

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 359.

(ano VII)

(02/06/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

# Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -  
**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**  
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em  
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional  
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE  
ARAÚJO** - *Advogado com mais de 10 anos  
de experiência. Especialista em Direito  
Processual Civil Internacional. Professor  
universitário*

Coordenador de Dir. Administrativo:  
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA  
MAFRA FILHO** (MT): *Doutor em Direito  
Administrativo pela UFMG.*

Coordenador de Direito Tributário e  
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):  
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista  
em Direito Tributário e em Direito Financeiro  
pela FADUSP.*

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO  
LARIZZATTI** (DF): *Doutor em Ciências  
Jurídicas e Sociais pela Universidad del  
Museo Social Argentino - UMSA.*

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DO DIA



02/06/2015 CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL

» [Violência Doméstica: juiz da audiência de custódia deverá deferir medidas protetivas de urgência](#)

### ARTIGOS

02/06/2015 Ib Sales Tapajós

» [O direito de greve dos servidores públicos à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal](#)

02/06/2015 Leonardo Sarmento

» [Zavascki rejeita recurso que pedia investigação em face de Dilma Rousseff - politização do direito?](#)

02/06/2015 Allan de Alcântara

» [Inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea g, da LC Nº 64/1990 - ratificação do parecer prévio das contas do prefeito pela Câmara Municipal](#)

02/06/2015 Afonso Tavares Dantas Neto

» [Pensão alimentícia e prisão](#)

02/06/2015 Sérgio Henrique da Silva Pereira

» [Viva a liberdade de expressão e de pensamento entre os partidos políticos](#)

02/06/2015 Deivid Rodrigues dos Santos

» [A responsabilidade civil no crime de homicídio](#)

### MONOGRAFIAS

02/06/2015 Teddy Arthur Monteiro Terán

» [A desaposentação sob à luz da Constituição da República de 1988](#)

## **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: JUIZ DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DEVERÁ DEFERIR MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA**

**CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:**  
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

A criação da audiência de custódia, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça junto a toda estrutura de primeiro grau do Poder Judiciário, talvez seja marco fundamental para que o Brasil, finalmente, dê efetivo cumprimento aos pactos e tratados internacionais de direitos humanos aos quais manifestou adesão, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Conduzir imediatamente o preso, sem demoras, à presença do juiz, do promotor de justiça e do defensor público consagra o respeito ao direito fundamental à liberdade pessoal. Esta será a oportunidade do indivíduo dar garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

A realização da audiência de custódia vai ao encontro da prática mundial. A Alemanha, p.ex., determina que a pessoa detida provisoriamente seja apresentada ao juiz, no mais tardar, no dia seguinte à prisão (Art. 104, 3, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha).

Entretanto, o juiz da audiência de custódia jamais poderá olvidar as disposições contidas na Lei nº 11.340/2006, a chamada Lei Maria da Penha, que estabelece mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Se a residência fixa ou o paradeiro certo do preso são elementos suficientes para relaxamento de sua prisão em flagrante nos crimes comuns, o mesmo não acontece nos casos de violência doméstica.

Em se tratando de violência doméstica, o controle da legalidade da investigação criminal e da salvaguarda dos direitos individuais do preso, na audiência de custódia, devem andar *pari passu* com a questão da proteção integral à mulher vítima de violência doméstica.

Destarte, o juiz da audiência de custódia não poderá deferir a liberdade do agressor doméstico (cônjuge ou companheiro) sem antes determinar, no mínimo, que este abstenha-se de manter contato, de se aproximar e de frequentar os mesmos lugares que a vítima. Advertindo o agressor expressamente que o descumprimento da medida protetiva de urgência importará no seu regresso ao cárcere.

A iniciativa coordenada pelo CNJ, com a criação da audiência de custódia, é muito relevante e alinha-se à necessária observância das convenções internacionais para inibir a prática de tortura e tratamento cruel aos presos, mas, de outra ponta, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher também devem ser preservadas.

A cada cinco minutos uma mulher é agredida no Brasil. A cultura do machismo e da objetualização da mulher triunfa no País a olhos vistos, ceifando a vida de milhares de vítimas. Nos dias de hoje, a prática do feminicídio parece querer se incorporar ao nosso direito costumeiro.

Daí, a medida protetiva de urgência é o único instrumento processual vigente a serviço da mulher vítima de violência doméstica.

Portanto, seu deferimento deve sempre ser uma consequência automática da soltura do companheiro agressor.

## O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**IB SALES TAPAJÓS:** Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Especialista em Direito Público pela Universidade Ahanguera/Uniderp.

**RESUMO:** O presente artigo trata do direito de greve dos servidores públicos no Brasil, a partir da análise da Constituição Federal de 1988 e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF. Busca-se compreender os contornos jurídicos deste direito constitucional, suas possibilidades e limites. Após breve análise do histórico do direito de greve no Brasil, procedeu-se à pesquisa bibliográfica, na doutrina nacional, e à pesquisa jurisprudencial, no banco de dados eletrônico do STF. Este levantamento teve como cerne as decisões proferidas nos Mandados de Injunção nº 712/PA, 670/ES e 708/DF, em que a Corte decidiu pela aplicação da Lei de Greve do setor privado (Lei 7.783/1989) aos movimentos grevistas de servidores públicos. A partir desta decisão, cabe aos operadores do Direito proceder às necessárias adequações da Lei 7.783 à realidade específica do serviço público. Assim se procedeu no presente trabalho, no qual se buscou uma compatibilização do direito de greve com os princípios que regem a Administração Pública no Brasil.

**Palavras-chave:** greve, servidores públicos, Constituição, Supremo Tribunal Federal, Brasil.

## **1. INTRODUÇÃO**

A Constituição Cidadã de 1988, no art. 9º, *caput*, reconheceu a greve como direito fundamental dos trabalhadores. Ainda que o direito de greve dos servidores públicos tenha sido tratado em dispositivo próprio (art. 37, VII), o qual reclama complementação legislativa, há que se reconhecer também neste caso o *status* de direito fundamental.

Nos Mandados de Injunção nº 712/PA, 670/ES e 708/DF, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o status de direito fundamental que possui o direito de greve e determinou que se aplique a Lei de Greve do setor privado (Lei 7.783/1989) aos movimentos paredistas de servidores públicos. Não obstante, há diferenças importantes entre o exercício do direito de greve no serviço público e na iniciativa privada, a exigir adaptações da Lei nº 7.783/1989.

O presente trabalho, ao problematizar esta questão, busca construir uma perspectiva teórica que viabilize o exercício pleno do direito de greve pelos servidores públicos, compatibilizando-o com os princípios que regem a Administração Pública em nosso país.

## **2. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO DE GREVE NO BRASIL**

Embora alguns autores enxerguem a existência de greves na Antiguidade, parece-nos mais apropriado entender que “a greve só pode ser considerada como tal a partir da liberdade do trabalho” (CERNOV, 2011 p. 13). Assim, este fenômeno social surge com a Revolução Industrial, quando se consolidou o regime de trabalho assalariado na Europa. Naquele período, a intensa exploração da classe operária gerou a necessidade de uma luta coletiva pelos interesses comuns, da qual



emergia a consciência de classe (MARX, 1985, p. 158-159). Os trabalhadores organizados não tardaram em descobrir a greve como forte instrumento de pressão contra os patrões. Nas palavras de Eros Grau: a “greve é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores como meio para a obten o de melhoria em suas condi es de vida”.<sup>[1]</sup>

Todavia, nos primórdios do Estado liberal – forma política correspondente ao modelo econ mico inaugurado pela Revolu o Industrial – a greve foi tratada como recurso “anti-social”. Num período histórico em que ecoavam os ideias de *liberdade, igualdade e fraternidade*, o Estado negava aos trabalhadores a liberdade de se organizar e realizar movimentos grevistas.

Estêvão Mallet (2014) classifica o tratamento jurídico da greve pelo Estado em **três fases históricas** sucessivas, verificadas em âmbito mundial, embora com traços particulares em cada país: a) **greve-delito**, em que a paralisa o coletiva   tipificada como ilícito penal; b) **greve-liberdade**, em que o Estado deixa de tratar a greve como ilícito penal, sem, porém, reconhece-la como direito (a paralisa o gera mero inadimplemento contratual); e c) **greve-direito**, na qual o Estado passa a reconhecer a greve como direito dos trabalhadores, ao mesmo tempo em que o Direito positivo regulamenta os contornos e limites deste direito.

No Brasil, em razão da nossa industrializa o tardia, a greve passou a ser um fen meno social relevante a partir do in cio do Século XX. Do ponto de vista jurídico-positivo, nosso país passou pelas três fases citadas acima, embora com descontinuidades e retrocessos verificados

nos períodos autoritários - Estado Novo (1937-1945) e Ditadura Militar (1964-1985).

As duas primeiras Constituições brasileiras (1824 e 1891) silenciaram sobre a greve. Mas o Código Penal de 1890 considerou crime o *ato de provocar cessação ou suspensão de trabalho*” (art. 206). Este dispositivo teve vida curta, pois foi logo alterado pelo Decreto nº 1.162 de 12/12/1890, que passou a criminalizar apenas a violência no exercício da greve.

A Constituição de 1934, embora inserida num contexto histórico marcado por fortes greves, também foi omissa sobre o tema. Todavia, com a instauração do Estado Novo, o Brasil retrocedeu para a fase *greve-delito*. O art. 139 da Constituição de 1937 declarou a greve e o *lock-out* como *“recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”*. Em seguida, o Decreto-Lei nº 431/1938 tipificou a greve como crime, correspondente à pena de um a três anos.

A redação original da Consolidação das Leis do Trabalho (1943), condicionava a greve à prévia autorização do tribunal competente (art. 723). Na ausência desta autorização, os grevistas estavam sujeitos às penas de suspensão do emprego por até seis meses e demissão. O art. 724 estabelecia punições para o sindicato que *“ordenasse”* o movimento grevista.

O governo de Vargas durante o Estado Novo (1937-1945) merece reflexão especial, porquanto foi um período marcado por importantes avanços nos direitos trabalhistas de cunho individual, embora tenha

havido notório retrocesso no campo dos direitos coletivos e da liberdade sindical. O Estado Novo “deixou de lado a autonomia para domesticar os sindicatos, submetendo-os à tutela do Estado como órgãos de colaboração” (AROUCA, 2013, p. 14).

Com o fim do Estado Novo, em 1946, o General Eurico G. Dutra aprovou o Decreto-Lei nº 9.070, considerado por alguns como a primeira lei de greve no Brasil, com regramento severo e restritivo. O Decreto-Lei autorizou a greve nas *atividades acessórias*, após ajuizamento do dissídio coletivo, mas a proibiu nas *atividades fundamentais*.

A Constituição democrática de 1946 reconheceu o direito de greve de forma lacônica (art. 158), deixando os contornos de seu exercício a ser disciplinado por lei – que acabou sendo, por muito tempo, o restritivo Decreto-Lei 9.070. A Constituição autoritária de 1967, fruto do golpe civil-militar de 1964, assegurou formalmente o direito de greve aos trabalhadores (art. 158, XXI), embora tenha proibido expressamente a greve nos serviços públicos e atividades essenciais (art. 157, § 7º). A Emenda Constitucional nº 01/69 manteve a mesma orientação.

No plano infraconstitucional, durante o regime militar, foi aprovada pelo Congresso a Lei nº 4.330/1964, uma verdadeira *leigre* que estabelecia uma série de condições desmedidas para o exercício deste direito. O governo instituiu o Decreto-Lei nº 1.632/1978 como um obstáculo a mais para a greve nos serviços essenciais. E no Decreto 898/1969 (que definia os crimes contra a segurança nacional) foi previsto o crime de “promover greve em serviços públicos ou atividades essenciais”, a ser punido com reclusão, de 4 a 10 anos.

Mesmo em pleno período autoritário, “o sindicalismo autêntico renasceu e mostrou sua força quando a ditadura militar já não se sustentava com o domínio do terror perseguindo, torturando e matando seus adversários” (AROUCA, 2013, p. 237). No final da década de 70 e início da década de 80, o movimento sindical foi parte essencial do movimento pela redemocratização do Brasil, e as greves operárias atingiram seu ápice na história do país.

A Constituição Cidadã de 1988 foi fruto desse processo de abertura democrática e, no que tange ao direito de greve, sem dúvida representou um grande avanço, por dois motivos principais: a) reconheceu a greve como direito fundamental dos trabalhadores (art. 9º, *caput*); b) **estendeu, pela primeira vez, o direito de greve aos servidores públicos** (art. 37, VII), um avanço histórico “que tornou a vida funcional dos servidores públicos mais protegida dos abusos administrativos que até então perduravam” (CERNOV, 2011, p. 21). Este avanço constitucional e seus desdobramentos serão tratados nos próximos capítulos.

### **3. O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Na Constituição Federal de 1988, o direito de greve está situado entre os direitos e garantias fundamentais. O art. 9º, *caput*, reza que compete aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercer o direito de greve e sobre os interesses que devam por meio dele defender. Para os servidores públicos, a previsão consta em dispositivo

próprio da Constituição (art. 37, VII), situado no Capítulo que trata da Administração Pública.

A redação original do art. 37, inciso VII, previa que o direito de greve seria exercido pelos servidores públicos civis *nos termos de lei complementar*. Com a Emenda Constitucional nº 19/98, o citado dispositivo passou a prever a necessidade de *lei específica* para definir os termos e limites do direito de greve.

A lei de greve dos trabalhadores do setor privado foi aprovada pouco depois da entrada em vigor da Constituição Cidadã – trata-se da Lei nº 7.783/1989. Todavia, o Congresso Nacional não aprovou, até hoje, a *lei específica* sobre o direito de greve dos servidores públicos. Esta omissão legislativa tem gerado, durante as últimas décadas, inúmeras dúvidas e polêmicas sobre a possibilidade jurídica, os limites e contornos específicos da greve no serviço público.

