



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDO SOSTER BORTOLOTTO

**A SITUAÇÃO JURÍDICA DO SEGURADO OBRIGATÓRIO QUE JÁ REQUISITOU
AAPOSENTADORIA E PERMANECE ATIVO NO MERCADO DE TRABALHO:
NOVO POSICIONAMENTO DO STF**

FLORIANÓPOLIS

2016

Fernando Soster Bortolotto

**A SITUAÇÃO JURÍDICA DO SEGURADO OBRIGATÓRIO QUE JÁ REQUISITOU
AAPOSENTADORIA E PERMANECE ATIVO NO MERCADO DE TRABALHO:
NOVO POSICIONAMENTO DO STF**

Monografia submetida à Universidade Federal
de Santa Catarina para obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Eduardo Antônio Temponi Lebre, Dr.

Florianópolis

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

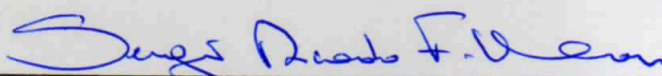
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**O SEGURADO OBRIGATÓRIO QUE JÁ REQUEREU O SEU JUBILAMENTO E A DESAPOSENTAÇÃO: NOVO ENTENDIMENTO DO STF**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Fernando Soster Bortolotto**”, defendido em **21/11/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 8,5 (oito e meio), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 21 de Novembro de 2016



Doutor Eduardo Antônio Temponi Lebre
Professor Orientador



Doutorando Sérgio Ricardo Ferreira Mota
Membro de Banca



Mestrando Leandro Rodrigues Lopes
Membro de Banca

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Flávio José Bortolotto e Ana Maria Soster Bortolotto, por terem dado a oportunidade de escolher trabalhar enquanto estudava, dando assim a oportunidade de desenvolver as capacidades humanas segundo os meus próprios objetivos e inspirações, na busca da excelência profissional e aperfeiçoamento ético.

À minha irmã Patrícia Soster Bortolotto, por ter ajudado a revisar esse trabalho e, além disso, ter sido também minha colega de classe durante a maior parte do curso.

Aos “sangue” da turma 2011.1 Noturno, bem como aos da turma 2011.1 Diurno, e todos os demais que encontrava nos corredores. Levo comigo a lembrança dos seus rostos, vozes, conversas e aspirações. Que as realizem todas.

Aos colegas de estágio da Procuradoria Geral Federal e ao chefe Paulo Cezar, bem como aos profissionais da 8ª Turma de Recursos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Aos professores do Curso de Direito da UFSC, que souberam respeitar a ideologia dos alunos, pautando-se no pluralismo de ideias e liberdade de pensamento.

E, por fim, aos leitores deste trabalho.

“When I was younger, so much younger
than today
I never needed anybody's help in any way
But now these days are gone
I'm not so self assured
Now I find I've changed my mind
I've opened up the doors”

Help (The Beatles)

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

A monografia trata da questão dos segurados do Regime Geral de Previdência Social, que são obrigados a recolher contribuições sociais, o que culminaria no direito subjetivo aos benefícios e serviços da Previdência Social. Para tanto, eles devem demonstrar seu histórico contributivo e preencherem os requisitos para a aquisição do direito. Nesse contexto, a situação do trabalhador que já requereu o jubramento e permanece no mercado de trabalho é ponto polêmico. Por um lado a doutrina previdenciária é unânime em afirmar a necessidade de contraprestação, face as contribuições sociais devidas. Com esse objetivo a doutrina defende a criação do instituto da desaposentação há algumas décadas. De outro lado, a Previdência Social se exime da responsabilidade de contabilizar o acréscimo ao tempo de contribuição após o deferimento do ato de aposentadoria, apoiando-se na legalidade. Esse tema foi objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal, no mês de outubro de 2016, tendo o tribunal constitucional decidido pela posição favorável ao fisco, criando uma divergência com a posição sedimentada na jurisprudência da Justiça Federal, e cujo voto em matéria repetitiva no Superior Tribunal de Justiça havia sido favorável.

Palavras-chave: Desaposentação, Direito Subjetivo, Previdência Social, Aposentadoria, Aposentado, Mercado de Trabalho, Seguridade Social, Contribuição Social, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The monograph deals with the question of the insured of the General Social Security System which are required to collect social contributions, which will lead to the entitlement to the benefits and services of Social Security. To do so, they must demonstrate their taxable history and fulfill the requirements for the acquisition of the right. In this context, the situation of the worker who has already applied for his or her retirement and remains in the labor market is a polemic point. On the one hand, the social security doctrine is unanimous in affirming the need for provision, in view of the social contributions due. The doctrine defends the creation of the institute of unretirement for that purpose. On the other hand, Social Security is exempt from the responsibility of accounting for the increase in the contribution time after the granting of the retirement act, based on legality. This topic was examined by the Federal Supreme Court in October 2016, and the Constitutional Court decided on the position contrary to the establishment of the unretirement, creating a divergence from the position established in the jurisprudence of the Federal Court, and whose repeated vote in the Superior Court of Justice had been favorable.

Keywords: Unretirement, Entitlement, Social Security, Retirement, Retired, Labour Market, Social Contribution, Supreme Court.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	9
1	QUESTÃO SOCIAL	11
1.1	DOUTRINA DA PROTEÇÃO SOCIAL	11
1.1.1	As primeiras formas de proteção social e o seguro privado	11
1.1.2	A afirmação do direito à Previdência Social	15
1.2.	OS DOIS MODELOS PARADIGMÁTICOS DE PREVIDÊNCIA PÚBLICA	17
1.2.1	O Sistema Alemão de Bismarck: seguro social compulsório e sistema de capitalização	17
1.2.2	A reforma do sistema previdenciário inglês pelo Lorde Beveridge: o solidarismo	18
1.3	A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA DE 1988: PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS	20
2	PREVIDÊNCIA SOCIAL E O DIREITO SUBJETIVO À APOSENTADORIA	25
2.1	SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL	25
2.2	NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS	30
2.3	O BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA	31
2.3.1	Regimes de Previdência	32
2.3.2	Aposentadoria por Tempo de Contribuição	32
2.3.3	Aposentadoria por Idade	35
2.3.4	Aposentadoria Especial e por Invalidez	36
3	DESAPOSENTAÇÃO: A DIVERGÊNCIA ENTRE OS TRIBUNAIS SUPERIORES	37
3.1	AS PROJEÇÕES DEMOGRÁFICAS DA POPULAÇÃO BRASILEIRA	37
3.2	ESTATUTO DO SEGURADO OBRIGATÓRIO QUE JÁ REQUEREU O SEU JUBILAMENTO	40
3.3	POSIÇÃO MINORITÁRIA: CONVERGÊNCIA ENTRE A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A MINORIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	43
3.4	POSIÇÃO MAJORITÁRIA: FIXAÇÃO DA TESE CONTRÁRIA À DESAPOSENTAÇÃO PELO STF	49
	CONCLUSÃO	53
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	57

INTRODUÇÃO

O tema central deste trabalho é a condição excepcional do aposentado que permanece em atividade, tendo assim uma particularidade: se por um lado é beneficiário de aposentadoria, do outro é um segurado filiado como outro qualquer, que exerce atividade remunerada e contribui.

O mercado de trabalho cada vez mais emprega trabalhadores que antes eram excluídos por idade avançada. Eles movimentam a economia, e muitas vezes ainda são os principais garantidores de subsistência para as famílias. Como se verá, dele se exigem contribuições sociais mas sem o estabelecimento de contrapartida pela Previdência Social, desde que se extinguiu o direito aos pecúlios em nosso ordenamento.

O trabalho utilizará da metodologia dedutiva, valendo-se da revisão bibliográfica de textos doutrinários, legais, acórdãos e artigos de periódicos.

O leitor verá no primeiro capítulo os fatos históricos que levaram ao estabelecimento dos atuais sistemas públicos de Previdência Social, que se baseiam nos modelos bismarckianos e beveridgeanos. Também demonstra como se deu a conquista do direito à previdência oriunda da disputa entre capital e trabalho, afirmando-se como um direito do trabalhador, agora visto como segurado do sistema. O primeiro capítulo termina examinando o Título VIII da Constituição da Federal de 1988, ressaltando os princípios e fundamentos da Seguridade Social.

A exposição seguirá com um capítulo com os enunciados constitucionais sobre a Previdência Social e sobre o benefício de aposentadoria – um direito subjetivo que todo cidadão terá acesso ao cumprir os requisitos legais. O direito a jubilar-se apresenta certas características específicas no direito brasileiro, como a aposentadoria por tempo de contribuição sem idade mínima e a não extinção do contrato de trabalho em decorrência do ato concessivo de aposentadoria.

No último capítulo serão discutidas as questões do envelhecimento da população, do estatuto jurídico do segurado obrigatório que já requereu o seu jubramento e as teses discutidas no julgamento da “desaposentação” pelo Supremo Tribunal Federal aos segurados do Regime Geral de Previdência Social, que se deu no mês de outubro de 2016. A renúncia a direito disponível é possível, e o patrimônio jurídico do segurado é preservado, o que lhe possibilita um novo pedido de aposentadoria considerado agora a soma do tempo de contribuição posterior a aposentação. A omissão da lei, a partir da extinção dos pecúlios pode ser solucionada pela integração de lacunas, conforme a hermenêutica jurídica. Por outro lado,

a ausência de previsão em lei do instituto da desaposentação pode ser apresentada como argumento para negativa do direito. O leitor constatará a divergência entre a posição do Superior Tribunal de Justiça, decisão em matéria repetitiva, e a posição da maioria do Supremo Tribunal Federal, que em outubro de 2016 decidiu de maneira diversa.

1 QUESTÃO SOCIAL

1.1 DOCTRINA DA PROTEÇÃO SOCIAL

1.1.1 As primeiras formas de proteção social e o seguro privado

O sistema de seguridade social¹ é uma das maiores coberturas que dispõe o cidadão contra os males da pobreza. Ao longo do tempo, a seguridade social vem expandindo a abrangência de situações de risco² amparadas pelas ações protetivas, previstas na legislação. Elas reafirmam o caráter de Estado Social, modelo escolhido pela Constituição da República Federativa do Brasil, que agrega as conquistas liberais clássicas à intervenção do estado, impulsionando o desenvolvimento das pessoas com vistas a uma sociedade livre, justa e solidária³. A consolidação da estrutura e o reconhecimento do direito subjetivo à previdência, contudo, passou por várias etapas e níveis diferentes de proteção.

Algumas formas de prestação de assistência mútua existiam durante a idade Antiga. Oscar Saraiva (apud FEIJÓ COIMBRA, 1997, p.2) cita a associação existente na Hélade, cujos membros contribuíam para um fundo, à conta do qual era prestado socorro aos contribuintes que viessem a ser atingidos pela adversidade, no tempo de Teofrasto.

Via-se um primeiro exemplo da responsabilização social, porque os antigos estavam dando um exemplo: os danos que sobreviessem aos membros da coletividade seriam refletidos em toda sociedade, base da compreensão de responsabilidade social. Foi nessa época também em que se viu constituírem caridades denominadas *nosocomium*⁴, *orphanotrophium*⁵, *gerontocomium*⁶, dentre outras (FEIJÓ COIMBRA, 1997,).

Na obra doutrinária de Jorge dos Reis Feijó Coimbra “*Direito Previdenciário Brasileiro*”, o autor aprofunda a análise social das sociedades gregas e romanas. Em ambas a existência da escravidão e do colonato impedia a existência de uma instituição previdenciária (ou assistencial) que amparasse a todos, indistintamente. Tratava-se de uma sociedade com classes muito definidas onde havia segregação social. As cidades antigas, capitais de impérios,

¹ Compreendendo a seguridade social: a previdência, a assistência aos desamparados e os serviços de saúde.

² Risco é o evento futuro e incerto, cuja verificação independe da vontade do segurado. Como exemplos podem ser citados a morte do trabalhador, em que sua família se vê privada da renda deste, a incapacidade laborativa decorrente de doença, acidente ou velhice.

³ Art. 3º, I da Constituição Federal.

⁴ Hospital.

⁵ Orfanato.

⁶ Asilo de idosos.

eram morada de proprietários, filósofos e estadistas, onde se fazia a política em praça pública; no perímetro da *pólis*, os pobres não eram autorizados a entrar se não estivessem a serviço. A desocupação era um crime e o escravo deveria ser entregue ao seu senhor, que lhe daria ocupação. A responsabilidade civil permitia a quem tivesse dívidas impagáveis ser feito escravo até que pagasse em trabalho a sua liberação. O comércio dos considerados estrangeiros era considerado regular. Como resultado, não se via a pobreza e a mendicância nas cidades. (FEIJÓ COIMBRA, 1997).

No interior, o colono era permanentemente preso a terra, pois valorizava a propriedade do senhor, mesmo que o ano não tivesse trazido colheita ao *dominus*. Essas instituições retiravam a responsabilidade do homem por sua manutenção, e eram compostas por vastos contingentes populacionais nessa época. Apenas os inválidos podiam permanecer na cidade sem ocupação. Eis um trecho:

Eis a fórmula administrativa e policial pela qual o Império Romano pós-Diocleciano resolvia o problema da necessidade: cuidava-se da garantia dos direitos econômicos e sociais, como hoje são denominados, com sacrifício dos direitos civis e políticos, isto é, da própria liberdade. Não obstante, o direito à caridade, como admitido, já revelava a ação do Cristianismo, impregnando a consciência social de solidariedade. (FEIJÓ COIMBRA, 1997, p. 3).

A proteção social também se desenvolveu, nos seus primórdios, pelo tema da responsabilidade por acidentes decorrentes do trabalho. Na atualidade, é comum que os contratos de trabalho tenham cláusulas de seguro de vida por acidente de trabalho, por exemplo. Na história, o Édito de Rotário, parte da Lei Lombarda, expandiu o exemplo de responsabilidade social utilizado nas leis antigas para as hipóteses de acidentes de trabalho “vê-se a mais antiga concepção da responsabilidade patronal pelo acidente de trabalho, dando-se o primeiro passo para descartar a ideia de culpa do fundamento da reparação devido por dano decorrente de atividade laboral, como anota Litala” (FEIJÓ COIMBRA, 1997, p. 2).

Durante a Idade Média, as associações de assistência mútua se tornaram comuns no âmbito das guildas, espécie de corporações de ofício que defendiam interesses dos artesãos.

A legislação chamada de “Poor Law” de 1601, na Inglaterra, foi de grande importância no sentido da prestação de assistência social e beneficência aos pobres. Mas a doutrina absolutista do Estado desencorajava a garantia do próprio direito ser afirmada. Um mesmo evento danoso poderia ocasionar a sua reparação ou não, dependendo de se tratasse de um amigo do rei. Havia um forte caráter personalista, podendo o rei aumentar ou diminuir a proteção dada aos súditos conforme fosse o seu desejo ou seu o despotismo. Não havia ainda

uma forma de obrigar o soberano a submeter-se às leis, como ilustrado pelo aforismo “The King can do no wrong”⁷ (FEIJÓ COIMBRA, 1997).

