

Desaposentação: necessidade de lei para a regulamentação do direito

Caroline de Camargo Silva Venturelli¹

Resumo: O presente artigo trata da desaposentação, direito que não está previsto em lei expressa no ordenamento jurídico brasileiro, mas que é objeto de diversos processos judiciais. Há incursão no tema, mais sob o viés crítico do que propriamente conceitual, uma vez que a doutrina ainda está iniciando a análise do tema sob o viés acadêmico. O objetivo é levar ao conhecimento do leitor esta novidade do Direito Previdenciário, pois a desaposentação é tendência que já atinge ou atingirá a vida de todos aqueles que já percebem o benefício de aposentadoria e continuam laborando.

Palavras-chave: Desaposentação; vedação ao retrocesso; direito social; Previdência Social; estrita legalidade.

1. Introdução

Este trabalho visa à exposição da desaposentação, direito não previsto expressamente na legislação, mas não vedado na Constituição Federal.

Observe-se que não se trata de acumular duas aposentadorias, ponto em que há vedação legal², mas de renunciar à primeira, para, conti-

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Ex-Advogada da Consultoria Jurídica da Universidade de São Paulo. Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

2 São vedadas as seguintes acumulações de benefícios, em consonância ao artigo 124 da Lei nº 8.213/1991: aposentadoria e auxílio-doença; mais de uma aposentadoria (salvo com data de início anterior a janeiro de 1967, de acordo com o Decreto-lei nº 72/1966, pois respeitado o

nuando a laborar e a aportar novas contribuições ao sistema, requerer outra e única aposentadoria com renda superior e mais vantajosa.

O Poder Judiciário já enfrenta o tema, especialmente os Juizados Especiais Federais, e, nas instâncias superiores, o Superior Tribunal de Justiça já está se posicionando favoravelmente à renúncia da aposentadoria, tratada como direito de natureza disponível.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não tem posição definitiva, mas o primeiro caso que alcançou a Corte Máxima está pendente de julgamento e, o voto do Ministro-Relator aponta no sentido de dar provimento ao Recurso Extraordinário, de modo a permitir a desaposentação, conforme será demonstrado ao longo deste artigo.

A doutrina é incipiente no trato do assunto, mas autorizados estudiosos, como o Professor Frederico Amado e o Desembargador Federal Fausto De Sanctis, têm trabalhos em que citam e exploram a desaposentação, os quais foram utilizados como base para desenvolver as ideias aqui propostas.

Como o tema é novo e de pouca bibliografia, alerto o leitor que muitas das considerações feitas são também fruto de reflexões e ideias pessoais.

Há um ponto essencial que é consenso: o fato de ser inescapável a necessidade de regulamentação legislativa para trato do tema, para evitar-se distorções no sistema previdenciário nacional.

2. Conceito de desaposentação e o princípio da vedação ao retrocesso social

A doutrina especializada, a exemplo de Frederico Amado, conceitua a desaposentação como sendo a renúncia da aposentadoria por requerimento do segurado, com o intuito de obter alguma vantagem previdenciária³.

Analisando-se o conceito lançado e adotado como ponto de partida para o desenvolvimento das ideias propostas neste articulado, a desaposentação *depende de manifestação de vontade do segurado*, e, pressupõe, para

direito adquirido; salário-maternidade e auxílio-doença; mais de um auxílio-acidente; aposentadoria com abono de permanência em serviço, etc.

3 Direito e Processo Previdenciário sistematizado, 3ª edição: revista ampliada e atualizada. Editora JusPODIVM, 2012, p.690.

a sua concessão, requerimento administrativo. O fim de tal pedido é a obtenção de *vantagem* pecuniária na percepção do benefício de aposentadoria.

Esta vantagem deve ser *útil* ao segurado em termos econômicos, uma vez que para se desaposentar, já se parte do pressuposto de que há ato anterior de deferimento de aposentadoria de qualquer natureza (por contribuição, por invalidez, etc.).

Assim, seria vantajoso ao segurado, por exemplo, renunciar à aposentadoria por tempo de contribuição proporcional para obter aposentadoria integral, caso em que será necessário o aporte de novas contribuições à Previdência Social⁴, por causa da exigência legal da precedência da fonte de custeio.

A nova aposentadoria surge em decorrência do aproveitamento de novos aportes ao sistema previdenciário ou, até mesmo, novo tempo de serviço.