### 3.1. SOBRE A EFICÁCIA DO ART. 37, VII DA CONSTITUIÇÃO

Se, por um lado, o direito de greve dos servidores públicos foi reconhecido pelo constituinte de 1988, por outro, “há muito, doutrina e jurisprudência reconhecem que nem toda norma constitucional é suscetível de aplicação imediata” (GROTTI, 2008, p. 40). José Afonso da Silva (1998), divide as normas constitucionais em três categorias, quanto à eficácia e aplicabilidade: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. Todas produzem efeitos jurídicos, embora com diferentes intensidades.

As **normas de eficácia plena** são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou têm possibilidade de produzir

todos os seus efeitos essenciais; possuem aplicabilidade imediata e não dependem de complementação normativa. As **normas de eficácia contida** também são dotadas de aplicabilidade imediata; todavia, o constituinte deixa ao legislador ordinário margem para limitação dos seus efeitos – por isso Michel Temer (2005) as denomina *normas de eficácia redutível ou restringível*. Já as **normas de eficácia limitada** são aquelas que “dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais colimados pelo legislador constituinte” (SILVA, 1998, p. 118).

A classificação do direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII) quanto à sua eficácia sempre dividiu a doutrina nacional.

Uma corrente minoritária, invocando a teoria dos direitos fundamentais de Bonavides, sustentava se tratar de uma norma de eficácia plena, pois “todo direito fundamental, a partir do momento em que se encontra na ordem jurídica, é naturalmente efetivo e eficaz, de plenitude máxima” (LIMA e BELCHIOR, 2008, p. 2184).

Outros autores defenderam se tratar de norma de eficácia contida. Assim, os servidores públicos poderiam exercer, desde já, o direito de greve, embora na expectativa de restrição normativa ulterior. Borba e Campos (2013) relatam que os adeptos desta segunda corrente costumavam defender a aplicação analógica da Lei nº 7.783/1989 à greve dos servidores públicos (posição adotada pelo STF em 2007, como se verá adiante).

Por fim, destaca-se a existência de forte corrente doutrinária advogando se tratar o art. 37, VII, de norma de eficácia limitada, de

modo que a greve de servidores públicos só seria juridicamente possível após a edição da lei específica prevista pelo constituinte. Esta posição foi defendida inclusive por José Afonso da Silva (2004, p. 681), nos seguintes termos:

Quanto à greve, o texto constitucional não avançou senão timidamente, estabelecendo que o direito de greve dos servidores públicos será exercido nos termos e nos limites definidos em lei complementar, o que, na prática, é quase o mesmo que recusar o direito prometido; primeiro, porque, **se a lei não vier, o direito inexistirá**; segundo, porque, vindo, não há parâmetro para seu conteúdo, tanto pode ser mais aberta como mais restritiva.

Segundo esta terceira posição, que prevaleceu na jurisprudência pátria, a ausência de lei regulamentadora redundava na impossibilidade de exercício do direito de greve pelos servidores públicos. Esse entendimento gerou o justo protesto de Bandeira de Mello:

Tal direito existe desde a promulgação da Constituição. Deveras, mesmo à falta de lei, **não se lhes pode subtrair um direito constitucionalmente previsto, sob pena de se admitir que o Legislativo ordinário tem o poder de, com sua inércia até o presente, paralisar a aplicação da Lei Maior**, sendo,

pois, mais forte do que ela (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 291).

Em 1994, ao apreciar o Mandado de Injunção nº 20/DF, o STF considerou que o “preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade”.<sup>[2]</sup> Neste MI, ao reconhecer a mora do legislador em editar a lei de greve do serviço público, o Supremo limitou-se a comunicar sua decisão ao Congresso Nacional para que tomasse as providências devidas. A mesma comunicação foi repetida em várias outras ações.<sup>[3]</sup>

Mesmo notificado várias vezes, o Congresso não editou a esperada lei. Isso, porém, não obstaculizou a ocorrência de greves em várias categorias do funcionalismo público no país. A omissão legislativa não foi capaz de solapar, na prática, o exercício deste direito. Havia, no entanto, evidente anomia, diante da ausência de parâmetros legais para a greve de servidores públicos. Esta realidade só foi alterada em 2007, quando o STF deu um giro histórico na sua jurisprudência, como será analisado a seguir.

### 3.2. O MANDADO DE INJUNÇÃO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A não edição da lei de greve dos servidores públicos constitui caso típico de inconstitucionalidade por omissão, caracterizada por um *non facere* do Estado, que se manifesta quando os poderes constituídos deixam de fazer o que a Constituição determina (BARROSO, 2012). Para casos assim, a Carta Magna de 1988 previu o **mandado de injunção**



como remédio a ser aplicado *“sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”* (art. 5º, LXXI da CF/88).

Bonavides (2000, p. 505) explica os contornos deste instrumento constitucional:

Havendo, por conseguinte, um direito subjetivo constitucional, cujo exercício se ache tolhido pela privação de norma regulamentadora, o titular desse direito postulará, perante o Judiciário, por via do mandado de injunção, a edição de uma norma aplicável à espécie concreta. Nesse caso a edição da norma saneadora da omissão é provisoriamente do Judiciário e não do Legislador, concretizando-se graças àquela garantia, a satisfação do direito subjetivo constitucional cujo exercício ficara paralisado.

O objetivo evidente do instituto é assegurar o exercício de direito constitucional até então ineficaz devido à omissão do Estado. Prestigia-se, com o mandado de injunção, a força normativa da Constituição, que não pode ser relegada à mera folha de papel.

Todavia, num primeiro momento, o STF adotou a **teoria não concretista**, que atribui ao mandado de injunção a “finalidade específica de reconhecer formalmente a inércia do Poder Público em editar a norma regulamentadora do direito constitucional” (LIMA e BELCHIOR,

2008, p. 2187). Esse entendimento (adotado no MI 20-DF) foi duramente criticado por Luís Roberto Barroso (2012, p. 94), para quem, “o instituto tem enfrentado, até aqui, os percalços de uma jurisprudência tímida, conservadora, quando não puramente reacionária”.

Mas a orientação do Supremo foi sendo alterada paulatinamente[4], até a adoção da **teoria concretista** em 2007 – a qual sustenta que o Poder Judiciário deve implementar o exercício do direito constitucional, até que sobrevenha norma regulamentadora através do poder competente (LIMA e BELCHIOR, 2008, p. 2186). Subdivide-se em duas: a) teoria concretista geral, sustentando que a decisão judicial tem efeitos *erga omnes*; b) teoria concretista individual, que defende a concretização do direito apenas para a parte litigante.

No ano de 2007, o STF julgou três MI's (712/PA, 670/ES e 708/DF), impetrados por sindicatos de servidores públicos que se insurgiam contra a omissão do Congresso Nacional em regulamentar o art. 37, VII, da Constituição. Neste julgamento, a Corte promoveu um giro histórico no seu entendimento sobre o Mandado de Injunção, resolvendo enfim *concretizar* o direito de greve dos servidores públicos, através da aplicação analógica da Lei nº 7.783/1989. Grotti (2008, p. 49) apresenta boa síntese deste julgamento histórico:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento dos referidos mandados de injunção em 25 de outubro de 2007 e, por unanimidade, decidiu declarar a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar a lei que

regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, **aplicar ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado.** (...) ao final, a Corte não só decidiu o conflito que lhe foi apresentado, mas também determinou as regras aplicáveis a futuros casos semelhantes, ou seja, pela aplicação da Lei nº 7.783/89 sempre que se tratar de greve de servidores públicos. Adotou, portanto, o Supremo a posição concretista geral.

Esta decisão, em geral muito elogiada pela doutrina, resolveu (ao menos em parte) o problema da falta de regulamentação da greve no serviço público. Em seu voto no MI 712-PA, o Ministro Eros Grau deixou claro que não estava o STF a invadir competência do Congresso Nacional, posto que a Corte exerceu, na ocasião, *função normativa*, e não *legislativa*. Segundo o Ministro, a função normativa do Judiciário inclui por, imposição expressa da Constituição, a tarefa de “formular supletivamente, nas hipóteses de concessão do mandado de injunção, a norma regulamentadora reclamada”<sup>[5]</sup>.

Deve-se destacar, porém, que além da concretização do direito de greve dos servidores públicos, o Supremo se moveu por uma alegada necessidade de impor limites às greves no serviço público, conforme se verifica no Acórdão proferido no MI 708/DF:

Além de o tema envolver uma série de questões estratégicas e orçamentárias diretamente relacionadas aos serviços públicos, a **ausência de**

**parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista** tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira "**lei da selva**".<sup>[6]</sup>

Assim, visando impor limites às greves no serviço público, evitando a “lei da selva”, o STF determinou a aplicação da Lei nº 7.783/89, embora facultando aos tribunais a imposição de *regime de greve mais severo em razão de tratar-se de “serviços ou atividades essenciais”*. Vale dizer: além das restrições inscritas na Lei 7.783, os tribunais poderão, diante de cada caso concreto, impor outras e mais severas restrições à greve dos servidores públicos.

Deste modo, entre a garantia do direito e a imposição de limites e restrições, resta uma “nuvem cinzenta” que gera inúmeras dúvidas e perplexidades, do ponto de vista teórico e prático, em relação às greves no serviço público, conforme será analisado no próximo capítulo.

#### **4. A DECISÃO DO STF E AS PERPLEXIDADES NO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO**

Nos Mandados de Injunção 670/ES, 708/DF (Rel. p/ o Acórdão Min. Gilmar Mendes) e 712/PA (Rel. Min. Eros Grau), o STF formulou supletivamente uma norma regulamentadora para o direito de greve dos servidores públicos, à qual se atribuiu efeitos *erga omnes*. Esta decisão passou a vincular todas as greves de servidores públicos no país, até que seja aprovada pelo Congresso Nacional a lei específica reclamada pelo art. 37, VII da Constituição.

No Mandado de Injunção 720/PA, de relatoria do Ministro Eros Grau, definiu-se um **conjunto normativo** a reger as greves de servidores públicos, construído a partir da recepção e/ou adaptação de dispositivos da Lei nº 7.783/1989:

Isto posto, a norma, na amplitude que a ela deve ser conferida no âmbito do presente mandado de injunção, compreende **conjunto integrado pelos artigos 1º ao 9º, 14, 15 e 17 da Lei 7.783/1989**, com as alterações necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos[7].

Alguns dos artigos que compõem este conjunto normativo mantiveram suas redações inalteradas. Dentre as **alterações** na Lei nº 7.783/89, merecem destaque: a) no art. 2º - que estabelece o conceito legal de greve como a *“suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”* – foi eliminado o adjetivo “total”, donde se conclui que a paralisação deverá ser sempre *parcial*; b) no art. 3º, ampliou-se o prazo de comunicação prévia ao empregador de 48 para 72 horas; c) o art. 9º passou a prever a obrigação do sindicato de manter em atividade equipes de empregados para assegurar a regular continuidade do serviço público; e d) no art. 14 foi incluída como hipótese de abusividade da greve o *comprometimento da regular continuidade da prestação de serviço público*.

Percebe-se, portanto, que a alteração de dispositivos da Lei de Greve teve como escopo aumentar as restrições à greve dos servidores

públicos. Como regra, estas restrições se baseiam no princípio da continuidade do serviço público, como se verá adiante.

#### 4.1. DIREITO DE GREVE *VERSUS* CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

Em seu voto no MI 720/PA, o Min. Rel. Eros Grau considerou que os efeitos da greve no setor público diferem em essência dos efeitos no setor privado: neste, a greve afeta *interesses egoísticos* dos detentores do capital, ao passo que no setor público a greve afeta o interesse coletivo dos cidadãos que necessitam dos serviços públicos. E arremata: “a relação do emprego público é instrumental, direta ou indiretamente, da provisão de serviços públicos, cuja **continuidade** há de ser assegurada em benefício do todo social” [8].

Embora sem previsão expressa no texto constitucional, o *princípio da continuidade* é reconhecido de modo unânime pela doutrina como um dos cânones que regem os serviços públicos no país. Para Bandeira de Mello (2014, p. 696), o *princípio da continuidade do serviço público* importa na “impossibilidade de sua interrupção e o pleno direito dos administrados a que não seja suspenso ou interrompido”. Diógenes Gasparini (2007, p. 8), por sua vez, aduz que “o serviço público não pode sofrer solução de continuidade. Vale dizer: uma vez instituído há de ser prestado normalmente, salvo por motivo de greve, nos termos de lei regulamentadora”.

É evidente que a **suspensão** temporária da prestação de serviços pelos trabalhadores se choca com o princípio da continuidade dos serviços públicos. Há, portanto, uma *colisão de normas constitucionais*,

que impõe ao intérprete o dever de harmonizar a tensão existente. Na busca pela **concordância prática** das normas em contradição, deve-se “produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas” (BARROSO, 2010, p. 206). Este equilíbrio deve garantir a aplicação do conteúdo essencial de ambas as normas.

Ao apreciar os Mandados de Injunção 712/PA, 670/ES e 708/DF, o STF buscou harmonizar o princípio da continuidade e o direito de greve. Nas palavras do Min. Eros Grau, é “indispensável a definição, por esta Corte, das medidas a serem tomadas no sentido de assegurar a continuidade da prestação do serviço público; somente assim poderá ser conferida eficácia ao disposto no art. 37, VII” [9]. Percebe-se, porém, com a devida vênia, que em certos momentos da decisão a Corte supervalorizou o princípio da *continuidade* em detrimento do direito de greve. Isto fica claro quando se observa o **conjunto normativo** fixado no MI 720/PA.

A alteração do art. 2º da Lei 7.783 excluiu a possibilidade de suspensão total da prestação de serviços pelos trabalhadores. Sob a ótica do MI 720/PA, só será considerada como *legítimo exercício do direito de greve* a **suspensão parcial** da prestação de serviços.