Na França, a célebre “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, foi ratificada em 1789 pela Assembleia, ainda durante o reino de Luis XVI. O rei fez concessões no sentido de limitar seu poder político, reconhecer as liberdades fundamentais do homem e a separação dos poderes. No documento não havia ainda disposições sobre a desigualdade material, proclamando os princípios da igualdade *estricta* entre os homens, da legalidade e separação dos poderes. Com a queda da monarquia e a subsequente instauração do governo revolucionário, foram feitas outras duas Declarações, onde se lê: “A assistência pública é uma dívida sagrada. A sociedade deve sustentar os cidadãos infelizes, dando-lhes trabalho, ou assegurando os meios de subsistência aos que não estejam em condições de trabalhar”⁸ (AQUA VIVA apud FERREIRA FILHO, 1978).

O tom mais igualitário dessa Declaração ajudaria a expandir a proteção social, consagrando o compromisso da sociedade com o homem em uma dívida sagrada. O governo não chegou a conceber um sistema previdenciário, apesar de investir em temas sociais como o estabelecimento de uma educação pública, em opção à oferta de ensino pelas igrejas. A afirmação de tantos direitos no mesmo período histórico viu a influência do individualismo se sobrepôr, sendo privilegiado sobre os direitos de cunho social, considerados uma expansão indesejável do estado (FEIJÓ COIMBRA, 1997).

Esses exemplos mostram que ainda não havia previdência social na mão do Estado, apenas o privado se ocupava de prover proteção social, como o exemplo das iniciativas de associações coletivas de ajuda mútua e caridade privada. A Previdência Social só começou a ganhar contornos legais e desenvolver-se após a Revolução Industrial.

No início do período industrial, a noção de liberalismo predominava na mente dos filósofos e dos legisladores. A expansão econômica contínua tornava o ambiente propício a assumir riscos econômicos. Com o fim do feudalismo, as pessoas poderiam estabelecer relações de trabalho em qualquer fábrica, em vez de pertencerem à terra do senhor feudal, oferecendo sua força de trabalho em troca de pagamentos na forma de salários. A nova doutrina não tolerava a existência da escravidão, pela sua desumanidade e também porque retirava vastos contingentes populacionais do mercado consumidor (DORIGO, 2005).

Houve um aumento exponencial da produção de bens manufaturados, da riqueza dos capitalistas burgueses e cresceu a sua influência na política (antes restrita aos cargos locais).

⁷ Em uma tradução livre: “O rei não pode errar.”

⁸ É o 21º artigo, enquanto a Declaração original possui apenas 17.

Foi também a época da interligação dos países pela construção de ferrovias, infraestrutura básica para o capitalismo oitocentista; da abertura de novas minas de carvão e de ferro para obtenção da matéria-prima para a indústria pesada.

O liberalismo econômico pregava a doutrina da abertura de mercados ao livre comércio internacional. Toda uma nova organização social estava nascendo em consequência. Houve uma mobilidade muito grande de pessoas deixando o campo em direção às cidades. Também se criou uma pequena burguesia de trabalhadores especializados que podiam oferecer seus serviços independentemente, e que viviam de maneira humilde (HOBBSAWN, 2010)

O liberalismo, contudo, era omissivo na proteção previdenciária. Conforme aponta Daniel Machado da Rocha (apud CASTRO; LAZZARI, 2014): “como decorrência dos postulados de tal doutrina, eram limitados os instrumentos de proteção social, que eram, pois, em síntese, a assistência social privada e pública, a poupança individual, o mutualismo e o seguro privado”.

O seguro privado na definição de Pedro Alvim (apud GONÇALVES, 2013, p. 502): “é o contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagamento de uma prestação, se ocorrer o risco a que está exposto”. É uma relação sinalagmática entre segurado e segurador.

Risco é o evento futuro e incerto, cuja verificação independe da vontade do segurado. Quando o fato eventualmente se manifesta, diz-se que houve o sinistro. Em consequência, surgirá a obrigação de reparação do dano causado ao segurado, frise-se, independentemente de culpa. Citando Messineo (apud GONÇALVES, 2013, p. 508): “O risco é imanente, enquanto o sinistro é eventual”.

Trata-se de exemplo típico de contrato *aleatório*. O segurador vai assumir um risco e será remunerado pelo prêmio. O prêmio é, segundo Gonçalves:

Fixado de antemão com base em cálculos *atuariais*, que se apoiam na análise de probabilidades. Os dados estatísticos mostram a incidência de sinistros num determinado risco e possibilitam estabelecer a taxa de incidência. Com base nesses dados fixa o segurador a taxa de seguro, suficiente para pagar todas as indenizações e ainda proporcionar-lhe um lucro razoável” (2013, p. 508).

Carlos Roberto Gonçalves assegura que a principal característica do contrato de seguro é a transferência de riscos: “O contrato de seguro não se destina à obtenção de um lucro. Ao celebrá-lo o segurado procura cobrir-se de eventuais prejuízos decorrentes de um sinistro, não podendo visar nenhum proveito”.

O seguro privado de previdência não destoa de outras formas de constituição de reservas particulares como a poupança individual. A diferença é que está ínsita na ideia de previdência privada a constituição de uma reserva suficiente para retirar um valor mensal definido até a morte da pessoa. Enquanto se constitui a reserva pelos aportes, o administrador capitalizará o montante através de variados investimentos, sempre com o conhecimento do segurado.

1.1.2 A afirmação do direito à Previdência Social

As massas mais pobres permaneciam alienadas do processo democrático. Não havia organização entre os seus membros e sequer era possível exercer o direito de sufrágio na maioria dos países da Europa e do mundo. No contexto da luta por direitos sociais que envolviam a vida do – já numeroso – contingente de operários pós-revolução industrial, a luta pela Previdência Social ganhará importância.

O crescimento espantoso das cidades, que eram centros de rotas comerciais, levou ao crescimento do comércio entre as cidades e o estabelecimento das fábricas em grandes galpões. Uma grande indústria nesse período costumava ter de 150 a 200 empregados. As cidades passaram a integrar uma grande rede internacional de trocas comerciais entre as diversas localidades, com diferentes especialidades. A antiga Rota da Seda que interligava ocidente e oriente teve novamente seu papel na criação de riquezas e formação do mundo moderno. No centro dessa revolução estavam as inovações que permitiam a transformação das matérias-primas e insumos em produtos finais com uma produtividade muito maior. As fábricas que surgiam agregaram milhares de camponeses que fugiam da fome na decadente estrutura rural e iam se fixando em volta das unidades fabris (DE OLIVEIRA, 2008).

Como relata o historiador Eric J. Hobsbawn: “O caminho normal, ou mesmo inevitável da vida passava por estes abismos nos quais o trabalhador e sua família iriam provavelmente cair: o nascimento de crianças, a velhice e a impossibilidade de continuar o trabalho” (2010, p.150).

Do conflito entre capital e trabalho será trilhado o caminho que culmina nas diretivas e princípios atuais. Para isso, haverá uma redefinição do papel estatal frente à política social, motivada por diversos fatores, até se chegar à síntese que contemple ambas as posições, por exemplo, na social democracia.

A ideologia liberal estava sendo questionada por todas essas consequências na ordem

social, sobretudo entre a classe proletária. Paulo Bonavides descreve como a democracia foi importante para impulsionar o processo de construção do Estado Social, através das reivindicações e pressão que faz ao poder político:

Ao arrebatado o sufrágio universal, o quarto estado ingressava, de fato, na democracia política e o liberalismo, por sua vez, dava mais um passo para o desaparecimento, numa decadência que deixou de ser apenas doutrinária para se converter, então, em decadência efetiva, com a plena ingerência do Estado na ordem econômica. Mas, aqui, ocorre o momento decisivo, em que, abrindo mão compulsoriamente daquela franquia fundamental – da liberdade política como liberdade de classe –, que, antes lhe afiançava o controle do Estado, a velha burguesia liberal reparte esse controle com as demais classes. (2007, p. 189).

Segue o constitucionalista dissertando acerca das atividades que o estado social promoverá no intuito de combater as vicissitudes geradas pelo processo capitalista:

Quando confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, (...) em suma estende sua influencia a quase todos os domínios que dantes pertenciam à área de iniciativa individual, nesse instante pode receber a denominação de Estado social. (2007, p. 186).

As divergências com o Estado Socialista também são apontadas pelo professor Bonavides. Neste há uma interferência mais imediata, pois atua de maneira a fazer concorrência à iniciativa privada, nacionalizando ou dirigindo indústrias (BONAVIDES, 2007, p. 187).

O processo de expansão da proteção social se dará inicialmente na Europa, já na segunda metade do século XIX, como resumido por Castro Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

Os Estados da Europa, precursores da ideia de proteção estatal ao indivíduo vítima de infortúnios, estabeleceram, de maneira gradativa, da segunda metade do século XIX até o início do século XX, um sistema jurídico que garantiria aos trabalhadores normas de proteção em relação aos seus empregadores nas suas relações contratuais, e um seguro – mediante contribuição destes – que consistia no direito a uma renda em caso de perda da capacidade de trabalho, por velhice, doença ou invalidez, ou a pensão por morte, devida aos dependentes. Assim se define uma nova política social, não mais meramente assistencialista – está lançada a pedra fundamental da Previdência Social (2014, p. 40).

No início do período que o historiador Eric J. Hobsbawn narra em “*Era dos Impérios*

(1875-1914)”, o longevo primeiro-ministro alemão Otto Von Bismarck, um conservador, desenvolveu um sistema de proteção social sofisticado para manter a estrutura que sustentava a aliança entre monarquia, aristocracia e burgueses no poder, afastar a social democracia e proteger-se da agitação socialista (HOBSBAWN, 2010).

1.2. OS DOIS MODELOS PARADIGMÁTICOS DE PREVIDÊNCIA PÚBLICA

1.2.1 O Sistema Alemão de Bismarck: seguro social compulsório e sistema de capitalização

A nova política social da Alemanha, sendo implantada de 1883 a 1889 assegurou aos trabalhadores o seguro-doença, a aposentadoria e a proteção a vítimas de acidente de trabalho. Para esse sistema contribuíam apenas trabalhadores e empregadores, constituindo capital para quando houvesse necessidade. O Estado não fazia aporte de recursos diretamente, mas normatizava e fiscalizava sua operação. A previdência passou a ser compulsória, mas apenas os contribuintes tinham direito a benefícios em caso de algum evento danoso (CASTRO; LAZZARI, 2014).

A noção jurídica de um seguro público surge como seguro social composto por contribuições com destinação própria. A previdência lentamente ganha espaço no ordenamento estatal, sendo uma das características definidoras de novo modelo estatal: o Estado Social.

Augusto Venturi (apud CASTRO; LAZZARI, 2011, p.40) diferencia o seguro social da proteção assistencial, única forma pela qual o estado liberal clássico admitia o investimento de recursos públicos:

Seguro social garante o direito a prestações reparadoras ao verificar-se o evento previsto, antes que os danos possam determinar o estado de indigência, de privação, da pessoa golpeada. A assistência intervém, não de direito, mas segundo avaliação discricionária, somente quando, por causa de eventos previstos ou não previstos, esteja já em ato um estado de indigência, de privação, que ela tem o fim de combater.

Carlos Roberto Gonçalves diferencia o seguro privado do seguro obrigatório: “os primeiros são, em regra, facultativos e dizem respeito a coisas e pessoas. Já os seguros sociais são de cunho obrigatório, tutelam determinadas classes de pessoas, como os idosos, os inválidos, os acidentados no trabalho, etc.” (GONÇALVES, 2013, p. 509).

Há uma mudança paradigmática com a assunção da responsabilidade pela Previdência

estatal. A mudança ocorreu porque se observou que muitas pessoas não podiam ou não queriam formar reservas individuais, sob a forma de poupança ou por seguro privado.

Ao considerá-la uma necessidade pública, a Previdência Social passa a ser custeada pela atividade financeira do Estado, através de tributos. Celso Antônio Soster explica que o fenômeno observado: “na evolução das civilizações foi proporcionando ao Estado cada vez mais encargos, obrigando-o a desenvolver diversas atividades, tais como a política, administrativa, judicial, financeira, etc” (1992, p. 15).

Daí nasce o princípio contributivo que caracteriza o modelo *bismarckiano*: a constituição do fundo previdenciário se dará pelas contribuições que fazem trabalhadores e empresas (em alguma medida também se vê um aporte do Estado), sob a fiscalização do Estado, através da instituição de Previdência Estatal.

Essa mudança foi considerada como um grande retrocesso para a causa do individualismo liberal. A. V. Dicey, um observador liberal, lamentava o que via ser o aumento do Estado e abandono do princípio da não intervenção (HOBSBAWN, 2010, p.35).

Muitos países começaram a criar seus próprios sistemas de previdência inspirados no modelo alemão que se convencionou chamar *bismarckiano* ou de *capitalização*. Áustria e a Inglaterra, sob o governo dos liberais ingleses, estabeleceram as aposentadorias entre 1906 e 1914 (HOBSBAWN, 2010, p. 37).

As constituições passariam a reconhecer direitos fundamentais de cunho social, como o direito a cultura, os direitos oriundos do trabalho, a previdência social, especialmente no período do pós-guerra. Os dois exemplos mais marcantes da época foram a Constituição da República de Weimar em 1919, e a Constituição Mexicana de 1917 (TAVARES, 2009, p. 52).

A nota dissonante entre um sistema de capitalização privado e um sistema previdenciário contributivo é a posição estatal de comando e direção compulsória, e de responsabilidade pela cobertura estatal sobre o pagamento de benefícios.

1.2.2 A reforma do sistema previdenciário inglês pelo Lorde Beveridge: o solidarismo

O período de domínio absoluto da influência do liberalismo nas questões sociais e econômicas estava acabando e seria marcado pelos intensos abalos das duas guerras mundiais e da maior crise econômica do sistema capitalista. Além disso, os países do ocidente acabavam de ganhar um competidor: a revolução russa passou a disseminar uma mensagem possível de esperança e igualdade, em especial nos países mais pobres da periferia geográfica.

O economista John Maynard Keynes criou um programa econômico que dava as bases para a resolução das agudas crises sociais da conturbada primeira metade do século XX. O Estado passou a realizar uma série de gastos públicos para dinamizar a economia em épocas de crise¹⁰, a disponibilizar cada vez mais moeda no mercado e atacar os problemas – que o *laissez faire* não resolvia – pelo lado da demanda. Política monetária e distribuição de renda como prioridade da atuação estatal¹¹. Suas propostas iam na contramão do sistema filosófico liberal, pregando que o Estado deveria intervir para sua resolução, e sua obra conceitual “*Teoria geral do juro, do emprego e da moeda*” se tornou um dos mais importantes livros das ciências econômicas (FUSFELD, 2006, p.167).

