

O INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO

LEONARDI, E. F. F.¹; SCHWINGEL, C. R. V.²; GUAIUUME, M. H.³
KURODA, M. Y.⁴; FIGUEIREDO, A. S.^{*}; SOUZA, G. C.^{*};
COBRA, J. A. B.^{*}; MIRANDA, E.^{*}; SENCE, C. M.
FERREIRA, F. S. S.^{*}; MAZETO, D.^{*}; DAINEZ, S. A. P.^{5*}

¹ Elvio Flávio de Freitas Leonardi . Advogado do escritório Feucht, Freitas, Gomes, Maranhão e Matias Advocacia em Rolândia – PR. Pós-Graduado *lato sensu* em Direito Constitucional pelo Centro de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC. Pós-Graduado *lato sensu* em Direito do Trabalho pela Universidade Castelo Branco – UCB. Professor de Direito Previdenciário, Direito Material e Processual do Trabalho da Faculdade de Apucarana – FAP. E-mail: elvio.leonardi@fap.com.br.

² Cleberson Rodolfo Vieira Schwingel. Advogado do Sevilha e Schwingel Advogados Associados em Maringá – PR, Pós-Graduado *lato sensu* em Direito Tributário pelo Centro Universitário de Maringá – CESUMAR, Professor de Direito Administrativo e Tributário da Faculdade de Apucarana – FAP. E-mail: cleberson.vieira@fap.com.br.

³ Melissa Hiri Guaiume. Aluna do 6º semestre do Curso de Direito da Faculdade Apucarana – FAP.

⁴ Mayara Yukari Kuroda. Aluna do 7º semestre do Curso de Direito da Faculdade Apucarana – FAP.

⁵ Alunos do 10º semestre do Curso de Direito da Faculdade Apucarana – FAP.

RESUMO

O presente artigo busca analisar, de forma interdisciplinar, o instituto da desaposentação, frente ao ordenamento constitucional, previdenciário e as regras do direito administrativo, bem como seus efeitos na relação jurídica-previdenciária de proteção. O trabalho inicia com a apresentação do conceito de aposentadoria e natureza jurídica do benefício previdenciário e do ato de concessão da aposentadoria, bem como apresenta o conceito e objetivos da desaposentação traçando seus efeitos no mundo jurídico e a forma como se operacionaliza, verificando a necessidade ou não de prévia estipulação legal, para ao final concluir, sobre a desnecessidade de restituição dos valores recebidos pelo beneficiário enquanto aposentado, antes da desaposentação.

Palavras-Chave: Constitucional. Previdenciário. Administrativo. Benefícios. Aposentadoria. Desaposentação. Renúncia. Ato. Administrativo. Efeitos.

ABSTRACT

This article analyzes, in a interdisciplinary way, the Office of not retire, in face of the constitutional order, welfare and the rules of administrative law and its effects in relation to welfare, legal protection. The work begins with the presentation of the concept of retirement and the legal nature of the benefit and welfare of the act granting the pension, and presents the concept and objectives of not retire tracing its effects on the legal world and how they operate, noting the need or not the legal stipulation prior to the final conclusion on the unnecessary to repay the amounts received by the beneficiary as a retiree before not retire

Keywords: Constitution; Previdenciary, Administrative, Benefits, Retirement; Not Retire; Resignation; Act; Administrative; effects.

INTRODUÇÃO

O presente artigo surgiu a partir do projeto de pesquisa de iniciação científica de mesmo nome, mantido pela Fundação de Incentivo à Pesquisa – FUNPESQ junto à Faculdade de Apucarana – FAP, que tinha como objetivo primordial analisar, de forma interdisciplinar, o instituto da desaposentação frente ao ordenamento constitucional, previdenciário e as regras do direito administrativo, bem como seus efeitos na relação jurídica-previdenciária de proteção. Certo é que este artigo, até porque, fruto do sobredito projeto de pesquisa, manter-se-á fiel a ele, traçando as principais implicações doutrinárias afetas ao tema.

Em primeiro enfoque, justifica-se a elaboração do presente, bem como o projeto de pesquisa em si, em vista de buscarmos respostas concretas à real possibilidade do desfazimento do ato de aposentadoria, ou seja, na possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter o benefício previdenciário mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição.

Por derradeiro, o trabalho que ora se apresenta busca fazer frente aos objetivos do curso de direito da Faculdade de Apucarana, formando bacharéis dotados de conhecimento, habilidades e competências para o exercício da atividade jurídica, orientados a partir do ensino, da pesquisa e extensão, com ênfase, tanto na interdisciplinaridade intrínseca e extrínseca, para então, proporcionar formação completa, com sólidos conhecimentos gerais e jurídicos, e formação, ética, humanística e profissionalizante.

