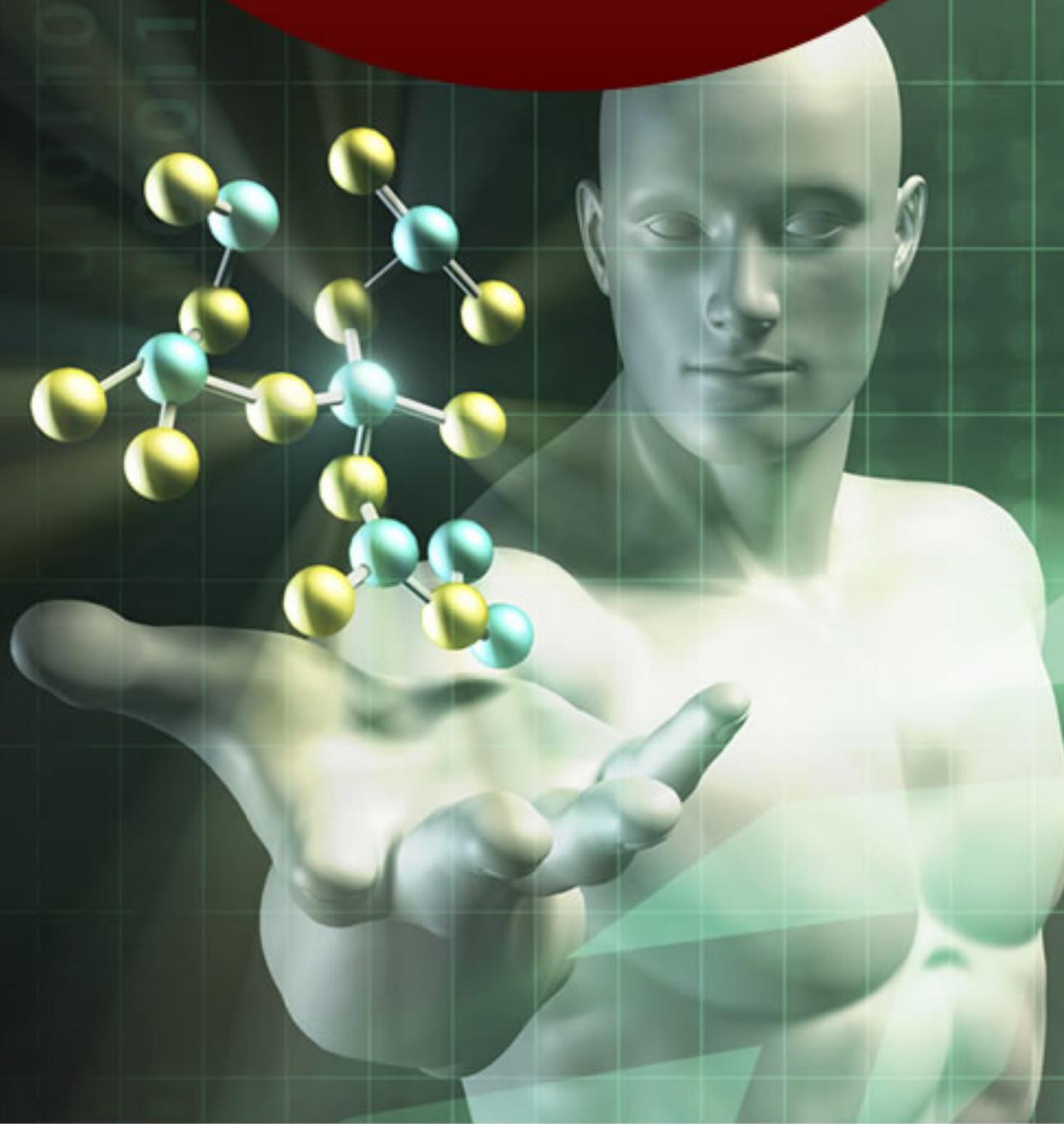


Fenômenos Sociais e Direito

Kátia Lopes Mariano
(Organizadora)



**Kátia Lopes Mariano
(Organizadora)**

FENÔMENOS SOCIAIS E DIREITO

Atena Editora

2017

2017 by Kátia Lopes Mariano
Copyright © da Atena Editora
Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Edição de Arte e Capa: Geraldo Alves
Revisão: Os autores

Conselho Editorial

Prof. Dr. Álvaro Augusto de Borba Barreto (UFPEL)
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho (UnB)
Prof. Dr. Carlos Javier Mosquera Suárez (UDISTRITAL/Bogotá-Colombia)
Prof. Dr. Constantino Ribeiro de Oliveira Junior (UEPG)
Prof. Dr. Gilmei Francisco Fleck (UNIOESTE)
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza (UEPA)
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa (FACCAMP)
Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior (UFAL)
Profª Drª Adriana Regina Redivo (UNEMAT)
Profª Drª Deusilene Souza Vieira Dall'Acqua (UNIR)
Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson (UTFPR)
Profª Drª Ivone Goulart Lopes (Istituto Internazionale delle Figlie de Maria Ausiliatric)
Profª Drª Lina Maria Gonçalves (UFT)
Profª Drª Vanessa Bordin Viera (IFAP)

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

F339

Fenômenos sociais e direito / Organizadora Kátia Lopes Mariano. –
Ponta Grossa (PR): Atena Editora, 2017.
391 p. : 4.549 kbytes

Formato: PDF
ISBN 978-85-93243-34-9
DOI 10.22533/at.ed.3492208
Inclui bibliografia.

1. Cidadania. 2. Direito - Filosofia. 3. Direitos fundamentais.
4. Problemas sociais. I. Mariano, Kátia Lopes. II. Título.

CDD-323.6

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos seus respectivos autores.

2017

Proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem autorização da Atena Editora
www.atenaeditora.com.br
E-mail: [contato@atenaeditora.com.br](mailto: contato@atenaeditora.com.br)

Apresentação

O Direito é um fenômeno que se verifica na realidade social e serve como um instrumento de mudança na ordem social. Os fenômenos sociais aliados à interdisciplinaridade das ciências sociais nos levam a um estudo de realidades sociais, políticas e econômicas distintas, contribuindo para o enriquecimento do conhecimento como um todo.

Fenômenos sociais e Direito é uma obra que apresenta reflexões compartilhadas por seus autores, as quais representam o resultado de estudos e pesquisas que produzem um processo de entrelace entre as Ciências Sociais e as áreas de especialidade do Direito, indo de encontro com o antigo brocado: *ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade está o Direito).

Este e-book possui 23 artigos científicos, cujos autores, aqui reunidos, apresentam diversos problemas e conflitos sociais passando pelas áreas do direito ambiental, constitucional, do trabalho, previdenciário, civil, penal, processual e da sociologia jurídica. Cada artigo paira sobre uma temática e instiga a curiosidade de esmiuçar conhecimentos diversos.

O propósito dessa publicação é contribuir para a divulgação e reflexão acerca dos temas abordados pelos pesquisadores, assim, proporcionando o acesso e disponibilizando o conhecimento a todos.

É nesse viés que o presente livro nos traz a organização dos textos produzidos por diversos autores inseridos em distintas instituições de ensino, nos convidando à reflexão e ao debate a respeito dos temas aqui expostos.

