúde pública ou seja ou até mesmo pela divisão de renda para segurados em estado famélico, por meio da assistência social.

Ressalta ainda o autor acerca do princípio da solidariedade e do regime de repartição simples:

Há uma verdadeira socialização dos riscos com toda a sociedade, pois os recursos mantenedores do sistema provêm dos orçamentos públicos e das contribuições sociais, onde aqueles que pagam tributos que auxiliam no custeio da seguridade social, mas hoje ainda não gozam dos seus benefícios e serviços, poderão no amanhã ser mais um dos agraciados, o que traz uma enorme estabilidade jurídica no seio da sociedade.

Essa norma principiológica fundamenta a criação de um fundo único de previdência social, socializando-se os riscos, com contribuições compulsórias, mesmo daquele que já se aposentou, mas persiste trabalhando, embora este egoisticamente normalmente faça queixas da previdência por continuar pagando as contribuições.

Por outro lado, o Princípio da Solidariedade justifica o fato jurígeno de um segurado que começou a trabalhar poder se aposentar no mesmo dia, mesmo sem ter vertido ainda nenhuma contribuição ao sistema, desde que após a filiação seja acometido de infortúnio que o torne inválido de maneira definitiva para o trabalho em geral.

Além de todo o já exposto acerca do princípio da solidariedade cabe destacar que a constituição federal traz expressamente a aplicação desse princípio ao regime

19 Idem 9.

próprio de previdência social dos servidores públicos efetivos em seu art. 40, em que prevê:

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

Deixando claro que o sistema de capitalização não possui espaço nem no regime geral de previdência social e nem mesmo no regime próprio de previdência social e que o princípio da solidariedade é norteador do sistemas previdenciários como afirmaram os juristas no julgamento da desaposentação como se verá mais adiante.

3 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A DESAPOSENTAÇÃO E A TEORIA GERAL DO GARANTISMO.

Já introduzido e feitas as breves considerações acerca do recálculo da aposentadoria, cabe então analisar a obra de Luigi Ferrajoli, por meio da teoria garantista, que surge como *garantismo penal*, em 1990, com a obra *Diritto e ragione: teoria del garantismo penal*. Entretanto, logo nota-se que apesar de tal pensamento ter sido baseado exclusivamente no âmbito penal facilmente pode ser aplicado a todos os ramos das ciências jurídicas e não seria diferente ao Direito Previdenciário. Por esse motivo serão exploradas as três acepções da teoria garantista apresentadas por Luigi Ferrajoli, como modelo normativo, como teoria crítica do próprio Direito e como uma filosofia política. Para tentar, por fim, relacionar as teses levantadas pela doutrina, pelos tribunais e especialmente pelos ministros do STF com a teoria aqui enfocada.

3.1 A TEORIA GERAL DO GARANTISMO

Apesar de toda celeuma acerca da desaposentação, sabe-se que desde meados de 2010 o Supremo Tribunal Federal analisa a questão, pacificando, por fim, o seu entendimento em Outubro de 2016, em que, em repercussão geral, decidiu pela não aplicação do recálculo da aposentadoria, pelos motivos que serão exposto mais adiante

Antes de analisar ponto a ponto a decisão dos doutos magistrados, cabe observar as teorias que se aplicam ou que influenciaram nessa tomada de decisão, explicitamente ou não. Dentre essas, a teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli.

Cabe destacar que a idéia de teoria geral do garantismo jurídico nasce de Norberto Bobbio, quando prefaciou a obra *Diritto e Razão* de Luigi Ferrajoli, em que visava compor um sistema geral do garantismo jurídico ou, se se quiser, a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder²⁰

20 Ferrajoli, Luigi. *Diritto e ragione: teoria del garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

A teoria de Luigi Ferrajolli vem para tentar equilibrar a lacuna existente entre a norma posta e as práticas que deveriam ser tomadas a partir da interpretação de tal conjunto legislativo.

Como bem explana MARLIZE DALTRO ASSUNÇÃO²¹,

Luigi Ferrajoli centra sua abordagem partindo do pressuposto que o garantismo surge exatamente pelo descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam estar fundamentadas nelas. No aspecto penal, destaca o autor que “as atuações administrativas e policiais andam em descompasso com os preceitos estabelecidos nas normas jurídicas estatais”²². Então, a idéia do garantismo é, de um modo geral, a busca de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais.

Depreende-se da obra de Luigi Ferrajolli, que o garantismo seria um modo de buscar barrar as negligências e arbitrariedades do poder estatal, que acaba por revelar uma crise de governabilidade, que *em meio ao paradoxo instalado em seu ordenamento jurídico que abarca um “modelo normativo” garantista por excelência, mas que em sua “prática operativa” revela-se essencialmente antigarantista*²³.

Ou seja, é clara a lacuna entre a normatividade e efetiva do Estado em relação ao apanhado legislativo, surge então a teoria garantista como uma forma de barra, ou ao menos tentar diminuir o paradoxo entre *o modelo normativo e a prática operativa a fim de minimizar a prática presente nos sistemas jurídicos da atualidade*²⁴.

Apesar da teoria de Luigi Ferrajolli ter surgido considerando a acepção do Direito Penal é evidente que a indigitada teoria pode se aplicar a todos os campos jurídicos e mais ainda para o campo político, claro, pois, não a como separar a prática jurídica da prática política, já que visa minimizar a violência estatal e, por conseguinte, ampliar as liberdades individuais.

21 ASSUNÇÃO, Marlice Daltro. Teoria geral do garantismo: considerações preliminares. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 970, 27 fev. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8037>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

22Idem 20.

23Idem 21.

24Idem 20.

Ou seja, o sistema seria mais garantista quando conseguisse minimizar a distância existente entre o texto da norma e a sua aplicação ao mundo empírico. O que é uma preocupação própria de muitas outras teorias do direito²⁵.

Partindo destas considerações, o autor visando o aprofundamento em sua teoria e sua extensão aos demais ramos do direito a analisa sob três acepções.

3.2A PRIMEIRA ACEPÇÃO DE GARANTISMO E O MODELO NORMATIVO DE DIREITO.

A primeira acepção do garantismo refere-se ao *Estado de direito* na visão de Norberto Bobbio, baseando-se nos dois tipos de governo fontes do Estado moderno, quais sejam, um governo *sub leges*, queria seria um governo submetido às leis e um governo *per leges*, governo submetido a leis gerais e abstratas.

SERGIO CADERMATORI²⁶ ensina que

Até mesmos os estados totalitários podem ser entendidos como Estados de Direito, já que podem ser considerados estados sub leges, entretanto, apenas os Estados constitucionais, principalmente os que apresentam constituições rígidas, já que em seus níveis superiores incorporaram não só os procedimentos para a edição de normas de nível inferior, como também os limites substanciais para o exercício de qualquer poder²⁷.