Outro inglês, Lorde William Henry Beveridge, recebeu a incumbência de reformar o sistema previdenciário inglês em 1944, ainda bastante precário. Seguindo os princípios desenvolvidos por Keynes em seu programa político-econômico, a Inglaterra estabeleceria o primeiro sistema de seguridade universal do mundo. Diferente da proposta de Bismarck, que criou os seguros sociais e era pautada pela capitalização, a previdência inglesa agora receberia apenas aportes orçamentários gerais para seu custeio. Não haveria contribuição específica. Nele, todos detêm direito à segurança social – não apenas focada no mercado de trabalho – e, portanto, a contribuição seria de toda a sociedade, por meio dos tributos existentes.

A solidariedade seria o pilar desse sistema que aboliu as contribuições específicas para o sistema de previdência. Segundo os princípios de Keynes, esse grande investimento público voltado ao bem estar social seria uma solução para os problemas da economia, impulsionaria os investimentos necessários para a retomada do crescimento e reduziria a miséria (FUSFELD, 2006, p. 273).

Lorde Beveridge fez uma ampla reforma, que ajudou a avançar em muito a questão dos direitos sociais. Os sistemas baseados nessa iniciativa inglesa receberiam a classificação de *beveridgeanos*, sendo implantados principalmente nos países nórdicos e Reino Unido.

O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos é característico do tom solidário, que retratavam os anseios do mundo pós-segunda guerra:

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe segurar à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e

¹⁰ Crises de superprodução, onde a oferta supera a demanda, e a economia liberal não propunha soluções porque as leis econômicas seriam como leis naturais imutáveis. Restava aguardar os níveis de demanda subirem, e enquanto isso se buscava reduzir o valor dos bens através dos seus insumos: o trabalho do empregado, a qualidade da matéria-prima e acabamento.

¹¹ Os seguidores de Keynes tendem a dar menor importância a manutenção de níveis baixos de inflação, ao menos no curto prazo.

tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma protecção social (DUDH, 1948).

1.3 A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA DE 1988: PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS

O direito previdenciário possui seus próprios princípios em razão dos quais devem as demais normas serem interpretadas, tendo autonomia científica¹². Eles serão analisados a seguir, fazendo-se alguns comentários, sem, contudo, esgotar o tema, voltará a aparecer no capítulo três.

Faz-se referência ao deputado constituinte Ulysses Guimarães, quando do discurso que promulgou a Constituição:

Recorde-se, alvissareiramente, que o Brasil é o quinto país a implantar o instituto moderno da seguridade, com a integração de ações relativas à saúde, à previdência e à assistência social, assim como a universalidade dos benefícios para os que contribuam ou não, além de beneficiar 11 milhões de aposentados, espoliados em seus proventos” (1988).

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, traz no título VIII, “Da Ordem Social”, os mecanismos e aspectos organizacionais dos direitos sociais, enunciados no capítulo II do Título II. O caput do art. 6º reconhece, dentre outros, a previdência social, a saúde e a assistência aos desamparados.

Na Constituição cidadã pode-se encontrar uma separação entre os títulos “Da Ordem Econômica” e “Da Ordem Social”. Foi a primeira Constituição a fazer essa distinção, privilegiando o conteúdo social que lhe é característico, garantindo a cobertura das pessoas excluídas do mercado de trabalho quanto ao direito à saúde, assistência e previdência social facultativa. Para José Afonso da Silva: “A Ordem Social se harmoniza com a Ordem Econômica¹³, já que esta também se funda na valorização do trabalho e tem como fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (2005, p.828).

O art. 193 começa com as disposições gerais de todo Título VIII: “A ordem social tem

¹² Apesar dessa questão ser muito discutida no passado, este trabalho evitará a discussão do mérito para favorecer a objetividade.

¹³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

Castro e Lazzari identificam três fundamentos da seguridade social, princípios muito semelhantes aos de outros ramos do direito: solidariedade, proteção ao hipossuficiente e vedação ao retrocesso em matéria social (2014).

O art. 194 estabelece as áreas que compõem a Seguridade Social, seguidas de objetivos orientadores “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Reconhece também a participação da sociedade no âmbito social, a existência de entidades beneficentes, clínicas particulares, e a previdência complementar, como exemplos da atuação privada permitida.

No parágrafo único deste artigo, lê-se: “Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos (...)”. É importante relembrar a competência do poder público em organizar a seguridade. Como visto anteriormente, a previdência social surge quando o estado passa a organizá-la através de leis, e se torna compulsória, diferenciando-se do sistema de seguros privados até então existentes.

Os incisos deste parágrafo são válidos para toda a seguridade social, e referidos na Constituição como “objetivos”, mas muitos os consideram verdadeiros princípios da ordem social.

Art. 194, A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I. Universalidade da cobertura e do atendimento;
- II. Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III. Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV. Irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V. Equidade na forma de participação no custeio;
- VI. Diversidade da base de financiamento;
- VII. Caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

A “universalidade da cobertura e do atendimento” tem a ver com o caráter generalizante da proteção social, seja em relação às pessoas como a todos os eventos danosos que podem gerar o estado de necessidade. Esses objetivos são o almejado pela Constituição, e é possível ver diferenças entre a saúde, a mais universal de todas as proteções¹⁴, e a

¹⁴ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado (...) da Constituição.

previdência, em que a qualidade de segurado e o cumprimento dos requisitos legais são imprescindíveis para aquisição do direito. A assistência social é devida somente aos necessitados (GÓES, 2014).

A “diversidade da base de financiamento” se relaciona muito com o fundamento da “solidariedade”. Sendo a seguridade custeada por toda a sociedade, além das contribuições incidentes sobre os ganhos do segurado, sobre a folha de pagamento das empresas, dentre outras, serão transferidos recursos do orçamento geral¹⁵ da União para o orçamento da seguridade social, complementando as necessidades financeiras do sistema.

Pela “equidade na forma de participação no custeio” o valor das alíquotas será variável conforme a renda, derivando do princípio da igualdade material. As alíquotas variam de 8 até 11% para o segurado empregado, a depender da sua renda mensal, 20% para o caso de empresários e profissionais liberais, e uma alíquota menor sobre outra base de cálculo – a comercialização da produção – para os rurícolas que trabalham na agricultura familiar, tendo em vista a especificidade da atividade econômica, sujeita às sazonalidades.

A “seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços” representam tanto a função distributiva de renda na economia da seguridade social, procurando beneficiar pessoas e localidades pobres do país, quanto o respeito ao contribuinte e a sustentabilidade do sistema. Para Eduardo Tanaka:

Talvez por falta de dinheiro ou vontade política, muitas ações sociais são deixadas de lado. Também, é comum, depararmos com fraudes de pessoas de má-fé, que se utilizam de sua torpeza para serem “agraciadas com benefícios a que jamais teriam direito.

Por isso deve haver uma seletividade séria e consciente, escolhendo-se criteriosamente, dentro da legalidade, quais as pessoas que realmente têm o direito à prestação dos benefícios e serviços da Seguridade Social. (2015, p. 10).

O significado da expressão “irredutibilidade do valor dos benefícios” não possui consenso na doutrina. Por um lado, estão os que a interpretam para garantir o poder de compra do segurado contra o expurgo inflacionário, dentre estes Fábio Zambitte Ibrahim, Marcelo Leonardo Tavares, dentre outros, defensores da proteção do valor do benefício em bases reais¹⁶. A outra posição é pela mera proteção contra a diminuição do valor nominal do benefício, e tem sido defendida por Sérgio Pinto Martins, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, dentre outros (GÓES, 2014).

¹⁵ Majoritariamente composta de impostos, tributos sem destinação específica.

¹⁶ Texto reproduzido no Decreto 3.048 de 1999, em seu art. 1º, parágrafo único, “IV - irredutibilidade do valor dos benefícios (...)” com o acréscimo: “de forma a preservar-lhe o poder aquisitivo”.

A “uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais” segue o princípio de vedação ao retrocesso na questão social. Esta é uma novidade trazida na Constituição de 1988. Anteriormente, os benefícios rurais tinham o valor inicial de meio salário-mínimo, sendo essa discriminação bastante questionada. Os serviços oferecidos também devem ser os mesmos para as duas populações. (TANAKA, 2015, p.10).

Outro objetivo da seguridade social é a presença da população na gestão do sistema, participando em conjunto com os representantes do governo nas instâncias decisórias e fiscalizando a execução do orçamento. Trabalhadores, aposentados e empresas indicarão seus representantes ao Conselho Nacional da Previdência Social¹⁷, por exemplo, uma forma de a sociedade civil participar e defender os seus direitos de maneira democrática.

O art. 195 mencionará o financiamento da seguridade social, em seu caput diz: “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”.

Esse artigo revela duas características muito importantes para o tema central deste trabalho, quais sejam a “solidariedade” e a “contributividade”. O sistema adotado em 1988 avançou a proteção social em todos os sentidos. Mas não chegou a adotar a solidariedade exclusivamente, como no modelo beveridgeano. A Constituição tampouco escolheu restringir a sua participação no sistema à fiscalização e regramento da previdência, como no modelo bismarckiano, essencialmente contributivo. Criou-se um sistema híbrido, com a participação de toda a sociedade, de forma direta – através das contribuições sociais – e indireta, por meio de transferências orçamentárias diretamente para o orçamento da seguridade social. O art. 201 também reafirma esse princípio, *in verbis*: “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (...)”.

No entanto, existem posições considerando o princípio da solidariedade como único adotado pela Previdência, sobretudo no Regime Próprio. Essa foi a posição que venceu por maioria no julgamento da ADI 3105-DF, na qual a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público questionou a alteração feita na Emenda Constitucional n. 41/2003 que

¹⁷ Art. 3º Fica instituído o Conselho Nacional de Previdência Social–CNPS, órgão superior de deliberação colegiada, que terá como membros:

I - seis representantes do Governo Federal;

II - nove representantes da sociedade civil, sendo:

a) três representantes dos aposentados e pensionistas;

b) três representantes dos trabalhadores em atividade;

c) três representantes dos empregadores. (lei 8.213, com redação dada pela Lei nº 8.619, de 1993)

instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, sendo este o texto questionado:

Art. 4º (caput) Os servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, em gozo de benefícios na data de publicação desta Emenda, bem como os alcançados pelo disposto no seu art. 3º, contribuirão para o custeio do regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.

A referida ADI tratou de questão diferente da deste trabalho, pois nela os aposentados e pensionistas eram cobrados diretamente do benefício que recebiam.

A filiação à previdência social é obrigatória, e, assim como a contributividade, é uma consequência da compulsoriedade estabelecida pelo Estado nas ações de Seguridade Social. Toda atividade remunerada no mercado de trabalho passou a gerar vínculo obrigatório com a instituição pública de previdência, após ela se tornar pública e criar-se a noção de seguro social.

Observe-se que o vínculo do segurado com a previdência decorre de uma atividade econômica de cunho privado – a relação laboral celetista. O aposentado que trabalha é segurado obrigatório¹⁸.

¹⁸ Art. 11, §3º da lei 8.213/1991.

2 PREVIDÊNCIA SOCIAL E O DIREITO SUBJETIVO À APOSENTADORIA

2.1 SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL

O primeiro capítulo discorreu sobre o reconhecimento do direito a previdência social, que efetivou-se nas constituições ao longo do tempo, consistindo a previdência social um direito subjetivo do cidadão. Este capítulo continua com as explicações sobre direito previdenciário, aprofundando as regras sobre financiamento adotadas na Constituição da República Federativa de 1988¹⁹ e os aspectos relativos aos benefícios de aposentadoria.

A seguridade utiliza a técnica do orçamento diferenciado de maneira a separar os fundos das contribuições sociais dos do orçamento geral da União, como se pode ver no art. 165 da Constituição Federal:

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá: (...) III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Os parágrafos 1º e 2º, do art. 195 da Constituição tratam do mesmo tema:

§ 1º - As receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União.

§ 2º A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

A destinação específica das contribuições foi um passo muito importante dado pelo constituinte, seguindo a lógica do sistema de capitalização. No passado a situação demográfica revelava um país jovem, e o fundo construído com as contribuições sociais se tornou objeto de cobiça aos olhos dos administradores públicos menos comprometidos com a coisa pública, sendo gasto em muitas finalidades que não o custeio de benefícios previdenciários. O ministro Reinhold Stephanes (apud CASTRO; LAZZARI, 2014, p. 116-117) em seu livro “*Reforma da Previdência sem segredo*” retrata essa situação:

¹⁹ Dentro do modelo de Previdência Pública com caráter contributivo e solidário, financiado por impostos e também contribuições sociais.

Quando o sistema era jovem – ou seja, o número de trabalhadores contribuintes era muito superior ao número de inativos – verificaram-se saldos de caixa que deveriam ser utilizados para garantir a viabilidade do sistema em conjunturas desfavoráveis. Entretanto, esses saldos, muitas vezes, foram utilizados para outras finalidades, distintas dos interesses previdenciários. Os saldos da Previdência foram usados na construção de Brasília, na constituição e no aumento de capital de várias empresas estatais (sic), na manutenção de saldos na rede bancária como compensação pela execução de serviços de arrecadação de contribuições e de pagamento de benefícios. De 1986 a 1988, as transferências da Previdência Social para a área de saúde cresceram por conta da implantação do Sistema Único Descentralizado de Saúde (SUDS), chegando a 35% da arrecadação sobre a folha de salários. De 1988 até meados de 1993, as transferências para o Sistema Único de Saúde (SUS), que substituiu o SUDS, chegaram a 15% de toda a arrecadação sobre a folha de salários.

São importantes também os princípios gerais de custeio, chamados princípios da preexistência da fonte de custeio e o princípio da noventena, referidos nos parágrafos do art. 195, a seguir:

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, "b".

A noventena traz disposição específica muito semelhante à anterioridade tributária, um direito fundamental que garante segurança jurídica para o contribuinte ao evitar a surpresa, vedando o aumento da carga tributária imediato e que seria de forte impacto na atividade econômica. Decorre do princípio do não confisco. Para a seguridade social é necessária a espera mínima de 90 dias após a publicação da lei para cobrança das novas contribuições sociais, que devem respeitar o art. 154, I, Título IV da Constituição²⁰ (AMARO, 2015).

A preexistência da fonte de custeio respeita a lógica do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, devendo se observar que não apenas a criação de benefícios, mas a extensão dos existentes a outras categorias de pessoas, ou a majoração dos mesmos deve vir precedida de fonte de custeio respectiva. São medidas diretamente derivadas da moralidade pública, princípio constante no art. 37, caput, da Constituição (TANAKA, 2015).