Para a consecução do trabalho, no transcorrer dos estudos e preparação do presente artigo, a metodologia utilizada foi exclusivamente a de revisão bibliográfica,

especialmente das obras constantes no levantamento bibliográfico inicial, inclusive via rede mundial de computadores. As demais obras que durante a realização do trabalho complementaram os estudos sobre o tema foram discriminadas em tópico próprio.

Diante dos pontos traçados, o presente artigo científico começa pela apresentação do conceito do ato de aposentadoria e sua natureza jurídica, bem como a do ato de concessão do benefício previdenciário, passando pelo delineamento conceitual de desaposentação e natureza jurídica e definição clara dos objetivos perseguidos por intermédio do presente instituto e delimitação de seus efeitos e a necessidade de previsão legal autorizativa, para, em seguida, sem mais delongas, examinarmos os seus possíveis efeitos na relação jurídica-previdenciária de proteção, ou seja, a necessidade de devolução dos valores recebidos enquanto em vigor o primeiro benefício previdenciário de aposentaria.

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO ATO DE CONCESSÃO DA APOSENTADORIA

Neste tópico, definir-se-á, com amparo na bibliografia do direito e previdenciário e administrativo, o conceito do ato de aposentadoria e sua natureza jurídica, bem como a do ato de concessão do benefício previdenciário.

É importante deixar desde já consignado que a aposentadoria caracterizada como direito do trabalhador, garantida constitucionalmente no arts. 6º, XXIV, 40, 201 e 202; foi regulamentada no plano infraconstitucional, quanto ao regime geral, pelas Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, instituidoras dos Planos de Custeio e Benefícios da Previdenciária Social.

De todo esse arcabouço extrai-se seu conceito, como sendo a prestação pecuniária de caráter social, recebida pelo segurado/trabalhador inativo, em virtude do atendimento dos requisitos mencionados na legislação de regência para a obtenção do benefício, com vistas a assegurar sua subsistência e daqueles que dele dependam. Para Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, a aposentaria “é o direito do segurado à inatividade remunerada.”¹

Marcelo Leonardo Tavares considera os benefícios previdenciários, neles incluídos as aposentadorias como:

¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 9. ed. Florianópolis: Conceito, 2008. p. 517.

Prestações pecuniárias, devidas pelo Regime Geral de Previdência Social aos segurados, destinadas a prover-lhes a subsistência, nas eventualidades que os impossibilite de, por seu esforço, auferir recursos para isto, ou a reforçar-lhes aos ganhos para enfrentar os encargos de família, ou amparar, em caso de morte ou prisão, os que dele dependiam economicamente.²

Quanto à natureza jurídica do benefício previdenciário, não obstante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS entender que a aposentadoria é direito irrenunciável, em vista de seu caráter eminentemente alimentar, cessando apenas e tão somente com a morte do beneficiário, atribuindo-lhe o caráter de irreversibilidade, haja vista considerar a aposentadoria um ato jurídico perfeito e acabado, só podendo ser desfeito por ato do Poder Público em caso de erro ou fraude na concessão, seu entendimento não se sustenta, pois “ninguém é obrigado a permanecer aposentado contra seu interesse”, mormente por ser a aposentadoria um direito de natureza patrimonial disponível.³

Definido o conceito de aposentadoria e sua natureza jurídica, é importante esclarecer a forma com o qual se materializa o ato concessivo. Nesse íterim, não restam dúvidas, pois a concessão do benefício previdenciário se materializa por meio de um ato administrativo consistente em ato jurídico emanado pelo Estado, no exercício de suas funções, tendo por finalidade reconhecer uma situação jurídica subjetiva⁴, portanto, de natureza meramente declaratória, reconhecendo ao segurado o direito assegurado em lei.

Dito isso, o ato de concessão do benefício previdenciário se formaliza por ato do Estado, que o emana no uso de suas atribuições “típicas e de modo vinculado reconhecendo o direito do beneficiário em receber sua prestação⁵”, ato, este, então, tipicamente, administrativo.

² TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: L. Júris, 2002. p. 87.