Ora, a Constituição Federal garante aos beneficiários da Seguridade Social, na qual se inclui a Previdência Social, a irredutibilidade no valor dos benefícios, nos moldes do artigo 194, IV, tendo em vista que toda pessoa humana tem direito de desfrutar de direitos sociais e econômicos sem que ocorra o aviltamento de sua condição, em homenagem ao Princípio que veda o retrocesso social.

Outrossim, o Princípio de Vedação ao Retrocesso⁵, estudado por Gomes Canotilho⁶, está imbricado aos direitos fundamentais, congre-

4 Dentre os princípios informadores da Previdência Social está o da Contributividade e Equilíbrio Financeiro e Atuarial previstos no *caput* do artigo 201 da Constituição Federal, além da precedência da fonte de custeio, uma vez que os benefícios serão calculados levando-se em consideração os salários de contribuição corrigidos monetariamente, nos termos do artigo 2º, IV da Lei nº 8.213/1991.

5 O trecho a seguir, retirado do Informativo do Supremo Tribunal Federal, acerca da aplicação do Princípio aos direitos sociais, é bastante elucidativo: “O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizados e efetivados através de medidas legislativas (“lei de segurança social”; “lei do subsídio de desemprego”; “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado”. (Direito à Saúde – Reserva do Possível – “Escolhas Trágicas” – Omissões Inconstitucionais – Políticas Públicas – Princípio que Veda o Retrocesso Social – Informativo 582 – Transcrições)

6 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1998, Almedina, p.320/321, item 3.

gando a democracia econômica e social, na medida em que está em contraposição às alterações de direitos já obtidos em determinado grau de realização, pois constituem, os direitos conquistados, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

Ora, a desaposentação é ideia que complementa e valoriza o Princípio de Vedação ao Retrocesso, pois possibilita ao segurado a *melhoria de sua condição econômica, ao permitir o incremento de sua renda mensal de aposentadoria*, sem que importe em supressão ou violação do direito já conquistado, por contribuições vertidas ao sistema previdenciário, no passado.

Mas, ressalte-se, que a desaposentação é matéria constante de processos judiciais, e se torna mais comum nos Tribunais do país, uma vez que não há norma regulamentadora do instituto no Direito Brasileiro.

Se, por um lado, a Constituição ressalta os direitos fundamentais e sociais como forma de proteção de dignidade dos brasileiros; por outro, o incremento real de direitos socialmente cristalizados, como é o caso da concessão de benefícios sociais, a exemplo da aposentadoria, está submetida a critérios legais.

A concessão de benefício previdenciário é feita, primeira e normalmente, pela via administrativa, que vem indeferindo iterativamente os pedidos de desaposentação, pois a Administração Pública está submetida ao Princípio da Legalidade, nos moldes do artigo 37 da Constituição Federal.

Com efeito, o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, por exemplo, não age arbitrariamente ao indeferir pleitos de desaposentação, pois não há lei expressa para a autarquia motivar novo ato administrativo de concessão de benefício, uma vez que a aposentadoria inicialmente havida perfez ato jurídico perfeito, nos moldes do artigo 6º do Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro).

Sob o ângulo, ainda, da autarquia previdenciária, há perigo no deferimento desenfreado de desaposentações, *sem respaldo legal*, que é o risco de quebra do sistema previdenciário brasileiro com ulterior responsabilização dos seus operadores, com risco de incidência na Lei de Improbidade Administrativa (violação dos princípios que regem a Administração Pública, dentre os enumerados no artigo 37 da Constituição Federal e as consequências previstas na Lei nº 8.429/1992).

Conforme a breve exposição alhures, o assunto é controverso, pois a teoria aceita digressões, mas, na prática, a desaposentação pode causar a quebra do sistema previdenciário, caso não seja adotada regulamentação legal em consonância ao Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial, Contributividade, dentre outros que regem a Previdência Social no Brasil.

3. A desaposentação na jurisprudência

O tema é tormentoso, pois há algumas questões a serem pensadas no âmbito da desaposentação, tais como: é necessária a devolução do benefício inicialmente recebido para o segurado ter direito à desaposentação? O direito à aposentadoria é disponível? Há violação ao Princípio da Isonomia no deferimento de desaposentação no Judiciário?