Que a leitura dos textos componentes da presente obra atinjam a finalidade de difundir o conhecimento, contribuindo para a exploração e troca de pensamentos que os temas apresentados propiciam.

Desejo a todos uma proveitosa leitura!

Kátia Lopes Mariano

SUMÁRIO

Apresentação.....	03
<u>CAPÍTULO I</u>	
A ATUAL SITUAÇÃO DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO: DAS MARCAS HISTÓRICAS AOS EFEITOS DA DIVISÃO SEXUAL DO TRABALHO	
<i>Ezequiel Anderson Junior e Gabriela Amorim Paviani.....</i>	08
<u>CAPÍTULO II</u>	
A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO URBANÍSTICO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA CIDADE DEMOCRÁTICA	
<i>Ana Cláudia Duarte Pinheiro e Nádilla Marques da Silva.....</i>	29
<u>CAPÍTULO III</u>	
A INCLUSÃO SOCIAL DOS AUTISTAS FACE À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE NA EDUCAÇÃO	
<i>Yuki Lopes Tamura e Leila Cleuri Pryjma.....</i>	43
<u>CAPÍTULO IV</u>	
A INFLUÊNCIA DO PODER ECONÔMICO SOBRE A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES NO ESTADO CONTEMPORÂNEO	
<i>Túlio Santos Caldeira.....</i>	58
<u>CAPÍTULO V</u>	
A INTERPRETAÇÃO DOS TERMOS DO ART. 187 DO CÓDIGO CIVIL	
<i>Mariana Viale Pereira.....</i>	74
<u>CAPÍTULO VI</u>	
A POSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DO ACRÉSCIMO ASSISTENCIAL DE 25% PARA AS APOSENTADORIAS POR IDADE E POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO	
<i>Douglas Santos Mezacasa e Eduardo Roberto dos Santos Beletato.....</i>	88
<u>CAPÍTULO VII</u>	
A VIDA DE PABLO ESCOBAR E A ESFERA PÚBLICA: DIREITO AO ESQUECIMENTO E “NECESSIDADE” DE LEMBRAR	
<i>Maria Cláudia Cachapuz e Clarissa Carello.....</i>	103
<u>CAPÍTULO VIII</u>	
CIDADANIA: O DIREITO NEGADO ÀS MULHERES	
<i>Naiara Coelho.....</i>	118
<u>CAPÍTULO IX</u>	
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATENDIMENTO ACAUTELATÓRIO SOB A ÓTICA DOS	

DIREITOS HUMANOS	
<i>Fernanda Ichikawa Claro Silva e Isabela Simões de Oliveira</i>	132
 <u>CAPÍTULO X</u>	
CRISE SISTÊMICA, AUTOPOIESE E AS MANIFESTAÇÕES POPULARES DE 2013 NO BRASIL: UMA LEITURA A PARTIR NIKLAS LUHMANN	
<i>Gualterberg Nogueira de Lima e Silva e Janaina Barcelos Corrêa</i>	154
 <u>CAPÍTULO XI</u>	
CRÍTICAS À PRÁTICA PROCESSUAL PENAL A PARTIR DA FILOSOFIA MADURA DE FRIEDRICH NIETZSCHE	
<i>Alexandre de Mendonça Nascimento</i>	167
 <u>CAPÍTULO XII</u>	
CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE: NOVO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL	
<i>Angelita Caroliny Vilela Salvador</i>	187
 <u>CAPÍTULO XIII</u>	
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SUSTENTABILIDADE COMO CAMINHO À CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	
<i>José Flôr de Medeiros Júnior</i>	205
 <u>CAPÍTULO XIV</u>	
ESTADO, DEMOCRACIA E DIREITO: UMA REFORMULAÇÃO DO CONCEITO DE DEMOCRACIA NO CONTEXTO LATINO-AMERICANO	
<i>Bruno Bandeira de Vasconcelos</i>	222
 <u>CAPÍTULO XV</u>	
MEDIAÇÃO E JUSTIÇA: uma questão de futuro e desenvolvimento social	
<i>Elaine Cler Alexandre dos Santos e Heitor Romero Marques</i>	238
 <u>CAPÍTULO XVI</u>	
NANOCOSMÉTICOS E O DIREITO A INFORMAÇÃO: COMO E O QUÊ INFORMAR AO PÚBLICO CONSUMIDOR?	
<i>Raquel Von Hohendorff, Paulo Júnior Trindade dos Santos, Wilson Engelmann e Daniela Regina Pellin</i>	251
 <u>CAPÍTULO XVII</u>	
O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA E GRATUIDADE JUDICIÁRIA SOB A ÓTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	
<i>Francisco Romero Junior e Heitor Romero Marques</i>	268

CAPÍTULO XVIII

- O DUMPING AMBIENTAL E O ÍLICO LUCRATIVO NO COMÉRCIO INTERNACIONAL
Giovana Mesquita Alves Cruz e Henrique Pinho de Sousa Cruz.....281

CAPÍTULO XIX

- OS ATOS ADMINISTRATIVOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS E AS
POLÍTICAS PÚBLICAS: o dever de proteção e promoção
Luciana Oliveira de Campos.....294

CAPÍTULO XX

- OS GARIS NO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE/MS: PROCESSO DE EXCLUSÃO E
INVISIBILIDADE SOCIAL SOB A PERSPECTIVA SÓCIO-JURÍDICA
José Manfroi, Gabriela Oshiro Reynaldo e Nicolas Addor.....312

CAPÍTULO XXI

- OS NOVOS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO ATORES DO PLURALISMO JURÍDICO: NOVOS
ATORES SOCIAIS E NOVA FONTE DE PRODUÇÃO JURÍDICA
Valquiria Palmira Cirolini Wendt e Emerson Wendt.....330

CAPÍTULO XXII

- POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO NO REGIME GERAL DE
PREVIDÊNCIA SOCIAL
Bruna Bossay Assumpção Fassa.....344

CAPÍTULO XXIII

- PRECEDENTES VINCULANTES À BRASILEIRA: Da Reclamação como instrumento
necessário à sua efetivação
Guilherme Mungo Brasil.....364
- Sobre a organizadora*.....385
- Sobre os autores*.....386

CAPÍTULO XXII

POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Bruna Bossay Assumpção Fassa

POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DESAPOSENTAÇÃO NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

Bruna Bossay Assumpção Fassa
Universidade Católica Dom Bosco
Campo Grande – MS

RESUMO: A desaposentação é um instituto sem regulamentação legal, que se caracteriza pela renúncia da aposentadoria e posterior recálculo do benefício, face ao acréscimo de tempo de contribuição. Este trabalho pretende analisar a desaposentação no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, no qual o aposentado é obrigado a contribuir caso continue trabalhando, bem como demonstrar sua possibilidade jurídica. Os argumentos contrários à sua concessão serão refutados com fulcro na Constituição Federal brasileira de 1988, de modo a vislumbrar que o instituto em apreço é legítimo e, portanto, exigível pelos aposentados que permanecem no mercado de trabalho. A justificativa pode ser resumida à maior e incontestável garantia - e fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito - , a dignidade da pessoa humana. Conforme será demonstrado, não obstante o recente voto da norma que regulamentaria a desaposentação e do julgamento da constitucionalidade, não existem óbices para a sua concessão. Outrossim, nenhum obstáculo financeiro deve sobrepor-se aos direitos fundamentais da pessoa.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Desaposentação. 2. Regime Geral de Previdência Social. 3. Constituição Federal. 4. Dignidade da pessoa humana.