Na redação original do art. 2º da Lei 7.783/89, é possível, em tese, a suspensão *total* da prestação de serviços, embora seja necessário, em alguns casos, que o sindicato, mediante acordo com o empregador, mantenha equipes de empregados para **assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável** (art. 9º). Já nas atividades essenciais (art. 11), deve-se garantir a prestação dos serviços

indispensáveis ao **atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade** – sendo consideradas *necessidades inadiáveis* aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Essa sistemática da Lei de Greve nos parece compatível com a ponderação entre o direito de greve e as necessidades da coletividade. No entanto, no MI 720/PA, o STF foi mais rigoroso, ao exigir a manutenção de equipes de servidores em toda e qualquer greve, seja qual for a atividade envolvida. “Como a paralisação é parcial, o sindicato está obrigado a apresentar um plano de garantia da prestação mínima de serviço que, segundo a lógica do acórdão, deverá sempre existir, ainda que em ritmo menor” (ÁLVARES DA SILVA, 2008, p. 139). Não é outro o entendimento que se extrai do art. 9º adaptado pelo Supremo:

Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com, o empregador, **manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar a regular continuidade da prestação do serviço público.**[\[10\]](#)

Desta forma, a Corte firmou o entendimento, a nosso ver equivocado, de que *todo serviço público é essencial*. Neste prisma, o STF disciplinou o direito de greve no serviço público nos mesmos termos da greve nas atividades essenciais da iniciativa privada. Por isso, concordamos com a crítica feita por Zênia Cernov:



Não nos parece que generalizar a essencialidade no serviço público tenha sido a melhor solução. Há no setor público determinados tipos serviços que, embora importantes, não chegam a atingir a característica de essenciais, assim como há, no serviço privado, serviços que são mais essenciais à população do que muitos daqueles prestados pelo Estado (CERNOV, 2011, p. 50).

A nosso ver, o melhor critério para definir a essencialidade de um serviço público é o que consta na Lei nº 7.783/1989: serviço essencial é o que atende às necessidades inadiáveis da coletividade – isto é, necessidades que, não atendidas, colocam em risco a sobrevivência, saúde ou segurança da população. Todavia, ao consignar que todo serviço público é essencial, o STF apontou para a necessidade de restrições em toda e qualquer greve de servidores públicos. A nosso ver, o princípio da continuidade foi melhor acolhido pela Corte do que o direito de greve.

#### 4.2. PARTICIPAÇÃO EM GREVE E INFRAÇÃO DISCIPLINAR

Questão importante é saber em quais situações o exercício do direito de greve pode configurar infração disciplinar do servidor público. O art. 9º da Constituição é claro ao assegurar a greve como direito do trabalhador. Logo, o exercício de um direito não pode ser considerado infração disciplinar. Sobre isso, o STF tem posição clara desde 1963, através da **Súmula nº 316**: “A simples adesão à greve não constitui falta grave”.

Todavia, o art. 9º, § 2º da CF/88 previu que ***os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei***. O abuso envolve “o exercício de um direito que se tem, conquanto de modo inapropriado, desviado ou deturpado” (MALLETT, 2014, p. 107) e pode acarretar, para o servidor público, responsabilidade de ordem administrativa, civil e criminal.

Diante dos critérios da Lei 7.783, Mallet (2014) aponta exemplos concretos de abuso do direito de greve: a) greve deflagrada sem tentativa antecedente de negociação; b) não concessão de aviso prévio; c) piquete violento, com destruição de equipamentos ou com fechamento do acesso à empresa; d) quando não são assegurados os serviços mínimos nas atividades essenciais. Havendo dano, provocado pelo abuso do direito de greve, surge o dever de repará-lo, a recair sobre o sindicato ou sobre determinados trabalhadores, conforme o caso.

Todavia, para que determinado servidor seja responsabilizado na esfera administrativa, há que se demonstrar sua autoria na prática dos abusos. Não há como se pensar numa responsabilização genérica de todos os grevistas, mesmo que o movimento tenha sido declarado ilegal ou abusivo. Nas palavras de Zênia Cernov (2011, p. 79), “a participação em movimento grevista, por si mesma, não caracteriza infração disciplinar, ainda que essa seja declarada ilegal pelo Judiciário”. Mallet (2014, p. 111) corrobora com este entendimento:

**A participação passiva do empregado no movimento, ainda que venha ele a ser considerado abusivo, não envolve justa causa.** (...) A solução da Súmula 316 do Supremo Tribunal Federal abrange,

em consequência, tanto a greve não abusiva como a greve abusiva.

O Tribunal Superior do Trabalho adota a mesma posição: “O fato de a greve ser declarada abusiva não significa, por si só, que os seus participantes tenham cometido ilícito trabalhista”[\[11\]](#)

Por outro lado, a participação em greve não pode interferir no estágio probatório. Ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3235, o STF declarou inconstitucional um Decreto do Estado de Alagoas que determinava a exoneração de servidor grevista que estivesse em estágio probatório, “por (a) considerar o exercício não abusivo do direito constitucional de greve como fato desabonador da conduta do servidor público e por (b) criar distinção de tratamento a servidores públicos estáveis e não estáveis”[\[12\]](#). Desta forma, a adesão à greve não pode acarretar demissão ou exoneração de servidor público, nem pode ser considerada como fato negativo em sua avaliação de desempenho.[\[13\]](#)

Em síntese, a punição disciplinar de servidor grevista só pode ocorrer quando ele próprio praticar abusos durante uma greve. Como exemplo, podemos citar a prática de ofensas físicas ou verbais, ou dano ao patrimônio. Deve-se, contudo, observar o devido processo legal, garantindo-se ao servidor o contraditório e a ampla defesa.

#### 4.3. SOBRE O PAGAMENTO DOS DIAS PARADOS

O pagamento de salário aos servidores grevistas, durante os dias parados, é questão notoriamente controversa na doutrina e na jurisprudência.

Alguns autores sustentam que os salários devem ser pagos, pois a greve é um direito constitucional dos servidores públicos, de modo que o corte de ponto consiste numa punição ao exercício de um direito. Souto Maior (2014), juiz do trabalho e professor da Faculdade de Direito da USP, entende que negar aos trabalhadores o direito ao salário quando estiverem exercendo o direito de greve equivale, na prática, a negar-lhes o próprio direito de greve.

Do outro lado da polêmica, alguns doutrinadores sustentam que, ao se admitir a greve no serviço público sem corte de ponto, haveria violação ao princípio da isonomia, porquanto os trabalhadores da iniciativa privada têm seus contratos de trabalho suspensos durante o período da greve, como prevê o art. 7º da Lei nº 7.783/1989. Álvares da Silva (2008, p. 142) caracteriza como “uma incoerência e um absurdo” que o servidor público faça greve recebendo salário. Ao se referir às greves que ocorriam antes da decisão do STF em 2007, o mencionado autor afirma que “Transferia-se totalmente para a sociedade o ônus da paralisação e o servidor a praticava sem nenhum risco ou consequência. Esta incoerência agora acabou”.

Estêvão Mallet (2014, p. 57) defende posição intermediária:

O equilíbrio parece estar na **distinção entre greve para exigir cumprimento de obrigação já existente e greve para obter a criação de novas condições de trabalho**. No primeiro caso, provocada a greve pela conduta do empregador, caso ela se desenvolva de forma regular, os salários continuam

devidos, sob pena de manifesto paradoxo: sempre que não pagos os salários durante a execução do contrato, a greve deflagrada para reclamá-los exoneraria o empregador de continuar a cumprir a obrigação. Já no segundo caso (...) os empregados assumem o ônus do não trabalho.

Nos Mandados de Injunção 670/ES e 708/DF, o STF fixou a competência da Justiça Comum para julgar os dissídios de greve, assentando também que compete aos respectivos tribunais decidir sobre o pagamento, ou não, dos dias de paralisação. Além disso, a Corte fixou uma **orientação geral** que se assemelha à posição intermediária defendida por Mallet:

A deflagração da **greve**, em princípio, corresponde à **suspensão do contrato de trabalho**. Como regra geral, portanto, os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos, **salvo no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento aos servidores públicos civis**, ou por **outras situações excepcionais** que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho.<sup>[14]</sup>

Assim, fica claro que, no caso de atraso no pagamento dos servidores públicos, não há que se falar em corte de ponto, pois foi a Administração Pública quem deu causa ao movimento. Por outro lado, o STF se referiu também a *outras situações excepcionais que justifiquem o*

*afastamento da suspensão do contrato de trabalho*, redação imprecisa, a exigir esforço interpretativo para identificar tais situações. Para Zênia Cernov (2011, p. 72), essa previsão se aplica “aos casos em que o ente público esteja violando garantias sociais fundamentais”.

A nosso ver, as “situações excepcionais” previstas pelo STF devem abarcar as greves deflagradas com o objetivo de exigir a efetivação de **direitos já previstos em lei**, sejam eles referentes à remuneração ou a condições de trabalho. O princípio da legalidade obriga que a Administração Pública proceda sempre em conformidade com a lei. Destarte, se ela desobedece determinada lei, negando a seus servidores a fruição de direitos legalmente estabelecidos, deverá suportar o ônus da greve. Nesta situação, seria estarrecedor admitir o corte de ponto dos servidores, punindo as vítimas, ao invés de punir o responsável pela ilegalidade.

Por outro lado, há que se destacar que de 2007 para cá tem havido uma inflexão da jurisprudência do STF no sentido de apenas admitir o corte de ponto quando a greve é declarada ilegal ou abusiva. Veja-se neste sentido a decisão proferida em agosto de 2013 na Suspensão de Tutela Antecipada nº 723, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa:

O impetrante comprovou o preenchimento dos requisitos constantes da Lei 7.783/89, **não se verificando, a princípio, qualquer abuso do direito de greve a justificar o corte no ponto dos servidores** e, o conseqüente desconto dos dias

paralisados. Ademais, configura-se claro o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação na hipótese em comento, uma vez que se trata de verba de caráter alimentar. [\[15\]](#)

Por fim, deve-se lembrar que o art. 7º da Lei de Greve foi recepcionado pelo STF, donde se extrai que as relações obrigacionais, durante o período que durar a greve, podem ser regidas por **acordo ou convenção** entre as partes envolvidas. Para Álvares da Silva (2008, p. 143), a recepção do art. 7º denota que “a convenção coletiva, antes implícita, agora passou a ser expressamente reconhecida em relação ao serviço público”. Não há dúvida que a negociação é a forma mais eficiente de resolução de conflitos coletivos. O pagamento dos dias parados deve constar no acordo a ser firmado entre a Administração Pública e o Sindicato representativo dos servidores em greve. Restando inviável o acordo, a decisão ficará a cargo do Poder Judiciário.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988, que foi um marco na democratização das relações políticas e sociais do Brasil, também o foi em relação ao direito de greve, ao reconhecê-lo expressamente aos servidores públicos civis. Com isso, o Estado brasileiro passou a enxergar os servidores como trabalhadores e cidadãos que têm o direito de lutar por melhores condições de trabalho e por salários dignos.

A ausência de regulamentação do art. 37, inciso VII, da Constituição motivou, durante vários anos, o entendimento jurisprudencial de que o direito de greve dos servidores públicos era

juridicamente impossível, enquanto perdurasse a lacuna normativa. Esta orientação somente foi alterada pelo STF em 2007, no julgamento dos Mandados de Injunção nº 712/PA, 670/ES e 708/DF. Com isso, resolveu-se parcialmente o problema, embora tenham surgido novas dúvidas e polêmicas acerca da aplicação da Lei nº 7.783/89 às greves do serviço público.

Diante da regulação parcial e provisória do tema, é preciso que os operadores do Direito encarem a greve como um direito fundamental, que deve ser protegido, e não inviabilizado por restrições desmedidas. Afinal, “a ideia central do nosso Constituinte foi a de *reconhecer* o direito à greve, e não a de *dificultá-lo*” (CERNOV, 2011, p. 40).

A proteção do direito de greve não interessa apenas aos servidores públicos, mas à sociedade de modo geral. Quando fazem greve, os servidores reivindicam, via de regra, ações do poder público para melhorar as condições de trabalho e garantir qualidade na prestação dos serviços públicos. Não se deve, portanto, considerar a greve no serviço público como movimento antagonista dos interesses da sociedade, e tampouco como um fato anormal que atenta contra a Administração Pública. A greve é, na verdade, um componente natural e saudável num Estado Democrático de Direito, desde que exercida com responsabilidade.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Negociação coletiva dos servidores públicos**. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2011.



AROUCA, José Carlos. **Organização sindical no Brasil: Passado – Presente – Futuro(?)**. São Paulo, LTr, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso Básico de Direito Sindical**. 4ª Ed. São Paulo, LTr, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte, Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

BORBA, Camila Sailer Rafanhim de; CAMPOS, Sarah. **O reconhecimento do direito fundamental de greve dos servidores públicos na Constituição brasileira de 1988 e sua efetividade**. In: XIMENES, Júlia Maurmann; BARROS, Janete Ricken Lopes de. (Org.). 25 anos da Constituição: influências jurídicas, atores políticos e contexto sociológico. Brasília, IDP, 2013.

CERNOV, Zênia. **Greve de servidores públicos**. São Paulo, LTr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo, LTr, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. **Servidores públicos na Constituição de 1988**. São Paulo, Ed. Atlas, 2011.

FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO JUDICIÁRIO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO – FENAJUFE. **Cartilha da greve no serviço público**. Brasília, março de 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 12ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2007, Cap. VII, pp. 290-309. Material da 1ª aula da disciplina “Regime Próprio da Previdência Social do Servidor Público”, ministrada no Curso de Pós Graduação em Direito Previdenciário – Anhanguera-Uniderp/Rede LFG, 2013.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A greve no serviço público. **Interesse Público**, ano 10, n. 49, maio/jun. 2008, p. 29-52. Belo Horizonte, Ed. Fórum, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Art. 37, VII**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes... [et al.]. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013. P. 840-850.

LIMA, Francisco Gérson Marques de; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Direito de greve do servidor público civil estatutário: uma análise à luz dos direitos fundamentais e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Publicado no XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI/UFBA – Salvador/BA, 19 a 21 de junho de 2008. Disponível

em:[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/francisco\\_gerson\\_marques\\_de\\_lima.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/francisco_gerson_marques_de_lima.pdf). Acesso em: 20 ago. 2014.