Esta primeira acepção do garantismo deve ser entendida a partir do Estado de Direito, já que é submetido a legalidade em *stricto sensu*, já que qualquer manifestação de poder depende do condicionamento da lei.

O Estado de direito é sinônimo de garantismo quando se assemelha a um modelo de Estado nascido com as modernas constituições e caracterizado no plano formal pelo princípio da legalidade, por força do qual todo o poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes, no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do

25 MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17>>. Acesso em: 19 dez. 2017.

26 Cadermatori, Sérgio. Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1999

27Idem 26.

Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua constituição dos deveres públicos

Deve se então distinguir a legitimidade formal e a legitimidade substancial para que seja compreendida a relação entre democracia política e o Estado de Direito, já que a legitimidade formal se refere a forma de governo, enquanto que a legitimidade substancial se refere a estrutura de poder.

*Tal distinção é necessária para que não se confunda o Estado de Direito com, entendido como sistema de limites substanciais aos poderes públicos para a consecução das garantias dos direitos fundamentais, ao Estado Absoluto, seja ele democrático ou não*²⁸

Segundo CADEMARTORI²⁹ essa primeira acepção do garantismo como modelo normativo permite analisar um determinado sistema constitucional para verificação de contradições entre as normas e os princípios constitucionais e as antinomias entre as práticas institucionais e as normas legais, para que se possa inferir a efetiva atuação do garantismo em determinado sistema, o que seria o mesmo que aferir a efetividade da norma constitucional.

3.3A SEGUNDA ACEPÇÃO DE GARANTISMO E O MODELO NORMATIVO DE DIREITO.

A segunda acepção do garantismo se refere a validade, efetividade e vigência das normas, ou seja, ao campo da teoria jurídica, para tentar verificar a lacuna entre como a norma posta está sendo aplicada na prática jurídica e como ela deveria estar sendo aplicada.

Como bem diz ASSUNÇÃO³⁰ essa lacuna existente entre o “ser” e o “dever ser” citada nessa segunda acepção do garantismo está focada na discrepância entre os modelos normativos, que vocacionalmente são garantistas, e suas práticas operativas, que tendem a ser antigarantistas. Ou seja, os modelos normativos

²⁸Idem 21.

²⁹Idem 26.

³⁰Idem 21.

comumente apresentam normas válidas, mas ineficazes e que na prática se tornam inválidas mas eficazes.

A partir dessa noção acerca dos modelos normativos a teoria garantista visa tentar diminuir a distância entre os modelos normativos e suas práticas operativas.

Diferentemente da teoria Kelsiniana de validade da norma, em que sua validade está contida em outra norma anterior e hierarquicamente superior, Luigi Ferrajoli traz um novo elemento nessa relação de validade, em que não basta uma norma se adequar ao simples e puro formalismo para que seja válida, mas sim quando passam a possuir elementos de conteúdo material pautados nos direitos fundamentais.

Sendo assim, a teoria garantista considera como *vigentes* aquelas normas em conformidade com os procedimentos formais já previstos, enquanto uma norma válida seria aquela em conformidade com a racionalidade dos direitos e garantias fundamentais de determinado ordenamento jurídico.

Com bases nessas definições, segundo CADEMARTORI³¹, o pano de fundo teórico geral do garantismo atribui as normas quatro predicados distintos que seriam a justiça, vigência, validade e eficácia.

Ensina Ferrajoli que

Em contraste com as imagens edificantes dos sistemas jurídicos oferecidos a partir de suas representações normativas, e com a confiança a priori difusa da ciência jurídica na coerência entre normatividade e efetividade, a perspectiva garantista requer, ao contrário, a dúvida, o espírito crítico e a incerteza permanente sobre a validade das leis e de suas aplicações e, ainda, a consequência do caráter em larga medida ideal – e, em todo o caso não realizado e a realizar- de suas mesmas fontes de legitimação jurídica³².

Conclui-se que a segunda acepção do garantismo visa destacar as diferenças entre a normatividade e real efetividade da norma, ou seja, não se ater simplesmente aos critérios formais da norma, mas sim questionar o objetivo crítico do legislador em referência com a validade da norma e sua possibilidade de aplicação real e eficaz.

31Idem 26.

32Idem 20

3.4A TERCEIRA ACEPTÃO DO GARANTISMO E O PONTO DE VISTA EXTERNO

A última geração do garantismo se refere ao que Ferrajoli chama de “Ponto de Vista Externo” que aborda a teoria como uma filosofia do direito e uma crítica a política, tratando a teoria como uma imposição a norma para que apresente uma *justificação externa*, permitindo a valoração da norma a partir do que ela é e do que ela deveria ser, denominando essa dicotomia de *Ponto de Vista de externo*, para fins de legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.

Concluindo que essa doutrina filósofo-política não aborda a simples e pura crítica ao sistema normativo, mas também responde pela

*Perda de legitimação desde o exterior das instituições jurídicas positivas, baseadas na rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça, ou entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista político ou externo do ordenamento*³³.

Ferrajoli apresenta a separação entre legitimação interna ou jurídica e legitimação externa ou moral, que se equivale as vertentes existentes na doutrina política que baseiam os sistemas políticos, sendo a primeira denominada por Ferrajoli de doutrinas “autopoiéticas” que são as doutrinas que basicamente fundamentam os sistemas políticos, enquanto denomina a segunda como doutrinas “heteropoiéticas” que se referem a legitimação externa ou moral, baseada na finalidade social da norma como mecanismo garantidor dos direitos fundamentais do cidadão.

Sendo assim, Ferrajoli considera que o garantismo nesse sentido filosófico-político consiste na idéia heteropoiética do direito, separado da moral, explica ainda que as doutrinas legitimadoras que se baseiam o Estado em matérias metafísicas como religião, natureza e afins, são consideradas autopoiéticas, assim como as doutrinas idealistas que se baseiam no princípio da legalidade, já que não o consideram apenas como princípio jurídico interno mas sim como princípio axiológico externo

Sobrepondo à legitimidade política a legalidade jurídica e conferindo as leis valor, e não apenas validade ou vigor, unicamente com base

³³Idem 20.

no valor associado à priori, à sua forma, à sua fonte (o soberano, ou a assembleia, ou o ditador, ou o partido, o povo, ou a similares).

É exatamente nessa acepção em que a teoria de Luigi Ferrajoli se aproxima da questão da desaposentação, já que os julgadores não podem se ater apenas aos requisitos formais da norma, mas sim buscar o sentido o espírito do legislador em sua elaboração relacionada ao sistema jurídico, ao sistema previdenciário posto e especialmente os impactos da aplicação do Direito Previdenciário diretamente ao segurados, beneficiários e as gerações subsequentes que se beneficiarão, ou não, das decisões tomadas atualmente.

4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E REPERCUSSÃO GERAL ACERCA DA DESAPOSENTAÇÃO – REFLEXÕES DOS JULGAMENTOS.