1. INTRODUÇÃO

São características próprias dos países em desenvolvimento as instabilidades econômicas e políticas, as quais provocam constantes alterações nas normas previdenciárias, principalmente em relação à aposentadoria, em razão de ser submissa ao fator expectativa de vida e diretamente ligada ao equilíbrio financeiro e atuarial.

A renda proveniente do benefício de aposentadoria é muitas vezes insuficiente para manter a qualidade de vida do aposentado, que diante disso prefere continuar trabalhando, a fim de complementar o ganho – deve, ainda, continuar contribuindo para a previdência pela atividade que exerce.

A questão complexa surge quando o aposentado que continua o labor decide aposentar-se de vez, pois não há previsão legal de revisão do benefício e parece não ser adequado que o mesmo não receba proventos maiores pelo tempo que continuou contribuindo para o sistema previdenciário. É a chamada desaposentação.

O trabalho pretende demonstrar que não há óbices jurídicos para a admissão do novo instituto dentro do Regime Geral de Previdência Social, tendo em vista a

natureza patrimonial disponível da aposentadoria, a ineficácia dos direitos hoje previstos aos aposentados que continuam no mercado de trabalho, a primazia da liberdade do indivíduo – sem que isso implique em desrespeito aos direitos coletivos –, bem como a soberania do princípio da dignidade humana.

2. DESAPOSENTAÇÃO

A desaposentação é um instituto que permite ao aposentado que continua no mercado de trabalho recalcular o benefício, obtendo vantagem com a adição do tempo de contribuição. Todavia, com a ausência de previsão legal a respeito, o tema é polêmico no âmbito do Direito brasileiro.

2.1. Conceito e espécies

Ao atingir os requisitos para a aposentadoria e quererê-la, é muito comum que o aposentado ainda continue trabalhando, seja na mesma função ou em diversa – opção não banida –, para isso deve contribuir. Em contrapartida, não recebe nenhum bônus pela contribuição recolhida, nem mesmo a revisão de seu benefício, embora tenha agregado tempo de contribuição, conforme será demonstrado ao longo deste capítulo.

Com a ausência de lei, os aposentados nessa condição despertaram o interesse dos juristas e começaram a buscar o judiciário para dirimir o assunto. Assim surgiu a desaposentação, nomenclatura convencionada pela doutrina e jurisprudência para referir-se ao ato de renúncia de uma aposentadoria, a fim de aproveitar o tempo de serviço prestado em diverso ou igual regime (RGPS ou RPPS) e ter o benefício reajustado. *Wladimir Novaes Martinez (MARTINEZ, Wladimir Novaes. Desaposentação. 7. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 46-8)* menciona alguns autores que comungam desse conceito, são eles: Isabella Borges de Araújo, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, Fábio Zambitte Ibrahim, Hamilton Antronio Coelho, André Luiz Cazu e Hugo Goes.

Os ministros do Superior Tribunal de Justiça entendem a desaposentação da mesma forma, influenciando os demais tribunais do país, assim como os juizados e as turmas recursais. O Supremo Tribunal Federal declarou a repercussão geral do assunto e recentemente julgou a prática inconstitucional, conforme será analisado.

Dentre as várias classificações das espécies de desaposentação presentes na doutrina, para este trabalho será explorada a apresentada por Zambitte (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, f. 37*). Para ele existem dois tipos: para a averbação do tempo de contribuição em outro regime, ou no mesmo regime, ambos os tipos com o objetivo de obter benefício mais vantajoso.

Tendo em vista que a finalidade deste trabalho é analisar os aspectos atinentes à desaposentação no Regime Geral de Previdência Social, as

considerações adiante figurarão na primeira espécie, isso é, nos casos em que o aposentado pelo RGPS renuncia a aposentadoria para somar tempo de contribuição e assim aposentar-se com o benefício recalculado, mais vantajoso, também no RGPS.

2.2. Possibilidade jurídica da desaposentação

De início, é importante frisar que a aposentadoria por invalidez é cancelada caso o segurado recupere sua capacidade para o trabalho, não configurando a desaposentação. O artigo 46 da Lei n. 8.213/91 é claro:

Art. 46. O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data de retorno.

Para as outras espécies de aposentadoria a discussão é larga. O primeiro obstáculo defendido por aqueles que acreditam na impossibilidade jurídica da desaposentação reside no artigo 181-B, do Decreto n. 3.048/99:

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

Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste esta intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes da ocorrência do primeiro de um dos seguintes atos:

- I - recebimento do primeiro pagamento do benefício; ou
- II - saque do respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou do Programa de Integração Social.

Marisa Ferreira dos Santos adverte que tais disposições não significam a proibição da desaposentação, porquanto só pode ser assim considerada com a existência de lei, e não imposta por mero decreto (SANTOS, Marisa Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**. Coord. Pedro Lenza. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, f. 380).

As Leis n. 8.212/91 e n. 8.213/91, as quais tratam da regulamentação da previdência social, não proíbem a renúncia da aposentadoria, não poderia, portanto, um decreto dispor de forma diversa, ou ainda inovar a ordem jurídica infraconstitucional, eis que é papel da lei estabelecer obrigações, o decreto apenas dita o modo de cumprimento das mesmas (MANZIONE, Luiz. **Sinopses Integradas**. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2013, p. 135.). Outrossim, o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, garante aos cidadãos que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Conquanto o direito de receber benefícios previdenciários seja revestido das proteções decorrentes da inclusão da previdência nos direitos sociais –

inalienabilidade, inviolabilidade, irrenunciabilidade, entre outros -, tais garantias foram instituídas para proteger o cidadão do Estado, tendo em vista o regime ditatorial antes vigente no país.

Ao sustentar sobre o sujeito passivo em relação aos direitos fundamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012):

Quanto ao sujeito passivo, pode-se dizer que o Estado ocupa essa posição em todos os casos. De fato é ele quem deve, principalmente, respeitar as liberdades, prestar os serviços correspondentes aos direitos sociais, igualmente prestar a proteção judicial, assim como zelar pelas situações objeto dos direitos de solidariedade.

Nesse ponto, conclui-se que o Poder Público não pode excluir o benefício a bel prazer, se preenchidos os requisitos legais. Todavia, o beneficiário tem o direito de manifestar interesse na renúncia dos proventos, não desvinculada de qualquer outro interesse senão o de aprimorá-los, afinal “o abandono do mínimo necessário à vida digna deve ser sempre algo fundamentado” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op cit*, f. 38).

Defende-se, portanto, não a simples renúncia à aposentadoria, mas a fundada em vantagem para o segurado. Corroborando o entendimento, o artigo 7º da Carta Magna dispõe que além dos direitos nele elencados e da aposentadoria, outros podem existir, caso visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

A aposentadoria em si – ao contrário do direito de aposentar-se – é um direito pessoal do trabalhador e tem natureza patrimonial, portanto passível de renúncia. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, definem patrimônio como a totalidade dos bens dotados de economicidade pertencentes a um titular, sejam corpóreos (casa, automóvel, etc.) ou incorpóreos (direitos autorais), e que vincula-se à personalidade do sujeito (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**, volume 1. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, f.423):

[...] é imperioso afirmar que o patrimônio representa economicamente a pessoa, vinculando-o, por conseguinte, à personalidade do seu titular, como forma de consubstanciar o respeito à dignidade humana, à honra, à vida, à saúde etc.