MARX, Karl. **A miséria da filosofia**. Tradução de José Paulo Netto. São Paulo, Ed. Global, 1985.

MALLET, Estêvão. **Dogmática elementar do direito de greve**. São Paulo, LTr, 2014.

MELO, Raimundo Simão de. **A greve no direito brasileiro**. São Paulo, LTr, 2006.

SILVA, Antônio Álvares da. **Greve no serviço público depois da decisão do STF**. São Paulo, LTr, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo, Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª Ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EDUCAÇÃO PÚBLICA DO PARÁ – SINTEPP. **Direito de greve dos servidores públicos em estágio probatório**. Belém/PA, 2013.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A ilegalidade do corte de salários dos trabalhadores em greve e a situação na USP**. Publicado em 25/08/2014 no Blog da Boitempo Editorial: <http://blogdaboitempo.com.br/>. Acesso em 11/10/2014.

\_\_\_\_\_. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo, LTr, 2000.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 20ª ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

#### **NOTAS:**

[1] Voto do Min. Rel. Eros Grau no MI 720/PA. Julgado pelo Plenário do STF em 25/10/2007. P. 10.

[2] MI 20, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994, DJ 22-11-1996.

[3] Dentre elas, destacamos: a) MI 438-GO (julgado em 1994); b) MI 485-MT (2002); c) MI 585/TO (2002).

[4] No MI 283, o STF fixou pela primeira vez um prazo para o Congresso sanar a omissão. Já no MI 232, fixou-se prazo para o Congresso legislar; findo o prazo sem edição da lei, o requerente poderia gozar do direito pleiteado.

[5] Voto do Min. Rel. Eros Grau no MI 720/PA. Julgado pelo Plenário do STF em 25/10/2007. P. 24.

[6] MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007. Grifo nosso.

[7] Voto do Min. Rel. Eros Grau no MI 720/PA. Julgado pelo Plenário do STF em 25/10/2007. P. 32.

[8] Voto do Min. Rel. Eros Grau no MI 720/PA. Julgado pelo Plenário do STF em 25/10/2007. P. 12.

[9] Voto do Min. Rel. Eros Grau no MI 720/PA. Julgado pelo Plenário do STF em 25/10/2007. P. 28.

[10] Voto do Min. Rel. Eros Grau no MI 720/PA. Julgado pelo Plenário do STF em 25/10/2007. P. 33.

[11] TST – E-RR 94.167/93.4 – Ac. SBDI-1 3.561/96 – Rel. Min. Vantuil Abdala – DJU 28.02.1997. No mesmo sentido: “A participação em greve não figura entre os motivos ensejadores da justa causa, seja greve legal ou ilegal” (TRT – 5ª Região, 1ª T, Proc. 596-

55.2011.5.05.0641, Rel. Marama Carneiro, julgado em 28/05/2012). “Mesmo considerada abusiva a greve, a participação do empregado no movimento, por si só, não configura falta grave” (TRT – 2ª Região, 10ª T, AC nº 2970286860, Rel. Eduardo de Azevedo Silva, 19/06/1998).

[12] ADI 3235, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES (art. 38, II, RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2010.

[13] Além da ADI 3235, esta orientação pode ser extraída também do acórdão proferido pela 1ª Turma do STF no RE 226.966: “*A simples circunstância de o servidor público estar em estágio probatório não é justificativa para demissão com fundamento na sua participação em movimento grevista por período superior a trinta dias*”. (RE 226966, Rel. Min. Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão: Min. Carmen Lúcia, 1ª Turma, julgado em 11/11/2008.)

[14] MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007.

[15] STA 723, Relator(a): Min. Presidente, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) JOAQUIM BARBOSA, julgado em 30/08/2013. Percebe-se **posição similar** nas decisões proferidas na **Rcl nº 11536-GO**, de relatoria da Min. Carmen Lúcia, julgada em 13/03/2014, na **Rcl 11847**, com decisão proferida pelo Min. Cesar Peluzo em 13/07/2011, e **sobretudo**, na **Rcl 16535**, de relatoria do Min. Luiz Fux (18/10/2013)

## ZAVASCKI REJEITA RECURSO QUE PEDIA INVESTIGAÇÃO EM FACE DE DILMA ROUSSEFF - POLITIZAÇÃO DO DIREITO?

**LEONARDO SARMENTO:**  
Advogado, professor, escritor, cronista e articulista.

Em artigo datado de março de 2015, mais especificamente elaborado no dia seguinte ao anúncio da lista que contemplou a presidente Dilma Rousseff entre as autoridades que não seriam investigadas na Operação Lava Jato, colacionamos nosso parecer.

O PPS honrou-nos ao encampar nossos fundamentos quando entrou com pedido formulado na PET 5569, que pedia a reconsideração da decisão pelos motivos por nós articulados.

O pedido foi analisado pelo ministro Teori Zavasck, na decisão ele escreveu que o fato relacionado à petista já é investigado na primeira instância da Justiça Federal, numa investigação sobre o ex-ministro Antonio Palocci. Nestes termos:

“Não há como acolher a pretensão de ser instaurado procedimento investigatório contra a presidente da República neste momento. Cumpre realçar, por importante, que, de qualquer modo, o fato denunciado na colaboração premiada, sobre um suposto pagamento ilegítimo à campanha presidencial, já está sendo investigado em procedimento próprio”, escreveu.

Data vênica, não confraternizamos com o entendimento do nobre ministro. Em primeira instância quem está sendo investigado é Antônio Palocci, não a Presidente (que possui foro por prerrogativa de função). Não é fundamento apreciável a alegação de que como está investigando

A, B, por conexão, também estaria por, em tese, haver participado do mesmo fato investigado. Se a investigação contra Dilma não foi autorizada, o STF não delegou expressamente esta missão à 1ª instância da Justiça Federal, Dilma definitivamente não é sujeito passivo de qualquer investigação.

Assim que, o nobre ministro praticou um contorcionismo jurídico não muito inspirado, com todo respeito que merece o insigne ministro, com o objetivo de rejeitar o recurso interposto pela oposição. As razões de direito mais uma vez subjugarão-se às razões da política em um fenômeno que se tornará cada vez mais frequente, o da “politização do direito”.

Importante reafirmar os fundamentos que articulamos e que formaram o núcleo do pedido rejeitado para que os distintos leitores possam formar suas convicções.

Segue portanto a literalidade do que sustentamos:

A decisão do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, de não listar a presidente Dilma Rousseff entre as autoridades que poderiam ser investigadas no escândalo do Petrolão, fundamenta-se no texto constitucional segundo as razões que sustenta, nos termos de suas palavras, mas conclama não significar que a petista não possa restar responsabilizada no futuro. Este é o entendimento esposado do PGR, do qual guardamos peremptórias ressalvas que a partir de agora passamos a transitar.

Na investigação da Operação Lava Jato, as citações que envolvem a presidente Dilma remetem à época em que ela funcionava como

presidente do Conselho de Administração da Petrobras, entre 2003 e março de 2010, e ministra do governo Lula.

O parágrafo 4º do artigo 86 da Constituição Republicana proíbe que um Presidente da República seja responsabilizado, no exercício do mandato, por atos que não dizem respeito ao exercício de suas funções. Nesse diapasão, como suspeitas de irregularidades na compra da refinaria de Pasadena, por exemplo, ocorreram antes do primeiro mandato de Dilma à frente do Palácio do Planalto, Janot não apresentou um pedido de investigação contra ela.

Nos termos do PGR os fatos são anteriores ao exercício do mandato, quando sustenta a impossibilidade de se fazer algo, mesmo quando houver indícios de irregularidades. Na seara desta interpretação teríamos que aguardar o final do mandato. Haveria um impedimento constitucional de se proceder a uma investigação contra a presidente da república e contra ela se instaurar alguma ação penal por fato que seja estranho ao exercício do mandato.

Ousamos discordar parcialmente do nobre precatado PGR. Entendemos ser sim cabível investigar a presidente Dilma Rousseff, quando o impedimento que guarda o parágrafo 4º do art. 86 atine a responsabilização, leia-se processo [ação penal], quando consabido ainda que, investigação pode revelar-se procedimento que apenas irá instruir futuro processo.

Lembramos que, existem provas que devem restar colhidas tão logo se tenha notícias delas, sob pena de futuras colheitas restarem ineficazes, ou por haverem desaparecido ou mesmo por se tornado excessivamente rarefeitas com o passar do tempo, perdendo suas marcas originais, quando



a falta de uma prova não mais possível de ser realizada [exemplo: por morte de uma testemunha ou o achacamento desta] pode arrefecer todo o conjunto probatório, que passa a não ser mais suficientemente robusto e capaz para condenar.

É nestes termos que sustentamos que Dilma deveria sim estar incluída na lista de Rodrigo Janot, com a devida máxima vênia às opiniões divergentes. A Carta de 1988, na forma da interpretação que emprestamos ao artigo em comento, confere uma imunidade temporária a presidente para o processo, não para investigação.

Esta é a melhor interpretação que temos para o art. 86, parágrafo 4º do Diploma Maior.

O STF não possui uma posição definida, já que a questão jamais restou submetida ao seu plenário. Teria revelado-se uma boa oportunidade para ouvirmos a interpretação dos senhores ministros a respeito da interpretação da Corte Maior a respeito do artigo em comento.

Entendemos que esta decisão do PGR está fomentada por um cenário político combalido, tendente ao caótico, já sem credibilidade, que busca preservar o Chefe de Governo da apuração de mais um escândalo, este de maiores proporções, agora com de Dilma Rousseff diretamente envolvido, o que entendemos não ser motivo suficiente para que o preclaro, mas pusilânime PGR não a mantivesse na lista, nos termos apurados pelo alcantilado e arguto Sergio Mouro.

Concluimos assim que, nos termos da Constituição, não há qualquer impedimento constitucional para a investigação da presidente, que o artigo infra-colacionado, núcleo central do presente, não se revelaria o

fundamento necessário para pautar a ausência de vontade política de investigar Dima Rousseff.

Segue artigo da Constituição que alimentou o presente artigo:

*Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.*

§ 4º - O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser **responsabilizado** por atos estranhos ao exercício de suas funções (nosso grifo).

*Pesar: Como constitucionalista, como professor, como um arguto estudioso dos preceitos da Carta, sinto-me constrangido quando a sua normatividade encontra barreiras em passageiras ideologias políticas de Governo. Sou tomado pelo encabulamento quando leciono no sentido do melhor direito constitucionalizado e este resta temerariamente tergiversado, em outros momentos mesmo vilipendiado pelas razões políticas de momento. Preocupado quando nossa cognição, com a chancela dos fatos, coloca-nos em xeque, por exemplo, a independência de um Ministério Público, que mais maleável que o recomendável sucumbi diante de apelos que não nos serviria jamais como fundamento de direito.*

## INELEGIBILIDADE DO ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA G, DA LC Nº 64/1990 - RATIFICAÇÃO DO PARECER PRÉVIO DAS CONTAS DO PREFEITO PELA CÂMARA MUNICIPAL

**ALLAN DE ALCÂNTARA:** Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Mato Grosso. Procurador Federal.

**Resumo:** A Lei Complementar nº 64/90, com a alteração promovida pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), passou a prever, em seu art. 1º, inciso I, alínea “g”, hipótese de inelegibilidade pela rejeição das contas. Tratando-se de Prefeito, há que se aferi se, apesar da rejeição das contas pelo respectivo Tribunal de Contas (do Estado, dos Municípios ou do Município, onde houver), ainda é necessária a ratificação por parte da Câmara de Vereadores. Há quem defenda que o parecer prévio do Tribunal de Contas já seria apto, por si só, a dar causa à inelegibilidade, fazendo diferenciação entre as contas de gestão e as contas de governo ou políticas. Isso significa que enquanto as primeiras são julgadas unicamente pelo Tribunal de Contas, com fulcro no citado art. 71, inciso II da Constituição, as segundas são objeto da análise do Poder Legislativo, com base no art. 71, inciso I, cingindo-se o Tribunal a elaborar parecer prévio. Essa última é a posição atualmente adotada pelo TSE, de que nos casos de julgamento de contas de gestão, o parecer do Tribunal de Contas é apto a ensejar o reconhecimento da inelegibilidade. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão ainda não foi definida. No Recurso Extraordinário nº

597.362/BA houve, inclusive, o reconhecimento da repercussão geral da temática, acerca da competência exclusiva da Câmara Municipal para julgar as contas do Chefe do Executivo, todavia o recurso foi, ao final, julgado prejudicado. Em precedente antigo, o Tribunal reconheceu a competência exclusiva da Câmara.

**Palavras-chaves: Inelegibilidade. Art. 1º, inciso I, alínea “g”, da LC nº 64/1990. Prefeito. Julgamento das contas. Contas de Gestão. Contas de Governo ou Políticas. Tribunal de Contas. Parecer prévio. Ratificação do julgamento. Câmara Municipal.**

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Da inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da LC nº 64/1990; 3 Da rejeição das contas do Prefeito; 4 Da necessidade ou não de ratificação da Câmara para rejeição das contas para incidência da inelegibilidade; 5 Conclusão; 6 Referências.

---

## 1. Introdução

A Lei Complementar nº 64/90, com a alteração promovida pela Lei Complementar nº 135/2010, que ficou conhecida como Lei da Ficha Limpa, passou a prever, em seu art. 1º, inciso I, alínea “g”, a inelegibilidade, para qualquer cargo, daqueles que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configura ato doloso de improbidade administrativa, com decisão irrecorrível do órgão competente.

A inelegibilidade, embora parece de aplicabilidade simples no caso concreto, se mostra tormentosa pela análise das minúcias que permeiam

o processo do julgamento das contas e, ainda mais, diante dos requisitos trazidos pelo próprio artigo da lei.