Já apresentado os nuances da desaposentação, bem como já demonstrada como é explanada a teoria de Luigi Ferrajoli, passa-se a análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal, visando entender como se deu cada voto e quais teses, doutrinadores e teorias influenciaram na decisão dos julgadores que durou quase uma década e sobrestou cerca de 60 mil processos em andamento nos demais tribunais. Além disso, busca-se analisar como a teoria geral do garantismo pode ter influenciado nesse decisão e quais suas acepções ou teses podem ser relacionada com cada tese levantada pelos ministros

4.1 JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS 381367, 661256 E 827833.

Em 26 de outubro de 2016 o Supremo Tribunal Federal findou a discussão que existia acerca da desaposentação, discussão essa que se estendia por anos com o julgamento dos recursos extraordinários (RE) 381367 de relatoria do Ministro Marco Aurélio com Repercussão Geral, RE 661256, também com repercussão geral, e RE 827833, Ambos de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

No caso em questão prevaleceu o entendimento do Ministro Dias Toffoli no sentido de que apesar de não haver vedação expressa a desaposentação, do mesmo modo não há previsão legislativa a esse instituto, já que compete exclusivamente a legislação ordinária as hipóteses em que as contribuições repercutem expressamente na renda mensal dos benefícios, que é o caso.

Segundo a tese levantada pelo ministro não pode o supremo tribunal federal se sobrepor a constituição permitindo a aplicação de um instituto que pode impactar tanto as bases do sistema previdenciário posto, apesar de parecer benéfico em caso pontuais, no seguinte sentido:

Não há que se olvidar que o art. 96, inciso II, da Lei nº 8.213/91 proíbe, expressamente, que o tempo de serviço já aproveitado para a concessão da aposentadoria seja algum, declarou a inconstitucionalidade novamente computado. Esta Corte, em momento esses dispositivos, como se extrai dos seguintes precedentes, nos quais, antes do reconhecimento da repercussão geral dessa matéria, vinha considerando como tese de natureza infraconstitucional e de eventual ofensa reflexa a questão da

possibilidade de renúncia da aposentadoria para a obtenção de outros benefícios (RE nº 442.480/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 1º/12/08; AI nº 545.274, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 7/5/07; AI nº 220.803, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 14/12/05; AI nº 643.455, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 18/4/07; RE nº 576.466/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 18/12/09; RE nº 656.268/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 25/11/11; RE nº 643.963/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 25/11/11 e AI nº 851.605/PR-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 25/10/11). Devo concordar com o ilustre Ministro Relator no sentido de que a Constituição Federal não veda expressamente a desaposentação. Entretanto, nossa Carta também não prevê especificamente o direito que se pretende ver reconhecido. A Constituição Federal dispõe de forma clara e específica que concernem à legislação ordinária as hipóteses em que as contribuições vertidas ao sistema previdenciário repercutem de forma direta na concessão dos benefícios, nos termos dos arts. 194 e 195. Como se sabe, a desaposentação permitiria que os salários de contribuição posteriores à aposentação fossem incluídos no cálculo de um novo benefício – concedido pelo RGPS ou não –, com o resultado prático de majorar o valor percebido pelo aposentado. Caso o segurado pretenda se aposentar no regime geral de previdência social para requerer emissão de certidão de tempo de contribuição e se aposentar perante outro regime previdenciário, o objetivo será o mesmo, qual seja, o desomar aos salários de contribuição anteriores à aposentação os posteriores a essa, ainda que obtidos sob a égide de outro regime. Essas premissas são importantes para as reflexões que farei. A desaposentação, volto a insistir, não possui previsão legal. Assim sendo, esse instituto não pode ter natureza jurídica de ato administrativo, mesmo porque a lei não o prevê especificamente. Aliás, como é de todo sabido, a prática de qualquer ato administrativo pressupõe o atendimento ao princípio da legalidade administrativa. Não bastasse isso, se a aposentadoria foi declarada e se fez por meio de ato administrativo lícito, não há que se falar em desconstituição do ato por meio de desaposentação, mesmo porque, se lícita foi a concessão do direito previdenciário, sua retirada do mundo jurídico não poderia ser admitida com efeitos ex tunc. Aliás, aqueles que defendem a desconstituição do direito de receber parcelas pecuniárias, que é a tese que está sendo consagrada no respeitável voto do Ministro Relator, também concluem pela obrigatoriedade de se buscar a restituição das parcelas já percebidas pelo aposentado, com fundamento na tese da vedação do enriquecimento indevido. Aí me parece haver, com o devido respeito, alguma contradição. Se o aposentado exerceu, legitimamente, seu direito, e se há legalidade nesse suposto direito à desaposentação, não faria sentido obrigar-se o aposentado a efetuar qualquer restituição, pois enriquecimento indevido não houve. O fator previdenciário instituído pela Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999 – o qual é calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, estimulando-o a contribuir por mais tempo e a se aposentar mais tarde –, também deve ser levado em consideração. Esse fator, num primeiro momento, pode até ser visto como um ônus para o trabalhador. Entretanto, conforme vem sendo ressaltado pela doutrina e por entidades especializadas no tema, o fator previdenciário permite que o contribuinte goze do benefício antes da idade mínima, podendo escolher, ainda, uma data para a aposentadoria, em especial, quando entender que dali para a frente não conseguirá manter sua média contributiva. A ideia de que o Fator impõe um ônus escorçante é falsa.

Finalizando seu voto com o entendimento que não há qualquer inconstitucionalidade nos limites impostos a concessão de novas vantagens ao segurado aposentado que retorna ao trabalho, do mesmo modo verifica que não há inconstitucionalidade na cobrança de contribuições dos segurados em atividade laborativa, negando provimento ao RE 381367 interposto pelos segurados e dando provimento ao RE 661.256 e 827.833 interpostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social

A Ministra Rosa Weber seguiu a tese de Luis Roberto Barroso, no sentido de que a legislação é omissa ao que se refere a desaposentação, mas destaca que não existe também proibição legal expressa para que o beneficiário de aposentadoria obtivesse novo benefício baseado em novas contribuições. Entretanto, a excelentíssima ministra destacou pontos relevantes em relação ao recurso 8277833, buscando definir e diferenciar a desaposentação e o que a doutrina passou a chamar de “reaposentação”, explicando que nesse último caso ocorreria um processo de deferimento comum de uma aposentadoria após o cumprimento dos requisitos iniciais exigidos pela lei, enquanto a reaposentação seria baseada no deferimento de novo benefício, diverso do primeiro, com o cumprimento de novos requisitos que se deram apenas e exclusivamente após a inatividade e consequentemente a aposentadoria do segurado. Exemplificando o caso do recurso em comento em que a segurada se aposentou por tempo de serviço contribuição com mais de 30 anos de contribuição, retornando ao mercado de trabalho e contribuindo por mais de 17 (dezessete) anos e preenchendo os requisitos legais para a concessão do benefício de aposentadoria por idade, já que possuía a época 70 (setenta) anos. Distinguindo então esses nuances fáticos em que a concessão de segunda aposentadoria com cumprimento de requisitos próprios, sem aproveitar os requisitos da aposentadoria originária, seria então um caso de *reaposentação* e não de desaposentação, em seu ponto de vista.