O patrimônio também é garantia dos credores, os quais podem optar pela via judicial em caso de inadimplemento do devedor, buscando a constrição de bens para satisfação da dívida. Os proventos da aposentadoria são definidos como absolutamente impenhoráveis pelo Código de Processo Civil (tanto no de 1975 - artigo 649, inciso IV - quanto no atual, de 2015 - artigo 833, inciso IV), porém hoje a jurisprudência e a doutrina admitem sua constrição.

A Lei n. 10.820/03, que trata sobre a autorização de desconto de prestações em folha de pagamento, estabelece no § 6º do artigo 5º a possibilidade de retenção de valores suficientes dos benefícios de aposentadoria e pensão do RGPS para o pagamento de empréstimos, financiamentos, cartões de crédito e operações de

arrendamento mercantil, se assim autorizado pelo beneficiário.

Os ministros do STJ entendem que a impenhorabilidade definida pelo Código Processual Civil é relativa e deve ser avaliada conforme o caso concreto. Para ser concedida, a penhora deve respeitar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e duração razoável do processo, além de não poder prejudicar a subsistência do segurado. A seguir um precedente do Superior Tribunal de Justiça e outro do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. DÍVIDA APURADA EM INVENTÁRIO. OMISSÃO E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. PENHORA DE SALÁRIO. POSSIBILIDADE.

1.- Os embargos de declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, tendo sido a lide dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

2.- A regra geral da impenhorabilidade, mediante desconto de conta bancária, de vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações e proventos de aposentadoria, constante do art. 649, IV, do CPC, incidente na generalidade dos casos, deve ser excepcionada, no caso concreto, diante das condições fáticas bem firmadas por sentença e Acórdão na origem (Súmula 7/STJ), tendo em vista a recalcitrância patente do devedor em satisfazer o crédito, bem como o fato de o valor descontado ser módico, 10% sobre os vencimentos, e de não afetar a dignidade do devedor, quanto ao sustento próprio e de sua família. Precedentes.

3.- Recurso Especial improvido.

(REsp 1285970/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 08/09/2014)

AGRADO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE PENHORA SOBRE PERCENTUAL DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA POSSIBILIDADE MEDIDA QUE ATENDE AOS RECLAMOS DA EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL E AO PRINCÍPIO DE QUE A EXECUÇÃO SE DÁ NO INTERESSE DO CREDOR ART. 649, IV, DO CPC QUE NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO PRECEDENTE DA CORTE SUPERIOR RECURSO PROVIDO. Em observância ao princípio da efetividade, não se mostra razoável, em situações em que não haja comprometimento da manutenção digna do executado, que o credor não possa obter a satisfação de seu crédito, sob o argumento de que os rendimentos previstos no art. 649, IV, do CPC gozariam de impenhorabilidade absoluta. (STJ, REsp 1059781/DF). É possível a penhora de percentual de 20% dos proventos de aposentadoria do devedor, posto permitir a legislação o comprometimento e o desconto em folha de pagamento de até 30% dos vencimentos, legislação aqui aplicada por analogia, o que está compatível com a jurisprudência pátria dominante, principalmente numa situação em que o devedor chegou até a promover o levantamento de numerário outro que seria objeto de penhora, antes de sua efetivação, numa inequívoca demonstração de protelação em relação ao pagamento da dívida. (TJMS Agravo nº. 2010.008982-5. 5ª. TurmaCível. Rel. Des. Luiz Tadeu Barbosa da Silva. Unâime. Julgado em 13.05.2010)

O Enunciado n. 70 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho defende a impenhorabilidade relativa da aposentadoria:

Execução. Penhora de rendimento do devedor. Créditos trabalhistas de natureza alimentar e pensões por morte ou invalidez decorrentes de acidente de trabalho. Ponderação de princípios constitucionais. Possibilidade.

Tendo em vista a natureza alimentar dos créditos trabalhistas e da pensão por morte ou invalidez decorrente de acidente de trabalho (CF, art. 100, §1º-A), o disposto no art. 649, IV, do CPC deve ser aplicado de forma relativizada, observados o princípio da proporcionalidade e as peculiaridades do caso concreto. Admite-se, assim, a penhora dos rendimentos do executado em percentual que não inviabilize seu sustento.

Verifica-se, portanto, que a aposentadoria tem caráter patrimonial. Assim, pode o beneficiário – além do fim legal instituído de sustentar-se com dignidade – dispor dela como bem entender, adquirindo bens ou mesmo doando os proventos, respeitada a regra do artigo 548 do Código Civil, o qual visa proteger o patrimônio mínimo do sujeito. A renúncia também é possível, se visar melhoria da condição social do trabalhador, conforme já abordado.

A teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo, de Luiz Edson Fachin, citada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, é relevante para o estudo da desaposentação, tendo em vista a percepção do esforço da Carta Magna em recuperar a preponderância da pessoa em relação ao patrimônio (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Op. cit., f. 426):

Assim, as regras jurídicas criadas para as mais variadas relações intersubjetivas devem assegurar permanentemente a dignidade da pessoa humana. Para tanto, é necessário ultrapassar as fronteiras dos direitos da personalidade para buscar, também nos direitos patrimoniais, a afirmação da proteção funcionalizada da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades que, infelizmente, marca a experiência humana. Segundo Rizzato Nunes, existem dois aspectos análogos mas distintos na dignidade humana, um inerente à pessoa, pelo simples fato de ser; e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm de viver uma vida digna (NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade humana: doutrina e jurisprudência.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010).

Para respeitar a dignidade humana, é preciso assegurar concretamente os direitos sociais previstos no artigo 6º da Carta Magna, que por sua vez está atrelado ao caput do art. 225. Somem-se a isso os demais direitos fundamentais, tais como o direito à vida, à liberdade, à intimidade, à vida privada, à honra etc (NUNES, Rizzato. Op. cit.).

A liberdade (fundamental para a expressão da vontade de renunciar aos proventos e garantir a desaposentação) é hoje nominada “liberdade calculada”, face às análises dos eventuais riscos que podem ser gerados por determinada escolha, e substitui o livre-arbítrio, na tentativa de uniformizar a vontade dos indivíduos para preservar a segurança. No entanto essa tentativa de objetivação da pessoa é um

retrocesso, pois torna o mundo pouco humano, já que a perfeição não existe. Laura Souza Lima e Brito assevera ainda (BRITO, Laura Souza Lima e. **Liberdade e direitos humanos**: fundamentação jusfilosófica de sua universalidade. São Paulo: Saraiva, 2013): “As pessoas não podem esperar apenas a próxima política pública da qual serão objetos. Elas devem ter condições de interagir e de contribuir – elas devem ser sujeitos.”.