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais tem decisões variadas acerca do tema, ora deferindo os pleitos, condicionando a desaposentação à devolução dos proventos recebidos (processo 2007.83.00.505010-3), ora indeferindo-a em caso de aposentado com proventos proporcionais que visava à aposentadoria integral (2007.72.95.001394-4)⁷.

No entanto, nos Tribunais Superiores a desaposentação tem recebido um tratamento favorável ao segurado. Há forte corrente jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça admitindo a renúncia à aposentadoria, pois a aposentadoria é compreendida como sendo direito *patrimonial disponível*. Neste sentido, segue transcrição de importante julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DO EXCELSO PRETÓRIO. APOSENTADORIA. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A via especial, destinada à uniformização do Direito federal, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena, inclusive, de usurpação de competência da Suprema Corte. 2. A jurisprudência

⁷ Vide Frederico Amado, p. 693.

do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se firmado no sentido de que é plenamente possível a renúncia à aposentadoria, por constituir direito patrimonial disponível. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AGREsp 1.055.431, 6ª Turma, de 15.10.2009) (grifos nossos).

Inclusive, no âmbito jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o segurado que queira renunciar à aposentadoria para requerer outra mais vantajosa, não precisa devolver os valores já recebidos, pois a verba tem caráter alimentar e foi recebida enquanto exercido um direito subjetivo. Segue a ementa, para elucidação do posicionamento adotado:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ARTIGO 557 DO CPC. MATÉRIA NOVA. DISCUSSÃO. NÃO CABIMENTO. PRECLUSÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO OBRIGATORIEDADE. 1. É permitido ao relator do recurso especial valer-se do artigo 557 do Código de Processo Civil, quando o entendimento adotado na decisão monocrática encontra-se em consonância com a jurisprudência dominante desta Corte Superior de Justiça. 2. Fica superada eventual ofensa ao artigo 557 do Código de Processo Civil pelo julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra a decisão singular do Relator. Precedentes. 3. E sede de regimental, não é possível inovar na argumentação, no sentido de trazer à tona questões que sequer foram objeto das razões do recurso especial, em face da ocorrência da preclusão. 4. **A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois enquanto estava aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos. Precedentes.** 5. Agravo regimental desprovido” (AGREsp 1.107, 5ª Turma, de 29.04.2009) (grifos nossos)

Observa-se que o Superior Tribunal de Justiça possui posicionamento favorável e amplia a adoção da desaposentação, inclusive, com possibilidade de renúncia de aposentadoria sob o regime comum para a aquisição de novo direito sob o regime próprio e vice-versa.

Apesar de não haver previsão normativa, e de os pedidos dos segurados serem indeferidos na via administrativa, o Judiciário, em especial, as Cortes Superiores, têm apontado para uma leitura liberal e garantista dos direitos sociais dos indivíduos, rechaçando a retenção das prestações do benefício já recebidas, pois consubstanciam direito adquirido.

Não se perca de vista que os benefícios já recebidos pelo segurado têm natureza alimentar, o que por si só impediria a pretensão ao indébito, mas há entendimento contrário, como o lecionado pelo desembargador Fausto De Sanctis, que defende a devolução dos valores recebidos a título de aposentadoria à Previdência, em caso de exercício da desaposentação⁸.

Mas, continuando a estudar a jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal está assinalando no mesmo sentido dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a renúncia à aposentadoria.

O assunto é objeto de julgamento na Corte Máxima, por meio do Recurso Extraordinário nº 381.367, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que votou favoravelmente à desaposentação. O feito está suspenso, pois o Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos⁹.

Em síntese, o Ministro Marco Aurélio proveu o recurso sob os seguintes argumentos:

– O trabalhador aposentado, ao voltar à atividade, tem a condição de segurado obrigatório e está compelido por lei a contribuir para o custeio da seguridade social, uma vez que o regime previdenciário é organizado sob o ângulo contributivo e com filiação obrigatória, nos moldes do *caput* do artigo 201 da Constituição Federal e artigo 11, §3º da Lei nº 8.213/1991, com a redação conferida pelo artigo 3º da Lei nº 9.032/1995¹⁰;

– A volta ao trabalho significa retomar a filiação ao sistema previdenciário e, por isso, o segurado tem no seu patrimônio o direito à satisfação da aposentadoria tal como calculada no ato de jubilação. Como

8 DESAPOSENTAÇÃO. Uma reflexão necessária. *In* Revista TRF 3ª Região nº 109, setembro e outubro/ 2011, p. 9/14.

9 Consulta no sítio do STF www.stf.jus.br, em 16 de outubro de 2012.

10 §3º. O aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social – RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social.