A Ministra citou ainda em seu voto o não provimento do RE 381367 pelo Tribunal Federal da 4ª região em sede de apelação, tribunal esse que acolheu a tese de que a filiação ao regime de previdência social é obrigatório e contributiva, não pressupondo contraprestações em forma de benefícios. Enquanto o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça no julgamento do RE 661256 se deu em sentido contrário, de acordo com a tese de que o benefício previdenciário é plenamente

disponível sendo possível o aproveitamento de novas contribuições para a concessão de benefício posterior de maior valor, sem que essa manobra jurídica importasse na devolução dos benefícios já recebidos pelos segurado.

Trouxe em seu voto o parecer do Procurador-Geral da República no sentido de provimento dos recursos extraordinários:

De modo a se anularem o acórdão do TRF4, que concedeu a melhora da aposentadoria aos autores, e o julgado do STJ, que os dispensou de resstituir ao poder público federal as quantias auferidas em razão da aposentadoria menos vantajosa

Por fim, ao proferir seu voto, acompanhou o ministro Roberto Barroso, dando provimento parcial aos recursos, baseando se na tese de MARTINEZ “*que a desaposentação não implica em renúncia ao benefício já que “permanece íntegro, embora inerte, o que pretende o requerente é a sustação dos seus efeitos jurídicos jurídicos”*³⁴, citou ainda CARVALHO FILHO, que entende que aquele que renúncia a aposentadoria tem “*direito a contagem desse tempo na atual relação de trabalho para os fins de aquisição de novo direito à aposentadoria, gerando o que tem sido denominado de reaposentação*”³⁵.

Além disso, aborda o princípio da solidariedade da seguinte forma:

No âmbito da seguridade social, tal princípio é compreendido como sendo a dependência recíproca entre os integrantes de um grupo que têm necessidades comuns de amparo e proteção em contingências sociais. Essa interdependência ínsita a essa parcela da população é imprescindível ao alcance do intuito último dessa coletividade, de cooperação mútua. A matriz constitucional do princípio da solidariedade reside no inciso I do artigo 3º, o qual enuncia um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária. No que tange ao regime geral de previdência social, a solidariedade social é inferida dos artigos 194, caput e parágrafo único, incisos V e VI, e 195, caput e § 5º da Constituição Federal⁷², ausente previsão explícita. Segundo esse penúltimo preceito, a seguridade social, que compreende um conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social “será financiada portoda a sociedade, de forma direta e indireta”, nos termos da lei, mediante recursos dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das contribuições

34Idem 5

35 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª. ed. São Paulo: Atlas S.A. 2014, p. 735.

sociais referidas nesse dispositivo, o qual materializa dois dos sete objetivos norteadores da seguridade social: a equidade na forma de participação no custeio e a diversidade da base de financiamento. O último dispositivo encerra o princípio denominado por Balera como da contrapartida entre contribuições e prestações.

Não obstante a ausência de previsão constitucional explícita do princípio da solidariedade no regime geral, é certo que esse princípio sempre existiu também nesse regime, até porque constitui não apenas a base de qualquer regime previdenciário, mas também sua essência: a segurança e a proteção coletivas contra os “riscos sociais”, entendidos como os “fatos ou acontecimentos que ocorrem na vida de todos os homens, com certeza ou probabilidade significativa, provocando um desajuste nas condições normais de vida, em especial a obtenção dos rendimentos decorrentes do trabalho, gerando necessidades a serem atendidas”.

Por fim, nota-se em seu voto que de acordo com seu ponto de vista a filiação a previdência é vínculo jurídico disponível que gera direitos e obrigações recíprocas e, portanto, não vê óbice de que as novas contribuições, dadas após a aposentadoria, fossem computadas para obtenção de novo benefício de maior valor, com exceção de que esse direito fosse estendido ao reconhecimento do direito a desaposentação aos regimes próprios de previdência social.

Já o Ministro Edson Fachin levou em conta de que não é da competência do Supremo Tribunal Federal suplantando a omissão legislativa na proteção aos riscos previdenciários. Sendo assim, caberia ao legislador dispor sobre tal possibilidade de revisão de benefício, ponderando sempre nos princípios previdenciários constitucionais especialmente no equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral de Previdência Social.

Destacou ainda o princípio da solidariedade em que toda a sociedade é responsável pela manutenção da seguridade social, seja de forma direta ou indireta e que caberia somente ao legislador infraconstitucional a responsabilidade para aplicação dos critérios para a manutenção de tal princípio, no seguinte sentido:

No exercício da eleição dos critérios pelos quais se dará a proteção aos riscos escolhidos pela Constituição Federal no inciso I do artigo 201, o legislador reconheceu que o objetivo do Constituinte no que tange à proteção ao risco social da idade avançada foi devidamente protegido quando o trabalhador exerce o direito à aposentadoria após o preenchimento dos requisitos legais previstos na legislação. Previu, portanto, legitimamente, no § 2º do artigo 18 da Lei 8.213/91, que outro benefício não seria concedido, à exceção do salário-família e da reabilitação profissional, pois a finalidade precípua do regime geral, que é a proteção do trabalhador aos riscos da atividade laborativa, já foi devidamente atingida com a concessão da aposentadoria. Alterar esse panorama é possível pela via legislativa. Foi opção do legislador ordinário que, a seu critério e obedecido o

processo legislativo, pode conceder ou obstar um dado benefício previdenciário (no caso, a possibilidade de renúncia a um benefício), nos limites da lei. Por essa razão, não acompanho a solução intermediária de cunho aditivo, por entender que a Corte Constitucional não tem legitimidade para suprir ou suplantar a atuação legislativa na seara da proteção aos riscos previdenciários.