A renúncia aos proventos com o objetivo de melhorar a condição social do aposentado é, portanto, exercício da liberdade definida na Constituição Federal de 1988 como objetivo fundamental e direito inviolável, nos artigos 3º e 5º, respectivamente:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária. [...]

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: [...]

Esse direito de renúncia para obter vantagem também representa aos idosos uma possibilidade de envelhecimento com maior segurança financeira, já que o salário família e a reabilitação profissional (prestações devidas aos aposentados que continuam a trabalhar no RGPS) citados no § 2º do artigo 18, da Lei n. 8.213/91, são incompatíveis com o verdadeiro cenário das aposentadorias.

O salário família é concedido àqueles que possuem dependentes menores de idade e a reabilitação profissional pretende inserir ou reinserir o trabalhador no mercado. É irrefutável que os aposentados em sua grande maioria são pessoas idosas, as quais já possuem filhos com idade mais avançada. Por sua vez, a reabilitação mostra-se ineficiente em razão das exigências do mercado de trabalho atual, principalmente pelo fator idade.

É importante lembrar o dever de o aposentado que permanece trabalhando no RGPS contribuir para a Previdência Social, segundo a Lei n. 8.213/91. Ora, se o legislador pretendeu dar deveres iguais para esses e para os trabalhadores que ainda não aposentaram, a fim de garantir o princípio constitucional da isonomia, é conflitante a designação de direitos ineficazes para a o trabalhador aposentado, que da mesma forma contribui.

A garantia de direitos eficazes para os trabalhadores aposentados (especialmente a desaposentação) não viola direitos dos demais segurados. O segurado que opta pela aposentadoria quando atinge os requisitos necessários e mesmo assim continua a trabalhar, já contribuiu para a previdência social por todo o tempo em que buscava o cumprimento das condições legais, tanto que a mesma lei que as define, autoriza sua aposentadoria bem como a permanência no trabalho, estando, assim, em pleno exercício regular do direito.

Em relação aos proventos, também não apresenta óbice, em razão do princípio da solidariedade, o qual justifica o modelo atual – de repartição simples,

conforme visto nos capítulos segundo e terceiro.

A desaposentação nem mesmo sobrepõe os direitos individuais sobre os transindividuais, em primeiro lugar porque a Constituição Federal de 1988 elenca como um dos fundamentos legais do Estado Democrático de Direito brasileiro os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, em segundo lugar, o trabalho é resguardado como direito fundamental, que concretiza os direitos humanos, tendo em vista que através dele os cidadãos podem atingir uma boa qualidade de vida.

Por diversas vezes a Constituição Federal determina a valorização do trabalho, consoante pode ser visualizado nos artigos 1º, 5º, 7º, 170, entre outros. Estaria, então, a previsão de benefícios ineficazes para os aposentados que optam por continuar no mercado de trabalho, respeitando esses preceitos? A resposta é negativa. O trabalho deve ter seus valores preservados em qualquer circunstância, eis que diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual a desaposentação é também um mecanismo de inclusão desses aposentados suis generis.

Até agora a desaposentação pode ser concluída como mecanismo pelo qual o aposentado que desenvolve atividade laborativa atinge a liberdade (caracterizada pela renúncia) e a segurança (melhor qualidade de vida na velhice). A união desses dois fins gera um outro direito fundamental, a felicidade, conforme apontam Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, citando Feijó Coimbra: “Para Feijó Coimbra, a segurança é um dos termos do binômio que, com a liberdade, forma o sustentáculo da felicidade humana.” (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Op. cit., f. 1).

É evidente, portanto, que a desaposentação é fundamental para materialização da dignidade humana dos aposentados que continuam a laborar (e contribuir para a previdência), os quais não tem hoje nenhum direito eficaz previsto em lei.

Em contrapartida, há discussão acerca do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, Cláusula Pétrea prevista no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, que justificaria o desfazimento pelo Poder Público apenas em caso de erro ou fraude na concessão da aposentadoria, afinal a aposentadoria é concedida por meio de ato administrativo. Como ocorre com as garantias dos direitos sociais, a proteção disposta no citado artigo visa proteger o cidadão do Estado, a fim de que não sejam violados os seus direitos básicos.

Fábio Zambitte Ibrahim alerta (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., f. 51):

[...] as garantias do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada visam assegurar a própria razão de ser do direito, que é a pacificação social, por meio da permanente intencionalidade do valor Justiça, e, justamente em razão deste componente valorativo, não devem tais prerrogativas transmudar-se em impedimentos insuperáveis à consecução de determinado propósito, em detrimento da coletividade.

O ato administrativo pode ser extinto por desaparecimento do sujeito ou objeto da relação jurídica ou pela retirada do ato, a qual ocorre pelas hipóteses de

revogação (conveniência e oportunidade da Administração), invalidação (em caso de ilegalidade), cassação (descumprimento de condições), caducidade (advento de norma jurídica que altera a admissibilidade da situação), contraposição (emissão de ato por outra autoridade administrativa) e renúncia (“extinção dos efeitos do ato ante a rejeição pelo beneficiário de uma situação jurídica favorável de que desfrutava em consequência daquele ato”) (DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op. cit., f. 455-6).

Verifica-se que a desaposentação não se enquadra em nenhuma das hipóteses supracitadas, mesmo na renúncia, tendo em vista não se tratar de extinção dos efeitos, mas de pretender a melhoria do valor do benefício a ser recebido, portanto alteração do ato administrativo (SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Desaposentação*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, f. 92).

A alteração pode ocorrer por meio de novo ato que faz cessar os efeitos do anterior e se justifica pela constante necessidade de o Poder Público buscar a adequação à realidade social, até porque é objetivo maior do Estado - bem como princípio constitucional administrativo - o interesse público. Ademais, os processos administrativos previdenciários são ampliativos de direitos, devendo, portanto, serem levados a cabo para melhor garantia dos segurados (SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Idem*, f. 92-3).

Hoje o argumento mais forte contra a desaposentação é exatamente esse, o ato jurídico perfeito, entretanto até mesmo pela via judicial o deferimento da desaposentação não configura exclusão de um direito ou de um ato da Administração Pública e sim adequação a um novo contexto social, que preza acima de tudo a dignidade da pessoa humana como propulsora do bem estar social.

Cumpre frisar que os ministros do Supremo Tribunal Federal já decidiram que a ação de desaposentação tem caráter personalíssimo, impossível de ser requerida pelos herdeiros do segurado, e para a existência de interesse de agir é necessário recorrer ao juízo (RE 631240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014).

2.2.1. Lacuna legislativa

A ausência de previsão legal da desaposentação não representa óbice à sua possibilidade jurídica. A lacuna normativa é recorrente no Direito, tendo em vista que o Poder Público não prevê todos os fatos jurídicos e relações possíveis na sociedade – e nem conseguia –, mais ainda, as alterações feitas de modo gradual não acompanham a velocidade das mudanças sociais.

Por vezes o Estado prefere negar direitos a adequar-se às novas demandas sociais (IBRAHIM, Fábio Zamatte. Op. cit., f. 70), o que no âmbito do direito constitucional é insustentável, porque os direitos constituídos como fundamentais não podem ser ignorados. Conforme explorado nos itens anteriores, a desaposentação carrega fortes valores, apresentando-se como mecanismo de alcance da dignidade humana.