filiado, o segurado contribui e não tem sentido restringir um benefício para o qual verteu contribuições;

– A contribuição ao sistema previdenciário pressupõe uma prestação, pois existente a feição sinalagmática e comutativa (contribui-se para receber alguma prestação futura);

– Por fim, afirmou o Ministro-Relator:

“(...) ao trabalhador que, aposentado, retorna à atividade caberia ônus alusivo à contribuição, devendo-se a ele a contrapartida, os benefícios próprios, mais precisamente a consideração das novas contribuições para, voltando ao ócio com dignidade, calcular-se, ante o retorno e novas contribuições e presentes os requisitos legais, o valor a que tem jus sob o ângulo da aposentadoria”.

É relevante apontar que o tema da desaposentação esbarra em questões constitucionais, em especial a disciplina relacionada à Previdência Social contida no artigo 201 da Carta Magna e, assim, é necessário o posicionamento final do Supremo Tribunal Federal, enquanto o sistema jurídico brasileiro não prever a matéria expressamente em lei.

No entanto, é inevitável ressaltar que o deferimento da desaposentação pelo Poder Judiciário, no caso concreto, apresenta um lado negativo: a quebra do Princípio da Isonomia, uma vez que em se tratando de Direito Social, pessoas na mesma situação jurídica perante a Previdência recebem um tratamento diferente, mais vantajoso do que outros, que simplesmente desconhecem a possibilidade do exercício da desaposentação (aposentados que continuam trabalhando e vertendo contribuições ao sistema).

Também é relevante mencionar que a concessão do benefício via Poder Judiciário, se em massa, pode gerar o desequilíbrio das contas da Previdência, a qual, para cumprir provimentos jurisdicionais, estará abrindo mão do Equilíbrio Financeiro Atuarial, causando consequências impensáveis para o Estado e para a sociedade.

Por isso, a desaposentação, a despeito de ser um instituto pensado em benefício do segurado, não pode receber tratamento distorcido e separado das características do sistema de previdência, para que não se onere ainda mais a sociedade, prestigiando uma minoria em detrimento da maioria dos brasileiros.

Assim, é urgente a regulamentação normativa, para que o Poder Judiciário não se transforme em comércio de provimentos favoráveis para uma parcela da população, pois o direito da aposentadoria mais benéfica é social e deve ser universal.

4. Os problemas práticos da desaposentação

O desembargador federal Fausto De Sanctis elaborou artigo¹¹ no qual há reflexão acerca da desaposentação, especialmente no que tange aos problemas que pode gerar no âmbito do Princípio da Isonomia, uma vez que este princípio fundamenta o recálculo da aposentadoria quando se vertem novas contribuições ao sistema previdenciário.

Em exemplo bastante elucidativo, a seguir resumido, o desembargador sustenta seu pensamento: há dois trabalhadores na mesma situação, pois vertem as mesmas contribuições, de mesmo valor, ao sistema previdenciário. Um deles se aposenta proporcionalmente e continua trabalhando. O segundo não se aposenta, mas contribui até cumprir os requisitos para a obtenção de aposentadoria integral.

Se fosse permitida a desaposentação para o primeiro caso, o trabalhador, além de ter recebido benefício previdenciário proporcional, poderia desvincular-se do sistema no momento em que completasse o tempo de aposentadoria integral, com novo requerimento de aposentadoria integral, passando a perceber benefício maior.

O segundo trabalhador, por sua vez, não tendo requerido a aposentadoria proporcional, verteu contribuições durante todo o período em que laborou, sem ter recebido nada do sistema, passando a ser beneficiário somente no final do período em que cumpriu os requisitos para a percepção da aposentadoria integral.

Parece bastante óbvio que o primeiro trabalhador se beneficiou do sistema, pois recebeu benefícios por período maior do que o segundo trabalhador, o qual somente começou a desfrutar de renda de aposentadoria quando cumpriu os requisitos da aposentadoria integral, sendo que os dois trabalharam e verteram contribuições pelo mesmo período.