Ainda acerca do princípio da solidariedade se utilizou dos ensinamentos de COMPARATO³⁶ aduzindo que “o fundamento ético desse princípio encontra-se na ideia de justiça distributiva, entendida como necessária compensação de bens e vantagens entre classes sociais, com asocialização dos riscos normais da existência humana”

Por sua vez, o Ministro Luís Roberto Barroso, relator do RE 661256 e 827833, deu provimento parcial aos recursos considerando válido a aplicação do instituto da desaposentação:

Foram colocadas na mesa duas soluções extremas: a solução inicialmente preconizada pelo Ministro Dias Toffoli, no sentido de que é vedada a desaposentação. E a posição sustentada pelo eminente Ministro Marco Aurélio de que existe o direito à desaposentação, sem necessidade de se levar em conta o que o segurado já recebeu de proventos, aqueles quinze anos de proventos no meu exemplo.[...]Enfim, de certa forma é a posição que vem do Superior Tribunal de Justiça. Portanto, os dois extremos são proibir a desaposentação, permitira desaposentação, para usarmos o termo, sem levar em conta os proventos já recebidos. Por que eu acho que ambas as soluções são ilegítimas do ponto de vista constitucional? Porque proibir a desaposentação significará fazereste empregado ter contribuído por quinze anos para o sistema, sem que ele tenha qualquer benefício, sequer potencial, em retorno. [...] Portanto, é a sua funcionalização. Essa é a sua funcionalização plena. Portanto, eu acho que o extremo de proibir a desaposentação, depois de cobrar a contribuição, é incompatível com a Constituição. De outra parte, admitir que ele se desaposente, sem levar em conta o que ele já recebeu, também produz um resultado duplamente inconstitucional. Em primeiro lugar, porque é anti-isonômico, porque colocará o empregado que tenha se aposentado cedo em situação mais favorável do que outro, com a mesma idade e o mesmo tempo de contribuição, que não tenha se aposentado mais cedo. Portanto, em primeiro lugar, é anti-isonômico, porque quem se aposentou aos cinquenta e começou a sacar do sistema não pode ser tratado da mesma forma que vai ser tratado quem entra no sistema pela primeira vez, aos sessenta e cinco anos. Em segundo lugar, Presidente, permitir a desaposentação, sem levar em conta os proventos recebidos, é uma medida inconstitucional porque ela significará um estímulo às aposentadorias precoces. E um dos princípios do sistema é, precisamente, a manutenção do equilíbrio atuarial e financeiro. De modo que nós tomarmos uma decisão que estimule a aposentadoria precoce, aos cinquenta anos, em um mundo que está elevando a idade mínima da aposentadoria para sessenta e sete anos, é andar na contramão, como se nós estivéssemos em posição diversa

³⁶ COMPARATO, Fabio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65

doresto do mundo. O que não é verdade. Portanto, nós temos que ter a mesma preocupação com a higidez do sistema, porque, senão, vamos comprometer as próximas gerações. Portanto, as duas soluções extremas me parecem incompatíveis com a Constituição.[...] Qual é a solução que eu acho justa? Pode desaposentar, mas tem que levar em conta os saques já feitos no sistema, os valores que já foram recebidos a título de desaposentação. Como é que se faz isso? No momento da aposentadoria, todo trabalhador da iniciativa privada, para cálculo dos seus benefícios, sofre incidência do que se chama o fator previdenciário. O fator previdenciário é composto de quatro elementos: idade, expectativa de vida, tempo de contribuição e valor da contribuição. Para que serve o fator previdenciário? Para graduar o benefício que o empregado vai receber em função da quantidade de tempo que ele vai permanecer no sistema. Portanto, quem se aposenta mais cedo e vai ficar mais tempo, tem uma redução maior; quem se aposenta aos sessenta e cinco anos não tem redução; quem se aposenta um pouco mais a frente, tem até um benefício. É para isso que existe o fator previdenciário. Qual é a solução que eu estou propondo? O indivíduo que contribuiu esses quinze anos e quer obter o novo benefício - e, portanto, ele vai sofrer, no cálculo do novo benefício, a incidência do fator previdenciário -, a minha proposta é: quando se aplicar o fator previdenciário para o novo benefício, a idade e a expectativa de vida são calculados no momento da primeira aposentadoria, lá atrás, porque foi nesse momento que ele entrou no sistema. E, portanto, o único benefício que ele vai ter a mais é o tempo que ele contribuiu a mais e, eventualmente, se o valor da contribuição dos últimos trinta e seis meses for maior, vai aumentar a média dele. Mas, verdadeiramente, o que ele vai ter de benefício, pela minha proposta, diz respeito tão somente ao tempo que ele contribuiu a mais. Assim se supera a inconstitucionalidade que ocorreria em funcionalizar este indivíduo, já que, do contrário, ficaria a servir ao sistema sem ter absolutamente nada em troca.

O Ministro Luiz Fux iniciou seu voto enfocando no princípio da legalidade, da seguinte maneira:

Senhora Presidente, sinteticamente, nós verificamos que tanto o Ministro Barroso quanto o Ministro Fachin entenderam que não entenderiam uma lei que concedesse esse benefício como algo inconstitucional, ou seja, não há lei que concede. Então, nós temos um primeiro problema aqui, que é um problema ligado à legalidade, então, não há lei que conceda a desaposentação.[...] Devidamente aposentado, a chamada desaposentação consiste na renúncia à aposentadoria vigente, seguida da aquisição de novo vínculo em condições mais vantajosas. Na prática, a melhoria decorre da realização de novas contribuições após a primeira aposentadoria. Desse modo, o segurado busca ver um retorno efetivo de sua contribuição, requerendo sejam computadas para a obtenção de proventos em valor superior ao que vinha percebendo. A desaposentação foi instituída no Brasil através da jurisprudência e doutrina, não tendo previsão expressa, nem na Constituição, nem no texto legal. Inicialmente, contata-se que o art. 18, § 2º da Lei 8.213/1991 (Lei de Benefícios) tem sido mencionado em alguns julgados como regra impeditiva da desaposentação, na medida em que, supostamente, proibiria a concessão de nova aposentadoria com lastro em contribuição previdenciária posterior à concessão do primeiro benefício previdenciário. O Parquet se manifestou nos autos nesse sentido, tendo, inclusive, destacado que o art. 18, parágrafo 2º,

deveria ser declarado inconstitucional, a fim de que a desaposentação se tornasse viável. Como isso não ocorreu, os acórdãos recorridos deveriam ser anulados na percepção do MP. Porém, a ausência de vedação normativa à desaposentação não atrai qualquer conclusão de sua possibilidade. Com efeito, o Regime Geral de Previdência Social – RGPS foi erigido constitucionalmente para tutelar os segurados, que contribuem para o regime com vistas a auferir os benefícios nele previstos, e os beneficiários, já titulares dos benefícios previstos no regime. É bem de ver aqueles que decidiram se aposentar, voluntariamente, já optaram pela aposentadoria, passando de segurados a beneficiários. Nenhum prejuízo é gerado para os benefícios previdenciários adquiridos. Deve-se ter em mente que, em sua redação original, o supratranscrito art. 18, § 2º, anteriormente ao advento da Lei 9.032/95, previa que o aposentado que voltasse a trabalhar tinha de contribuir, mas as suas contribuições eram vertidas para a formação de um pecúlio, a ser entregue ao trabalhador quando efetivamente se tornasse inativo. Além disso, como ressaltado pelo Ministro Teori Zavascki em seu voto, a Lei 9.032/1995 não apenas retirou o pecúlio do ordenamento jurídico, mas, ademais, impôs, incluindo o § 4º ao art. 18, que “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” (grifo próprio). A própria extinção do pecúlio denota o propósito do legislador de reduzir a gama de benefícios previdenciários, adequando-os ao rol do art. 201 da Constituição, mantendo, porém, a obrigatoriedade de contribuição do aposentado que continua ativo, e, ademais, expressamente consignando que esta destina-se ao custeio da Seguridade Social.