Tratando-se de Prefeito, outro ponto é capaz de provocar maiores análises para que seja possível aferir se tal restrição aos direitos políticos poderá ser aplicada ou não quando, apesar da rejeição das contas pelo respectivo Tribunal de Contas (do Estado, dos Municípios ou do Município, onde houver), ainda carece de julgamento por parte da Câmara de Vereadores.

Para buscar uma saída para a situação em comento, há que observar a previsão do art. 31, §2º da Constituição Federal, dispondo que o parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas do Prefeito, só deixa de prevalecer pelo voto de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

2. Da inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da LC nº 64/1990

A hipótese de inelegibilidade citada foi modificada com o advento da Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), passando a dispor que:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade

administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no [inciso II do art. 71 da Constituição Federal](#), a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição; ([Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010](#))

Portanto, pelo dispositivo legal, bastaria a rejeição das contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas por irregularidade insanável, configuradora de ato doloso de improbidade administrativa, para que fosse o pretense candidato considerado inelegível por 8 (oito) anos, contados a partir da decisão, desde que não suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário.

Trata-se de importante preceito legal que vem afastar o administrador que teve as contas rejeitadas por ato doloso de improbidade administrativa, não possuindo a moralidade necessária para nova ocupação do mandato eletivo, em atenção aos princípios republicanos.

Possuindo referida mácula pela rejeição das contas e se tratando de ato reputado como doloso de improbidade administrativa, não haveria razão para que se permitisse possibilidade de eleição ao faltoso,

incidindo o preceito para afastá-lo da função pública por determinado período de tempo, em atenção aos princípios constitucionais.

### 3. Da rejeição das contas do Prefeito

A Constituição Federal possui procedimento próprio no que tange ao julgamento das contas dos administradores de recursos públicos em geral, deixando ao Tribunal de Contas a competência para, inclusive, aplicar sanções àqueles que derem causa a irregularidades ao Erário.

De acordo com o art. 71 da Constituição:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

Todavia, ao tratar do Chefe do Poder Executivo, notadamente no âmbito federal, a Carta Magna assevera que competirá ao próprio Congresso Nacional o julgamento das contas, que contará com parecer prévio a ser emitido pelo Tribunal de Contas da União:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

As normas em questão, por simetria e determinação da Constituição, deverão ser aplicadas no que se refere ao julgamento das contas prestadas no âmbito estadual:

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.



Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

No que tange a análise das contas prestadas pelos Prefeitos dos Municípios, houve previsão de procedimento um tanto quanto diferente dos âmbitos estadual e federal, especialmente pela vedação da criação de novos Tribunais de Contas Municipais e, claro, da determinação de que o parecer prévio exarado pelo Tribunal de Contas somente deixa de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara:

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

No âmbito do Município, então, percebe-se que não há tamanha prevalência e nem exclusividade do julgamento por parte do Poder Legislativo como existe na União e nos Estados. Aqui, caso não haja objeção por parte da Câmara, o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas prevalecerá.

#### 4. Da necessidade ou não de ratificação da Câmara para rejeição das contas para incidência da inelegibilidade

O ponto fundamental para aplicação da causa de inelegibilidade do art. 1º, inciso I, alínea “g”, da LC nº 64/1990 é saber se a rejeição das contas do Prefeito se dá tão logo ocorra a emissão do parecer prévio pelo Tribunal de Contas ou se somente se dará após a Câmara Municipal ter ratificado a emanção daquela Corte.

A problemática se revela diante da possibilidade de adiamento do julgamento por parte da Câmara, considerando que a Constituição não trouxe prazo para que isso ocorra, podendo, a depender do caso concreto, nem vir a ocorrer. Ficaria assim indefinidamente as contas unicamente com o parecer prévio.

Para quem adota a hipótese de que somente com a ratificação por parte do Poder Legislativo do Município é que se pode configurar as contas como rejeitadas, caso no momento do registro da candidatura exista tão somente o parecer prévio do Tribunal reconhecendo a irregularidade das contas por vício insanável, não se aplicaria causa de inelegibilidade, podendo o candidato concorrer regularmente.

Por outro lado, há quem defenda que o parecer prévio do Tribunal de Contas já seria apto, por si só, a dar causa à inelegibilidade,

independentemente da análise por parte da Câmara, que poderia, evidentemente, posteriormente rejeitar o parecer e aprovar as contas.

Essa corrente se espelha, inclusive, na diferenciação entre as contas de gestão e as contas de governo ou políticas. Isso significa que enquanto as primeiras são julgadas unicamente pelo Tribunal de Contas, com fulcro no citado art. 71, inciso II da Constituição, as segundas são objeto da análise do Poder Legislativo, com base no art. 71, inciso I, cingindo-se o Tribunal a elaborar parecer prévio.

Assim, atuando o Prefeito como ordenador de despesas, não estaria desempenhando função política, e sim como administrador da máquina pública, devendo ser equiparado aos demais administradores de recursos públicos.

Esse, aliás, é o entendimento atualmente adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral:

ELEIÇÕES 2014. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. PRIMEIRO SUPLENTE DE SENADOR. DEFERIMENTO. ART. 1º, I, G, DA LC nº 64/1990 (REDAÇÃO DADA PELA LC Nº 135/2010). JULGAMENTO DAS CONTAS DE GESTÃO DOS PREFEITOS MUNICIPAIS. COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS, E NÃO DAS CÂMARAS MUNICIPAIS. REGIME JURÍDICO DA ATIVIDADE FISCALIZATÓRIA. EXAME DO CONTEÚDO DAS CONTAS. REPÚDIO

A ARGUMENTOS ANCORADOS NO ASPECTO FORMAL E SUBJETIVO DE QUEM PRESTA AS CONTAS. EXEGESE LITERAL DO ART. 71, II, DA LEI MAIOR. PREFEITO. ORDENAÇÃO DE DESPESAS. FUNÇÃO MERAMENTE ADMINISTRATIVA. EQUIPARAÇÃO AOS DEMAIS ADMINISTRADORES DE RECURSOS PÚBLICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DA FUNÇÃO DE AGENTE POLÍTICO. ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS. MAIOR EFICIÊNCIA NA REALIZAÇÃO DOS GASTOS PÚBLICOS. ADEQUAÇÃO DAS CONDUITAS ÀS DIRETRIZES NORMATIVAS BALIZADORAS DA ATUAÇÃO DOS RESPONSÁVEIS PELA GESTÃO DAS DESPESAS PÚBLICAS. INTERPRETAÇÃO INEQUÍVOCA DA CLÁUSULA FINAL DA ALÍNEA G. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO PRECEITO NAS ADCs Nº 29 E Nº 30. PRESUNÇÃO IURIS ET DE IURE. EFICÁCIA ERGA OMNES E EFEITO VINCULANTE. REJUGALMENTO DA MATÉRIA PELOS DEMAIS ÓRGÃOS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O regime jurídico-fiscalizatório da tomada de contas dos Prefeitos reclama a

leitura sob um viés material, atinente ao conteúdo das contas prestadas (i.e., se anuais ou de gestão), e não meramente formal e subjetivo (i.e., pelo simples fato de ser o chefe do Poder Executivo) (FERRAZ, Luciano. Controle da Administração Pública: elementos para a compreensão dos Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999, p. 143-152).

2. O Prefeito, ao atuar como ordenador de despesas, não desempenha função eminentemente política, mas, ao revés, sua atuação diz respeito diretamente ao funcionamento da máquina administrativa municipal, equiparável, bem por isso, aos demais administradores de recursos públicos. Consectariamente, não se coaduna com a leitura constitucionalmente adequada da fiscalização das suas contas que a responsabilidade específica e individualizável do Prefeito pela execução de despesas públicas recaia única e exclusivamente sobre a Câmara Municipal.

3. A exegese literal das disposições constitucionais evidencia que não cuidou o

constituente, desde logo, de excepcionar os chefes do Poder Executivo do âmbito de incidência do inciso II do art. 71, aludindo apenas e tão somente a "administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos".

4. O processo de tomada de decisões por órgãos judiciais não pode prescindir de uma análise consequencialista, máxime porque a decisão mais adequada a determinado caso concreto é aquela que, dentro dos limites semânticos da norma, promove os corretos e necessários incentivos ao aperfeiçoamento das instituições democráticas e a repercussão dos impactos da decisão na realidade social.

5. O consequencialismo como postura judicial reclama eficiência administrativa, na medida em que o julgamento das contas pontuais (i.e., de gestão) do Executivo municipal pela Corte de Contas tende a gerar os incentivos corretos, promovendo com maior eficiência a realização dos gastos públicos e adequando as condutas dos Prefeitos às diretrizes normativas balizadoras da atuação

dos responsáveis pela gestão das despesas públicas.

6. A cláusula final da alínea g ("[...] aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição") é inequívoca em asseverar que as Cortes de Contas são a autoridade competente para julgar as contas dos Prefeitos, nas hipóteses em que eles atuarem na qualidade de ordenadores de despesa (i.e., contas de gestão).

7. A Suprema Corte é a única instância judicial autorizada a realizar o rejuízo da matéria, adstrita às hipóteses, "[de] mudanças no ordenamento constitucional, na situação de fato subjacente à norma ou até mesmo na própria percepção do direito que deve prevalecer em relação a determinada matéria" (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 264).

8. A causa de inelegibilidade veiculada na alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90, na novel redação dada pela LC nº 135/2010, recebeu a chancela de sua constitucionalidade no julgamento das ADCs nº 29 e nº 30, ambas de minha relatoria.

9. O pronunciamento da Suprema Corte, nas ADCs nº 29 e nº 30, deve ser compulsoriamente observado por juízes e Tribunais, posto ser revestido de eficácia erga omnes e efeitos vinculantes, não se revelando possível proceder-se a reduções teleológicas no âmbito de incidência das disposições declaradas constitucionais.

10. In casu, ao afastar-se o chefe do Executivo municipal do âmbito de incidência da parte final da alínea g, o Tribunal Superior Eleitoral procede a uma redução teleológica que não se coaduna com o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento das ADCs nº 29 e nº 30: o alcance subjetivo do efeito vinculante interdita a reanálise da questão constitucional decidida pelo Supremo Tribunal por juízes e Tribunais, o que, na espécie, importa a alteração da orientação que



prevalecia nesta Corte Superior, de que competiria às Câmaras Municipais, e não às Cortes de Contas, o julgamento das contas de gestão dos Prefeitos.

11. Agravo regimental desprovido. (TSE, 424-96.2014.609.0000, AgR-RO - Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 42496 - Goiânia/GO, Acórdão de 06/11/2014, Relator(a) Min. LUIZ FUX, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 06/11/2014)

É válido lembrar que ainda nas eleições de 2014, o TSE possuía entendimento de que a competência para julgamento das contas do Prefeito seria sempre da Câmara de Vereadores. O entendimento foi alterado no julgamento paradigma Recurso Ordinário nº 40137 - Fortaleza/CE:

ELEIÇÕES 2014. REGISTRO DE CANDIDATURA. RECURSO ORDINÁRIO. INELEGIBILIDADE. ALÍNEA G. REJEIÇÃO DE CONTAS. TRIBUNAL DE CONTAS. PREFEITO. ORDENADOR DE DESPESAS. CARACTERIZAÇÃO.

1. As alterações das hipóteses de inelegibilidades introduzidas pela Lei Complementar nº 135, de 2010, foram consideradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 4.578 e

das ADCs 29 e 30, em decisões definitivas de mérito que produzem eficácia contra todos e efeito vinculante, nos termos do art. 102, § 2º, da Constituição da República.

2. Nos feitos de registro de candidatura para o pleito de 2014, a inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do art. 1º da LC nº 64, de 1990, pode ser examinada a partir de decisão irrecorrível dos tribunais de contas que rejeitam as contas do prefeito que age como ordenador de despesas.

3. Entendimento, adotado por maioria, em razão do efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal e da ressalva final da alínea g do art. 1º, I, da LC nº 64/90, que reconhece a aplicação do "disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição".

4. Vencida neste ponto, a corrente minoritária, que entendia que a competência para julgamento das contas do prefeito é sempre da Câmara de Vereadores.

5. As falhas apontadas pelo Tribunal de Contas, no caso, não são suficientes para caracterização da inelegibilidade, pois não podem ser enquadradas como ato doloso de improbidade. No caso, não houve sequer condenação à devolução de recursos ao erário ou menção a efetivo prejuízo financeiro da Administração. Recurso provido, neste ponto, por unanimidade.

Recurso ordinário provido para deferir o registro da candidatura.

(TSE, 401-37.2014.606.0000, RO - Recurso Ordinário nº 40137 - Fortaleza/CE, Acórdão de 26/08/2014, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 27/08/2014)

Até então, o entendimento do Tribunal era de que, inclusive as contas de gestão dos Chefes do Executivo Municipal eram julgadas pelo Poder Legislativo local:

RECURSO CONTRA EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA. PREFEITO. REJEIÇÃO DAS CONTAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. CAUSA DE INELEGIBILIDADE. JULGAMENTO DA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA DA

CÂMARA DE VEREADORES. PRECEDENTES.  
AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS.

1. À exceção das contas relativas à aplicação de recursos oriundos de convênios, a competência para o julgamento das contas prestadas por prefeito, inclusive no que tange às de gestão relativas a atos de ordenação de despesas, é da respectiva Câmara Municipal, cabendo aos Tribunais de Contas tão somente a função de emitir parecer prévio, conforme o disposto no art. 31 da Constituição Federal.

2. Agravos regimentais desprovidos.

(TSE, 658-95.2012.620.0015, AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 65895 - São José De Campestre/RN, Acórdão de 20/05/2014, Relator(a) Min. LAURITA HILÁRIO VAZ, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 110, Data 13/6/2014, Página 43)

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a questão ainda não foi definida. No Recurso Extraordinário nº 597.362/BA houve, inclusive, o reconhecimento da repercussão geral da temática, acerca da competência exclusiva da Câmara Municipal para julgar as contas do Chefe do Executivo, todavia o recurso foi, ao final, julgado prejudicado.