³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 310884/RS. Recorrente: Anselmo Gnad. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social. PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RENÚNCIA A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. ABDICAÇÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE RURAL PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. 1. Tratando-se de direito patrimonial disponível, é cabível a renúncia aos benefícios previdenciários. Precedentes. 2. Faz jus o Autor à renúncia da aposentadoria que atualmente percebe – aposentadoria por idade, na qualidade de rurícola – para o recebimento de outra mais vantajosa – aposentadoria por idade, de natureza urbana. 3. Recurso especial conhecido e provido. Relatora Ministra Laurita Vaz. 5ª Turma. Julgado em 23.08.2005. DJ 26.09.2005. p. 433.

⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 229

⁵ IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**. 2. ed. Niterói: Impetrus, 2007. p. 33.

CONCEITO E OBJETIVO DE DESAPOSENTAÇÃO

Definido o conceito de aposentadoria, bem como a sua natureza jurídica e do ato de concessão do benefício previdenciário, convém traçarmos novas linhas sobre o delineamento conceitual de desaposentação e definir-se com clareza os objetivos perseguidos por intermédio do presente instituto.

Assim, a definição de um conceito para o instituto jurídico ora em exame é útil para sua devida compreensão. Basicamente, a desaposentação está diretamente ligada ao desfazimento do benefício previdenciário promovido por vontade própria de seu titular, acarretando uma renúncia à aposentadoria, sem prejuízo do tempo de serviço ou contribuição, significando, portanto, o retorno ao *status quo ante* visando uma prestação melhor.

Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari ao delinearem o conceito de desaposentação assim lecionam:

[...] a desaposentação é o direito do segurado ao retorno à atividade remunerada. 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. [...] Trata-se, em verdade, de uma prerrogativa do jubilado de unificar os seus tempos de serviço/contribuição numa nova aposentadoria.⁶

Fabio Zambitte Ibrahim, ao conceituar o instituto da desaposentação, leciona que se trata da:

[...] possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu de (sic) tempo de contribuição. O instituto é utilizado colimando a melhoria do status financeiro do aposentado.⁷

Já o objetivo buscado pela desaposentação não é outro senão a busca por um melhor benefício previdenciário.

Novamente vale citar Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, que, explicitamente, mencionam o objetivo da desaposentação, ou seja, “a obtenção futura de benefício mais vantajoso”⁸, uma vez que o “beneficiário abre mão

⁶ CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 516-517.

⁷ IBRAHIM, 2007, p. 35.

⁸ CASTRO, LAZZARI, op. cit., p. 517.

dos proventos que vinha recebendo, mas não do tempo de contribuição que teve averbado.”⁹

Então, é inegável que o primordial objetivo buscado com a desaposentação é a possibilidade de o segurado abdicar da sua condição de aposentado na eminência de uma melhor condição junto ao sistema de previdência.

NATUREZA JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO. EFEITOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO *EX NUNC* E *EX TUNC*

Neste tópico buscar-se-á a natureza jurídica da desaposentação, para, após, delimitar a produção dos efeitos do ato que deferir o desfazimento da aposentadoria.

O instituto da aposentação é ato jurídico administrativo, isto é, atos que têm por conteúdo a satisfação de interesses gerais da sociedade ou do Estado, produzindo consequências no ordenamento jurídico, e, tendo por sujeito um agente investido do poder conferido pela Administração Pública.¹⁰

Como a aposentação é considerado um ato jurídico administrativo, portanto, tais atos podem ter sua cessação definitiva através de várias modalidades que seriam elas: a anulação, revogação, cassação, caducidade, decaimento, derrubada, renúncia ou recusa.

Interessa ao presente estudo a renúncia, sendo assim, nas próximas linhas tal instituto será objeto da análise jurídica proposta.

A renúncia, por sua vez, consiste na manifestação de vontade que expressa a rejeição de um ato direito objetivo efetivado, ou seja, quando um particular (o segurado aposentado) afasta de sua esfera jurídica patrimonial o direito de receber os proventos oriundos do benefício da aposentadoria expressamente.

A respeito da questão ora em exame importantes são os ensinamentos de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior:

A renúncia é o ato jurídico mediante o qual o titular de um direito dele se despoja, sem transferi-lo a outra pessoa, quando inexistente vedação legal. Trata-se de uma modalidade de extinção de direitos aplicável, basicamente, aos direitos patrimoniais, pois ninguém está obrigado a exercer direito que possui considerando o fato de a aposentadoria

⁹ Ibid.

