

NOVA APOSENTADORIA: O DIREITO À DESAPOSENTAÇÃO, ARGUMENTAÇÕES E JURISPRUDÊNCIAS

Autor: LIMA, Mário Rodrigues de

RESUMO: Este artigo tem como objetivo trazer o conceito, os argumentos e os fundamentos legais que podem dar embasamento favorável ao direito dos aposentados que continuaram contribuindo com a Previdência Social a renunciarem de seu benefício, para que em ato contínuo seja recalculada nova aposentadoria, computando-se a totalidade dos recolhimentos, inclusive posteriores, levando-se em conta ainda o novo Fator Previdenciário, no intuito de obter benefício mais vantajoso.

Introdução

Sabemos que, atualmente, aposentar-se, seja por idade ou devido ao tempo de contribuição, muitas vezes não é sinônimo de inatividade profissional.

Isso se dá pelo fato de que, na grande maioria dos casos, o contribuinte que obtém o benefício o auferem em valores menores em relação a seu salário, ou seja, torna-se extremamente árdua a tarefa de continuar sustentando a subsistência própria e dos familiares, afinal, a renda mensal tende a diminuir.

Desse modo, é cada vez maior o número de aposentados que continuam exercendo atividade laborativa com CTPS devidamente assinada, para que consigam melhores rendimentos, afinal, dessa maneira, conseguem obter salário e benefício conjuntamente.

A consequência gerada por essa situação é de que, mesmo após conseguir atingir a aposentadoria, ao trabalhador não é facultativo continuar recolhendo com a Previdência Social, mas tão somente uma obrigação, conforme aduz o art. 195, II, da Constituição Federal:

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

(...)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201."(1)

Vejamos, então, a situação destes contribuintes: encontram-se devidamente aposentados, recebendo o benefício cujo cálculo se deu sobre seu tempo de contribuição ou sua idade, levando em conta ainda o chamado "Fator Previdenciário" da época em que se deu o feito; entretanto, continuaram trabalhando e recolhendo devidamente aos cofres da Seguridade Social, desse modo, pretendem ver sua aposentadoria recalculada, sob alegação de que sua contribuição, se considerada em sua totalidade (incluindo-se as contribuições realizadas depois de se aposentarem), terá uma majoração significativa.

Ademais, no atual momento o contribuinte possuirá um Fator Previdenciário também mais vantajoso.

Essa é basicamente a argumentação que embasa milhares de aposentados a tentarem obter seu novo benefício nas muitas demandas que já tramitam no Poder Judiciário.

1 Conceito

Dadas as considerações iniciais, podemos conceituar a Desaposentação como "uma nova aposentadoria" concedida ao aposentado, aproveitando-se a totalidade de suas contribuições, incluindo aquelas efetuadas após aposentar-se.

É o ato de renúncia do contribuinte ao benefício adquirido, para que seja desfeito o Ato Administrativo, e concedido novo em seu lugar, mais vantajoso, por computar-se as contribuições posteriores.

2 Do Procedimento

Primeiramente, é imperioso ressaltar que o INSS indefere todas as tentativas de obter-se a nova aposentadoria administrativamente, e, atualmente, o único modo de conseguir tal benefício é pelas vias judiciais,

mas, mesmo assim, o sucesso na demanda varia muito, pois os entendimentos não se encontram pacificados.

A principal alegação da Previdência para a negativa é a falta de fundamentação expressa em lei, e que sendo este um ato administrativo plenamente vinculado, não cabe ao órgão público analisar se a situação é conveniente ou oportuna à Administração Pública, sendo esta apenas uma cumpridora de leis (princípio da legalidade).

Vale lembrar, ainda, que muitas vezes os magistrados entendem que a pretensão do contribuinte é plenamente aceitável, desde que ele devolva todos os valores recebidos (efeito extunc), para que assim possa ser recalculado o novo benefício como um todo, e dali para frente é que o contribuinte passaria a receber o benefício mais vantajoso.