Naquele julgamento, o então relator, Ministro Eros Grau, votou pelo seu provimento, afirmando que não há regra constitucional a respeito do silêncio, não há cominação de prazo ao Poder Legislativo e de que se trata de decorrência lógica a impossibilidade de se negar o registro enquanto não houver manifestação da Câmara.

O Ministro Dias Toffoli, por sua vez, defendeu o entendimento de que o parecer prévio deveria prevalecer, produzindo efeitos desde logo. O Ministro César Peluso, outrossim, lembrou precedente oposto do Tribunal (RE nº 132.747), reconhecendo ser conclusiva a decisão da Câmara e não do Tribunal:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ACÓRDÃO  
DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL -  
FUNDAMENTO LEGAL E CONSTITUCIONAL. O  
fato de o provimento atacado mediante o  
extraordinário estar alicerçado em  
fundamentos estritamente legais e  
constitucionais não prejudica a apreciação do  
extraordinário. No campo interpretativo  
cumpre adotar posição que preserve a  
atividade precípua do Supremo Tribunal  
Federal - de guardião da Carta Política da  
Republica. INELEGIBILIDADE - PREFEITO -  
REJEIÇÃO DE CONTAS - COMPETÊNCIA. Ao  
Poder Legislativo compete o julgamento das  
contas do Chefe do Executivo, considerados os

três níveis - federal, estadual e municipal. O Tribunal de Contas exsurge como simples órgão auxiliar, atuando na esfera opinativa - inteligência dos artigos 11 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, 25, 31, 49, inciso IX, 71 e 75, todos do corpo permanente da Carta de 1988. Autos conclusos para confecção do acórdão em 9 de novembro de 1995.

(STF, RE 132.747, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, Dj 7.12.1995)

A questão, ainda assim, deve ser objeto de análise em novos recursos a serem interpostos em face das decisões agora proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, que diferencia as contas de gestão e de governo dos Prefeitos, do que o Supremo Tribunal Federal firmará posição acerca da possibilidade de reconhecer a inelegibilidade do Chefe do Executivo Municipal unicamente com o parecer prévio de rejeição das contas.

## **5. Conclusão**

O art. 1º, inciso I, alínea “g”, da LC nº 64/1990 prevê a inelegibilidade daqueles que tenham as contas rejeitadas por irregularidade insanável configuradora de ato doloso de improbidade administrativa.

A par disso, no que se refere aos Prefeitos, e considerando a previsão Constitucional de julgamento das contas dos Chefes do

Executivo pelo Poder Legislativo, há celeuma em relação a produção de efeitos do parecer prévio do Tribunal de Contas.

Ante a sedimentação na Carta Magna de que o parecer prévio do Tribunal acerca das contas do Prefeito só deixará de prevalecer pelo voto de dois terços dos membros da Câmara Municipal, surgiu a dúvida em relação a aplicação da causa de inelegibilidade ainda que não houvesse essa apreciação pelo Poder Legislativo.

O Tribunal Superior Eleitoral, em alteração de sua jurisprudência, passou a entender que se deve fazer a diferenciação entre as contas de gestão e as contas políticas, sendo apenas esta última julgada pelo Poder Legislativo e aquela pelo Tribunal de Contas. No que se refere às contas de gestão, logo, a inelegibilidade se aplicaria pelo simples parecer prévio do Tribunal, sem necessidade da manifestação do Legislativo. O entendimento foi firmado no Recurso Ordinário nº 40137 - Fortaleza/CE.

O Supremo Tribunal Federal, de outro lado, apreciaria a questão no Recurso Extraordinário nº 597.362/BA, que foi julgado prejudicado, porém que possui votos divergentes em relação à competência para julgamento das contas do Prefeito. Em precedente mais antigo (RE nº 132.747), porém, havia definido a competência do Poder Legislativo para julgamento.

Logo, a apesar da recente alteração jurisprudencial leva a efeito pelo TSE, diante da relevância da temática e da já reconhecida repercussão geral pelo STF, resta aguardar um posicionamento definitivo por parte desta Corte Constitucional acerca da possibilidade ou não de

prevalecer o parecer prévio do Tribunal de Contas, enquanto não há análise por parte da Câmara de Vereadores.

## 6. Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em: 01 maio. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 132.747. Relator (a): Min. Marco Aurélio. Pleno, Dj 7.12.1995. Disponível: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207690>>. Acesso em: 01 maio. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. 401-37.2014.606.0000, RO - Recurso Ordinário nº 40137 - Fortaleza/CE, Acórdão de 26/08/2014, Relator(a) Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 27/08/2014. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=40137&processoClasse=RO&decisaoData=20140826&decisaoNumero=&protocolo=184672014&noCache=0.10939864977262914>>. Acesso em: 02 maio. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. 424-96.2014.609.0000, AgR-RO - Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 42496 - Goiânia/GO, Acórdão de 06/11/2014, Relator(a) Min. LUIZ FUX, Publicação: PSESS -



Publicado em Sessão, Data 06/11/2014. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=42496&processoClasse=RO&decisaoData=20141106&decisaoNumero=&protocolo=294232014&noCache=0.7623923234641552>>. Acesso em: 02 maio. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. 658-95.2012.620.0015, AgR-REspe - Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 65895 - São José De Campestre/RN, Acórdão de 20/05/2014, Relator(a) Min. LAURITA HILÁRIO VAZ, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 110, Data 13/6/2014, Página 43. Disponível em: <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=65895&processoClasse=RESPE&decisaoData=20140520&decisaoNumero=&protocolo=&noCache=0.22703418647870421>>. Acesso em: 01 maio. 2015.

## PENSÃO ALIMENTÍCIA E PRISÃO

**AFONSO TAVARES DANTAS NETO:**  
Promotor de Justiça de Família e Sucessões  
(Juazeiro do Norte-CE).

A pensão alimentícia abrange as “*prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Têm por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à subsistência*” (DIREITO CIVIL BRASILEIRO, VOLUME 6: DIREITO DE FAMÍLIA. Carlos Roberto Gonçalves – 8ª edição – São Paulo: Saraiva, 2011. p. 498).

Na feliz expressão de Caio Mário da Silva Pereira: “*Todo indivíduo tem direito à subsistência. Primordialmente, pelo trabalho, cujo exercício livre é assegurado constitucionalmente (Constituição de 1988, art. 5º XIII), integra o desenvolvimento nacional segundo o princípio de sua valorização como um direito social (Constituição, arts. 6º e 9º)*” (INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011. p. 527). E o mesmo civilista acrescenta: “*Quem não pode prover à sua subsistência, nem por isto é deixado à própria sorte. A sociedade há de propiciar-lhe sobrevivência, através de meios e órgãos estatais ou entidades particulares. Ao Poder Público compete desenvolver a assistência social, estimular o seguro, tomar medidas defensivas adequadas. E no mundo moderno tem-no feito com intensidade*” (obra citada, p. 527).

No sistema adotado pelo Direito Brasileiro, a prisão é o último recurso para compelir o devedor recalcitrante a arcar com o dever de pagar os alimentos devidos.

Assim, antes da prisão a lei prevê o desconto em folha, a cobrança de aluguéis, etc.

O alimentando pode mover contra o alimentante a execução por quantia certa contra devedor solvente, prevista no art. 732 do Código de Processo Civil. Tal modalidade de execução efetiva-se concretamente através da penhora de bens do devedor.

Embora a lei não exija prova da inutilidade da execução com penhora para autorizar a execução de alimentos com pedido de prisão (art. 733 do Código de Processo Civil), sempre existe a alternativa menos gravosa.

Mesmo na execução de alimentos com pedido de prisão, a custódia nunca é a primeira opção. *In casu*, a citação do devedor concede ao mesmo o prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo. Somente na hipótese de o devedor não pagar, nem se escusar, é que o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já orientou que “*a prisão civil não deve ser tida como forma de coação para o pagamento da totalidade das parcelas em atraso, porque, deixando a credora que o débito se acumule por longo tempo, essa quantia não mais tem caráter*

*alimentar, mas, sim, o de ressarcimento de despesas feitas” (STF. HC 75180, Rel. Min. Moreira Alves).*

Verdade seja dita, não é qualquer dívida alimentar que autoriza a prisão civil, muito menos a dívida alimentar antiga, pois o Superior Tribunal de Justiça já editou a Súmula nº 309: *“O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”*. A Segunda Seção do STJ, na sessão ordinária de 22 de março de 2006, julgando o HC 53.068-MS, deliberou pela alteração do enunciado da Súmula nº 309, que passou a ter a redação atual acima transcrita. A redação antiga (decisão de 27/04/2005, DJ 04/05/2005, PG: 166) era seguinte: *“O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo”*.

Decerto, vê-se que a legislação brasileira não é nada draconiana, muito pelo contrário, é até branda se comparada aos sistemas jurídicos de outros países.

É preciso deixar muito claro que o devedor de alimentos não cumpre a prisão civil junto aos demais presos (prisão de caráter penal), como deixa claro o art. 201 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984):

*Art. 201. Na falta de estabelecimento adequado, o cumprimento da prisão civil e da prisão*

*administrativa se efetivará em seção especial da Cadeia Pública.*

Logo, fica patente que o devedor de alimentos, uma vez recolhido em razão de prisão civil, não se mistura com os presos comuns, por expressa previsão legal.

Ademais, a Constituição de 1988 é taxativa: “*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...*”.

Não por acaso, o primeiro direito fundamental de nossa Carta Magna é justamente a vida, pois sem ela todos os outros direitos perdem sentido.

A recusa ao pagamento dos alimentos compromete de forma direta o direito à vida, pois sem os alimentos a subsistência do ser humano fica vulnerável, ameaçada, correndo risco e sujeitando-se ao perecimento.

Também não é coincidência o fato de a liberdade vir em segundo lugar. Em sua reconhecida sabedoria, o legislador constituinte concluiu que havendo choque entre dois direitos fundamentais como a vida e a liberdade, deve prevalecer o direito à vida.

A própria Constituição Federal de 1988 prevê no seu art. 5º, inciso LXVII, *ipsis verbis et litteris*:

*LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia...*

Assim, não causa surpresa que a legislação infraconstitucional contenha expressa previsão de privação da liberdade do devedor de alimentos a fim de assegurar o direito a vida, que depende do pagamento da pensão alimentícia.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, prevê em seu artigo 3º: “*Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*”.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, prevê o seguinte, *in verbis*:

*Artigo 6º*

*1 – Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.*

*2 – Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.*

Mais uma norma internacional que dá primazia ao direito à vida da criança, assegurando ao máximo a sua sobrevivência e o seu desenvolvimento. Como a criança pode viver, sobrevivendo e desenvolvendo-se sem receber alimentos?

Diante da total recalcitrância do devedor de alimentos, não resta outra alternativa senão compeli-lo a pagar os alimentos através da custódia civil.

Vale a pena conferir a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) trata do direito à vida no seu artigo 4º, dispondo no item 1 que *“toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”*. No item 7 do art. 7º a referida Convenção dispõe que *“ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”*.

Logo, ao contrário do que aconteceu com o depositário infiel, a prisão civil de devedor de alimentos encontra plena guarida no Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos).

O assunto já foi devidamente examinado pelo excelso Supremo Tribunal Federa, *verbo ad verbum*:

*HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CARÁTER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE DA PRISÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que só é possível a prisão civil do "responsável pelo inadimplemento*

*voluntário e inescusável de obrigação alimentícia" (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal é de eficácia dúctil ou restringível. Pelo que podem as duas exceções lei, quebrantando, assim, o rigor da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil - Decreto 678, de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna brasileira, há de ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da Magna Carta de 1988. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária interna que preveja a prisão civil por dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o § 2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supralegal em nossa ordem jurídica interna e, assim, prepondera sobre lei ordinária que admita a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional - à falta do rito exigido pelo § 3º do art. 5º -, mas a sua hierarquia intermediária de norma supralegal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de sofrer prisão civil por dívida, por se encontrar na situação de infiel*



*depositário judicial. O que autoriza a superação do óbice da Súmula 691/STF. 5. Superação do óbice da Súmula 691/STF para o deferimento do habeas corpus (Habeas Corpus nº 100.888/SC, 1ª Turma do STF, Rel. Ayres Britto. j. 09.02.2010, unânime, DJe 12.03.2010).*

O mesmo § 2º do art. 5º da Lei Maior que serviu de fundamento para a extinção da prisão civil do depositário infiel simultaneamente serve de suporte para justificar a prisão de devedor de alimentos, pois a finalidade do dispositivo constitucional em tela é precisamente dar força normativa ao Pacto de San José da Costa Rica (“§ 2º - *Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”).

Destarte, o inciso LXVII do art. 5ª da Constituição Federal permanece plenamente eficaz na parte que prevê a prisão por dívida do devedor de alimentos (“*LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia...*”).

Finalmente, de tudo que foi colocado, extrai-se a conclusão que a prisão do devedor de alimentos não constitui qualquer tipo de punição, mas apenas uma forma de coerção, a fim de evitar o perecimento do mais importante de todos os direitos fundamentais, o direito à vida, isto é, o direito à subsistência do alimentando, que na grande maioria dos

casos levados a Justiça é apenas uma criança indefesa e carente (em sentido amplo)..

## VIVA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE PENSAMENTO ENTRE OS PARTIDOS POLÍTICOS

**SÉRGIO HENRIQUE DA SILVA PEREIRA:** Jornalista, educador, escritor, produtor de vídeo aulas. Articulista: JusBrasil, Jusnavigandi, JurisWay, Academia Brasileira de Direito (ABDIR), E-gov UFRS, Editora JC, Investidura Portal Jurídico.

**Resumo:** Desde que o PT assumiu a cadeira da Presidência da República, e em seu auge – primeiro mandato do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva -, as ofensas aos petistas, e a quaisquer pessoas simpatizantes ao PT, não pararam de serem promanadas pelos antiPT. Não é de desconsiderar que parlatórios se disseminaram nas redes sociais, blogs e sites, nas conversas de bares, sobre o perigo do PT no poder.

**Palavras-chave:** Partidos Políticos; liberdade de pensamento; liberdade de expressão; democracia; garantias fundamentais; direitos humanos.