¹⁰ COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Desaposentação. **Revista de Previdência Social**, nº 301, dez. 2005. p. 789.

ser um benefício de prestação continuada destinada a substituir os proventos auferidos pelo trabalhador – enquanto exercia atividade laboral, assegurando-lhe o mínimo indispensável para sua subsistência – é inquestionável que se trata de direito patrimonial, e, portanto, disponível [...]. [...] Assim, sendo a renúncia ato privativo de vontade do aposentado, não há que se cogitar de interesse público a condicionar a vontade do renunciante.¹¹

Sobre o tema, vale citar o ensinamento de Hamilton Antônio Coelho, *in verbis*:

[...] O Professor e Juiz de Direito João Batista Damasceno, reconhecendo o direito à desaposentação, dá-nos a seguinte e incontestável conclusão: 'Se a aposentadoria é renunciável ante a indevida acumulação, não há fundamento jurídico para seu indeferimento quando se tratar de liberalidade do aposentado. Assim, não há que se negar o reconhecimento à renúncia à aposentadoria apresentada voluntária ou necessariamente, bem como a certificação de tal ocorrência e do tempo de serviço prestado pelo aposentado'.

[...] Não vejo nenhuma incompatibilidade entre um ato que visa a aposentadoria e outro que objetiva o seu desfazimento, ou seja, a desaposentação do titular do benefício. O ato administrativo aposentadoria é constitutivo positivo de direito para o aposentado; já o de desaposentação é desconstitutivo negativo, consubstanciado em desobrigar a Administração Pública de continuar no custeio de um benefício previdenciário. Logo, a desaposentação libera o Estado de um compromisso pecuniário.

Assim, a manifestada vontade de desfazimento do ato de jubilação pelo titular do benefício impõe à Administração o seu pronto deferimento, sob pena de abuso de poder, posição intolerável num Estado Democrático de Direito.

Além do mais, o que se consegue através da desaposentação não é o retorno da situação anterior do inativo, mas apenas a contagem do tempo de serviço vinculado à antiga aposentadoria para fins de averbação em outra atividade profissional ou mesmo para dar suporte a uma nova e mais benéfica jubilação. Por isso, insurgir-se contra esse direito de renúncia do cidadão aposentado, sob o argumento de que a nova inativação será mais onerosa para o Poder Público é, no mínimo, perpetrar hermenêutica jurídica sem nenhum compromisso com os princípios fundamentais da República, insculpidos pelo nosso legislador maior no 1º artigo da Lei Básica Federal de 1988, tais como: a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho do aposentado.¹²

Assim, a renúncia como ato de vontade do particular gera efeitos a partir de sua manifestação expressa, ou seja, efeitos *ex nunc*, para o futuro. Entretanto, no caso da aposentadoria, o único direito a qual o beneficiário pode renunciar é o direito

¹¹ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Esmafe, 2005. p. 321.

¹² COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: um novo instituto? **Revista de Previdência Social**, nº 228, nov. 1999. p. 1131.

ao recebimento dos proventos, que consiste na parte patrimonial e disponível do instituto da desaposentação.

AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 181-B DO DECRETO Nº 3.048/99

Para o requerimento de desaposentação, necessário se faz a busca por partes do beneficiário das vias judiciais, posto que as Agências do Instituto Nacional de Seguro Social se recusam a efetuar-la administrativamente, alegando inexistir previsão legal para tal procedimento, mas sim proibição contida no regulamento da previdência social. Esse será, então, o assunto a ser tratado no presente tópico.

Da detida análise da legislação previdenciária de regência de maior bitola, é cristalina a inexistência de dispositivos legais impeditivos da renúncia ao recebimento de benefícios previdenciários, mormente, no regime geral de previdência social, sendo, ao contrário evidente a reversibilidade da aposentadoria por invalidez e especial, na ocorrência de recuperação laborativa ou no retorno do segurado ao exercício em atividade considerada especial, respectivamente.

De forma contrária, o regulamento da previdência social possui conteúdo, evidentemente, ilegal e inconstitucional. O art. 181-B, do Decreto nº 3.048/99, com a redação dada pelo Decreto nº 3.265/99 que “as aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.”¹³

No entanto, a Constituição Federal de 1988 em seu art. 84, IV, delimita o campo de atuação regulamentar dos decretos e regulamentos, ao mencionar que estes serão editados “para a fiel execução” das leis. Veja-se:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
[...];
IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;
[...].¹⁴

Assim, normas de menor bitola não podem alterar o contido em instrumentos legais de superior hierarquia, violando o princípio da hierarquia das normas. É bom lembrar, ainda, que no direito brasileiro:

¹³ BRASIL. Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999. **Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 07 de maio de 1999.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Diário Oficial da União, 05 de outubro de 1988.