O princípio da solidariedade também foi foco do Ministro Luiz Fux, para ele a obrigatoriedade contributiva tem como base preservar a seguridade social e reforçar a ideia de responsabilidade e moralidade pública e não exige contraprestação, neste sentido:

Ademais, o fato de não haver contraprestação não possui correlação direta com a contribuição previdenciária do aposentado que retorna à atividade, posto estar amparada no princípio da universalidade do custeio e solidariedade da Previdência Social, encartado no art. 195 da CRFB/88, in verbis: Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) II - do trabalhador e dos demais segurados da Previdência Social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas

pelo Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº20, de 1998) III - sobre a receita de concursos de prognósticos; IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003). Destarte, a contribuição previdenciária devida pelo servidor aposentado que volta – ou continua – à ativa destina-se, atualmente, ao custeio do sistema, em benefício de toda a sociedade. Não se destinam, certamente, ao pagamento ou melhoria do benefício. Deveras, o financiamento do sistema é solidário, sendo que a contribuição de um serve para ajudar a todos. A obrigatoriedade de o trabalhador aposentado permanecer na ativa contribuir sobre sua remuneração (CRFB/88, art. 195, II, c/c art. 18, § 4º da Lei 8.212/1990) decorre desse princípio, cuja preservação no sistema da seguridade social atual, nas palavras de Milton Santos (SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008, p. 42), “mata a noção de solidariedade, devolve o homem à condição primitiva do *cada um por si*, como se voltássemos a ser animais da selva, reduz as noções de moralidade pública e particular a um quase nada”. Nesse contexto, a solidariedade que orienta o RGPS autoriza a incidência da contribuição previdenciária sobre rendimentos de trabalhadores que não auferirão aposentadoria em função desses rendimentos. Em síntese, pelo ordenamento jurídico vigente, os aposentados que retornam à atividade são contribuintes obrigatórios do RGPS apenas a guisa de observância da solidariedade no custeio da seguridade social, e não para renovar sua filiação ou modificar a natureza do seu vínculo. Por outro lado, o argumento de que toda contribuição para o Regime Geral da Previdência Social deve gerar uma contraprestação, data máxima vênua aos que entendem em contrário, não me convence, pois, de acordo com o questionamento de Cirlene Luiza Zimmermann (Desaposentação: a vedação constitucional da simulação de renúncia à aposentadoria e as propostas para a legalização do recálculo do benefício, *Juris Plenum: Previdenciária, Caxias do Sul*, v. 1, n. 1, fev. 2013, p. 33-55) “se assim fosse, qual é a contraprestação das outras fontes de financiamento do sistema (empresas, loterias, importadores)?”. Não bastasse, o caráter contributivo, de filiação obrigatória, indica que apenas aqueles que contribuem têm direito a perceber benefícios previdenciários – observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial –, não havendo se falar em correlação direta contribuição/benefício. Assim, o caráter contributivo do sistema previdenciário brasileiro pressupõe, no caso do Regime Geral da Previdência Social – RGPS, um custeio específico, em que as contribuições de toda a coletividade servem para financiar todo o sistema, aplicando-se o princípio da solidariedade e afastando-se a necessidade de correspondência entre custeio e benefício.

Acompanhando a corrente vencida o Ministro Ricardo Lewandowski reconheceu a possibilidade de aplicação do instituto da desaposentação ao segurado, para o ministro o direito a aposentadoria possui o caráter de disponibilidade e, portanto, estaria no rol dos direitos patrimoniais, desde modo, não vê óbice a renúncia de tal direito com vistas ao recebimento de benefício mais

favorável ao segurado, considerando essa renúncia ato unilateral que independe da anuência estatal.

Em senso contrário, o ministro Gilmar Mendes, não enxerga dúvidas a respeito da inaplicabilidade da desaposentação, segundo ele, aquele que se aposenta precocemente e retorna ao mercado de trabalho não pode requerer revisão de benefício impondo tamanho ônus ao sistema previdenciário e conseqüentemente a toda a coletividade. Além disso, considera evidente da desaposentação em nosso ordenamento jurídico, suscitando a lei 8.213/91 para esclarecer que é explícita a restrição das prestações previdenciárias ao beneficiário já aposentado que retorna ao mercado de trabalho, com exceção do salário família e à reabilitação profissional, já que são aplicáveis ao caso.

Para o indigitado Ministro, o Decreto 3.048 não é omissivo em relação a desaposentação, ao contrário, o considera “cristalino” já que traz em sua redação a irreversibilidade e a irrenunciabilidade dos benefícios previdenciários. Como se não já bastasse sua excelente explanação e demonstração de conhecimento acerca do tema ainda levantou os dados dos pareceres da Advocacia Geral da União de que um eventual reconhecimento a desaposentação geraria um impacto de cerca de um bilhão de reais mensais aos cofres da previdência, considerando apenas as aposentadorias implantadas, sem a devida fonte de custeio exigida pela constituição federal em seu art. 195. Terminando sua explanação arguindo que se existe a necessidade de revisão da matéria, tal revisão compete exclusivamente ao congresso nacional e não ao judiciário:

Discute-se, portanto, se seria compatível com o texto constitucional a realização de renúncia à primeira aposentadoria concedida no âmbito do RGPS, por segurado que opta por retornar ao mercado de trabalho, bem como sobre as repercussões pretendidas, em relação à majoração do cálculo de novo benefício.

Mais especificamente, alega-se, nas razões recursais do INSS, no âmbito do RE 661.256 e RE 827833, em síntese, violação: (i) ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF/88); (ii) ao princípio da solidariedade (artigos 40, 194 e 195 da CF/88) e (iii) ao princípio da isonomia, aplicável aos segurados (art. 5º, caput, e 201, § 1º, da CF/88).

No RE 381.367, os recorrentes segurados apontam (i) violação ao artigo 201, § 11, da Constituição Federal e (ii) conflito do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91 com o texto constitucional, ao vedar a repercussão da contribuição previdenciária no benefício do segurado aposentado que permanece na ativa ou a ela retorna.

[...]Verifica-se, portanto, que, pelo princípio da solidariedade, a contribuição para custeio do sistema no modelo de repartição caracteriza por se tratar de obrigação de caráter coletivo e não individualizado. E aqui podemos ter, realmente, erros de perspectiva.

O referido modelo não se confunde com o contributivo decapitalização, que, diferentemente, é caracterizado pela constituição de um fundo, individual ou coletivo, que, no momento oportuno, será revertido diretamente para aqueles contribuintes que concorreram para sua formação. Tal modelo é exemplificado pelas previdências privadas e pelos fundos de pensão.