**Abstract:** Since the PT assumed the Chair of the Presidency of the Republic, and at its peak – first term of former President of the Republic, Luiz Inácio Lula da Silva-, the offenses to the PT, and any people to sympathizers PT, did not stop being promanadas by antiPT. It's not to disregard that parlors spread in social networks, blogs and sites, in conversations of bars, about the danger of the PT in power..

**Keywords:** Political Parties; freedom of thought; freedom of expression; democracy; fundamental guarantees; human rights.

**Sumário:** Introdução; I – Desigualdade social arquitetada; II – Qual a identidade do povo brasileiro?; III – Quimeras discursivas; IV – Conclusão.

---

## **Introdução**

As premissas [antiPT], na época, eram mais pelo medo de o Brasil se tornar um país sem liberdades públicas, estas incrustadas no corpo da CF/1988. Não obstante, o que causou mal-estar mesmo fora a possibilidade de que a estratificação social “indesejada” [negros, nordestinos, índios] tivesse ascensão social, fato o qual se tornou histórico, e a ecoar na eternidade, em nosso país, doa a quem doer.[1]

Conquanto, tais avanços, diante das potencialidades produtivas no Brasil,[2] não encontrou fácil caminho para tornar nosso país em terra humanística. As altas desigualdades sociais se devem ao “passivo histórico”, [3] porém, o que mais impede a ascensão social dos párias é a mentalidade secular da elite, a discriminatória. Ora, o que impede a ascensão dos párias, senão políticas pífias. Além disso, o maior peguilho sistemático em nosso país são os crimes cometidos contra a Administração Pública – corrupção ativa e passiva, peculato, concussão, Lei 8.429/1992.

## **I – Desigualdade social arquitetada**

O esmero na desigualdade social em nosso país se deve ao fato obstativo da concepção teórica “superior e inferior”. [4] E dizer que não existe discriminações limitadoras ao desenvolvimento porfioso aos

direitos humanos é sofisma. O Supremo Tribunal Federal, como cavaleiro guardião da Constituição Federal de 1988, em diversos Recursos Extraordinários, vem assegurando a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa em nosso país. Sem tais liberdades, inerentes e basilares a democracia, ainda teríamos as pérfidas “informações” de que o Brasil é um país formado por pessoas - não importando a estratificação social, as condições sexual, étnica e religiosa – humanistas em suas almas. Não podemos esquecer de que tais liberdades atuais asseguraram ao povo brasileiro, de norte a sul, de leste a oeste, ao conhecimento verídico do que seja o Brasil. Um país de complexidades psíquicas a identidade cultural – qual a cultura real brasileira?

## **II – Qual a identidade do povo brasileiro?**

Somos um povo sem identidade, pois somos miscigenados, a qual se possa, peremptoriamente, “confirmar” a pureza étnica, cultural. Sem identidade, os brasileiros se digladiam ao calor de acusações desconexas. Sim, somos um povo com complexo de inferioridade. E cada qual busca um diferencial, um porto seguro, o qual possa bradar “Sou!”.

“Sou negro!”, “Sou branco!”, “Sou índio”, “Sou mameluco!”; “Sou da classe A!”, “Sou da classe B!”, “Sou da nova classe média!” etc.

“Sou!”. Tal termo está impregnado de inferioridade – complexo de inferioridade encerra o complexo de superioridade, ambos estão interligados – na nossa cultura. Cardápios regionais, outrora considerados de indivíduos “desiguais”, agora fazem parte dos cardápios de qualquer estratificação social, por exemplo, a feijoada. Construiu-se

um mosaico, o qual de longe, reluz e encanta. De perto, a assustadora realidade: discriminações. Ao olhar mais atento, perseguições partidárias [direita e esquerda], religiosas [espírita, evangélica, católica etc.], sexuais [homem e mulher], à forma de se comportar mesmo que pertença ao mesmo grupo [partido, religião, sexual etc.]. A liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, na efervescência das garantias fundamentais e dos direitos humanos, desnudaram a hipocrisia brasileira, a de um povo amistoso, complacente, humanístico.

### **III – Quimeras discursivas**

Na guerra das concepções teóricas, por exemplo, PSDB e PT usam das liberdades [expressão e imprensa] para se defenderem e se atacarem. Na esteira da discórdia, seguidores, ávidos por notícias reveladoras e comprometedoras, não param de ler as últimas notícias disponibilizadas pelos agregadores "Web syndication". Bandeiras tremulam, gestos, vozes e olhares se lançam aos "inimigos".

“A raiz da crise atual foi plantada bem antes da eleição da atual presidente. Os enganos e desvios começaram já no governo Lula. O que a realidade está mostrando é que nunca antes neste país se errou tanto nem se roubou tanto em nome de uma causa”.  
(Fernando Henrique Cardoso)

“Se FHC quiser falar de corrupção, precisaria contar a história de sua reeleição”. (Luiz Inácio Lula da Silva)

Corrupção, o problema dela é que não tem pai e mãe certos. Filhos sim. E os filhos se perpetuaram ao longo dos séculos. O chamado “jeitinho” brasileiro tem custado muito caro ao povo. Os párias vivem muito mal, as elites vivem também mal. Nenhum tem a garantia de que terá qualidade de vida [plena]. Instalou-se nas entranhas de cada brasileiro que qualidade de vida é ter dinheiro, muito dinheiro. Qualidade de vida, no Brasil, não existe, mesmo para os elitizados:

- a) Sessenta por cento do esgoto, no Brasil, não é tratado, ou seja, os banhistas que se cuidem no verão, pois nadaram nos coliformes fecais, as donas de casa que comprem bastante anti-helmíntico.
- b) Setenta por cento dos alimentos in natura estão contaminados por agrotóxicos altamente cancerígenos; [5]
- c) A corrupção no Brasil consome vidas humanas, corrói os pilares da democracia, das instituições públicas. [6]

Eis alguns dos vários empecilhos ao bem-estar do povo brasileiro.

#### **IV – Conclusão**

Enquanto nossos partidos ficam discursando quem não causou maiores problemas aos detentores de direitos [art. 1º, parágrafo único, da CF/1988], e enquanto filiados nos cargos políticos ganham substanciais subsídios e vantagens, o povo come o pão que o diabo não quer. É o resto do resto, que é prestado [serviços públicos], assegurado

[piso salarial nacional ou regional], permitido [controle na liberdade de expressão e de imprensa] aos detentores de poder.

Na panaceia da “verdade”, dos discursos calorosos para defender os próprios partidos, os feitos “grandiosos” são propalados, mas nada se concretiza efetivamente em nosso país. O Brasil continua com sua [abissal] desigualdade social, mergulhado nos coliformes fecais – “Alô, Olimpíadas”! -, com malandragens sofisticadas de induções e persuasões através de “robôs” [7], com a existência de subnutridos numa das maiores potências econômicas e produtoras de grãos, com os conflitos diuturnos entre policiais e narcotraficantes – que é um “Estado” dentro de outro Estado -, com a sofisticação da corrupção entre agentes políticos e empresas privadas prestadoras de serviços públicos.

São tantos os problemas reais, muitos discursos e muito “pão é circo” para o povo, sem que os problemas reais encontrem planos concretos capazes de tornar o Brasil solo formoso, retumbante aos direitos humanos.

Ah! Tanto eu, quanto demais jornalistas, diplomados ou não, esperamos que as autoridades públicas, junto com sindicatos de jornalistas, depois, não venham com projetos de leis para cercear a liberdade de expressão e a liberdade de pensamento. Serão as liberdades, somente direitos dos partidos políticos e das corporações privadas quando na defesa de seus interesses? Se assim for, não restarão mais dúvidas de que a Carta Política, de 1988, é democrática, mas as condições impostas são autoritárias.



Fiat Lux!

**Notas:**

1 – Representante do UNICEF destaca os avanços sociais do Brasil nos últimos anos. Disponível em: <  
[http://www.unicef.org/brazil/pt/media\\_20130.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/media_20130.htm) >.

2 – BBC. Brasil ‘decola’, diz capa da revista ‘The Economist’. Disponível em: <  
[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/11/091112\\_economist\\_rc](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/11/091112_economist_rc)>.

3 – BBB. 'Passivo histórico' ainda limita avanços sociais no Brasil. Disponível em: <  
[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/03/130312\\_brasil\\_idh\\_pai](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/03/130312_brasil_idh_pai) >.

4 - PEREIRA, Sérgio Henrique da S. Diploma, etnia, morfologia, sexualidade. A “arquitetura da discrimina o” e os direitos humanos. JusBrasil. Disponível em:<  
<http://transitoescola.jusbrasil.com.br/artigos/169254233/diploma-etnia-morfologia-sexualidade-a-arquitetura-da-discriminacao-e-os-direitos-humanos>>.

5 – El PAÍS. O “alarmante” uso de agrotóxicos no Brasil atinge 70% dos alimentos. Disponível em: <  
[http://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/29/politica/1430321822\\_851653.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/29/politica/1430321822_851653.html) >.

6 – FIESP. Relatório Corrupção: custos econômicos e propostas de combate. Disponível em: < <http://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=2021> >.

7 – ARAGÃO, Alexandre. Punir uso de robô na web requer leis mais claras. Observatório da Imprensa, 31/03/2015 na edição 844. Disponível em: <[http://observatoriodaimprensa.com.br/e-noticias/\\_ed844\\_punir\\_uso\\_de\\_robô\\_na\\_web\\_requer\\_leis\\_mais\\_claras/](http://observatoriodaimprensa.com.br/e-noticias/_ed844_punir_uso_de_robô_na_web_requer_leis_mais_claras/)>.

## A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CRIME DE HOMICÍDIO

**DEIVID RODRIGUES DOS SANTOS:**  
Bacharelado em Direito, pela Faculdade  
AGES.

**RESUMO:** O presente artigo tem por finalidade demonstrar como o dano causado a outrem pode ser reparado, inclusive no que diz respeito a homicídio, seja ele simples ou qualificado, uma vez que atingiu um bem, a vida, de outra pessoa, e o nosso Código Civil é bastante claro com relação a isso, veremos como o dano pode ser reparado, e quais as formas de imputação da responsabilidade ao causador do dano, falaremos também da situação dos danos morais, matérias e do pensionamento de menores em caso de morte do genitor, e também da eficácia das normas.

**PALAVRAS CHAVE:** responsabilidade, homicídio, dano, reparo, indenização, eficácia.

---

### 1 INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar é importante sabermos o que significa responsabilidade civil, de acordo com GAGLIANO (2008, p. 9) que diz “pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, a uma compensação pecuniária a vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior da coisa. De outra forma DINIZ (2007, p.33) diz que” é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causados a terceiros em razão de ato próprio do imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou de animal sob sua guarda”, portanto

temos aí dois bons conceitos de responsabilidade civil, sendo que dessa forma podemos resumir que é “ uma obrigação de reparar dano causado a terceiro”, portanto devemos lembrar que, também nas questões de homicídios incide a responsabilidade, cabendo também indenização.

Este trabalho tem por objetivo demonstrar, quais são as situações em que existe indenização, nos crimes de homicídio, e como são um tanto quanto complexas, mostraremos a quem deve ser cobrada a obrigação de pagar, e quem terá o direito de receber essa referida indenização, uma vez que a depender da situação, muitos poderão ser os credores, ou também, muitos poderão ser devedores, dessa forma devemos fazer uma análise bem detalhada de cada situação.

## **2 O HOMICÍDIO NA ESFERA CIVIL**

O crime de homicídio caracteriza ilícito tanto criminal, como civil, uma vez que fere as duas legislações, não podemos afirmar que a responsabilidade civil decorre da criminal, pois elas surgem de acordo com o fato jurídico e ao mesmo tempo, mas devemos salientar que a conduta civil independe da criminal, como reza o art. 935 do Código Civil, senão vejamos:

**Art. 935.** A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Portanto notamos claramente que o artigo referido é claro com essa situação, uma vez mais demonstrando claramente, que apesar de o autor do fato ilícito responder nas duas esferas, elas não necessariamente estão

imputadas, uma vez que são duas esferas para um único tipo de ilícito. Podemos salientar ainda que em muitos casos, para não dizer na maioria, no homicídio gere apenas e unicamente a responsabilidade criminal, onde está sempre presente, onde a titularidade, nesses casos, de denúncia, cabe ao Estado, através do Ministério Público, aonde a responsabilidade civil irá se configurar somente quando houver perdas materiais ou dor moral, mesmo que esta seja presumida, cabendo então nesses casos a indenização.

Se dermos como exemplo, o caso de homicídio, em que a vítima não possua mais familiar, nem pessoas de seu âmbito de intimidade abaladas com o fato delituoso, não existirão a responsabilidade civil, somente haverá a responsabilidade criminal, pois nessa circunstância, o autor não teria causado danos materiais ou morais a qualquer outra pessoa.

Pode ser que aconteça de alguém ser chamado a responder na esfera civil, mesmo sem ter responsabilidade criminal, tendo como outro exemplo de um funcionário que é assassinado em seu ambiente de trabalho, caso fique comprovada a falta de segurança do local, é admissível nesse caso a responsabilidade civil do empregador, pelo que chamamos culpa *in custodiendo*, nesse caso a responsabilidade cabe ao empregador, pois o mesmo tinha por obrigação e dever a proteção do empregado, uma vez que seja comprovada a inexistência ou ineficiência dos aparelhos de proteção, restará a obrigação de indenizar aos familiares da vítima.

Podemos ainda dizer que, no homicídio (art. 121 do CP e art. 948 do CC); quem move a ação civil é a vítima (ou seus herdeiros), quem

move a ação penal é o Ministério Público; de regra uma ação geralmente independe da outra, uma vez que as responsabilidades civil e penal são independentes (art.935, do Código Civil parte inicial), mas essa independência não é absoluta, e sim relativa, pois em algumas situações a justiça penal pode influenciar na civil, mas a decisão civil nunca influenciará na decisão penal.