A regra da preexistência da fonte de custeio em relação ao benefício ou serviço criado, majorado ou estendido vale para todas as áreas da Seguridade Social. A interpretação do art. 195, §5º conduz ao raciocínio de que um benefício não poderá ser aumentado caso não haja

²⁰ Art. 154. A União poderá instituir:

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

previsão em lei da dotação orçamentária justificando sua despesa. Daí o objetivo de impedir que se criem, aumentem ou estendam benefícios assistenciais às vésperas das eleições, por exemplo, decorrente diretamente do princípio da moralidade administrativa, art. 37, caput, sendo (TANAKA, 2015).

Ainda, ressalta-se a importância do “princípio do equilíbrio financeiro e atuarial” criado pela Emenda Constitucional n. 20/1998. O equilíbrio financeiro é a disposição sobre o equilíbrio da soma de entrada e saída de recursos. O princípio afirma que, em uma situação ideal, a Previdência Social restaria uma soma zero, estando coberta pelo fundo atuarial de que disporia, também em tese.

Pouco tempo depois da EC n. 20/1998 foi criado também o “Fator Previdenciário”²¹ para que o princípio do fosse aplicado, através da lei 9876/1999. Observou-se o impacto das mudanças demográficas na população brasileira, cuja pirâmide etária vem se assemelhando à figura dos países desenvolvidos, reduzindo-se o número de contribuintes entrantes no sistema para uma população de beneficiários cada vez maior. Num sistema de capitalização por repartição simples, em que não se constituem reservas individuais para custeio dos benefícios atuais – pois, prioritariamente, o dinheiro advém das contribuições sociais do mercado de trabalho – o risco sistêmico dessa tendência demográfica é agravado.

Inegável, porém, que os atuais beneficiários foram responsáveis pelo financiamento do sistema quando ainda atuavam no mercado e fazem jus aos direitos adquiridos, ainda que mediante regras diferentes a quem entra no mercado atualmente.

Há também o princípio da “indisponibilidade dos direitos previdenciários”, conforme relatam Castro e Lazzari. O benefício previdenciário, substituindo a renda do trabalho, tem natureza alimentar, e por isso não pode decair, permanecendo sempre no direito adquirido dos que cumprirem as condições para obter o benefício. Ele também veda a renúncia do direito a receber o benefício, tópico muito importante para o tema principal e que será aprofundado no terceiro capítulo. A decadência do direito, muito comum nas ações da justiça federal, é sobre o direito de revisão do benefício (2014, p 125).

O artigo 195 ainda traz a maioria das contribuições sociais²², que são listadas a seguir resumidamente:

- i. Contribuições Sociais ao INSS, do segurado;

Consideradas como contribuições sociais “previdenciárias” por parte da doutrina que defende a existência de déficit contábil.

²¹ Que, por sua vez, era o mesmo “fator de estabilização”, na época da implantação do plano Real, e cuja duração não deveria superar o ano 2002, à medida que se estabilizasse a inflação e o real valorizasse.

²² Quando existente, também se enquadrava aqui a CPMF.

- ii. Contribuições Sociais ao INSS do empregador;
- iii. Contribuição Social para o financiamento da seguridade social (COFINS), das empresas;
- iv. Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL), das empresas;
- v. Contribuição Social ao PIS²³/PASEP²⁴ (destinado especificamente ao seguro desemprego e abono salarial, conforme art. 239 da Constituição);
- vi. Contribuição Social do Importador (PIS-PASEP importação e COFINS importação).
- vii. Receita de concurso de prognósticos²⁵.

Existem algumas outras receitas da Previdência, como um percentual sobre os leilões de bens apreendidos pela Polícia Federal, dentre outras.

É importante frisar que no passado já existiram distintas contribuições sociais, como a extinta e muito lembrada CPMF²⁶. Sobre essa contribuição em específico, assim se manifestou o tributarista Eduardo Sabbag quando da sua extinção, confira-se:

Com isso, a contribuição deixou de ser cobrada no Brasil a partir de 31 de dezembro de 2007. A derrota do governo no Senado, com a rejeição da prorrogação da CPMF, implicou uma “perda” de receita anual estimada em, aproximadamente, R\$ 40 bilhões. Com maior honestidade, diríamos: “perda” de receita, para o Estado, e “ganho”, para o contribuinte, que deixou de pagar um retórico tributo voltado para a solução da saúde pública” (2015, p. 537).

A CPMF foi criada pela lei 9.311/1996, e tinha a mesma função econômica do IPMF²⁸, imposto que a antecedeu. Trata-se de uma “taxa Tobin”²⁹, cujo objetivo é desencorajar a especulação mobiliária, a compra de moeda estrangeira, dentre outras operações financeiras consideradas nocivas à estabilidade econômica. Ela foi aplicada pela primeira vez na época em que o sistema econômico abandonou o sistema de câmbio indexado a uma *commodity* e passou a ter termos de câmbio flutuantes (em relação a moedas de dois países) com o fim da conversibilidade do dólar em ouro, em 1971, durante a presidência de Richard Nixon. No Brasil, foi pensada como uma alternativa para conter a perda do poder de compra causada pela desvalorização do real frente ao dólar. Uma vantagem bastante comentada de uma contribuição como a CPMF é a facilidade em fiscalizar e arrecadar o tributo por utilizar a rede bancária (ALBUQUERQUE, 1994).

²³ Programa de Integração Social.

²⁴ Programa de Formação de Patrimônio do Servidor Público.

²⁵ Ou loterias como as da Caixa.

²⁶ Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras.

²⁸ Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira.

²⁹ Em homenagem ao Prêmio Nobel de economia em 1972, James Tobin. Propôs que as transações monetárias fossem objeto de taxação.

A experiência mundial após o fim do sistema de câmbio fixo não foi considerada um sucesso. Como traz a revista “The Economist”, atualmente o consenso é de que ela não tem como alcançar os objetivos, pois não se observou adesão significativa entre os países. Constatou-se uma indesejável fuga de capitais para os “paraísos fiscais” vizinhos, países que recusam em aderir a ela, o que acabou se tornando um problema maior que a especulação em títulos públicos e moedas. Há também críticas no sentido de ser uma espécie mais regressiva de tributo que o imposto de renda, por exemplo. Uma “taxa Tobin” também é proposta como forma de imposto único, conforme a sua teoria (THE ECONOMIST, 10-9-2013).

Mesmo com a extinção da CPMF é preciso ter em mente que a receita de todas as contribuições sociais somadas asseguram um montante elevado de valores, que compõem o orçamento da seguridade social junto, reforçado com as transferências do orçamento geral, como explicado anteriormente.

A liquidez da Previdência Social urbana tem acontecido todos os anos, sendo apenas o tributo arrecadado pela previdência rural inferior ao gasto. A receita das contribuições sociais também garantem parcialmente os vários programas sociais do governo e as ações em saúde pública³⁰. Considerada isoladamente, a Previdência Social teria um superávit (GENTIL, 2006, p.30).

No entanto, são muitas as vezes que se elevam em razão de um déficit existente nas contas da Seguridade Social. Segundo Denise Lobato Gentil, em sua tese “A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira - Análise financeira do período 1990 – 2005” os que denunciam o “rombo” na Previdência consideram como contribuições sociais previdenciárias apenas o que se arrecada no inciso I, a) e II do art. 195³¹, deixando de contabilizar todas as outras contribuições sociais acima elencadas. O erro está em excluir todas as outras contribuições que não estão imediatamente envolvidas na relação de trabalho (2006, p. 32).

Gentil segue desmistificando o suposto déficit da previdência social, destacando a maneira como se contabiliza a receita previdenciária:

O resultado é um déficit que não é real. Se for computada a totalidade das fontes de recursos da previdência e deduzida a despesa total, inclusive os gastos administrativos com pessoal, custeio e dívida do setor, bem como outros gastos não-previdenciários⁸, o resultado apurado será um superávit de R\$ 8,26 bilhões em 2004 e de R\$ 921 milhões em 2005, conforme pode ser visualizado através das Tabelas 1 e 2 que contêm o Fluxo de Caixa do INSS. Esse superávit, denominado superávit

³⁰ Muitos consideram o benefício rural parcialmente assistencial, por ser destinado aos segurados especiais, cuja renda monetária geralmente é muito baixa.

³¹ As contribuições do empregado e da folha de pagamentos.

operacional, que é uma informação favorável – e que pode ser apurada pelas mesmas estatísticas oficiais –, não é divulgado para a população como sendo o resultado da previdência social. Constata-se, portanto, que há recursos financeiros excedentes no RGPS e que tais recursos poderiam ser utilizados para melhorar este sistema, em benefício de uma parcela considerável da população de baixa renda (2006, p. 40).

Além da contabilidade, tampouco entram no mérito das emendas constitucionais que aprovaram a Desvinculação de Receitas da União, cujo montante pode alcançar 30% das Contribuições Sociais com destinação específica na área da Seguridade Social, a partir da Emenda Constitucional n. 93³². Essa lei permite o uso dos recursos do orçamento da seguridade social para complementação do orçamento geral. Isso desvirtua totalmente o princípio do orçamento diferenciado, sendo utilizado o dinheiro da Seguridade Social para fechar as contas do governo.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DAS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

Há polêmica em torno da classificação dessa espécie de tributo. Gaston Jéze (apud AMARO, 2015, p.84), ao discorrer sobre a classificação das contribuições sociais identificou um duplo comportamento: enquanto para o segurado elas teriam a natureza de taxa, devido à contrapartida dos benefícios prestados ou postos à disposição; para a empresa se trataria de imposto sobre a folha de pagamento.

Luciano Amaro refuta a tese da dupla classificação, em razão de as contribuições sociais assim vertidas concorrerem para o atendimento de toda a sociedade em ações de saúde, assistência social e previdência social. Portanto: “inclusive às pessoas que jamais tenham efetuado contribuições” (AMARO, 2015, p. 84).

Observa ainda o professor paulista que: “os fatos geradores não são atuações do estado”, não cabendo o reducionismo de tratá-las como sendo taxa, em reforço. Taxa é cobrada em razão de serviço público divisível ou poder de polícia.

Yonne Dolácio de Oliveira (apud AMARO, 2015, p. 85) resume bem a característica principal: “o reconhecimento da existência, na ‘ratio’ econômica ou pressuposto da contribuição especial, de um benefício particular, individualizado, obtido pelo obrigado e

³² Art. 1º O art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data.

decorrente de uma atuação estatal específica e determinada”. Portanto, a contraprestação é um direito subjetivo do segurado, que passa a fazer parte do seu patrimônio jurídico assim que cumprir os requisitos do benefício.

O fato gerador de contribuições é a atividade desenvolvida pelo segurado no mercado de trabalho e não uma prestação do Estado.

2.3 O BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA

Já se viu que a Seguridade Social possui a universalidade como regra. A Previdência Social, no entanto, pode negar a concessão de benefícios a quem ainda não tenha cumprido os requisitos que se exige para a aquisição do direito ao benefício. Isso ocorre através de um ato administrativo do INSS³³, autarquia previdenciária que é responsável pela concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. O que não ocorre com a saúde, pelo art. 196, caput³⁴. A previdência social tem regras mais rígidas e depende das contribuições dos segurados do sistema para ter viabilidade.

A aquisição do direito subjetivo à aposentadoria por tempo de contribuição exige o cumprimento do “período de carência”. O art. 24 da lei 8.213/1991 dispõe no caput: “Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício”. A ideia é semelhante a dos seguros de serviços hospitalares em que se exige um tempo de permanência mínimo para que a cobertura possa ser exigida, verificado o sinistro.

Ao demonstrar sua filiação e cumprir a carência, o segurado terá direito a cobertura previdenciária dos seus sinistros através das prestações previdenciárias. Elas são divididas em duas categorias: *benefícios*, que são obrigações de pagar quantia certa ao segurado³⁵, e *serviços*, obrigações de fazer devidos aos segurados e também aos seus dependentes.

É possível ver que o disposto enquadra-se perfeitamente ao instituto do direito privado, como o define Caio Mário da Silva Pereira (apud GONÇALVES, 2008, p. 21): “Obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável”

Será feita uma explanação sobre as diferenças entre Regimes de Previdência atuantes

³³ Instituto Nacional do Seguro Social.

³⁴ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

³⁵ Os benefícios de Pensão por Morte e Auxílio-Reclusão são devidos aos dependentes.

no Brasil. Após, mostrar-se-ão as diferentes espécies de aposentadoria, os requisitos a serem cumpridos para o segurado adquirir o direito à aposentadoria, a forma de cálculo desses benefícios e a discussão sobre os efeitos da aposentadoria no contrato de trabalho.

2.3.1 Regimes de Previdência

Conforme visto anteriormente, a Previdência Social está instituída como sistema público. Por sua vez esse sistema é dividido entre “Regime Geral”, atendendo aos trabalhadores que tenham vínculo com a iniciativa privada e “Regimes Próprios”, para atender aos servidores com vínculo efetivo com a administração. O Regime Geral é o que conta com o maior número de participantes e é gerido pelo INSS. Já os Regimes Próprios são criados pelos entes da federação.

A competência para legislar sobre Seguridade Social é privativa da União: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXIII - seguridade social;”.

A legislação sobre Previdência Social é de competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;”. Assim, as normas de conteúdo geral, em regra, devem ser criadas pela União, mas caso não sejam, os entes que instituíram os Regimes Próprios poderão legislar sobre a questão, enquanto não sobrevier norma de lei federal.

O art. 40 da Constituição Federal trata das aposentadorias e pensões para os Regimes Próprios, enquanto o art. 201 trata do Regime Geral. Ambos caracterizam-se por serem administrados pelo Estado, pela natureza institucional do vínculo mantido com os segurados, pela obrigatoriedade da filiação e pelo custeio obtido mediante a cobrança de contribuições sociais (TAVARES, 2009, p.301).

Passa-se à análise dos dispositivos constitucionais que abrangem o direito a aposentadoria no Regime Geral.

2.3.2 Aposentadoria por Tempo de Contribuição

O primeiro inciso dispõe sobre a cobertura do risco social idade avançada.

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

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada.

A previsão dessa espécie de aposentadoria possui requisitos contributivos diferentes por sexo:

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

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher.

Trata-se de benefício muito peculiar da realidade brasileira, uma vez que a omissão de uma idade mínima como requisito de benefício não é vista no Direito Comparado. Esse fato ajuda a explicar porque existe uma população de aposentados razoavelmente jovens que podem continuar a trabalhar. Nesse caso, como visto, o aposentado é obrigado a contribuir para a Seguridade Social como qualquer outro segurado³⁶.

O procurador federal Frederico Amado tem opinião de que esse benefício não deveria existir, pois ausente o risco social coberto, idade avançada, o que possibilita que pessoas abaixo dos 50 anos de idade já recebam o benefício (2015, p.405).