3 Da Argumentação

Nas demandas que já conseguiram obter o julgamento favorável, as principais argumentações foram:

3.1 Trata-se de Direito Disponível

Uma vez que indubitavelmente a aposentadoria seja um Direito adquirido personalíssimo, nada obsta do beneficiado de renunciar. Nesse sentido, resta configurado que esse é um direito disponível, o que faz com que o possuidor de tal benefício possa usar e dispor como quiser, inclusive para se desaposentar.

De acordo com Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari:

"A desaposentação é o direito do segurado ao retorno à atividade remunerada, com o desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário."

(2)

Cumprido informar que mesmo que consideremos este como um ato jurídico perfeito, a Previdência jamais poderá prejudicar o contribuinte, vejamos o que aduz a nossa Carta Magna a respeito do tema:

"Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada." (3)

3.2 Não Há Desequilíbrio Financeiro ou Atuarial

Defende-se a tese de que não se é justo ou harmonioso que a Previdência receba valores superiores aos repassados ao contribuinte, vetando-o de auferir o benefício calculado sob tudo o que foi recolhido.

Nas palavras do ilustre Fábio Zambitte Ibrahim:

"Segurança jurídica de modo algum significa a imutabilidade das relações sobre as quais há incidência da norma jurídica, mas, muito pelo contrário, a garantia da preservação do Direito, o qual pode ser objeto de renúncia por parte de seu titular em prol de situação mais benéfica."(4)

Ressalta-se, ainda, que a Seguridade Social "não esperava" que fosse continuar recebendo contribuições de alguém que já se aposentou, e que, portanto, tal feito não configuraria um rombo aos cofres públicos, tampouco desequilíbrio, mas a única forma de equilibrar a relação jurídica.

3.3 Da Legalidade na Aposentadoria

A aposentadoria já adquirida se deu na forma da lei, sem fraudes, eivada de boa-fé, ou seja, o contribuinte fez jus ao recebimento do benefício.

3.4 Do Caráter Alimentício da Aposentadoria

Os valores da aposentadoria recebida pelo autor destinam-se a prover a subsistência do aposentado.

É pacífico o entendimento de que os valores recebidos mensalmente a título de aposentadoria têm natureza alimentar, ficando, portanto,

protegidos pelo princípio da irrepetibilidade ou da não devolução dos alimentos.

Tal posicionamento vem sendo adotado pelos tribunais pátrios, entre eles o Superior Tribunal de Justiça (STJ), vejamos:

"Uma vez reconhecida a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, é inadmissível a pretensão de restituição dos valores pagos aos segurados, em razão do princípio da irrepetibilidade ou da não devolução dos alimentos." (STJ, AgRg-REsp 692.817/RS, Quinta Turma, Rel^a Min^a Laurita Vaz, j. 19.04.05, DJU 16.05.2005, p. 397; STJ, AgRg-REsp 697.397/SC, Quinta Turma, Rel^a Min^a Laurita Vaz, j. 19.04.05, DJU 16.05.05, p. 399)

Também a respeito do tema, lecionou o ilustríssimo Pontes de Miranda, in verbis:

"Os alimentos recebidos não se restituem, ainda que o alimentário venha decair da ação na mesma instância ou em grau de recurso." (5)

4 Da Jurisprudência

Os egrégios Tribunais pátrios já se manifestaram positivamente a respeito do tema, vejamos:

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. APOSENTADORIA. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO. RECURSO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se firmado no sentido de que é plenamente possível a renúncia de benefício previdenciário, no caso, a aposentadoria, por este ser um direito patrimonial disponível.

2. O tempo de serviço que foi utilizado para a concessão da aposentadoria pode ser novamente contado e aproveitado para fins de concessão de uma posterior aposentadoria, num outro cargo ou regime previdenciário.

3. Recurso provido." (STJ, RMS 14.624/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 30.06.05, DJU 15.08.05, p. 362)

A Turma Recursal do Juizado Especial Federal do Estado do Sergipe também manifestou-se:

"1. RELATÓRIO:

Trata-se de recurso inominado interposto pela parte autora contra a sentença na qual foi julgado improcedente o seu pedido de desaposentação.

Nas razões do recurso, o recorrente sustenta, em síntese, que se desaposentação é um direito do segurado que retorna a atividade remunerada cujo objetivo é possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso, ele que se aposentou por tempo de contribuição e continuou a trabalhar após a concessão desse benefício.