De fato, no modelo brasileiro, não há uma correlação sinalagmática entre as contribuições acumuladas e os benefícios concedidos – muito embora deva ser considerada uma adequação entre receita e dispêndio, a se manter o equilíbrio atuarial. Tal premissa está fundamentada no princípio da solidariedade, que norteia o nosso modelo de seguridade social e exige a conjugação de esforços por parte de uma coletividade para a manutenção do sistema, independentemente de uma correlação estrita com uma contrapartida específica para a contribuição concedida.

Não destoando, portanto, do sistema previdenciário brasileiro, à luz do princípio da solidariedade, o entendimento de que a exigência da contribuição não resulta, direta e imediatamente, em uma legítima expectativa de um direito do recebimento de um benefício em contrapartida. A concessão do benefício, ao contrário, requer o cumprimento das exigências previstas nas normas infraconstitucionais que regulam a matéria, por expressa determinação constante do artigo 201 da Constituição Federal.

Sob moldura fática diversa, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de manifestar-se a respeito, em mais de uma oportunidade, assentando o entendimento no sentido de que da imposição da contribuição não decorre, necessariamente, um aumento proporcional no benefício.

[...] Se, naquela oportunidade, portanto, não se considerou inconstitucional a inobservância da referida comutatividade, com muito mais razão não se deveria invocá-la, nesta hipótese, para se fundamentar um pedido de majoração do benefício, em razão da opção voluntária do segurado de retornar ao mercado de trabalho.

O que se pretende defender com as teses da desaposentação, a rigor, é que o critério da comutatividade seja utilizado apenas parcialmente e de modo a atender o pleito de se majorar o benefício, sem a devida correspondência na fonte de custeio. De fato, em primeiro lugar, porque não há, no sistema brasileiro do RGPS, a constituição de um fundo particularizado que, após formado, seria revertido única e exclusivamente para os contribuintes que dele participaram. Em segundo lugar, o acréscimo adicional de contribuição, como dito acima, não se mostra compatível com o benefício total auferido pelo segurado.

Em outras palavras, pleiteia-se o melhor dos dois sistemas. De um lado, não se impõe particularmente o ônus pela provisão dos recursos que sustentarão seu próprio benefício. De outro, exige-se uma contrapartida, custeada pelo fundo comum, por uma contribuição adicional (não equivalente) do particular.

[...] Não parece razoável, portanto, que dessas circunstâncias fáticas resulte legítima a imposição de um ônus ao sistema, fundamentado no princípio da solidariedade e, por conseguinte, custeado por uma coletividade, com o argumento de que se haveria de reconhecer uma necessária contrapartida, em benefícios, ao particular que havia se submetido às regras da aposentadoria precoce, tendo a elas renunciado posteriormente.

[...] Os riscos envolvidos no afazer legislativo exigem peculiar cautela de todos aqueles que se ocupam do difícil processo de elaboração normativa. A análise não se limita aos aspectos ditos estritamente jurídicos. Colhe também variada gama sobre matéria que deve ser regulada no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial e não pode nunca desconsiderar a repercussão econômica, social e política do ato legislativo. Nenhum dúvida, inclusive, porque o texto constitucional exige, em se tratando de matéria de previdência, que qualquer benefício tenha a adequada fonte de custeio. Mas essas referências ao legislador também devem ser feitas e cabem ser feitas à jurisdição constitucional.

Se é arriscada a atividade do legislador, que opera numa regra de experiência, de tentativa e erro, cujo ato é reversível, ainda que de difícil reversibilidade – mas é reversível, tanto é que o legislador pode revogar, rever o modelo –, isso já não ocorre, pelo menos não é facultado de maneira tão simples, ao Judiciário. Em geral, os atos do Judiciário se presumem, se não definitivos, dotados de uma grande estabilidade. E aqui há uma diferença entre a legislação e a jurisdição constitucional. E aí o risco de nos embrenharmos nesse experimentalismo com sérias consequências, já com as advertências feitas aqui por esse estudo trazido pela AGU e pela própria Previdência Social, o qual sugere que uma mudança neste campo vai nos trazer um acréscimo de despesas de 1 bilhão de reais por mês.

Isso é o cuidado que nós devemos ter nesse tipo de matéria, Presidente.

Em um dos estudos trazidos pela Previdência Social, chega-se a falar em uma estimativa de déficit de 6,8 bilhões de reais anuais e de 164 bilhões no longo prazo. Portanto, a mim me parece que, se a matéria devesse ser revista, elateria que ser feita pelo legislador, que teria que seguir os parâmetros que a Constituição determina, os parâmetros atuariais. Do contrário, Presidente, nós corremos o risco de estarmos um pouco a brincar de Deus ou a lembrar aquela figura do Monteiro Lobato na chamada Reformada Natureza.

O ministro Marco Aurélio manteve seu posicionamento como relator do RE 381367, a favor do recálculo dos proventos da aposentadoria após o retorno às atividades laborativas pós afastamento das atividades, entretanto, o excelentíssimo ministro defende que não é este caso de renúncia do benefício, apenas uma revisão do benefício já ativo, portanto, se escusa de questões como a possibilidade de renúncia de benefício previdenciário e até mesmo a devolução das parcelas já recebidas pelo aposentado, como bem presta seu esclarecimento no julgamento acerca do tema :

Não concebo a desaposentação. Parto da premissa de haver uma situação jurídica alcançada pelo trabalhador e essa situação jurídica mostra-se inafastável. Então, não cogito da devolução de valores recebidos, da renúncia à aposentadoria pretérita. Qual é o instituto que assentei ao votar? O do direito ao recálculo dos proventos decorrentes daquela aposentadoria pretérita.

A premissa é única, inclusive encerra o afastamento do enriquecimento sem causa. A lei que trata da situação previdenciária do trabalhador que retorna, depois de aposentado, ao mercado de trabalho, versa contribuição idêntica à do trabalhador normal, como se ele estivesse iniciando a vida profissional, a relação jurídica mantida com a previdência. Mas, ao cogitar dos benefícios, apesar da mesma alíquota alusiva à contribuição, prevê apenas o salário-família e o relativo à reabilitação profissional. Conversei, ontem, inclusive com a sempre homenageada Ministra Advogada-Geral da União, Dra. Grace, e, com essa espontaneidade que norteia meus passos como Juiz, disse que seria o caso de se ter cogitado de percentagem que implicasse equilíbrio quanto aos benefícios, não daquela atinente aos trabalhadores em geral, em início de relação jurídica com a previdência. Cogitei, portanto, do instituto do recálculo dos proventos da aposentadoria e busquei, no meu modo de pensar, não complicar muito as coisas.