Uma das diferenças entre os Regimes Geral e Próprio é a possibilidade de aposentadoria por tempo de contribuição dos segurados do Regime Geral sem idade mínima. Na aposentadoria voluntária dos Regimes Próprios a regra engloba uma idade mínima e um tempo de serviço³⁸ mínimo. Marcelo Leonardo Tavares explica que essa espécie de aposentadoria foi criada apesar das intenções da EC 20/1998: “teve origem no malogro do projeto em criar uma aposentadoria exigindo cumulativamente os requisitos de idade e de tempo de contribuição” (2009, p. 138).

A aposentadoria por tempo de contribuição será sempre paga no valor integral de 100% do salário-de-benefício, sem admitir proporcionalidade. O salário de benefício, por sua vez, consiste: “na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário³⁹”.

O Fator Previdenciário é um índice aplicado apenas aos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e por idade, nesta última apenas se puder aumentar o valor do benefício, quando retribuiria o trabalhador que contribuiu mais e que tenha idade mais

³⁶ Art. 11 § 3º 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 a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social (lei 8.213/1991).

³⁸ O correto seria tempo de contribuição.

³⁹ Art. 29, I da lei 8.213/1991.

avançada. Seu cálculo leva em conta as seguintes variáveis: idade da pessoa no momento da aposentação, tempo de contribuição e expectativa de vida, calculada pela tábua de mortalidade do IBGE.⁴⁰ O fator aumenta conforme a idade da pessoa e o tempo de contribuição, maior será o valor do benefício final.

A lei federal 8.213/1991, nos art. 52-56 ainda traz a redação anterior à EC n. 20/1998 denominando o benefício de aposentadoria “por tempo de serviço”. A alteração contempla a ideia de que não basta o mero exercício do trabalho, sendo necessário o pagamento das contribuições social. A lei presume o recolhimento a depender do tipo do segurado, por exemplo, os empregados, para que não sejam prejudicados em seus direitos pelo descumprimento da obrigação tributária da empresa⁴¹.

A carência para todos os benefícios de aposentadoria⁴² é de 180 meses, desde a data da filiação ao Regime Geral de Previdência Social⁴³, com exceção da Aposentadoria por Invalidez.

O valor de um benefício de aposentadoria nunca poderá ser inferior ao salário-mínimo, incluindo os benefícios da previdência rural: § 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo.

A Constituição traz dois dispositivos que preservam o valor do benefício, tanto para realizar o cálculo de renda mensal inicial, levando-se em consideração os salários de contribuição atualizados, quanto para garantir os seus reajustes após esse benefício ser deferido.

§ 3º Todos os salários de contribuição considerados para o cálculo de benefício serão devidamente atualizados, na forma da lei.

§ 4º É assegurado o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei.

Os professores da educação básica receberam um subsídio, sendo reduzido o tempo de contribuição mínimo para a aposentadoria por tempo de contribuição.

§ 8º Os requisitos a que se refere o inciso I do parágrafo anterior serão reduzidos em

⁴⁰ Há uma inconsistência aqui, pois a tábua não faz distinção de sexo, acarretando uma distorção na idade de sobrevida que eleva o valor dos benefícios das mulheres e diminui o dos homens, dado que as mulheres vivem mais, em média.

⁴¹ Art. 11, I da lei 8.213/1991.

⁴² Exceto a aposentadoria por invalidez, que é um benefício por incapacidade.

⁴³ Art. 25, II. Outros tipos de segurado tem que provar o pagamento para gerar a filiação, pois não se presumem pagas.

cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio.

Após cumprir os requisitos da aposentadoria, o segurado passa a ter incorporado ao seu patrimônio jurídico o direito a aposentadoria, ou seja, mesmo que tenha perdido a qualidade de segurado com a Previdência Social, poderá requerer o benefício.⁴⁴

2.3.3 Aposentadoria por Idade

O segundo inciso do §7º do art. 201 traz a previsão dos requisitos para outra espécie – aposentadoria por idade:

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

A Constituição Federal prevê requisitos diferenciados a alguns segurados que desenvolvem atividades desgastantes como o garimpo, a pesca artesanal e a agricultura em regime de economia familiar, cuja definição é dada pela lei 8.213/1991

Art. 11, VII, § 1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

Para esses segurados a concessão do benefício pode ser requerida aos 60 anos de idade, se homem, e 55 anos de idade, se mulher. A carência é de 180 meses.

Enquanto a aposentadoria por idade é o benefício mais abrangente, sendo direito de qualquer espécie de segurado, a aposentadoria por tempo de contribuição dependerá da maneira pela qual o segurado opta por contribuir. Os segurados contribuinte individual, especial e facultativo, cuja contribuição não é presumida⁴⁵, podem optar por recolher segundo regras mais acessíveis, fugindo assim da regra geral⁴⁶. Caso optem por fazer essa contribuição reduzida, lhes será excluído o direito à aposentadoria por tempo de contribuição, e a base de

⁴⁴ Art. 102 § 1º A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.

⁴⁵ Exceção feita aos contribuintes na condição de prestadores de serviços a empresas, ou organizados em cooperativas.

⁴⁶ Alíquota de 20% sobre a remuneração, art. 21, caput da lei 8.212.

cálculo para a contribuição será de um salário-mínimo.

2.3.4 Aposentadoria Especial e por Invalidez

A Aposentadoria Especial é bastante assemelhada às demais espécie de aposentadoria. O traço distintivo é o seu tempo reduzido de aquisição. Ela será devida após 25, 20 ou mesmo 15 anos⁴⁷, a depender da gravidade da exposição aos agentes físicos, químicos ou biológicos de maneira ininterrupta, acima dos limites de tolerância. Dessa forma, não existe mais o enquadramento por categoria profissional, que vigorava até a lei 9.032/1995. O tempo especial será convertido em tempo de contribuição comum através de um multiplicador, o caminho inverso sendo considerado ilegal.

Já a Aposentadoria por Invalidez é um benefício distinto das demais espécies de aposentadoria. Isso se deve a ser um benefício por *incapacidade*, e não pelo atingimento de uma determinada idade ou tempo de contribuição. Para esses benefícios a carência é de 12 meses, podendo até mesmo bastar a comprovação da filiação para dar direito ao benefício nos casos de benefícios acidentários. Esta situação é um grande exemplo da atuação do princípio da solidariedade, pois o segurado terá direito a um benefício vitalício, em regra, tendo contribuído infimamente. Esta espécie não se compatibiliza com a desaposentação, uma vez que ao inválido é absolutamente vedado regressar ao trabalho caso não esteja recuperado fisicamente, sob pena do benefício ser extinto. Já nos outros casos de aposentadoria, conforme explica Frederico Amado, não existe qualquer norma jurídica que impeça o aposentado de regressar ao trabalho: “A concessão espontânea não tem o condão de extinguir o contrato de trabalho, não mais prevalecendo a redação do artigo 453 da CLT, pois seria uma hipótese de despedida arbitrária, o que atenta contra o artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal.” (2015, p. 373).

⁴⁷ Arts. 57 e 58 da lei 8.213/1991.

3 DESAPOSENTAÇÃO: A DIVERGÊNCIA ENTRE OS TRIBUNAIS SUPERIORES

3.1 AS PROJEÇÕES DEMOGRÁFICAS DA POPULAÇÃO BRASILEIRA

O envelhecimento da população brasileira é uma tendência que vem se confirmando há algumas décadas. A população tem crescido todos os anos com o número de nascimentos superando o de mortes. No entanto o crescimento se deve mais a um aumento na idade média da população – expectativa de vida – que da taxa de fecundidade. Confira-se as seguintes estimativas do sítio do IBGE⁴⁸:

Tabela 1.

Grupo Etário	2015	2020	2025	2030	Variação
70-74	4.076.511	5.209.414	6.494.438	7.842.140	92,37%
75-79	2.913.596	3.411.743	4.412.524	5.550.102	90,49%
80-84	1.796.449	2.212.046	2.637.518	3.459.893	92,60%
85-89	973.943	1.176.296	1.486.408	1.811.290	85,97%
90+	538.633	743.209	967.667	1.262.580	134,40%

Fonte: sítio eletrônico do IBGE.

Projeta-se um aumento da população em idade avançada acima de 80% em todos os grupos etários ao fim da próxima década.

Compare-se agora com a variação projetada da população mais jovem para o mesmo período:

Tabela 2.

⁴⁸ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

Grupos Etários	2015	2020	2025	2030	Variação
0-4	14.737.740	13.845.258	13.080.689	12.388.311	-15,94%
5-9	15.779.109	14.708.594	13.821.219	13.060.538	-17,23%
10-14	16.892.243	15.761.172	14.693.367	13.808.096	-18,26%
15-19	17.140.200	16.841.311	15.717.986	14.656.646	-14,49%
20-24	17.056.423	17.040.111	16.751.282	15.640.863	-8,30%
Total	204.450.649	212.077.375	218.330.014	223.126.917	9,13%

Fonte: Sítio eletrônico do IBGE.

Os grupos etários mais jovens da população possuem uma tendência de redução da população até o fim da próxima década maior do que 10%, com exceção da faixa entre 20-24 anos, que reduzirá 8,3% do atual volume. Computadas todas as faixas nota-se uma tendência de crescimento total de 9,13%.

Constata-se pelas projeções que a população jovem será insuficiente para substituir os idosos. A tendência observada é inversa nos dois casos, enquanto a população de maior idade cresce a taxas de 90%, a de jovens decresce aproximadamente 10% ao fim da próxima década. De alguma forma, também se nota que em termos absolutos a população jovem é maior do que a de idosos.

Esse cenário é muito ruim se considerado o cálculo atuarial. A Previdência Social pode sofrer uma forte resistência no objetivo de prover aos seus beneficiários rendas que lhe substituam o rendimento que auferiam quando no exercício de atividades remuneradas.

Diante da situação demográfica, a permanência voluntária da população idosa no mercado de trabalho é uma alternativa salutar, uma vez que a expectativa de vida aumentou. A desaposentação acrescenta um incentivo aos aposentados nessa condição, como se verá.. O artigo realizado por Elídio Vanzella, Eufrásio de Andrade Lima Neto e César Cavalcanti Da Silva, cujo resumo está reproduzido abaixo aponta o que o mercado de trabalho está mais receptivo aos trabalhadores com mais idade, pela melhoria nas condições de saúde e o interesse em utilizar as suas capacidades:

No Brasil a proporção de idosos assim como a expectativa de vida vem aumentando. O envelhecimento da população tem despertado o interesse de pesquisadores de diversas áreas. Entre os vários estudos sobre essas tendências podem-se destacar a questão da saúde, da ocupação do tempo ocioso, das atividades de lazer e turismo e da aposentadoria, (...). Muitos idosos permanecem no mercado de trabalho por questões pessoais ou financeiras, aplicando nas organizações seus conhecimentos e experiências, que precisam ser aproveitados pelos empregadores. (...) Entre as

principais constatações obtidas verificou-se que os idosos estão cada vez mais economicamente ativos e que podem contribuir positivamente para as organizações através de seu capital intelectual. (2008, p. 1)

O DIEESE possui online uma base de dados que se utiliza para ilustrar em números esta situação. A série histórica demonstra uma tendência crescente da participação no mercado da população nas principais regiões metropolitanas do Brasil.⁴⁹ O progresso em números absolutos da população versus o tempo é visto em todas as regiões:

Período	Belo Horizonte		Distrito Federal		Fortaleza		Porto Alegre		Recife		Salvador		São Paulo	
	50-59	>60	50-59	>60	50-59	>60	50-59	>60	50-59	>60	50-59	>60	50-59	>60
1995	-	-	56	19,8	-	-	52,3	14,5	-	-	-	-	56,6	21
1996	52	17	55,1	21	-	-	49,8	13,7	-	-	-	-	57,4	23,4
1997	54,5	17,9	55,4	20,7	-	-	49,8	12,5	-	-	58,1	19,2	58,8	22,3
1998	50,7	17,7	53,9	18,6	-	-	53,8	14	49,7	17	57,6	17,9	57,4	21,5
1999	52,5	15,8	53,9	18,7	-	-	55,2	16	51,1	16,7	58,2	18,1	58,4	22,1
2000	52	16,5	55,3	18,8	-	-	57,5	17,2	49,6	16,6	58,9	18,4	59,1	21,8
2001	53,9	15,6	57,7	19,2	-	-	57,4	16	50,9	15,8	59,6	17,7	58,6	22,2
2002	54,6	16,9	58,1	21	-	-	55,9	14,9	50,7	16,9	61,6	18,6	61,5	21,9
2003	55,7	18,3	58,5	19,3	-	-	56,4	15,4	50,1	15,4	60,7	19,1	61,6	21,9
2004	55,9	18	59,3	19,7	-	-	56,2	15,1	49,4	14,2	60,6	17,8	60,2	22
2005	55,8	17,2	60,9	20	-	-	55,9	14,9	48,6	13,5	58,8	17,4	60,3	21,1
2006	57,8	17,6	63,1	21,8	-	-	55,7	13,9	48,8	14,3	59,6	16,9	59,9	20,9
2007	59,6	17,9	63	20,2	-	-	56,7	14,5	52,1	14,5	60,5	17,4	60,3	21
2008	60,7	19,5	65,3	22,3	-	-	59,9	16,6	53,9	15,8	60,1	17,3	62,9	21,2
2009	62	20	66,4	21,9	63,5	21,7	59,9	15,8	54,8	16,2	60,7	15,8	63,3	21,1
2010	60,5	18,3	65,7	21,2	65	22,7	60,9	15,6	56,2	16,9	59,7	16,5	64,8	22,6
2011	59,7	16,8	64,9	20,5	66,2	23	60,2	16,1	57,5	17,9	58,4	17,1	64,7	22,1
2012	61	15,8	65,5	21	65,3	22,6	61,6	16,4	59,3	19	61,6	17,9	66,1	22,9
2013	63,4	18,1	-	-	65,1	22,8	62,3	15,6	60,6	19,3	62	17,5	66	23,2
2014	-	-	-	-	65,7	22,7	60	15,5	59,8	19,9	61,2	17,7	67,2	23,3
2015	-	-	65,9	20,9	63,7	21,8	60,8	15,7	-	-	61,6	15,2	67,8	22,9

(Escala: milhares)

Fonte: PED - Pesquisa de Emprego e Desemprego - Convênio DIEESE/SEADE, MTE/FAT e convênios regionais

Computam-se os dados para evidenciar a comprovação da hipótese:

⁴⁹ A pesquisa tem apenas uma exceção: os maiores de 60 anos da cidade de Salvador começam num valor maior do que ao final.

Mínimo	50,7	15,6	53,9	18,6	63,5	21,7	49,8	12,5	48,6	13,5	57,6	15,8	56,6	20,9
Máxim														
o	63,4	20	66,4	22,3	66,2	23	62,3	17,2	60,6	19,9	62	19,2	67,8	23,4
Variaçã	25,0	28,2	23,2	19,9	4,3	6,0	25,1	37,6	24,7	47,4	7,6	21,5	19,8	12,0
o	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%

3.2 ESTATUTO DO SEGURADO OBRIGATÓRIO QUE JÁ REQUEREU O SEU JUBILAMENTO

O aposentado que exerce atividade remunerada é segurado obrigatório, sendo filiado à Previdência Social.