O ordenamento jurídico traz meios de interpretação e integração da norma em caso de lacunas, consoante o artigo 4º da Lei n. 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), o qual determina o uso da analogia, costumes e princípios gerais do Direito. Isso porque é vedado ao magistrado afastar-se de seu dever de julgar em razão da falta de norma.

Na omissão da lei quanto à desaposentação, conflitam os princípios da legalidade na Administração, juridicidade e a legalidade destinada ao povo (estampada no artigo 5º, II, da CF).

Por um lado, tem-se o direito de o segurado requer a desaposentação, e de outro há o dever da Administração praticar somente atos que sejam expressamente permitidos em lei, todavia não se pode aceitar um paradigma normativo de estrito positivismo jurídico, devem ser levados em conta os valores e princípios (SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Op. Cit., f. 105-6). Sérgio Nascimento assevera (NASCIMENTO, Sérgio. Op. Cit., p. 156):

Ademais, o INSS é uma autarquia federal com o objetivo de concretizar um direito fundamental expressamente previsto no artigo 6º da Constituição da República, qual seja o direito à previdência social, não justificando, assim, interpretações que restrinjam esse direito fundamental.

Com o referido panorama, vem ganhando destaque o princípio da juridicidade, o qual exige uma atuação da Administração Pública conforme a unidade do Direito, incluindo normas constitucionais, princípios ou regras. Portanto, embora a desaposentação ainda não seja prevista em lei de modo expresso, há diversos argumentos, inclusive constitucionais – apresentados no item 4.2 – que permitem concluir por sua construção presumida, desde que não viole preceitos legais e constitucionais e ainda, que a sua vedação deveria ser expressa, e não a concessão (NASCIMENTO, Sérgio. Idem, f.105-6). Fábio Zambitte Ibrahim sustenta (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op cit, f. 70-1):

Ademais, não se pode alegar ausência de previsão legal para o exercício das prerrogativas inerentes à liberdade da pessoa humana, pois cabe a esta, desde que perfeitamente capaz, julgar a condição mais adequada para sua vida, de ativo ou inativo, aposentado ou não aposentado. O princípio da dignidade da pessoa humana repulsa tamanha falta de bom senso, sendo por si só fundamento para a reversibilidade plena do benefício.

Com essa reflexão, é importante enfatizar que não é necessária a previsão expressa da desaposentação, eis que conforme asseguram os princípios e direitos básicos elencados na Constituição Federal ela é legítima. Ademais, a interpretação constitucional contemporânea é suficiente para a sua presunção, pois tem como objetivo aproximar-se da realidade social, possibilitando a construção de uma norma jurídica, nas palavras de Flávia Piovesan (PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, f. 535-6):

[...] Assim, o ditame hoje consagrado de que “interpretação constitucional é concretização (‘Konkretizierung’). Exatamente aquilo que, como conteúdo da Constituição, ainda não é unívoco, é o que deve ser determinado mediante a inclusão da realidade a ser ordenada. Assim, interpretação tem caráter criador: o conteúdo da norma só se torna completo com sua interpretação; a atividade interpretativa permanece vinculada à norma”. Nas palavras de seu seguidor, Gomes Canotilho, a ideia de concretização, primeiramente esboçada por Konrad Hesse, pode ser assim explicada: “processo de densificação de regras e princípios constitucionais. A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma completa – norma jurídica – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da norma de decisão para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização. Essa ‘concretização normativa’ é, pois, um trabalho técnico jurídico: é, no fundo, o lado ‘técnico’ do procedimento estruturante da normatividade. A concretização, como se vê, não é igual à interpretação do texto da norma; é, sim, a construção da norma jurídica”.

Cumpre frisar que o próprio artigo 7º da Carta Magna prevê a possibilidade de criação de qualquer outro direito que vise a melhoria da condição social do trabalhador, de modo que interpretação jurisprudencial e doutrinária a favor da desaposentação (a qual visa a construção normativa de acordo com a realidade social) tem embasamento constitucional.

2.2.2.. Legislação aplicável

A legislação aplicável à nova aposentadoria, concedida por meio da desaposentação, deve respeitar o princípio do *tempus regit actum*, portanto será a vigente na data da concessão, independente de o segurado considerá-la melhor ou não. Isso porque a lei revogada não cria direito adquirido, logo não poderia o segurado adicionar tempo contributivo ao período adquirido na vigência da lei anterior (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Op. cit.*, p. 41-2).

Sob outra perspectiva, seria possível o segurado requerer a desaposentação apenas para aposentar-se segundo uma lei nova mais benéfica - sem o requisito do novo tempo contributivo a fim de garantir vantagem (próprio da desaposentação) -, o que não pode ser permitido, pois traz danos ao sistema. Segundo Fábio Ibrahim “haveria evidente descompasso atuarial e financeiro, além de obstáculo insuperável para a melhoria das regras previdenciárias, pois todo o passado deveria ser revisto” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Idem*, p. 42-3).

O referido autor ainda sugere um tempo mínimo de contribuição de um ano para que seja aceita a desaposentação, a ser definido pela eventual previsão em lei ou mesmo pela jurisprudência, a fim de evitar o manejo indevido do instituto em análise.

2.2.3. Restituição dos valores percebidos na primeira aposentadoria

A restituição dos proventos recebidos na primeira aposentadoria é outra questão ainda muito polêmica. Alguns juristas acreditam na necessidade de devolução integral dos valores, justificando o entendimento na dupla onerosidade da autarquia, sendo o efeito *ex tunc* o mais apropriado, já que confere o *status quo ante* entre as partes (TRF-2 - REEX: 201150010048734, Relator: Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 26/06/2013, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 30/07/2013).

A Turma Recursal do TRF da 4^a Região editou súmula nesse sentido: “**Súmula nº 3: O tempo de serviço prestado após a aposentação somente poderá ser contado para concessão de nova aposentadoria se houver renúncia ao benefício ou desaposentação, com restituição de todos valores já recebidos.**”.

O entendimento preponderante é no sentido da desnecessidade da restituição dos proventos obtidos na primeira aposentadoria (STJ - AgRg no REsp: 1335558 RS 2012/0148560-8, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 15/05/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/05/2014), porquanto o objetivo principal da desaposentação é obter benefício mais vantajoso sem invalidar o passado. Nesse sentido, o efeito *ex nunc* é o mais adequado. Fábio Zambitte Ibrahim alerta que a devolução seria “uma obrigação desarrazoada, pois se assemelha ao tratamento dado em caso de ilegalidade na obtenção da prestação previdenciária”.

A Turma Recursal do Juizado Especial Federal da 3^a Região defende que a restituição de todo o valor embolsado seria inviável (TRJEF – TRF-3 – Recurso inominado, processo n. 0002018-39.2013.4.03.6201. Relator: Juiz Federal Ronaldo José da Silva. Data de julgamento: 09/09/2015, TURMA RECURSAL, data da publicação: 16/09/2015):

O montante da dívida seria disparate e, aliado à provável expectativa de vida do beneficiário, tornaria ineficaz o deferimento da desaposentação, pois a compensação dos valores comprometeria benefício que tem por escopo prover as necessidades básicas do indivíduo.