[...] o ato normativo decorrente do poder regulamentar conferido ao Poder Executivo não pode contrariar a Lei nem criar direitos, impor quaisquer obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previamente estabelecidos, sob pena de serem ilegais.¹⁵

Estes são também os ensinamentos de Jean Rivero, ao considerar que a “Administração é uma função essencialmente executiva: encontra na lei o fundamento e o limite de sua actividade.”¹⁶

Alexandre de Moraes não discrepa ao ensinar que:

Os regulamentos, portanto, são normas expedidas privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, cuja finalidade precípua é facilitar a execução das leis, removendo eventuais obstáculos práticos que podem surgir na sua aplicação e se exteriorizam por meio de decreto, [...].¹⁷

A propósito do poder regulamentar, é sempre atual o magistério de Pimenta Bueno, o mais autorizado intérprete da Carta Imperial de 1824, que o considera abusivo nos seguintes casos, *verbis*:

1º) em criar direitos, ou obrigações novas, não estabelecidas pela lei, porquanto seria uma inovação exorbitante de suas atribuições, uma usurpação do poder legislativo, que só poderá ser tolerada por câmaras desmoralizadas. Se assim não fora poderia o governo criar impostos, penas, ou deveres, que a lei não estabeleceu, teríamos dois legisladores, e o sistema constitucional seria uma verdadeira ilusão; 2º) em ampliar, restringir ou modificar direitos ou obrigações, porquanto a faculdade lhe foi dada para que fizesse observar fielmente a lei, e não para introduzir mudança ou alteração alguma nela, para manter os direitos e obrigações como foram estabelecidos, e não para acrescentá-los ou diminuí-los, para obedecer ao legislador, e não para sobrepor-se a ele; 3º) em ordenar, ou proibir o que ela não ordena, ou não proíbe, porquanto dar-se-ia abuso igual ao que já notamos no antecedente número primeiro. E demais, o governo não tem autoridade alguma para suprir, por meio regulamentar, as lacunas da lei, e mormente do direito privado, pois que estas entidades não são simples detalhes, ou meios de execução. Se a matéria como princípio é objeto de lei, deve ser reservada ao legislador; se não é, então não há lacuna na lei, sim objeto de detalhe de execução; 4º) em facultar, ou proibir, diversamente do que a lei estabelece, porquanto deixaria esta de ser qual fora decretada, passaria a ser diferente, quando a obrigação do governo é de ser em tudo e por tudo fiel e submisso à lei; 5º) finalmente, em extinguir ou anular direitos ou obrigações, pois que um tal ato

¹⁵ ROCHA; BALTAZAR JUNIOR, 2000. p. 312.

¹⁶ RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedida, 1981. p. 20.

¹⁷ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil**: interpretada e legislação constitucional. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 802.

equivaleria à revogação da lei que os estabelecera ou reconhecera; seria um ato verdadeiramente atentatório.¹⁸ (grifos nossos)

E mais adiante, conclui o ilustre Mestre: “O governo não deve por título algum falsear a divisão dos poderes políticos, exceder suas próprias atribuições, ou usurpar o poder legislativo. Toda e qualquer irrupção fora destes limites é fatal, tanto às liberdades públicas, como ao próprio poder.”¹⁹

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro atribui ao regulamento, no caso em específico o Decreto nº 3.048/99: “[...] unicamente o papel de regulamentar a lei, esclarecendo o seu comando normativo, porém, sempre, observando-a, estritamente, não podendo inovar, ampliar ou restringir direitos, sob pena de ilegalidade.”²⁰

Inconstitucional, portanto, o art. 181-B, do Decreto nº 3.048/99, na redação dada pelo Decreto nº 3.265/99, porque viola o art. 84, IV, da Constituição Federal, ao extrapolar o campo material de atuação do decreto que é a permitir a fiel execução da lei.

Fixada, então, a inconstitucionalidade do dispositivo regulamentar, vem à tona a necessidade ou não de previsão legal expressa para o desfazimento da aposentadoria. A Administração entende ser necessário tal previsão com fundamento no princípio da legalidade.

Entretanto, o princípio da legalidade, “na mesma medida em que consiste em uma prerrogativa do Poder Público”²¹, de mesma forma “traduz-se em evidente restrição, pois a Administração Pública somente poderá impor as restrições que estejam efetivamente previstas na lei.”²²

Wladimir Novaes Martinez leciona que:

A administração é meio e não fim. Instrumento, deve servir aos administrados e não superpor às suas conveniências os interesses destes. Carece de adaptar-se às circunstâncias e não impor tal adaptação aos beneficiários; se isso onera os custos operacionais, quem arca com eles, em última análise, é a comunidade de segurados e pensionistas.²³

¹⁸ BUENO, Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1857. p. 237. nº 326.