Art. 11, § 3º 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 a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social.

A partir de uma mudança na lei 8.213 estabeleceu-se a não comutatividade da contribuição dos segurados que se encontram nessa situação. Compare-se o artigo antes da alteração pela lei com o atual:

Art. 18, 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ela retornar, somente tem direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios, não fazendo jus a outras prestações, salvo as decorrentes de sua condição de aposentado, observado o disposto no art. 122 desta lei.

Art. 18 § 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. (após a lei 9.129/1995)

Em sua formulação atual, o artigo não traz mais a previsão dos benefícios de auxílio-acidente, nem dos pecúlios. O portal de informações da Previdência Social assim caracteriza os pecúlios:

O pecúlio é um benefício extinto em 16/04/1994, que consiste na devolução em cota única das contribuições efetuadas para o INSS pelo cidadão que permaneceu em atividade após ter se aposentado. Os valores a serem devolvidos terão como data limite 15/04/1994, véspera da lei 8.870, que extinguiu este benefício para os aposentados por idade e tempo de contribuição. (Previdencia.gov.br)

A extinção dos pecúlios é de interesse para todo o tema trabalhado até aqui. Caso não

tivesse sido extinto, não haveria qualquer hipótese de pretensão resistida, o interesse do segurado não seria atingido⁵⁰. A tese seria irrelevante também caso houvesse a previsão de desnecessidade de contribuição social, como acontece com o abono do tempo de serviço do servidor público.

Não faltaram críticas a essa alteração legislativa. A emenda n. 26 ao PL-199/1995 do deputado Humberto Costa, do Partido dos Trabalhadores, buscava dar uma nova solução a essa situação, enfatizando a ausência de contraprestação:

A emenda visa suprimir disposição que pretende a cobrança de contribuição social dos aposentados. O aposentado não tem mais direito ao pecúlio, extinto pela Lei nº 8.870, de 1994, portanto não há razão para que o mesmo contribua para sistema previdenciário sem direito a nenhum benefício.

O tema desta monografia consiste na situação dos aposentados que continuam a exercer atividade, e recolhem contribuições em razão de sua condição de segurados obrigatórios, devido à filiação obrigatória ao Regime Geral, conforme o art. 11, §3º da Lei 8.213/1991 *supra*. No entanto, a mesma lei no art. 18, §2º veda o recebimento de benefícios a quem se encontra nessa situação.

A interpretação gramatical revela uma norma proibitiva a todos os segurados, que não sejam empregados: “não haverá direito a qualquer forma de benefício”, uma ofensa frontal ao princípio da contrapartida. A contribuição social não poderia ser cobrada em razão da necessidade de uma comutatividade, decorrente do princípio contributivo, que, como visto, está presente na Constituição.

Outrossim, para os segurados excepcionados (empregados) a lei prevê um plano de benefícios reduzidíssimo.

Quanto à reabilitação profissional, tem-se que é uma obrigação de fazer por parte da Previdência Social. O intuito é o de cobrir o risco de incapacidade, mantendo o aposentado no mercado de trabalho, mesmo que em outra atividade. Ora, a rigor, não há nenhum ganho para o segurado nesses casos, visto que o aposentado deveria poder gozar de sua inatividade remunerada. Se não o faz é porque o benefício é insuficiente para seu orçamento familiar. Portanto, esse serviço ofertado pela Previdência Social evidencia em si mesmo a insuficiência da proteção social garantida pela Constituição.

Já o salário-família é uma obrigação de pagar quantia certa que é devida aos segurados empregados (inclusive os domésticos) e trabalhadores avulsos em razão da existência de

⁵⁰ Um possível argumento seria a tese que hoje se ventila sobre o baixo rendimento do FGTS, mas que não trata de assunto jurídico, e sim econômico.

dependentes, até 14 anos de idade completos. Observa-se que a peculiaridade desse benefício é ser ele devido apenas aos segurados que tenham uma renda abaixo de R\$ 1.212, 64, segundo a Portaria MTPS/MF nº 1, DE 08/01/2016. A cota é de R\$ 29,16 por dependente. De pronto já se verifica que uma parte significativa da população beneficiada se enquadra nos critérios de outros programas assistenciais do Governo Federal, como o Bolsa-Família. Assim, o plano de benefícios destinados ao aposentado empregado é absolutamente insuficiente para ser considerada uma proteção social previdenciária. Apenas uma interpretação má intencionada da norma poderia considerar que o artigo 18, § 2º estabeleceu uma contraprestação com um mínimo de comutatividade. Os críticos da desaposentação admitem como pressuposto que a contribuição não exige uma contrapartida.

Esta delimitação do tema foi uma mudança do projeto original do trabalho de conclusão de curso em razão do voto vencedor no julgamento conjuntos dos RE 381.367, RE 661.256 e RE 827.833, com repercussão geral reconhecida, ter considerado a relação dos segurados do Regime Geral com a Previdência Social estatutária.

A previsão de um plano de benefícios tão reduzidos resulta numa não proteção social efetiva, ou seja, ausência de contraprestação mesmo na situação excepcionada. Apesar de já dispor de seus proventos enquanto aposentado, o salário-família raramente é usado nessa fase da vida, pois os dependentes podem ter no máximo 14 anos. Já se fez menção ao seu caráter assistencial. A reabilitação profissional tenciona manter o segurado no mercado de trabalho, mesmo que em outra ocupação. Quando se trata de segurado obrigatório que já requereu a aposentadoria a conclusão mais óbvia é a de que a cobertura ao risco revela-se insuficiente para manter o padrão remuneratório do aposentado.

Juntando-se as duas normas anteriores e fazendo um raciocínio pode-se entender que o aposentado nessa condição trabalhará na idade avançada, o que é indesejável, apesar de permitido, e ainda sustentará o pretense déficit da Previdência Social através das contribuições sociais. Trata-se de evidente desigualdade de tratamento que, todavia, os críticos da tese da desaposentação parecem ignorar⁵¹.

Esses críticos se escoram na visão legalista de que o estatuto jurídico do aposentado que retorna ao mercado de trabalho veda a desaposentação. Isso decorreria da previsão em lei, que conforme visto se resume na seguinte norma geral: não haverá direito a qualquer forma de benefício decorrente de sua contribuição. O voto contrário adiante explicará melhor essa visão.

⁵¹ Este trabalho tem como escopo apenas os segurados que se aposentam no RGPS. A figura da desaposentação também usada a quem pertence ao RPPS ou pede a troca de um regime para o outro.

A autarquia previdenciária tem negado os pedidos formulados administrativamente com base no Decreto 3.048/1999. O texto do Decreto é: “Art. 181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis.”.

O texto é utilizado como justificativa, mas é ilegítimo. O art. 5º, II da Constituição estabelece as garantias e direitos individuais, dentre as quais: “somente lei pode criar, modificar ou restringir direitos”. Dessa forma, tem-se que o ato administrativo de concessão de benefício não pode ser revisto administrativamente, porém serve como prova do esgotamento da via administrativa para os segurados que movam uma ação na Justiça Federal.

3.3 POSIÇÃO MINORITÁRIA: CONVERGÊNCIA ENTRE A POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A MINORIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Aposentação e aposentadoria apresentam significados distintos. Aposentação é ato administrativo capaz de produzir a mudança do *status* previdenciário do segurado, passando da condição de ativo para inativo. A aposentadoria é o benefício que a pessoa auferir quando passa à condição de inativo. Logo, a aposentadoria surge com a aposentação. (ZAMBITTE, 2011, p.35)

Wladimir Novaes Martinez foi quem cunhou o neologismo desaposentação, que denomina o ato de desconstituição do benefício mantido com vistas a nova aposentação (2014, p. 32).

Para Fábio Ibrahim Zambitte a desaposentação: “traduz-se na possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no Regime Geral de Previdência Social, mediante a utilização de seu tempo de contribuição”. (2011, p. 35)

O benefício de aposentadoria importa numa obrigação de pagar quantia certa. Em suma, benefício é dinheiro. Todo direito patrimonial, em regra, pode ser objeto de renúncia, uma vez manifestada a vontade do titular do direito.

O segurado nessa condição que contribuiu para a Previdência Social com o objetivo de conseguir um melhor benefício de aposentadoria pede o desfazimento do ato concessivo, ou seja, renuncia ao benefício que lhe tinha sido concedido. É importante notar que a intenção do aposentado não é se desfazer do benefício, e sim melhorá-lo. Dentre as formas de extinção do ato administrativo da Teoria dos Atos Administrativos, a Renúncia é instituto de direito privado, sendo decorrente da manifestação de vontade do destinatário do ato administrativo. É

o que acontece quando um agente possui Autorização para uso de um bem público, porém, o agente não tem mais interesse em usá-lo. A renúncia para Celso Antônio Bandeira de Mello (apud SILVA, 2015, p. 87) constitui:

Na extinção dos efeitos do ato ante a rejeição pelo beneficiário de uma situação jurídica favorável de que desfrutava em consequência daquele ato. Exemplo: a renúncia a um cargo de secretário de Estado.

O direito subjetivo a aposentadoria está intimamente ligado ao direito social à Previdência. Trata-se da ideia mais elementar de proteção previdenciária, sendo seu benefício mais característico e de que se trata quase que inteiramente no texto constitucional. Em razão de ser um direito social, o interesse público poderia ser um argumento contra a renúncia a aposentadoria. Esse argumento não é mais usado sequer como argumento de defesa, contudo. Citando André Santos Novaes (apud Martinez, 2008, p. 59) "a disponibilidade não se refere ao direito à aposentadoria em si mesma irrenunciável, mas ao pagamento das mensalidades. O direito ao benefício é de ordem pública, cuja disposição está nas mãos apenas do legislador. Ele é irreversível, o que cessarão são os pagamentos". Assim, o direito subjetivo se mantém no patrimônio jurídico do segurado, pois é irrenunciável. O que cessa serão os pagamentos, valores pecuniários disponíveis.

A renúncia ao direito patrimonial de caráter disponível é completamente cabível em nosso ordenamento. A decisão no Recurso Especial 1.334.488-SC, sedimentou o entendimento da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, firmando a orientação em matéria repetitiva:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. 1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar. 2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para a concessão de posterior e nova aposentação. 3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento. Precedentes do STJ. 4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a desaposentação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE. 5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposentação, mas condicionou posterior aposentadoria ao

ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução. 6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.⁵²

A posição vencedora no Supremo Tribunal Federal levou a criação de uma divergência com a posição majoritária no Superior Tribunal de Justiça quanto a possibilidade do instituto da desaposentação.

No Supremo Tribunal Federal as posições se dividiram em: a) revisão do cálculo de benefício, simplesmente; b) reconhecimento da desaposentação, com aplicação diferenciada do fator previdenciário; c) negativa da tese da desaposentação.

A desaposentação inicialmente estava sendo julgada no Recurso Extraordinário 381-367-RS, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio Mello. Após o voto do relator em 16.9.2010, o ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos, o que interrompeu o julgamento.

Nesse ínterim, a discussão constitucional recebeu reconhecimento de repercussão geral, tendo considerado a existência de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.⁵³

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. § 2º do ART. 18 DA LEI 8.213/91. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO QUE FUNDAMENTOU A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ORIGINÁRIA. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. MATÉRIA EM DISCUSSÃO NO RE 381.367, DA RELATORIA DO MINISTRO MARCO AURÉLIO. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA. Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária para a obtenção de benefício mais vantajoso. (RE 661256 RG, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04-2012)

A provocação original da advocacia no Recurso Extraordinário n. 381.367-RS estava delimitada da seguinte maneira, em excerto do voto do ministro relator Marco Aurélio Mello disponível:

- a) o segurado pode renunciar à aposentadoria?
- b) assim procedendo, fica compelido a devolver os valores recebidos?⁵⁴

⁵² O STJ teve um voto-ressalva sobre a necessidade de devolução dos valores recebidos enquanto aposentado. Essa discussão sobre os efeitos da renúncia ainda não foi tratada no STF, e escolheu-se omiti-la do escopo desse trabalho. O voto ressalva acatava o pedido de renúncia ao benefício.

⁵³ Art. 1.035, §1º do Novo CPC.

⁵⁴ O STF não decidiu sobre esta questão, o que desafia o recurso de Embargos de Declaração. Parte do princípio de a renúncia ter efeito *ex tunc*, retroativo, como quer Wladimir Martinez, ou *ex nunc*, gerando efeitos a partir dela. Cada posição resulta na consequência da obrigação de devolver o valor percebido do primeiro benefício ou não.

c) ante o retorno à atividade, mostra-se possível recalcular a parcela de aposentadoria?

d) é constitucional o artigo 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91 no que, voltando o segurado à atividade, contribui normalmente e apenas tem jus ao salário-família e à reabilitação profissional?

Nesse recurso, a defesa das aposentadas gaúchas alega que a lei fere o disposto no artigo 201, § 11º, da Constituição. O dispositivo estabelece que “os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”.

É triste, mas é isso mesmo: o trabalhador alcança a aposentadoria, mas não pode usufruir o ócio com dignidade, sem decesso no padrão de vida. Ele retorna à atividade e, o fazendo, torna-se segurado obrigatório. Ele está compelido por lei a contribuir, mas contribui para nada, ou, melhor dizendo, para muito pouco: para fazer apenas jus ao salário-família e à reabilitação. Esse é um caso importantíssimo, como da tribuna se anunciou, porque nós temos 500 mil segurados obrigatórios que retornaram à atividade e contribuem como se fossem trabalhadores que estivessem ingressando pela primeira vez na Previdência Social.

Segue o ministro Marco Aurélio, aduzindo que a Constituição afirma o direito subjetivo do cidadão, não podendo a lei reduzir o seu conteúdo:

A disciplina e a remessa à lei são para a fixação de parâmetros, desde que não se mitigue o que é garantido constitucionalmente. O segurado tem, em patrimônio, o direito à satisfação da aposentadoria tal como calculada no ato da jubilação. E, retornando ao trabalho, volta a estar filiado e a contribuir, sem que se possa cogitar de limitação sob o ângulo de benefícios. Por isso, não se coaduna com o disposto no artigo 201 da Constituição Federal a limitação do parágrafo 2º do artigo 18 da Lei nº 8.213/91 que, em última análise, implica nefasto desequilíbrio na equação ditada pelo Diploma Maior.