Por fim, defende que não há óbice legal à desaposentação, posto que se trata de renúncia à aposentadoria e não a sua revisão. Em complemento, alega que não é necessária a devolução das contribuições já percebidas, haja vista que não há afetação do equilíbrio financeiro e atuarial, pois somente agregará ao novo cálculo o tempo de contribuição efetivamente vertido sem a invalidação das contribuições passadas.

2. FUNDAMENTAÇÃO:

A controvérsia estabelecida nos autos cinge-se em aferir a possibilidade de a parte autora renunciar à aposentadoria já concedida no Regime Geral da Previdência Social, seguida da imediata implantação de novo jubramento, no mesmo regime, em que se considere, para fins de apuração do valor do novo benefício, também, além do tempo de serviço e contribuições que ensejaram a concessão do primeiro amparo, o tempo de serviço e contribuições vertidas à Previdência Social concomitantemente à percepção dos proventos do benefício que se pretende renunciar, sem necessidade de devolução dos proventos recebidos a esse título.

3. DISPOSITIVO:

Ante todo o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento, condenando o INSS a cancelar o benefício de aposentadoria por tempo de

contribuição deferida em 10.07.95 desde a data do ajuizamento desta ação, qual seja 07.03.2012, concedendo ao autor, desde então, novo benefício de aposentadoria, considerando, além do tempo de contribuição utilizado no benefício anteriormente concedido, o período contributivo posterior à sua concessão, devidamente comprovado por meio da CTPS, anexo 05, de 06.12.95 a 02.10.00 e de 01.11.00 a 06.03.2012 (dia anterior ao ajuizamento da ação, pois não consta anotação de saída do emprego).

Eventuais diferenças a serem apuradas pelo setor de cálculos judiciais do juízo de origem, nos termos do manual de cálculos da Justiça Federal, procedendo-se aos descontos dos valores percebidos a título da aposentadoria que lhe antecedeu e observado o valor de alçada dos JEFs.

Sem custas. Condeno a parte recorrida, vencida, em honorários advocatícios no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observado o disposto na Súmula nº 111 do STJ.

É como voto.

Fábio Cordeiro de Lima - Juiz Federal Relator

ACÓRDÃO

A Turma Recursal dos JEFs da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, à unanidade, deu provimento ao recurso.

Participaram da sessão os juízes Carlos Rebêlo Júnior, Fábio Cordeiro de Lima e Edmilson da Silva Pimenta." (TRJEF-SJSE, Processo 0504200-42.2011.4.05.8500, Rel. Juiz Fed. Fábio Cordeiro de Lima, j. 04.05.2012)

Conclusão

Concluimos então, que o contribuinte aposentado, que continua a trabalhar e a recolher com os cofres da Previdência Social pode tentar recalcular seu novo benefício, mais vantajoso, embora isso ainda se dê apenas nas esferas judiciais.

O entendimento não encontra-se pacificado, e diversos julgamentos obtiveram sucesso, assim como alguns foram improcedentes.

Cabe ao operador do Direito averiguar se seu cliente se enquadra nos casos que se beneficiariam com a nova aposentadoria, para, então, ajuizar a demanda, e, assim, conseguir o sucesso na lide.

Referências Bibliográficas

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 7. ed. São Paulo: LTR, 2006.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Desaposentação. Niterói: Impetus, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Bookseller. Tomo 9, 2000.

Notas

(1)BRASIL. Constituição de República Federativa. Brasília, 1988.

(2)CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 7. ed. São Paulo: LTR, 2006. p. 543.

(3)BRASIL. Constituição da República Federativa. Brasília, 1988.

(4)IBRAHIM, Fábio Zambitte. Desaposentação. Niterói: Impetus, 2005. p. 35-36

(5)PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Bookseller. Tomo 9, 2000. p. 288.

Fonte:http://www.editoramagister.com/doutrina_25410822_NOVA_APOSENTADORIA_O_DIREITO_A_DESAPOSENTACAO_ARGUMENTACOES_E_JURISPRUDENCIAS.aspx