A desaposentação não é fruto das aposentadorias precoces, decorre, sobretudo, da falta de confiança no sistema previdenciário – sucessivas reformas, retirada e diminuição de direitos etc (SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Op. Cit., f. 96). Além disso, configura mero recálculo do valor da prestação em razão de novas cotizações do segurado, portanto desnecessária a cobrança de valores fruídos no passado (SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Op. Cit., f. 96).

2.2.4. Manutenção do equilíbrio atuarial

O equilíbrio atuarial é disposto no artigo 201, caput, da CF, como critério a ser observado na organização do sistema previdenciário, de modo que seja sustentável.

Nessa seara, o princípio da solidariedade, conforme já abordado, exerce papel fundamental, pois afirma a necessidade do custeio por toda a sociedade, não apenas por seus beneficiários imediatos (STF. RE 661256 RG / DF. Voto do ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/10/art20141010-01.pdf>. Acessado em 14.12.2015).

A solidariedade pressupõe bilateralidade, pois do mesmo modo que o segurado é obrigado a contribuir para custear os benefícios oferecidos pela Previdência Social, também lhe é assegurado o direito de ter seu benefício custeado pelos demais segurados quando não mais puder trabalhar.

A exigência de fonte de custeio total, estabelecida no artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, não interfere na desaposentação, porquanto não gera gasto extra ao erário. Como já mencionado, o segurado abre mão de receber uma aposentadoria, a fim de receber outra mais vantajosa, pela qual contribuiu todo o tempo, por meio da contribuição obrigatória definida no artigo 11, § 3º da Lei n. 8.213/91.

Assim, essa nova cotização gera excedente atuariamente imprevisto, que certamente poderá ser utilizado para a obtenção de novo benefício, abrindo-se mão do anterior de modo a utilizar-se do tempo de contribuição passado (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., f. 59).

2.2.5. Veto

Recentemente (05.11.2015) a Presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei n. 13.183 de 2015 (Medida provisória 676) cujo teor alterou alguns dispositivos das Leis n. 8.212/91 e 8.213/91, entre eles, as regras da aposentadoria por tempo de contribuição no que concerne ao fator previdenciário. Todavia, o artigo 6º da Lei n. 13.183/15, que pretendia garantir ao segurado o recálculo da aposentadoria após sessenta novas contribuições, foi vetado. Nas razões do voto, a presidente alegou:

As alterações introduziriam no ordenamento jurídico a chamada ‘desaposentação’, que contraria os pilares do sistema previdenciário brasileiro, cujo financiamento é intergeracional e adota o regime de repartição simples. A alteração resultaria, ainda, na possibilidade de cumulação de aposentadoria com outros benefícios de forma injustificada, além de conflitar com o disposto no § 1º, do art. 86 da própria Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991. (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-464.htm. Acessado em 11.12.2015).

Também é alegada a existência de um rombo na Previdência Social, que cada dia é atualizado pelo governo, fala-se em dezenas de bilhões de reais. Não obstante, esse rombo não emergiu agora; logo após a promulgação da Constituição Cidadã é possível vislumbrar um descompasso no sistema. Segue trecho do livro Constituição: legalidade versus realidade, de Paulo Martinez, publicado em 1991 (MARTINEZ,

Paulo. **Constituição:** legalidade versus realidade. São Paulo: Moderna, 1991, f. 37-8):

O que provoca sangrias no erário da Previdência e eleva o custo social do sistema são as fraudes que a rodeiam, a má aplicação dos recursos e a impunidade dos empresários que não cumprem seus deveres para com a instituição. [...] Por todos os meios possíveis, a sociedade tem de pagar o enriquecimento ilícito dos desonestos, acobertados na incapacidade ou na cumplicidade dos que exercem o poder público.

Ao longo do tempo muitas alterações foram feitas no âmbito da previdência, entretanto ainda há muito que ser aprimorado. A Carta Maior garante aos cidadãos direitos superiores a qualquer dificuldade econômica sofrida pelo Poder Público, entende-se aqui que se o governo decidiu resguardar prerrogativas no dispositivo que rege todo o sistema do Direito, cabe a ele assumir a responsabilidade e criar mecanismos de alcance pleno da norma, com a concretização do bem estar social.

O veto ao dispositivo que permitiria a desaposentação é um retrocesso e expõe o verdadeiro cenário do Brasil como um país em desenvolvimento, caracterizado por instabilidade política e econômica e que, em razão disso, coloca a população em risco e mitiga seu direito básico - o de viver com qualidade, respeitando as diretrizes dos direitos da pessoa humana -, além de violar o maior instrumento legal brasileiro, a Constituição Federal.

Diversos países adotam a prática do recálculo do benefício em comento, tais como Portugal, Canadá, Estados Unidos, Chile e Espanha (IBRAHIM, Fábio Zambitte. Op. cit., f. 88-9). Interessante mencionar um julgado do Tribunal Constitucional português, no qual os ministros negaram a incidência de contribuição nos benefícios que pretendia a manutenção da seguridade social, mesmo em meio à crise econômica, alegando que o princípio da segurança jurídica não poderia sucumbir ao apelo econômico de redução de despesas a curto prazo (Portugal. Tribunal Constitucional. Processo n. 819/2014. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Acórdão nº 575/2014. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140575.html?impressao=1>. Acessado em 11.12.2015):

[...] Por outro, e essencialmente, a pensão é, em si e por si, objeto de especial proteção constitucional. Considero, por isso, que a CS afeta negativamente, de forma duradoura, um direito social, com consagração constitucional expressa no artigo 63.º (direito à segurança social) e 72.º (direito à segurança económica das pessoas idosas), que é, enquanto tal, um direito fundamental (e não um mero direito derivado a prestações; sendo, antes, um direito que permite acesso a bens na qualidade de direitos fundamentais, como bem salienta Reis Novais, «O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira», www.e-publica.pt, p. 3). Direito que é resistente à lei, salvo em condições extremas, devidamente fundamentadas. A posição jurídica protegida pelo direito à pensão é especialmente tutelada quando, como no caso, estamos perante um direito já consolidado na esfera jurídica do

titular (são pensões já em pagamento), e não perante um direito ainda não constituído. Enquanto direito fundamental, as expectativas de que não sofrerá alteração – reduzindo-se a pensão, por exemplo – são ancoradas numa proteção que resulta da sua previsão na Constituição (mesmo que o seu quantum seja fixado na lei), ou seja, a sua vinculatividade jurídica tem força de direito fundamental.

Assim sendo, para que uma intervenção restritiva do direito à pensão possa ter lugar – também, quando afeta o seu quantum, designadamente em virtude da reserva do financeiramente possível - o legislador terá de respeitar os princípios constitucionais estruturantes, mas terá ainda de apresentar uma justificação suficientemente robusta, opção que será sindicável pelo Tribunal Constitucional. (sic) [...]

Tem-se, portanto, que os direitos fundamentais não podem ser mitigados quando confrontados com questões políticas ou financeiras.

2.2.6. Julgamento da inconstitucionalidade

Em outubro de 2016 os ministros do STF encerraram o julgamento da Repercussão Geral (RE 661256 RG / DF) sobre a desaposentação, concluindo por sua inconstitucionalidade. À favor da desaposentação votaram os ministros Marco Aurélio, Roberto Barroso, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski, contra, votaram os ministros Dias Toffoli, Teori Zavascki, Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármem Lúcia.