11 DESAPOSENTAÇÃO. Uma reflexão necessária. *In* Revista TRF 3ª Região n° 109, setembro e outubro/ 2011, p. 9/14.

Houve clara distorção do sistema e nefasta quebra da Isonomia, cujo sentido é *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*. O exemplo rompeu esse ideal, pois na mesma situação *tratou os iguais com desigualdade*. Um dos trabalhadores percebeu benefícios, e obteve clara vantagem econômica do sistema sem causa que justificasse o empobrecimento do outro trabalhador, que só auferiu uma modalidade de aposentadoria – a integral.

Por tal distorção, o doutrinador De Sanctis defende a devolução de valores pelo primeiro trabalhador à Previdência, como meio de compensar o sistema e, por que não dizer, reflexamente o segundo trabalhador que nada recebeu durante o gozo da aposentadoria proporcional do primeiro trabalhador¹².

Ora, se o Poder Judiciário conceder a desaposentação sem uma reflexão mais aprofundada, a situação acima descrita será cada vez mais recorrente, criando-se um desprestígio da Justiça, em face dos efeitos reflexos em detrimento dos demais segurados do sistema.

Então, é papel do Judiciário cometer tal desvio em relação aos seus jurisdicionados? Não. O Poder Judiciário faz Justiça no *caso concreto e todos têm o direito constitucionalmente garantido de recorrer ao Judiciário, sendo garantia fundamental, expressamente prevista na Constituição Federal, no artigo 5º, XXXV*.

Então o problema não é a intervenção do Judiciário em si, mas o modo como está sendo feita a intervenção. Já foi visto alhures que a própria Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais vem decidindo de forma equívoca os casos levados à sua apreciação, ora deferindo, ora indeferindo os pleitos.

Na vida real, o jurisdicionado acaba se deparando com soluções díspares, especialmente na 1ª instância, havendo forte sentimento de *insegurança jurídica*, pois há quebra de justas expectativas sociais e abalo da confiança nos Poderes instituídos na sociedade.

Em temas como a desaposentação, se o Poder Legislativo é inerte, a atribuição de concretizar as políticas públicas acaba sendo atribuída,

12 O desembargador explica que, neste caso, a devolução seria um *ônus* para a obtenção da desaposentação, evitando-se a perda de numerário, sem justa causa, pelo erário. Idem nota 8.

pelo cidadão, ao Poder Judiciário, que jamais deixará de responder a uma demanda, pela vedação do *non liquet*.

Se as autoridades competentes em formular as políticas públicas, quais sejam, o Poder Executivo e Legislativo nada resolvem a respeito da questão, é legítima a intervenção do Judiciário quando provocado.

Neste sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

“Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas na própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão é pertinente à reserva do possível” (Recurso Extraordinário 436.996-6/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello)¹³

Outrossim, as consequências da inércia dos responsáveis pela regulamentação do instituto acaba desaguando em injustiça social e quebra do sistema, pois quem consegue chegar nas instâncias superiores (STJ) logra êxito na sua causa, obtendo a desaposentação em juízo, em prejuízo (?) daqueles que não buscam a Justiça ou não logram êxito na admissibilidade dos recursos excepcionais, e perdem a causa na 1ª instância, com provimento contrário ao exercício da desaposentação.

Ora, retomando o Princípio que veda o retrocesso: não se está diante de um retrocesso na questão da desaposentação? O direito social, de índole a garantir melhor condição de vida ao segurado, está sendo implementado caso a caso pelo Poder Judiciário, e deveria sê-lo de modo generalizado, porque os direitos devem ser iguais na mesma situação jurídica.

A quebra da isonomia é um retrocesso, pois viola as justas expectativas dos segurados, que vivenciam situações melhores ou piores, a depender do julgamento do juiz.

13 Consulta no site do STF www.stf.jus.br, no dia 16 de outubro de 2012.

Mas não é só: a Previdência é assunto de interesse público e sua gestão está adstrita a limites econômicos e financeiros; por isso, os Poderes Executivo e Legislativo não podem deixar o tema da desaposentação na gaveta, sendo necessária uma reforma na Previdência, a fim de congrega o instituto e, se necessário, adaptar as regras atuais para a concessão de aposentadoria, de modo a tornar a desaposentação menos atraente, se for o caso.

Não parece correto, por sua vez, pensar na proibição da desaposentação, já que o segurado aposentado que continua a trabalhar e contribuir para a Previdência deve ter a expectativa de auferir benefícios de seu esforço extra. Pensar de modo diferente seria estimular a informalidade, também de consequências nefastas ao sistema vigente no País.