Relembrando a historicidade das afirmações pelo STF acerca dos princípios da solidariedade, universalidade, equidade e principalmente pelo princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, o Ministro Celso de Mello trouxe a tona o parágrafo 5º do art. 195 da CF, que estabelece a obrigatoriedade de fonte de custeio pretérita para a criação ou ampliação de qualquer benefício previdenciário. Relembrou ainda a intenção do legislador em senso contrário a desaposentação quando explicitou a inaplicabilidade de benefícios previdenciários àquele que já está sendo beneficiado pela aposentadoria, de acordo com o parágrafo 2º do art. 18 da lei 8.213/91 que traz a seguinte redação:

Art. 18, § 2º 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:

I - quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;*
- b) aposentadoria por idade;*
- c) aposentadoria por tempo de contribuição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 2006)*
- d) aposentadoria especial;*
- e) auxílio-doença;*
- f) salário-família;*
- g) salário-maternidade;*
- h) auxílio-acidente;*
- i) (Revogada pela Lei nº 8.870, de 1994)*

II - quanto ao dependente:

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

III - quanto ao segurado e dependente:

(Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)

b) serviço social;

c) reabilitação profissional.

§ 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. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997).

Do mesmo modo a Ministra Carmem Lúcia adotou a tese de que não há motivos legislativos que embasam a desaposentação e nem mesmo a omissão, já que o tema já foi projeto de lei e portanto não houve falta de tratamento do legislativo e mesmo que houvesse, não seria essa função do supremo, nesse sentido:

Tal como no riquíssimo debate aqui travado, também me parece que não há ausência de lei, embora esta seja uma matéria que possa vir a ser alterada e tratada devidamente pelo legislador, mas a legislação, especificamente o § 2º do artigo 18 da Lei 8.213, trata da matéria. Naquilo que poderia ter sido alterado foi debatido, foi objeto de uma proposta de lei enviada ao Poder Executivo, que o vetou. Portanto não houve ausência de tratamento da

norma, mas o tratamento devido, sem que se tratasse na forma aqui pretendida os institutos que foram trazidos. A Ministra Rosa até fez a diferença entre desaposentação e reaposentação. Os preceitos legais que tratam das normas são coerentes com os princípios da solidariedade e a regra do equilíbrio atuarial presentes na legislação, pelo que a Constituição deixou a matéria à reserva do Parlamento, à reserva da lei, e a lei o tratou devidamente. Por isso vou fazer a juntada do meu voto nos três casos, mas nego provimento, com as devidas vênias, como disse, ao Recurso Extraordinário 381.367 e dou provimento aos Recursos Extraordinários 661.256 e 827.833

Por fim, o plenário, por maioria, negou provimento ao RE 381367, sendo vencido o Relator Ministro Marco Aurélio e em menor extensão o Ministro Barroso, Rosa Weber e Lewandowski que parcialmente o proviam.

Já o RE 661256 com repercussão geral foi provido pela maioria do plenário vencidos parcialmente o Ministro relator Luis Roberto Barroso, Ministra Rosa Weber, Lewandowski e Marco Aurélio.

Por último, o RE 827833 também foi provido pela maioria sendo vencida novamente Rosa Weber, Barroso, Lewandowski e Marco Aurélio que negaram provimento ao recurso.

Conclui-se então que o debate acerca da desaposentação se deu basicamente entre o princípio da legalidade, o princípio da solidariedade e indisponibilidade dos direitos previdenciários, ou seja, por mais que não exista proibição legal que impedisse a aplicação da desaposentação, vê-se que apenas requisitos estritamente formais não são suficientes para que esse instituto seja posto em prática, mas além disso deve estar de acordo com os princípios constitucionais e com os impactos que suas implicações podem causar em todo o meio social, como bem ensina a teoria do garantismo em sua terceira acepção, a acepção filosófica, que exige uma justificação externa da norma, já que os julgadores, juristas e doutrinadores não podem se ater apenas aos requisitos formais da norma, mas sim extrair o sentido e finalidade que o legislador buscou em sua elaboração relacionada a todo o sistema jurídico, ao sistema previdenciário posto e especialmente os impactos dessa aplicação que poderia ser nociva ao maior interessado da seguridade social e para quem o sistema de fato é pensado: O beneficiário da previdência social.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Frederico, **Manual de Direito Previdenciário**. 5ª edição. Editora JusPodivm, n. 27. 2015.
- BRAMANTE, Ivani Contini. **Desaposentação e nova aposentadoria**. Revista de Previdência Social, São Paulo, ano XXV, n. 244, março 2001.
- CARVALHO, Acelino Rodrigues. **A legitimidade da jurisdição constitucionalizada para a proteção dos direitos sociais: das tutelas coletivas aos coletivos de tutela**. 2013.
- COELHO, Hamilton Antonio, **Desaposentação: um novo instituto?** Revista de Previdência Social, ano XXIII, nº 228, nov/1999.
- COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65
- DE ARAÚJO, Isabella Borges. **a desaposentação no direito brasileiro**. 2007.
- DE BARROS, Rodrigo Costa; DE GOUVEIA, Carlos Alberto Vieira. **Desaposentação e a nova decisão do STF**.
- DE CASTRO, Carlos Alberto Pereira e João Batista de Lazzari, Manual de Direito Previdenciário (2014).
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- FRANCESCHINI, Letícia Bacchi. **O direito à desaposentação**. 2010.
- GARCIA, Elisa Fernanda Reimbrecht. DA DESCONSTITUIÇÃO DO ATO DE APOSENTADORIA E A VIABILIDADE ATUARIAL DA DESAPOSENTAÇÃO. **Revista de Previdência Social**, n. 321, 2008.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**. 2011.
- MACEDO, Wilson Teles. **Servidor Público – Aposentadoria – Renúncia**, Revista de Direito Administrativo nº 210, Rio: Jan./Mar. 1998
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direito à desaposentação**. Jornal do 9º Congresso Brasileiro de Previdência Social. São Paulo, LTr Editora, 1996
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Renúncia e irreversibilidade dos benefícios previdenciários**. Suplemento Trabalhista — LTr: São Paulo, n. 4, 1987.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Reversibilidade da prestação previdenciária**. Repertório de Jurisprudência, IOB. São Paulo: IOB, 1988.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro. 30. Ed.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SALVADOR, Sérgio Henrique. **Desaposentação e o valor da causa: acesso ou restriçãojurisdicional?**. *Jornal trabalhista Consulex*, v. 29, n. 1432, p. 5-6, 2012.

ROCHA, Vinícius Mendes, Antonio Luiz Nunes Salgado. **"Desaposentação: hipótese de modulação pelo STF."** (2016).

SALVADOR, Sérgio Henrique. Desaposentação e o STF: a expectativa do debate constitucional. **Revista Jurídica, Brasília**, v. 16, n. 372, p. 50-52, 2012.

WENDHAUSEN, Helena Mizushima. **Aspectos controversos da desaposentação.** *Revista Síntese Trabalhista*, São Paulo, v. 218, p. 26-33, agosto, 2007