Em síntese, por maioria firmou-se o entendimento de que não há vedação constitucional, mas sim infraconstitucional, o artigo 18, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, o qual garante apenas o salário família e a reabilitação profissional. Conforme analisado, tal dispositivo é incompatível com o verdadeiro cenário das aposentadorias e não traz qualquer benefício palpável aos aposentados. Entretanto, diante do julgamento, a desaposentação atualmente só é viável caso haja alteração legislativa no artigo mencionado.

Quanto à devolução dos valores recebidos, o STF apreciará o tema no julgamento dos embargos de declaração.

Em que pese a declaração de inconstitucionalidade, pelo argumentos expostos no decorrer do trabalho grande parte dos juristas ainda entendem que há possibilidade jurídica para a desaposentação no RGPS, entretanto até a promulgação de lei regulamentadora, estão vinculados à decisão do Supremo Tribunal Federal.

3. CONCLUSÃO

Neste trabalho foi abordada a desaposentação no Regime Geral de Previdência Social, um instituto ambíguo para o Direito, que se caracteriza pela renúncia do benefício de aposentadoria (no RGPS) para a aquisição de uma nova

(também no RGPS), mais vantajosa, mediante acréscimo de tempo de contribuição – podendo resumir-se ao recálculo dos proventos. Apesar dos debates que a cercam e da decisão final do STF, a análise realizada nesta obra permite concluir pela sua possibilidade jurídica.

Conforme aludido, a desaposentação já é prevista na legislação de diversos países, tais como Portugal, Canadá, Estados Unidos, Chile e Espanha. No Brasil, face à ausência de norma específica sobre o tema, muito se discute sobre sua legalidade e possibilidade e, atualmente, todo o Poder Público está vinculado à sua declaração de constitucionalidade.

Analizando o sistema constitucional brasileiro vigente, conclui-se que as proteções contidas na Carta Magna objetivam proteger o cidadão do Estado, de modo que o princípio da legalidade da Administração Pública, o ato jurídico perfeito e a proteção ao direito adquirido não podem ser interpretados em desfavor do cidadão, sob pena de distanciar-se da realidade e omitir o bem estar social pretendido pelo Poder Constituinte.

Não há que se falar, ainda, em pretensa superioridade dos direitos individuais sobre os coletivos, porquanto o aposentado que continua trabalhando está em pleno exercício regular de direito (resguardado pelo §3º do artigo 11 da Lei n. 8.213/91), sem causar prejuízos a terceiros, eis que a desaposentação não gera gastos ao erário, mas sim excedente atuariamente imprevisto, que certamente poderá ser utilizado para a obtenção de novo benefício. Além disso, o segurado tem direito a ter seu benefício custeado quando não mais puder trabalhar, da mesma forma que arcava com os benefícios dos demais segurados do sistema, enquanto contribuía, devido à bilateralidade advinda do modelo solidário de repartição simples.

Há diversas outras justificativas constitucionais não enfrentadas pela doutrina minoritária (contra a desaposentação), as quais, contudo, são imprescindíveis para sua análise, dentre elas podem ser destacados os direitos ineficazes previstos para os aposentados ativos no mercado de trabalho, na Lei n. 8.213/91. O salário família e o direito a reabilitação profissional não são compatíveis com o cenário dos aposentados, já em idade avançada; mais ainda, essas garantias vãs desrespeitam dispositivos constitucionais de valorização do trabalho e, com isso, a própria dignidade da pessoa humana.

Verifica-se que a desaposentação é um exercício de liberdade inerente ao Estado Democrático de Direito, a qual visa a segurança financeira do aposentado, portanto mecanismo de concretização de seus direitos fundamentais. Negá-la, por conseguinte, é violar todo o sistema idealizado pela Constituição Federal de 1988.

Devido à omissão legislativa sobre a desaposentação, restou ao Poder Judiciário dirimir a controvérsia. Os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram pela Repercussão Geral do assunto e, recentemente, declararam sua constitucionalidade. Entretanto, é notório que tal decisão foi pautada em cenários políticos e econômicos caóticos da atualidade.

Cumpre frisar que nenhuma dificuldade financeira ou política deve ser sobreposta aos direitos fundamentais protegidos pela Magna Carta, pois se o governo decidiu resguardar garantias no instrumento que rege todo o sistema do

Direito, cabe a ele assumir a responsabilidade e criar mecanismos de alcance pleno da norma, com a concretização do bem estar social.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 18 set. 1946.
- _____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 10 nov. 1937.
- _____. Constituição Federal de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- _____. Constituição Política do Império do Brasil, 25 mar. 1824.
- _____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 jul. 1934.
- _____. Decreto Legislativo 4.682, 24 de jan. 1923.
- _____. Decreto n. 3.048, 6 mai. 1999.
- _____. Lei n. 10.820. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 dez. 2003.
- _____. Lei n. 8.212. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 dez. 1990, retificada em 19 abr. 1991 e republicada em 18 mar. 1998.
- _____. Lei n. 8.213. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 set. 1991, republicada em 11 abr. 1996 e 14 ago. 1998.
- BRITO, Laura Souza Lima e. **Liberdade e direitos humanos**: fundamentação jusfilosófica de sua universalidade. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- DECLARAÇÃO DE FILADÉLFIA. OIT, 13 abr. 1948.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 10 dez. 1948.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB, volume 1.13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOES, Hugo Medeiros; **Manual de direito previdenciário: teoria e questões**. 8. ed. Rio de Janeiro: Ed. Ferreira, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação**. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MANZIONE, Luiz. **Sinopses Integradas**. Campo Grande: Contemplar, 2013.

MARTINEZ, Paulo. **Constituição: legalidade versus realidade**. São Paulo: Moderna, 1991.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NASCIMENTO, Sérgio do. **Interpretação do Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social: Lei 8213/91, de julho de 1991**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTOS, Marisa Ferreira. **Direito Previdenciário Esquematizado**. Coord. Pedro Lenza. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Desaposentação**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TRATADO DE VERSALHES, 28 jun. 1919.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

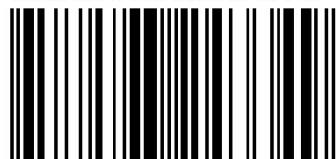
ABSTRACT: The “desaposentação” is an institute without legal regulations, characterized by the resignation of retirement and subsequent recalculation of

benefit, in relation to the increase of contribution time. This work intends to analyze the “desaposentação” under the General system of Social Security in which the pensioner is required to contribute if you continue working, as well as demonstrate your legal possibility. The arguments against your grant will be rebutted with fulcrum on the Brazilian Federal Constitution of 1988 in order to glimpse the Office in question is legitimate and therefore chargeable for retirees to remain in the labour market. The background can be summed up to higher and unquestionable guarantee - and foundation of constitutional democratic State of law -, the dignity of the human person. As will be demonstrated, notwithstanding the recent veto of the law on “desaposentação” and the trial of unconstitutionality, There are no obstacles for your grant. In addition, no financial obstacle must outweigh the fundamental rights of the person.

KEY-WORDS: 1. Desaposentação. 2. General System of Social Security. 3. Federal Constitution. 4. Dignity of the human person.

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-93243-34-9



9 788593 243349