Pensar que o Estado não tem responsabilidade em relação à implementação de direitos sociais é um absurdo. Não pode o ente público, sob a desculpa da “reserva do possível,” levantar óbice à desaposentação, pois o segurado verte contribuições ao sistema, e, por isso, no caso concreto, não existe a total incapacidade econômico-financeira do ente público, nem situação de escassez.

O direito à aposentadoria e à desaposentação pode ser considerado, nesta linha, como verdadeiro direito fundamental, uma vez que está imbricado com a existência digna da pessoa.

No sentido da implementação de direitos em relação ao óbice da reserva do possível, explicativo o trecho do julgado do Ministro Humberto Martins, datado de 20 de abril de 2010:

“(...) A tese da reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen) assenta-se na ideia romana de que a obrigação impossível não pode ser exigida (impossibilium nulla obligatio est). Por tal motivo, não se considera a insuficiência de recursos orçamentários como mera falácia. Todavia, observa-se que a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. Bens escassos não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. Essa escassez, muitas vezes, é resultado de escolha, de decisão: quando não há recursos

suficientes, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de outra que não foi contemplada. Por esse motivo, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador preteri-la, visto que não é opção do governante, não é resultado de juízo discricionário, nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador. (...)” (STJ, REsp 1.185.474, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.4.10) (grifos nossos)

O óbice do desequilíbrio atuarial decorre da ausência de regulamentação, ocorrendo apenas a *limitação* da capacidade do Estado em fazer frente à novidade da desaposentação, porquanto não há *conta certa (matemática)* para compensar o ente público de eventual locupletamento do segurado, no caso concreto.

Fica afastado, então, qualquer óbice de natureza política na questão da desaposentação, pois não há escassez de recursos para beneficiar o segurado, que durante a vida trabalhou e contribuiu para o sistema de previdência social e, por isso, merece a digna contrapartida.

A solução para o impasse é o nascimento da lei prevendo a maneira de conceder a desaposentação.

5. A desaposentação como objeto de política pública previdenciária: efetivação de um direito social

A desaposentação, conforme afirmado, é parte de uma transformação na previdência brasileira, objeto que demanda a implementação de regulamentação, para não se tornar um peso no sistema de previdência, geradora de distorções e fraudes.

A política pública requerida é aquela que tem o papel de efetivação de um direito social do indivíduo. Neste último sentido é que o Po-

der Judiciário atua, inclusive, efetivando o direito que não foi previsto na lei, mas que não é vedado pela Constituição Federal, em nenhum de seus artigos.

A desaposentação desponta como um direito do segurado, uma vez que ele contribuiu para o sistema, cumprindo sua obrigação perante o ente público.

No dizer de Frederico Amado:

“A Previdência Social é dinâmica, devendo acompanhar a mutação dos fatos sociais com o fito de proteger cada vez mais e com maior qualidade os segurados e os seus dependentes, sempre buscando se manter equilibrada a fim de garantir a solvabilidade do regime para as presentes e futuras gerações¹⁴”.

A alteração legislativa na área previdenciária, portanto, deve ser revista de tempos em tempos, uma vez que a sociedade dinâmica necessita de conformação, por meio das normas jurídicas, pois o Direito conversa com a sociedade e a sociedade conversa com o Direito.

A escolha do Executivo, nesta seara da desaposentação, seria de limitar o direito a condicionamentos, mas nunca excluí-lo.

Reformas Constitucionais recentes, como as introduzidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e 41/2003, demonstram que a legislação previdenciária é mutável, mas sempre envolta em discussões.

Fatores decisivos que alteram a realidade previdenciária no Brasil podem ser resumidos nas mutações no perfil demográfico brasileiro, custeio de benefícios que geram *déficit* no regime geral de previdência e inclusão de trabalhadores informais no sistema previdenciário, além de outros, mas que fogem da temática proposta neste trabalho.

Estes fatores devem ser considerados na regulamentação da desaposentação, para equilibrar e conciliar a dinâmica do sistema previdenciário.

Com efeito, é fácil perceber que o fator *mutações no perfil demográfico brasileiro* é de importante análise. O modelo atual segue o regime

14 Vide Frederico Amado, p.841.

de repartição, com pacto intergeracional, no qual os jovens contribuem para manter os mais idosos, que percebem os benefícios a final.