Não obstante, a posição do Ministro Mello sobre este mesmo parágrafo não é de declarar a sua inconstitucionalidade, veja-se como votou:

Essa conclusão não resulta na necessidade de declarar-se inconstitucional o § 2º do artigo 18 da Lei nº 8.213/91, mas em emprestar-lhe alcance consentâneo com a Carta Federal, ou seja, no sentido de afastar a duplicidade de benefício, mas não o novo cálculo de parcela previdenciária que deva ser satisfeita.

O ministro Barroso também não considerou o artigo inconstitucional, seguindo o ministro Marco Aurélio em seu voto. Cita-se um trecho do voto do Ministro Barroso:

Não sendo vedada pela legislação, a desaposentação é possível. No entanto, à falta de legislação específica – e até que ela sobrevenha –, a matéria sujeita-se à incidência direta dos princípios e regras constitucionais que cuidam do sistema previdenciário. Disso resulta que os proventos recebidos na vigência do vínculo anterior precisam ser levados em conta no cálculo dos proventos no novo vínculo,

sob pena de violação do princípio da isonomia e do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Os dois votos favoráveis à tese da desaposentação se apoiaram na omissão da lei quanto a situação do segurado obrigatório que já requereu seu jubramento. A omissão legislativa se deve a extinção da previsão legal dos pecúlios. Criou-se a figura de segurado que possui apenas deveres com a Previdência Social, sem fazer jus a nenhum direito.

Esses ministros viram uma lacuna no sistema e desenvolveram um novo sentido. Para Karl Larenz, o limite da interpretação *estritamente* considerado se iguala ao desenvolvimento do sentido literal possível. O desenvolvimento do Direito, além desse limite, pode acontecer de maneira a comportar um sentido dentro dos fins da lei – imanente a lei – tendo como função completar lacunas. Se for além desse limite será superador da lei, mas precisa estar conforme o quadro e os princípios diretivos do ordenamento jurídico. (1991, p. 519).

A hipótese da desaposentação poderia ajudar a reverter a tendência da pirâmide demográfica demonstrada, através da inclusão no mercado formal de trabalho dos mais experientes, conforme a conclusão de Fábio Zambitte Ibrahim na obra *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*:

A admissibilidade dessa nova forma de pensar o Direito Previdenciário vai ao encontro da Constituição, a qual traz, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito criado pelo constituinte de 1988, o respeito à dignidade da pessoa humana. Ademais, a mesma Constituição busca ampliar a inclusão previdenciária, objetivo que passa necessariamente pelo estímulo à cotização, que embora compulsória, é frequentemente desprezada pelos segurados, em especial os do RGPS. Somente o adequado respeito à clientela protegida, incluindo aí a interpretação favorável das regras protetivas, poderá efetivamente gerar o estímulo à efetivação do custeio e do funcionamento harmônico do sistema. (2011, p. 98)

O ministro Mello votou favoravelmente aos segurados mas não entrou no mérito da desaposentação⁵⁵, vislumbrando hipótese de mera revisão do cálculo do benefício. Assim, não seria necessária uma ação desconstitutiva da aposentadoria culminando em novo benefício de aposentadoria, bastando ao segurado entrar com uma ação revisional. Ele também descartou a possibilidade de duplicidade de benefício, caso o aposentado lograsse cumprir novamente os requisitos mínimos para a obtenção de outra aposentadoria, dada a vedação de acumulação de benefício no mesmo regime.

⁵⁵O neologismo desaposentação, que denomina o ato de desconstituição do benefício mantido com vistas a nova aposentação

O Ministro Barroso relatou o 2º voto favorável aos segurados no RE 661.256-SC. Em muitas partes ele teve as mesmas posições do Ministro Mello. Em síntese, a renúncia, em consequência de ser a aposentadoria direito disponível, é possível, e o direito subjetivo é preservado em seu patrimônio jurídico, o que lhe possibilita um novo pedido de aposentadoria considerado agora a soma do tempo de contribuição posterior a aposentação. O art. 18º, §2º não se aplica ao caso, constatada a omissão legislativa. A desaposentação não é inconstitucional. Confira-se um trecho:

A figura da desaposentação consiste na renúncia a uma primeira aposentadoria para obtenção de uma nova, em melhores condições, com utilização de contribuições posteriores, pagas em razão da volta à atividade. A Lei nº 8.213/91 – e seu art. 18, § 2º –, não cuida da desaposentação, por ter sido editada ao tempo em que as contribuições posteriores à aposentadoria eram restituídas ao segurado sob a forma de pecúlio.

O Ministro Barroso foi muito feliz ao retomar os fundamentos que informam a Previdência Social, como se vê nos seguintes trechos da ementa:

O Regime Geral da Previdência Social – RGPS, aplicável a todos os trabalhadores da iniciativa privada, é informado por mandamentos constitucionais que incluem o equilíbrio financeiro e atuarial, a isonomia entre os segurados e a justiça intergeracional. O sistema é estruturado em torno de dois vetores: a) o caráter contributivo e (b) o princípio da solidariedade.

A solidariedade decorre, entre outros fatores, do modelo de financiamento, que abrange não apenas as contribuições dos empregados, mas também dos empregadores, além de recursos orçamentários e outras fontes de custeio. O caráter contributivo resulta do pagamento de contribuições pelos empregados, em troca de coberturas a serem fornecidas pelo sistema, que incluem a percepção de proventos com base no tempo e no valor das contribuições.

Em razão do princípio da solidariedade, não se exige uma correspondência estrita entre contribuição e benefício, até porque o sistema ampara pessoas que nunca contribuíram ou contribuíram de maneira muito limitada. Por outro lado, tendo em vista o caráter contributivo do modelo, exige-se algum grau de comutatividade entre o que se recolhe e o que se recebe. Como consequência, não é legítima a cobrança feita ao segurado sem qualquer contraprestação efetiva ou potencial.

A diferença mais notável na posição dos votos vencedores foi que o Ministro Barroso vislumbrou uma ofensa a isonomia na aceitação integral da tese da desaposentação. É que haveria a criação de uma situação em que dois segurados em tudo idênticos, podendo até trabalhar na mesma empresa, nascer e morrer no mesmo dia, estabelecerem relações diferentes com a Previdência Social. Um deles se aposentaria mais cedo e continuaria no serviço para requerer a desaposentação depois; no mesmo dia em que o outro se aposentaria definitivamente. Nesse exemplo, os dois teriam uma relação diferente com a Previdência Social. Em que pese a contribuição de ambos serem idênticas, o primeiro teria recebido a

aposentadoria (em menor valor) por um largo período de tempo até que requeresse a desaposentação. Diante disso, o Ministro propôs uma nova forma de aplicar o Fator Previdenciário aos segurados que pedem a desaposentação. Para garantir uma situação mais igualitária, estabeleceu que o momento da primeira aposentadoria fixaria as variáveis “idade” e “expectativa de vida”. Apenas o “tempo de contribuição” vertido após a aposentadoria seria atualizado, de maneira a refletir a alteração do seu patrimônio jurídico. Além disso, ele tomou uma posição mais cautelosa quanto à possibilidade de uma interpretação criadora de direitos. Fez ressalva à possibilidade de edição de lei pelo Congresso Nacional para deliberar sobre a matéria. Para tanto, deu um prazo de 180 dias de antecedência, período no qual sua decisão não teria efeito. Confira-se:

Até que seja editada lei que trate da matéria, será adotado o seguinte critério: no cálculo dos novos proventos, os fatores idade e expectativa de vida devem ser aferidos com referência ao momento de aquisição da primeira aposentadoria. Tal interpretação se impõe em razão da finalidade de tais fatores à luz do sistema constitucional: graduar o valor dos benefícios em função do tempo estimado de permanência do segurado no sistema. Do contrário, o servidor desaposentado receberia benefícios por prazo muito maior do que os outros segurados com a mesma idade e o mesmo tempo de contribuição.

Tal solução destina-se a colmatar uma lacuna existente no sistema jurídico em relação à desaposentação. Por essa razão, somente será aplicada 180 (cento e oitenta) dias após a publicação do presente acórdão. Nesse intervalo, se os Poderes Legislativo e Executivo entenderem que devem prover diferentemente acerca da matéria, observadas as diretrizes constitucionais aqui traçadas, o ato normativo que venham a editar deverá prevalecer.

Recursos extraordinários aos quais se dá provimento parcial, assentando-se a validade da desaposentação, observada a condição enunciada no item anterior.

Os ministros Marco Aurélio Mello, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski votaram assim, compondo assim a minoria que votou favoravelmente aos segurados do Regime Geral de Previdência.

3.4 POSIÇÃO MAJORITÁRIA: FIXAÇÃO DA TESE CONTRÁRIA À DESAPOSENTAÇÃO PELO STF

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias. Não havendo, por ora, previsão legal do direito à “desaposentação”, reconheceu-se a constitucionalidade da regra do artigo 18 parágrafo 2 da lei 8213/91.

Essa posição foi levantada na discussão do mérito na sessão do dia 29 de outubro de 2014 pelo Ministro Teori Zavascki. Com a aposentação, o indivíduo se investe em uma

diferente situação jurídica do ingressante no Regime Geral. Com isso seu *status jurídico* é alterado, sua situação jurídica não é a mesma. Ele viu no estatuto jurídico do aposentado que retorna ao mercado de trabalho uma relação estatutária, ou seja, não condizente com a autonomia da vontade, que rege apenas situações subjetivas, e não gerais, normatizadas por lei e destinadas a categorias profissionais. Confira-se uma parte da transcrição:

A jurisprudência assenta que, ao contrário dos direitos subjetivos oriundos de situações individuais, que nascem e se aperfeiçoam segundo cláusulas legitimamente estabelecidas pela manifestação de vontade, tornando-se ato jurídico perfeito, insuscetível de modificação que não a decorrente de outro ato de vontade, devendo como tal ser respeitado por lei superveniente. Nas situações jurídicas estatutárias os direitos subjetivos somente nascem, ou seja, somente se tornam adquiridos, quando inteiramente aperfeiçoados os requisitos próprios previstos na **LEI** ou ato-condição. Por isso mesmo, essa Suprema Corte tem enfatizado sistematicamente, desde longa data, não há direito adquirido a regime jurídico. O servidor pode adquirir direito a permanecer no serviço público mas não adquirirá nunca o direito ao exercício da mesma função, no mesmo lugar, nas mesmas condições.

(...)

Diz mais o Supremo, enquanto não completado o período aquisitivo correspondente, não há direito adquirido à licença-prêmio, ou a sua conversão em dinheiro, nada impedindo que o legislador modifique ou mesmo extinga tais vantagens.

(...)

Não há direito adquirido a vantagem prevista em lei enquanto não implementada a condição temporal que a autoriza e também por isso se afirma, para o que interessa ao caso em julgamento, que a aposentadoria se regula pela lei vigente ao tempo em que foram implementados todos os requisitos necessários. Antes disso, não há direito adquirido a manutenção de eventuais benefícios previstos ao início ou no curso de formação desses requisitos, nada impedindo que a legislação seja alterada com a modificação do regime vigente. A jurisprudência é sedimenta no STF⁵⁶.

(...)

No âmbito do Regime Geral de Previdência, que é estatutário, os direitos subjetivos estão integralmente disciplinados pelo ordenamento jurídico, são aqueles e tão somente aqueles previstos no referido estatuto, segundo a qualificação jurídica que lhes foi atribuída no momento em que implementados os requisitos necessários a sua aquisição.

(...)

Isso significa, e essa é a conclusão a que eu queria chegar, que a ausência de proibição a obtenção ou ao usufruto de certa vantagem não pode ser lida como afirmação do direito subjetivo em exercê-la, na verdade, dada a natureza institucional do Regime Geral, a simples ausência de previsão estatutária do direito equivale à inexistência de prestação por parte da Previdência Social. (grifou-se)

Elisa Maria Corrêa Silva em sua obra *“Inconstitucionalidade da Desaposentação”*⁵⁷ aduz que o ato jurídico perfeito: “constitui garantia das ‘expectativas de comportamento’ e, nessa conotação, não se restringe ao beneficiário direto do próprio ato, mas a qualquer que seja o atingido pela modificação ilegítima dessas expectativas (2014, p. 112).

⁵⁶ O Supremo Tribunal Federal consagrou jurisprudência, de natureza quase principiológica, segundo a qual “não há direito adquirido a regime jurídico” (RE 227755 AgR-CE)

⁵⁷ Serão utilizados os argumentos deste livro para demonstrar a tese vencedora no Supremo Tribunal Federal, uma vez que até o momento não se publicou a decisão sobre a constitucionalidade do art. 18, §2º no site do STF.

Ela segue a tese alertando para a possibilidade de fraudes ao sistema com acatar a tese da desaposentação:

Se a desaposentação, no contexto majoritário, nunca prejudica o segurado, pode, porém, prejudicar outros envolvidos que tenham a expectativa frustrada. Tanto que os autores costumam vinculá-la a objetivos nobres: ‘a motivação deve estar presente e ser juridicamente nobre, não se admitindo a desaposentação com o intuito de prejudicar terceiros, como, por exemplo, esquivar-se do pagamento de pensão alimentícia’ (...)

Ademais, o impedimento à desaposentação não reside no ato jurídico perfeito de aposentação, nem no direito adquirido a aposentadoria, mas no caráter concreto desse primeiro ato, que se exaure assim que produzido. (2014, p. 112).

Para a Procuradora Federal, os argumentos em defesa da tese se enquadram no *juízo de justificação*, um conceito de Klaus Günther (apud SILVA, 2014, p.32). Segundo ele:

Em um juízo de justificação questiona-se a validade e a legitimidade da norma. Tal validade é aferida através do teste de universalidade, que garante a participação de todos os possíveis afetados pelas consequências e efeitos colaterais previsíveis da aplicação da norma em um espaço discursivo, com o fim de alcançar o consenso, conferindo-lhe legitimidade”.

A ele se opõe o *juízo de aplicação*, que parte da norma decorrente do juízo de justificação e, por isso, válida *prima facie*. O fim do juízo de aplicação é escolher a norma mais apropriada à situação concreta, não verificar a validade ou legitimidade da norma. Para Günther (apud SILVA, 2014, p. 33):

O emprego do juízo de aplicação garante uma decisão imparcial – consistente aplicação apropriada de uma norma válida – portanto, legítima, pois a validade da norma aplicada decorre da garantia de participação discursiva de todos os destinatários no seu processo de produção. Dada a diferença de objetivos entre os juízos de justificação e de aplicação, são eles relacionados, respectivamente, aos processos legislativo e jurisdicional.