¹⁹ Ibid.

²⁰ LEONARDI, Elvio Flávio de Freitas. **Salário-maternidade – Inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 97 do decreto nº 3.048/99**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/>. Acesso em: 30.jun. 2008.

²¹ IBRAHIM, 2007. p. 66.

²² Ibid.

²³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A seguridade social na constituição federal**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992. p. 72.

E continua o referido jurista:

Se não há vedação legal para a desaposentação, subsiste permissão. Realmente, quando a norma pública pretende obstar determinado fato, deve discipliná-lo claramente; em princípio, se não está proibindo, enquanto convier ao titular do direito, é porque deseja que aconteça.²⁴

Hamilton Antônio Coelho não discrepa:

Não bastasse, invocar o princípio da legalidade para deixar de reconhecer um direito público individual é relegar a um segundo plano os interesses do administrado; é elevar o referido princípio a um patamar que não ostenta o de sobrepor os direitos e garantias fundamentais outorgados pelo soberano Poder Constituinte de 1988 ao cidadão brasileiro, como, *exempli gratia*, o de que "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*", inscrito no inciso II do art. 5º da Lei Maior da Federação Brasileira.

Nesse passo, inexistindo no nosso ordenamento jurídico vigente lei que proíbe o desfazimento de aposentadoria regularmente deferida, impossível cogitar de indeferimento por conveniência e oportunidade da administração ou mesmo em razão de ausência de autorização legal, pois a renúncia de um direito que integrou o patrimônio de seu titular não clama por ilógicos e injurídicos pressupostos.²⁵

Em sendo assim, deveria constar explicitamente da lei a vedação à desaposentação, presumindo-se, dessa forma, sua autorização, perfazendo-se adequado o desfazimento da aposentadoria, visando novo e melhor benefício previdenciário.

RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS ANTERIORMENTE À DESAPOSENTAÇÃO. DESNECESSIDADE

Neste último tópico, é importante ressaltar que, em se admitindo a renúncia à aposentadoria, surge a questão envolvendo a eventual devolução dos valores auferidos antes da desaposentação, englobando todo o período que permaneceu como beneficiário.

Analisando superficialmente a questão posta, comumente se adota a posição da necessidade da restituição dos valores já recebidos, em obediência ao equilíbrio financeiro e atuarial do sistema protetivo, o que esvaziaria o instituto, tornando-o letra morta.

²⁴ Ibid., p. 73.

²⁵ COELHO, 2008.

O Tribunal Regional da 4ª Região possui jurisprudência majoritária mencionando ser necessidade a devolução dos valores recebidos em razão da aposentadoria, no momento anterior à desaposentação. Para melhor exemplificação, extraem-se os seguintes exemplos:

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE DESAPOSENTAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA. DIREITO DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS MONTANTES RECEBIDOS EM FUNÇÃO DO BENEFÍCIO ANTERIOR NECESSÁRIA. Nos termos do voto proferido no julgamento da Apelação Cível n.º 2000.71.00.007551-0 (TRF4, Sexta Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, publicado em 06/06/2007): "1. É perfeitamente válida a renúncia à aposentadoria, visto que se trata de um direito patrimonial de caráter disponível, inexistindo qualquer lei que vede o ato praticado pelo titular do direito. 2. A instituição previdenciária não pode se contrapor à renúncia para compelir o segurado a continuar aposentado, visto que carece de interesse. 3. Se o segurado pretende renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos. 4. Provimento de conteúdo meramente declaratório. 5. Declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 2º do art. 18 da Lei 8.213/91 rejeitada.²⁶

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. APROVEITAMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO POSTERIOR. REGIME GERAL. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE PROVENTOS. Possível a renúncia pelo segurado ao benefício por ele titularizado para postular novo jubramento, com a contagem do tempo de serviço/contribuição em que esteve exercendo atividade vinculada ao Regime Geral de Previdência Social concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, desde que integralmente restituídos à Autarquia Previdenciária os valores recebidos a título de amparo, seja para retornar-se ao status quo ante, seja para evitar-se o locupletamento ilícito.²⁷

No entanto, conforme bem lembrado por Fabio Zambitte Ibrahim, a adequada conclusão a respeito de tal questão impõe, de forma peremptória, a análise do regime financeiro do sistema previdenciário do beneficiário:

Se este regime se mantém mediante sistema de capitalização individual, o desconto é adequado, pois em tal sistemática previdenciária, o benefício é concedido a partir da acumulação de

²⁶ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Apelação Civil nº 2007.72.05.003988-0, Sexta Turma, Relator Sebastião Ogê Muniz, D.E. 13/06/2008. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/citacao.php?doc=TRF400166050>. Acesso em: 09.jul.2008.