Se a longevidade das pessoas aumenta, o número de anos de percepção de benefício também, e a possibilidade de retorno ao mercado de trabalho, por mais alguns anos, é uma realidade.

Por isso, a desaposentação surge como resposta a este retorno do aposentado ao mercado de trabalho, pois voltando a contribuir, espera um incremento na renda, que deve ter tratamento legislativo, pois envolve o interesse público.

Assim, se o legislador não regulamentar a desaposentação estará estimulando o trabalho informal, pois se as contribuições vertidas ao sistema após a primeira aposentadoria não tiverem nenhum retorno, então, simplesmente, não se formaliza o novo pacto laboral, para não haver “perda” na renda mensal.

O sistema previdenciário, tendo em sua base o pacto intergeracional e a contributividade, não pode se dar ao luxo de perder contribuintes, por causa da inércia do Legislador e do Executivo. Esse desestímulo do segurado para voltar a contribuir, quando já aposentado, implica a preferência pela informalidade. Portanto, ela é o segundo fator importante a ser pensado.

Em relação ao fator do desequilíbrio do sistema, as decisões do Judiciário, garantidoras do direito social a uma aposentadoria mais digna para o trabalhador, acabam refletindo no pagamento de novos benefícios que não tiveram, não raramente, a devida contrapartida econômica por parte do segurado.

Esta é a problemática que o desembargador federal Fausto De Santis apontou, ao afirmar que a devolução de pelo menos parte do numerário recebido na primeira aposentadoria fosse devida para não ensejar um enriquecimento sem causa do segurado, apesar da natureza alimentar da verba.

Por todas as questões pendentes de solução no campo técnico e econômico, que não são de fácil desfecho, é justificável a elaboração legislativa, até mesmo com alteração das regras atuais para a aquisição do direito à aposentadoria.

6. Conclusão

A desaposentação é um direito que não é vedado no ordenamento jurídico; portanto, o Poder Judiciário, ao julgar favoravelmente a causa para o segurado que volta ao labor, já aposentado, pretendendo uma melhoria na sua renda de jubilação, não está cometendo nenhuma arbitrariedade.

O Instituto de Seguridade Social – INSS também não está agindo com abuso de poder, ao, na via administrativa, indeferir os pleitos liminarmente, uma vez que não há lei no ordenamento jurídico brasileiro que preveja a desaposentação de modo expresso. A autarquia age sob o manto do Princípio da Legalidade e os atinentes à Administração Pública, nos moldes do artigo 37 da Constituição Federal; por isso, sua conduta não deve ser censurada.

Somente um gestor por demais arrojado seria corajoso o suficiente para fundamentar atos administrativos escorado somente em Princípios, pois a segurança da lei expressa impede a responsabilização por atos de improbidade administrativa. Somente a ação baseada na boa vontade é insuficiente no mundo jurídico. Há patente inviabilidade na alteração do posicionamento dos órgãos responsáveis por gerir e conceder benefícios baseados em desaposentação, pois é bom lembrar que a atuação administrativa é pautada, substancialmente, na estrita legalidade.

Graves distorções poderiam ser cometidas, pois as “interpretações” dadas pela Administração poderiam até mesmo ferir o pacto federativo.

Por isso, há necessidade de lei expressa para que o direito social seja exercido a contento pelo segurado, mesmo porque o atual estado de coisas não pode perdurar.

Se, por um lado, a desaposentação é uma conquista para incremento da renda do segurado aposentado que retorna ao mercado de trabalho, ampliando o alcance e homenageando o Princípio que veda o retrocesso; por outro lado, concessões individuais do benefício pelo Judiciário criam situações esdrúxulas, em violação ao Princípio da Isonomia, pois indivíduos na mesma situação de fato e de direito auferem vantagens diferenciadas.

O acesso ao Judiciário e os provimentos favoráveis à desaposentação parecem gerar um *retrocesso social*, ao desigualar os iguais. Um paradoxo que a via legislativa, se espera, possa solucionar.

7. Referências

- AMADO, Frederico. Direito e Processo Previdenciário sistematizado, 3ª edição: revista ampliada e atualizada. Editora JusPODIVM, 2012.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 1998.
- DE SANCTIS, Fausto. DESAPOSENTAÇÃO. Uma reflexão necessária. *In* Revista TRF 3ª Região n° 109, setembro e outubro/ 2011, p. 9/14.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 32ª edição: revista e atualizada. Malheiros Editores Ltda, 2009.