Conclui o autor pela impossibilidade do judiciário utilizar de argumentos de validade, pré-legislativos, para criar norma universal, pois: “a fixação de meio e fins é tarefa que cabe aos co-partícipes do processo legislativo, não aos aplicadores jurídicos”

Por fim, em uma das poucas manifestações sobre o tema que fez ao público, o ministro Dias Toffoli informou ao portal de notícias do STF sua posição. Seu voto foi no mesmo sentido do Ministro Teori Zavascki, tendo repetido os argumentos sobre o princípio da legalidade e o estatuto jurídico do aposentado que retorna ao mercado de trabalho. A ausência de lei prevendo um benefício nessa situação não pode ser contornada pela via judicial. O sistema de repartição simples não prevê reservas individuais, típica do modelo contributivo,

sendo que as contribuições da população ativa sustentam os benefícios atuais. A contribuição dos segurados nessa situação garante a solidariedade do Regime Geral:

Essas normas deixam claro que, a partir da extinção dos pecúlios, essas contribuições efetuadas pelos aposentados destinam-se ao custeio atual do sistema de seguridade, e não ao incremento de um benefício para o segurado ou seus dependentes”, não haveria direito subjetivo, por não prever em lei desaposentação.

Os ministros Dias Toffoli, Teori Zavascki, Luís Fux, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Celso de Mello e a presidente Carmen Lúcia votaram pela constitucionalidade do art. 18, §2º, e no dia 29 de outubro de 2016 foi firmada a tese vencedora por maioria no Supremo Tribunal Federal:

O Tribunal fixou tese nos seguintes termos: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”. O Ministro Marco Aurélio não participou da fixação da tese. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, e, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 27.10.2016.

CONCLUSÃO

Neste Trabalho de Conclusão de Curso propôs-se revisitar alguns dos conceitos fundantes da Previdência Social com vistas à solução de um caso bastante polêmico: a condição do segurado obrigatório que já requereu sua jubilação, mas que permanece trabalhando e contribuindo em virtude da sua compulsoriedade.

Inicialmente, não se vislumbrava que o julgamento do mérito poderia ocorrer ainda nesse semestre. Isso agregou uma riqueza ao trabalho no sentido de exercitar a pluralidade de opiniões sobre o tema. Algumas questões foram sendo colocadas de última hora e poderiam ser melhor discutidas se dispuséssemos de todo o material publicado no site do STF. Mesmo entrando em contato com o email institucional não foi possível receber a íntegra dos votos.

Omitiu-se um dentre os objetivos originais desse Trabalho que era a discussão sobre os efeitos da renúncia ao benefício. O ministro Barroso foi o único que se manifestou a respeito, tendo declarado ver efeitos não retroativos nessa renúncia. O ministro Mello tomou posição diversa da desaposentação, adotando a visão de revisão de cálculo do valor de benefício. Já a maioria não decidiu sobre o ponto. Ocorre que com a rejeição da tese, ainda poderão os segurados serem obrigados a devolver o que receberam, após decisões favoráveis na Justiça Federal e no Superior Tribunal de Justiça. Essa consequência seria perniciosa para a segurança jurídica, e poderá ser levantada em Embargos de Declaração, dada sua omissão. Caso seja essa a posição adotada, o STF inaugurará outra divergência histórica, agora com sua própria jurisprudência, exigindo a devolução de valores recebidos de boa-fé e com caráter alimentar.

Uma das motivações do Trabalho, presentes no Projeto de Pesquisa, foi analisar o tema sob uma ótica diferenciada da que o autor estava acostumado, tendo estagiado na Procuradoria Geral Federal, órgão da AGU, em 2013. A partir daquela experiência foi possível notar que há uma grande preocupação entre todos os profissionais jurídicos em resguardar a viabilidade financeira da Previdência Social. Muitos processos envolvem devolução de quantias milionárias que foram sonegadas.

Outros casos, porém, são menores e as posições adotadas pelos Procuradores Federais parecem estender demasiadamente o processo, com vistas a uma prorrogação do prazo para o pagamento da dívida. O caso da desaposentação envolvia todos esses fatores.

A rapidez na solução do caso parece ter sido um compromisso da nova ministra presidente do STF, ministra Carmen Lúcia, que tão logo assumiu quis pautar para julgamento

esse caso, que se arrastava desde 2010, quando do voto do Ministro Mello, ainda sem a repercussão geral reconhecida. A tese fixada nos surpreendeu negativamente, tanto pelo seu resultado como pelos fundamentos que trouxe.

Dentro das possibilidades imaginadas para resolver esse impasse entre viabilidade da Previdência Pública, atacada de todos os lados, e os direitos dos segurados, imaginávamos a possibilidade de um posicionamento contrário ao adotado pelo STF. A afirmação de uma lógica contributiva, reforçando a ideia da importância de contribuição poderia criar um incentivo à contribuição do aposentado, aumentando a receita da Previdência Social. Mas uma afirmativa desse porte poderia ser perigosa do ponto de vista dos direitos dos segurados, pois aproximaria a Previdência Pública da Previdência Privada, sem uma garantia de proteção universal.

Não obstante, o risco de quebra e de perda do poder aquisitivo dos benefícios diminuiria, caso se adotasse uma maior proporcionalidade entre o que contribuem os segurados e o que da Previdência recebem. É possível ver em muitos casos que a Previdência foi pautada por regras muito permissivas durante as décadas passadas, e isso se verifica em cada processo em que se atua na Justiça Federal, com as diferentes regras que cada litigante é sujeito, mesmo que permaneça numa mesma profissão durante todo seu histórico contributivo.

A solução que teve a adesão da minoria também nos pareceu bastante adequada a todo o sistema securitário, tendo valorizado a extensa produção doutrinária e a jurisprudência que se produziu no âmbito da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Tanto a proposta de revisão dos benefícios, como o modelo previsto na lei portuguesa, quanto à da aplicação de um fator previdenciário diferenciado para o aposentado que requer a desaposentação valorizou os princípios e os fundamentos da Seguridade Social. Não vimos qualquer problema com a “criação de direito” por parte do Tribunal, uma vez que a hermenêutica permite a integração de lacunas.

Tendo em vista a proposta de analisar a questão com ótica favorável ao segurado, além do ponto de vista adquirido no estágio como advogado público, houve um certo desencanto com a solução dada pelo STF. Haveria a possibilidade de situação *win-win*, em que se aumentaria a arrecadação da Previdência e também haveria avanço da proteção social. Desafortunadamente, os aposentados que retornam ao mercado de trabalho continuarão sem ter direito a uma nova prestação, mesmo que realizem todas as suas contribuições. O que parece temerário, uma vez que muitos aposentados podem simplesmente optar por não recolher nada aos cofres da previdência. Em especial os segurados que não são empregados, e

que precisam declarar suas contribuições ao sistema, sendo muito difícil a sua fiscalização pela Receita Federal dada a numerosa quantidade de pequenos comerciantes, artesãos, agricultores, pescadores, cuja atividade é autônoma.

A discussão sobre o estatuto jurídico dos segurados levanta algumas questões que não foram resolvidas. Mesmo que passe a ser considerado um aposentado, ele também é filiado ao Regime Geral em razão da atividade remunerada que desenvolve. Assim, a sua relação com a Previdência é dupla: de um lado tem a sua aposentadoria garantida como obrigação da Previdência Social, e de outro possui uma relação tributária com o fisco, contribuindo normalmente. Não nos parece que uma questão interfira na outra, ou que não possam ser harmonizadas.

A valorização exacerbada da lei, quase um fetiche pela legalidade, demonstrada pela maioria entra em confronto com uma visão principiológica e derivada da própria Constituição Federal. Pareceu-nos que a posição adotada preferiu interpretar a Constituição de acordo com a lei, *estricto sensu*, em vez de fazer o contrário.

O entendimento pelo privilégio ao regime de repartição simples, em que as receitas atuais financiam os benefícios dos inativos, tampouco parece suficiente para justificar uma não contributividade do sistema. Aliás, em que pese a opinião dos ministros, a EC 20/1998 tinha declaradamente essa intenção. A inexistência de um fundo não implica automaticamente na negativa do direito. Em razão da técnica do orçamento diferenciado, e do superávit da Previdência Social demonstrado no capítulo dois, bastaria criar uma dotação no orçamento específico da Seguridade Social para o pagamento da majoração dos benefícios decorrentes da desaposentação. A técnica de que se utiliza o administrador para prover os recursos não tem uma relação tão direta quanto os Ministros pretendem, a nosso sentir. A solidariedade, princípio e fundamento da Seguridade Social, ter sido usada como argumento para a negativa de direitos previdenciários foi uma verdadeira surpresa retirada das nossas pesquisas. Como dito, entendíamos que havia um risco de afirmar-se o princípio contributivo, com seus ônus e bônus.

Esta defesa discutível do princípio da solidariedade pareceu trabalhar antes a consequência do que as causas do problema. O problema sendo o direito subjetivo do segurado, que foi denegado pela alteração legislativa em 1994, e a consequência de uma melhor proteção social, pensando apenas como receitas e despesas, seria o aumento dos dispêndios públicos. A causa de toda a discussão jurídica, o interesse jurídico surge da necessidade de contribuições. Haveria a possibilidade lógica de declarar a desnecessidade de contribuição dos segurados nessa condição. Nada mais justo, afinal desde a extinção dos

Pecúlios, não existe qualquer contrapartida a justificar suas contribuições. Não houve quem defendesse essa tese, no entanto, ainda que as divergências tenham sido muitas.

Dessa maneira, a interpretação dada pelo STF pareceu ser o pior cenário, do ponto de vista do segurado. O indivíduo terá que contribuir obrigatoriamente e não fará jus a nenhum benefício. Invocando os elementos apreendidos no início deste Trabalho, enquanto ainda se definiam as funções de Assistência e Previdência Social, a posição favorável ao fisco parece fazer *caridade com o bolso alheio*, exigindo contribuições para custear os benefícios atuais para qual não fez previsão de dispêndio e sem oferecer ao contribuinte qualquer contraprestação em retribuição.

No intuito de mostrar ao mercado o comprometimento com a rigidez da meta fiscal, deturpou-se o sistema principiológico do direito previdenciário. Sendo assim, o orçamento da Seguridade Social continuará a abastecer os cofres do orçamento geral com fins muitas vezes duvidosos, deixando de lado sua função redistributiva – que, considerada a necessidade dos aposentados que trabalham – poderia ser realizada.

Acreditamos que as razões jurídicas estavam da posição minoritária ofereciam uma visão mais ponderada e convergente com os princípios de direito previdenciário, enquanto a posição vencedora no STF, ao desprezar toda a história do instituto da desaposentação através da luta da advocacia privada e da aceitação que essa teve nos tribunais do país, curvou-se a demandas do Executivo, o que resulta em conflito entre os poderes. Há contudo a possibilidade de, no futuro o STF rever sua posição, ou mesmo uma lei ser criada que devolva ao instituto da desaposentação sua legitimidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMADO, Frederico di Trindade. *Direito previdenciário*. 6. Ed. Salvador: Juspodium, 2015.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ALBUQUERQUE, Marcos Cintra C. de (org.). *Tributação no Brasil e o imposto único*. São Paulo: Makron Books, 1994.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal do estado social*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. Decreto n. 3.048 de 6 de maio de 1999. *Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm.
- _____. Lei n. 8.212 de 24 de julho de 1991. *Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências*. Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm.
- _____. Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. *Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências*. Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm.
- _____. Projeto de lei 199 de 1995. *Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das leis 8212 e 8213, ambas de 24 de julho de 1991, e da outras providencias*. Disponível em:
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=173031>
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão* nº 1.334.488. Diário Oficial da União. Brasília, 04 dex. 2013.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão* nº 381.367. Diário Oficial da União. Brasília, 16 set. 2010.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão* nº 661.256. Diário Oficial da União. Brasília, 17 nov. 2011.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- DIEESE. *Pesquisa de emprego e desemprego*. Disponível em:
<http://www.dieese.org.br/analisedped/ped.html>
- DO TOBIN TAXES ACTUALLY WORK? The Economist. Disponível em:
<http://www.economist.com/blogs/economist-explains/2013/09/economist-explains-1>.

DORIGO, Giampaolo; VICENTINO, Cláudio. *História para o ensino médio*. 1. Ed. São Paulo: Scipione. 2002.

FEIJÓ COIMBRA, Jorge Reis. *Direito previdenciário brasileiro*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *et al.* *Liberdades públicas*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978.

FUSFELD, Daniel R. *A era do economista*. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOES, Hugo de Medeiros. *Manual de direito previdenciário: teoria e questões*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Ferreira, 2013.

SILVA, Elisa Maria Corrêa. *Inconstitucionalidade da desaposentação*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum editora. 2014.

GENTIL, Denise Lobato. *A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira – Análise financeira do período 1990–2005*. 358 p. Tese (doutorado em Ciências Econômicas) – Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas (CCJE) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, v. 3: contratos e atos unilaterais*. 10. Ed. São Paulo: Saraiva 2013.

GUIMARÃES, Ulysses. *Discurso do Presidente da Assembleia Nacional Constituinte*. 23 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-\(10-23\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/CAMARA-E-HISTORIA/339277-INTEGRA-DO-DISCURSO-PRESIDENTE-DA-ASSEMBLEIA-NACIONAL-CONSTITUINTE,-DR.-ULYSSES-GUIMARAES-(10-23).html)>. Acesso em 10 de outubro de 2016.

_____. *Direito civil brasileiro, volume 2: Teoria Geral das Obrigações*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Coimbra. Fundação Calouste Gulbenkian. 1991. 728p.

HOBBSAWM, E. J. *A era do capital: 1848-1875*. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010. 459p

_____. *A era dos impérios: 1875-1914*. 13. ed. rev. São Paulo: Paz e Terra, 2010. 583 p.

IBGE. *Estimativas populacionais para os municípios e para as Unidades da Federação brasileiros em 01.07.2016*. Disponível em: <http://ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2016/default.shtm>

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Desaposentação*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2014.

PORTAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. *Serviços do INSS* Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/servicos-ao-cidadao/todos-os-servicos/peculio/>

ONU. *Declaração universal dos direitos humanos*. 1948. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 14 de outubro de 2016.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Teorias globais e suas revoluções*. Ijuí: UNIJUI, 2005. 3v.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SAVARIS, José Antônio. *Início do julgamento da desaposentação pela Suprema Corte* (RE 661256 e RE 381367). 2014. Disponível em: <<http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2014/10/inicio-do-julgamento-da-desaposentacao.html>>. Acesso em: 12 out. 2014.⁵⁸

SOSTER, Celso Antônio. *Direito tributário fiscal*. 2. ed. Canoas: Vendramim, 1992.

TANAKA, Eduardo. *Direito previdenciário*. 1. Ed. São Paulo: Forense, 2015.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regimes próprios de previdência social*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. xx, 623 p.

VANZELLA, Elídio; LIMA NETO, Eufrásio de Andrade; SILVA, César Cavalcanti da. A Terceira Idade e o Mercado de Trabalho. *Revista Brasileira de Ciências da Saúde*, v. 14, n. 4, p.97-100, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/rbcs/article/view/7199/5692>>. Acesso em: 28 março de 2016.

ZAMBITTE, Fábio Ibrahim. *Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria*. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

⁵⁸ Disponibilizou o voto do ministro Barroso, ainda não publicado.