²⁷ Ibid.

capitais em conta individual, variando o benefício de acordo com o nível contributivo e o tempo de acumulação.

Somente neste contexto pode-se considerar acertada a afirmativa de NOVAES, ao expor que: *A desaposentação implica necessariamente na devolução dos valores recebidos da Previdência Social, que retornam aos seus cofres. Ao contrário, tipifica enriquecimento ilícito e prejuízo para o universo previdenciário (...).*

A evidencia de vantagem indevida pela ausência de restituição dos valores recebidos somente é passível de restituição em sistemas de capitalização, na medida em que há verdadeira corresponsabilidade entre a cotização e benefício percebido pelo segurado.²⁸

E finaliza:

Todavia, sendo o regime financeiro adotado o de repartição simples, como nos regimes previdenciários públicos em nosso país, não se justifica tal desconto, pois o benefício não tem sequer relação direta com a cotização individual, já que o custeio é realizado dentro do sistema de *pacto intergeracional*, com a população atualmente ativa sustentando os benefícios dos hoje inativos. Se nesta hipótese o desconto fosse admitido, fatalmente o fundo acumulado do segurado poderia até alcançar cifras negativas, porque evidentemente o Poder Público não aplicaria tais recursos visando um futuro, ao contrário do sistema de capitalização, utilizando-os no momento, sendo improvável que se possa atualizar o montante pleno do segurado. Em verdade, os mecanismos de compensação financeira entre regimes previdenciários oficiais são feitos a partir de valores arbitrados, muitas vezes desvinculados da real cotização do segurado.²⁹

Neste contexto, há que prevalecer a regra da ausência do dever de efetuar qualquer restituição, em privilégio, ainda, as palavras de Carlos Alberto Pereira da Rocha e João Batista Lazzari:

É defensável a tese de que não há necessidade da devolução dessas parcelas [recebidas em virtude da aposentadoria], pois, não havendo irregularidades na concessão do benefício recebido, não há o que ser restituído. Como paradigma podemos considerar a reversão, prevista na Lei n. 8.112/90, que não prevê a devolução dos proventos percebidos.³⁰

Outros dois argumentos embasam a desnecessidade de devolução dos valores recebidos, quais sejam (i) os efeitos *ex nunc* do ato de desaposentação, com vigência, portanto, apenas para o futuro, em vista da higidez da aposentadoria no

²⁸ IBRAHIM, 2007, p. 61-62.

²⁹ IBRAHIM, 2007, p. 62.

³⁰ CASTRO; LAZZARI, 2008, p. 519.

período em que foi gozada³¹, e o (ii) caráter eminentemente alimentar da prestação previdenciária.

A respeito do tema o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

PREVIDENCIÁRIO. MUDANÇA DE REGIME PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA ANTERIOR COM O APROVEITAMENTO DO RESPECTIVO TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. POSSIBILIDADE. DIREITO DISPONÍVEL. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. NÃO-OBRIGATORIEDADE. RECURSO IMPROVIDO. Tratando-se de direito disponível, cabível a renúncia à aposentadoria sob regime geral para ingresso em outro estatutário. **'O ato de renunciar aposentadoria tem efeito *ex nunc* e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos'** (REsp 692.928/DF, Rel. Min. NILSON NAVES, DJ de 5/9/05). Recurso especial improvido³². (grifou-se)

Previdenciário. Aposentadoria. Direito à renúncia. Expedição de certidão de tempo de serviço. Contagem recíproca. Devolução das parcelas recebidas. 1. A aposentadoria é direito patrimonial disponível, passível de renúncia, portanto. 2. A abdicação do benefício não atinge o tempo de contribuição. Estando cancelada a aposentadoria no regime geral, tem a pessoa o direito de ver computado, no serviço público, o respectivo tempo de contribuição na atividade privada. 3. No caso, não se cogita a cumulação de benefícios, mas o fim de uma aposentadoria e o conseqüente início de outra. 4. **O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito *ex nunc* e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos.** 5. Recurso especial improvido³³. (grifou-se)

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região em recente decisão se pronunciou, igualmente, pela desnecessidade da devolução dos valores recebidos, em vista o desfazimento da aposentadoria a ser efetivada se operar com efeito *ex nunc*:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. APROVEITAMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO POSTERIOR. REGIME GERAL. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DE PROVENTOS. DESNECESSIDADE. Possível a renúncia pelo segurado ao benefício por ele titularizado para postular novo jubileamento, com a contagem do tempo de serviço/contribuição em que esteve exercendo atividade vinculada ao Regime Geral de Previdência Social concomitantemente à percepção

³¹ TAVARES, 2005, p. 247.

³² BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 663.226-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, julgado em 06-11-2007. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 09.jul.2008.

³³ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 692.628-DF, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 17-05-2005. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 09.jul.2008.

dos proventos de aposentadoria, sem a necessidade de restituição à Autarquia Previdenciária dos valores recebidos a título de amparo.³⁴

Portanto, diante dos argumentos postos, o beneficiário da prestação previdenciária de aposentadoria, que pretenda utilizar o instituto da desaposentação, com o objetivo de alçar melhor benefício, não deverá restituir ao Instituto Previdenciário respectivo os valores recebidos até a data do ato de desfazimento da aposentadoria.

CONCLUSÃO

Assim, a desaposentação pode-se notar, consoante entendimento mais abalizado da doutrina nacional e das decisões jurisprudenciais, que o direito à desaposentação é incontestável, com a renúncia apenas ao recebimento do benefício previdenciário para, então, o tempo de serviço/contribuição anterior ser computado para a concessão de uma nova e melhor aposentadoria.

Vislumbrou-se, igualmente, que os efeitos do ato de desfazimento da aposentadoria vigoram apenas para o futuro, ou seja, são *ex nunc*, acarretando em um dos argumentos utilizados para o arremate final, isto é, a desnecessidade de devolução do numerário recebido em virtude da aposentaria anterior.

É certo, também, ser dispensável qualquer tipo de previsão legislativa autorizativa da desaposentação. Pelo contrário, necessária se faz a orientação legislativa prevendo, por assim ser, a sua impossibilidade. Nessa perspectiva, verificou-se a inconstitucionalidade do art. 181-B, do Decreto nº 3.048/99, por violação ao inciso VI, do art. 84, da Constituição Federal, por dispor sobre hipótese não tratada na legislação que lhe dá fundamento de validade.

Finalmente, concluiu-se que o instituto da desaposentação não requer a devolução dos valores recebidos pelo beneficiário enquanto válida sua aposentadoria, tendo em vista (i) o modelo de repartição simples adotado pelos regimes previdenciários oficiais no Brasil; (ii) ser ela concedida nos estritos ditames da legislação de regência; (iii) possuir, como mencionado nos parágrafo *supra*, o ato

³⁴ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Apelação em Mandado de Segurança nº 2006.70.00.031885-5, Turma Suplementar, Relator Fernando Quadros da Silva, D.E. 20/06/2008. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/citacao.php?doc=TRF400166399>. Acesso em: 09.jul.2008.

de desaposentação, apenas e tão somente, efeitos *ex nunc*; e (iv) ter a aposentadoria caráter alimentar.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. São Paulo: LTr, 2000.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da república federativa do Brasil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988.

_____. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999**. “*Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências*”. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1999.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. “*Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências*”. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1991.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. “*Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências*”. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1991.

_____. **Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 09 jul. 2008.

BUENO, Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do império**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1857. p. 237. nº 326.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 9. ed. Florianópolis: Conceito, 2008.

COELHO, Hamilton Antônio. Desaposentação: um novo instituto? **Revista de Previdência Social**, nº 228, nov. 1999.

_____. Desaposentação: um novo instituto? **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, nº 01, 2000. Disponível em: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2000/01/-sumario?next=5. Acesso em: 09 jun. 2008.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Desaposentação. **Revista de Previdência Social**, nº 301, dez. 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**. 2. ed. Niterói: Impetrus, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEONARDI, Elvio Flávio de Freitas. **Salário-maternidade – Inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 97 do decreto nº 3.048/99**. Disponível em: <http://www.uj.com.br/>. Acesso em: 30 jun. 2008.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A seguridade social na constituição federal**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992.

_____. **Desaposentação**. São Paulo: LTr, 2008.

_____. **Princípios de direito previdenciário**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1995.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil: interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. Atlas: São Paulo, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedida, 1981.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. Livraria do Advogado: ESMAFE: Porto Alegre, 2000.

_____. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Esmafe, 2005.

_____. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: Esmafe, 2006.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: L. Júrís, 2002.

_____. **Direito previdenciário**. 6. ed. Rio de Janeiro: L.Júrís, 2005.