Em seu livro Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil, Paulo Náder nos mostra que:

O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante da orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa uma aversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida se operava com o uso normal dos meios brutais e animais. É a mais chocante violação do senso moral média da humanidade. (NÁDER apud HUNGRIA, 2009, p.223)

Dessa forma podemos dizer que a vida é um dom natural, e que deve ser protegida pelo Estado em todas as suas esferas e em todas as suas dimensões, uma vez que, sendo ela ceifada, não mais terá volta, e no caso de homicídio, em se tratando de homicídio doloso, ou seja, quando há a intenção, provoca nos familiares e demais entes da vítima, além da uma dor moral, vem juntamente um sentimento de revolta e uma certa ansiedade por uma decisão judicial rápida e que venha a reparar, em certo ponto, o dano causado de uma forma substancial e justa.

### **3 DA REPARAÇÃO DO DANO**

É importante salientar, que a reparação do dano à família da vítima, vai, além do grau do referido dano, até a situação em que vivia, e passará a viver os dependentes da vítima, vejamos o que diz o Art. 948 do Código Civil:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Portanto devemos salientar que a obrigação de indenizar a família da vítima é bastante plausível, uma vez que, a depender da situação, o autor do crime, terá obrigações a cumprir com a família, levando-se em consideração a expectativa de vida da vítima, levemos em consideração, o que diz o caput do referido artigo, quando ele diz que, “*sem excluir outras reparações*”, ou seja, isso quer dizer que é absolutamente possível a indenização por danos morais. A súmula 37 do STF diz “*São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato.*” Portanto no caso em lide, é notório que cabe sim a indenização aos familiares da vítima, como nos mostra Diniz (2007, p.94) “a lesão não atingiria só a vítima, mas também seus parentes, amigos, noivo, namorado, cônjuge, e até mesmo amante”, portanto como está inserido no caput do referido artigo.

No inciso I do referido artigo fala do pagamento das despesas com o tratamento da vítima, mas é bom lembrar, que só aplica esse disposto,

quando não há o falecimento da vítima no momento do fato delituoso, ela só se tornará obrigatória na hipótese de haver um interregno entre o momento do fato e o desfecho do mesmo, ou seja, no caso da vítima vir a ser hospitalizada e depois vir a falecer, serve mais como uma ajuda para tentar a recuperação da vítima ou até mesmo para diminuir o seu sofrimento, valendo lembrar que, no caso em lide, o valor da indenização, para tratamento da vítima, levará em consideração todo e qualquer tipo de assistência médico-hospitalar, psicológica, protética, deslocamento, etc., e também far-se-á necessário incluir nesse valor o pagamento de coletivo ou taxi para deslocamento da vítima.

Com relação às despesas com funeral, não é muito diferente não, uma vez que, nessas situações existem despesas que vão desde o levantamento da guia de sepultamento da vítima em cartório até o sepultamento propriamente dito, passando por despesas com empresas funerárias, tais como a preparação do corpo, e o traslado, além da urna funerária, junte-se a isso toda a despesa com o velório e o sepultamento, portanto despesas que caberiam, em caso de morte natural à família da vítima, vale lembrar, que se inclua nas despesas, a cremação do corpo da vítima, caso essa tenha sido a vontade do mesmo.

No que diz respeito ao luto da família, é importante frisar, se inclui aí das verbas indenizatórias, os valores que deixaram de ser auferidos pelos parentes da vítima, em função do seu recolhimento, seria o caso, como exemplo, de uma proprietária de salão de beleza, que durante o luto deixa de produzir sua renda por um período de 7 dias, nesse caso, como não tem renda fixa, é feito o cálculo da indenização por analogia, pegando por parâmetro, um estabelecimento semelhante.



#### 4 DOS ALIMENTOS DOS DEPENDENTES DA VÍTIMA

Na hipótese da vítima possuir dependentes, os quais eram providos pela mesma, caberá ao causador do dano, a provisão de alimentos em favor dos dependentes, pois esse fato se caracterizará como lucro cessante, é bom frisar que somente o fato de ser parente da vítima não dá o direito de exigir esse tipo de prestação, é importante que se coloque qual o real estado de dependência e o seu vínculo com a vítima, Sergio Cavalieri Filho, diz que *“beneficiários da pensão são apenas aqueles que tinham dependência econômica da vítima”*, portanto, é necessário, para requerer a prestação supracitada, que exista o vínculo de dependência entre a vítima e os dependentes propriamente ditos.

É também de salutar importância, lembrar que, além dos dependentes já citados, fazem também jus à verba indenizatória, aqueles que, à época da morte, dependiam da vítima, ou aqueles que futuramente, caso a vítima viva estivesse, dele dependesse. É importante lembrar que o cônjuge, os descendentes, e o convivente, não precisam provar sua dependência, uma vez que essa é presumida, ou seja, entende-se que dependeriam dele.

Com relação aos nascituros, alguns doutrinadores e juristas tem posições diversas, pois para alguns, as necessidades destes só surgirão a partir do momento em que nascerem com vida.

Portanto com relação á indenização aos dependentes, vai de acordo com aquilo que seria de necessidade dos dependentes da vítima, ima vez que os mesmos, tendo dependência direta da vítima podem exigir do autor do ilícito essa devida prestação. É de suma importância salientar, que em caso de morte de um dos pais, o artigo 948 do Código Civil prevê

pagamento de alimentos “*a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.*” sendo assim, devemos notar que terá direito à pensão todos aqueles que dependiam economicamente do *de cujus*, sendo que a idade limite para receber a referida, é de vinte e cinco anos, salvo se antes os mesmos passarem a alguma atividade produtiva, ou seja, passe a ser responsáveis pelo próprio sustento, e ainda, no caso de incapazes e portadores de deficiência, esse limite se estende até a idade de sessenta e cinco anos.

Ainda podemos dizer que, caso o menor não dependesse financeiramente do *de cujus* o mesmo não terá direito a receber pensão. Ainda com relação à pensão, pouco importa a questão de distinção com relação ao sexo do companheiro, uma vez que fique comprovada a dependência do outro, o que ficar fará jus a pensão, se um dos dois trabalhava e o outro permanecia em casa, ajudando nas tarefas domésticas, a morte de um deles será motivo para recebimento, também, da pensão. Outro fator relevante, diz respeito a doença, de um dos cônjuges, caso ela seja não transitória, o sobrevivente não terá direito, uma vez que ficar comprovado que é o consorte sobrevivente quem mantinha o sustento da residência.

## **5 DOS DANOS MORAIS E DO CAPITAL GARANTIDOR**

Com relação aos danos morais, devemos lembra o que diz a súmula nº 37 do STJ: “*são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato*”, portanto no caso de um homicídio, os dependentes da vítima, além da pensão, terão direito ao pagamento por danos, uma vez que está totalmente claro no caput do art. 948, quando fala, “*sem excluir outras reparações*”. Vale lembrar que se torna

necessário, provar a dor causada nas vítimas, para que se possa caracterizar direito a indenização, mas cabe lembrar que, caso os dependentes não estivessem, comprovadamente, ligados afetivamente à vítima, esses não serão beneficiados à referida indenização, caso exista menosprezo e ausência de dor moral, não se justifica a indenização.

Ainda é importante frisar, que no caso das indenizações, leva-se também em conta o padrão de vida que a vítima e sua família tinham, ou seja, é analisada a renda da vítima, como nos mostra Gagliano & Filho:

Em caso de homicídio, regra geral, a indenização material devida à família de vítima pobre, é fixada em salário mínimo; Se a vítima não for pobre, o juiz fixa o valor segundo o que a mesma efetivamente percebia, ou se pereceu menor, a expectativa do que perceberia. (GAGLIANO & FILHO, 2008, p.349)

O valor da referida indenização será levada em conta de acordo com princípios da razoabilidade e proporcionalidade, sendo que será levada em conta a dor sofrida pelos parentes da vítima, e não deve servir como moeda para enriquecimento, e sim para amenizar a dor sofrida. Em muitos casos o Superior Tribunal de Justiça está estipulando esse valor em cerca de duzentos salários mínimos, levando em conta que, em sentença já proferida, *“esse valor não se mostra nem irrisória, nem excessiva, na cabendo reapreciação”*, sendo que em muitas vezes, leva-se em conta, também, o poder aquisitivo do causador do dano.

Com relação ao capital garantidor, quando estipulado o valor em sentença condenatória, e transitado em julgado, pode-se exigir por parte

do credor, um capital garantidor, que pode ser proveniente de imóveis, títulos da dívida pública e também através de aplicações financeiras em bancos oficiais, sendo que assim garante-se a obrigação da execução dos alimentos, valendo lembrar, que enquanto durar essa obrigação esse capital será inalienável e impenhorável, conforme art. 457-Q do Código de Processo Civil.

Se caso o credor seja pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado, de grande capacidade financeira, o juiz poderá optar por não constituir capital garantidor, e incluir os credores em folha de pagamento.

## **6 CONCLUSÃO**

Diante de tudo o que foi exposto, podemos chegar à conclusão de que, o nosso Código Civil é bastante claro no que diz respeito ao pagamento de pensão por parte de pessoas que cometem crime de homicídio, apontando como deverá ser feita o cálculo da pensão, até quando os dependentes têm direito de receber e também a situação da indenização por dano moral e material bem como essa indenização deve ser calculada, levando-se sempre em conta o poder aquisitivo do devedor, e as possibilidades plausíveis para inclusão em folha de pagamento, no caso de pessoa jurídica de Direito Público ou de Direito Privado, cabendo sempre lembrar que as indenizações serão sempre para os dependentes e cônjuge, comprovada sua dependência econômica.

Portanto, vale lembrar que nossa legislação protege aqueles que são vítimas de crimes que estão incursos nas tipificações do nosso Código Penal, ficando assim com uma espécie de proteção jurídica.

## **7 REFERÊNCIAS**

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

NÁDER, Paulo. *Curso de direito civil*. Vol. 7. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

GAGLIANO, Pablo S. & FILHO, Rodolfo P. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2008.

UNIVERSIDADE TIRADENTES

TEDDY ARTHUR MONTEIRO TERAN

**A DESAPOSENTAÇÃO SOB À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE  
1988**

ARACAJU

2014

TEDDY ARTHUR MONTEIRO TERAN

**A DESAPOSENTAÇÃO SOB À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE  
1988**

Monografia apresentada à  
Universidade Tiradentes como  
um dos pré-requisitos para  
obtenção do grau de bacharel  
em Direito.

Orientador: Prof. MsC. Célio Rodrigues da  
Cruz

ARACAJU

2014

TEDDY ARTHUR MONTEIRO TERAN

**A DESAPOSENTAÇÃO SOB À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE  
1988**

Monografia apresentada à  
Universidade Tiradentes como  
um dos pré-requisitos para  
obtenção do grau de bacharel  
em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

Banca Examinadora

---

Prof. MsC. Orientador: Célio Rodrigues da Cruz  
Universidade Tiradentes – Unit

---

Prof. MsC. Renata Cristina Macedônio de Souza  
Universidade Tiradentes – Unit

---

Prof. Esp. Mariana Dias Barreto  
Universidade Tiradentes – Unit



Dedico esta monografia à minha família; aos meus amigos de longa data e aos de curta data; aos colegas do curso; ao corpo de docentes do Curso de Direito da Universidade Tiradentes; aos aposentados da sociedade brasileira.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha família por aquilatarem em meu ser, os valores essenciais e necessários para que pudesse manifestar-me adequadamente diante dos desafios que o Curso de Direito da Universidade Tiradentes - Unit me proporia, no desenrolar desses cinco e curtos anos de aperfeiçoamento jurídico;

Aos meus amigos, do círculo acadêmico, que estiveram presentes nos momentos de divertimento e de estudos, e que me inspiram, a cada vez mais procurar o aperfeiçoamento intelectual e saber direito;

Às pessoas responsáveis pela minha condução no estágio realizado no Escritório Verônica Castro Advocacia e Consultoria Especializada; no 6º Juizado Especial de Trânsito do Tribunal de Justiça de Sergipe; na Procuradoria da Fazenda Nacional em Sergipe; e na Seção de Direitos dos Servidores – SEDIR/SGP do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe e na Corregedoria Eleitoral também do TRE-SE;

Ao corpo de professores da instituição por me proporcionarem o compartilhamento do conhecimento necessário para que pudesse desenvolver meu espírito de intérprete da letra jurídica;

Enfim, a todos que participaram, de uma forma ou de outra, da minha formação, o meu pequeno e humilde “muito obrigado”.

“As constitucionais garantias do direito adquirido e do ato jurídico perfeito existem em favor do cidadão, não podendo ser interpretado o direito como obstáculo prejudicial a esse cidadão.”

*(Fábio Zambitte Ibrahim)*

## RESUMO

A presente monografia trata da desaposentação à luz da CRFB/88. O Estado Social é a essência da Seguridade Social. A sua finalidade é a expansão da proteção social. A desaposentação sofre especial influência dos princípios constitucionais previdenciários da contributividade, da retributividade, da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial. Os fatores fundamentais para o surgimento da desaposentação são: a) a aposentadoria não mais extingue o contrato de trabalho; b) extinção do pecúlio, que consistia no levantamento de valores depositados à título de contribuição. O segundo fator provocou o esvaziamento do princípio da retributividade e permitiu o surgimento da desaposentação. Conceito de desaposentação: renúncia ao benefício de aposentadoria para fins de aquisição de outro mais vantajosa, no mesmo ou em outro regime de previdência. Ausência de previsão legal sobre a desaposentação. Dispositivos fundamentais: art. 194 até art. 201 da CRFB/88; art. 18, §2º da lei 8.213/91; art. 181-B do Decreto 3.048/1999. Os principais posicionamentos jurisprudenciais a respeito do tema são: a) não é possível a desaposentação por haver lesão ao ato jurídico perfeito, à legalidade, à isonomia e ao equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social; b) é possível, desde que se restitua o fundo comum com os valores percebidos a título de proventos quando da primeira aposentadoria; c) é possível, independentemente de restituição dos valores, por se tratar de direito disponível e o fundo comum ser regido pelo regime de repartição simples. O STJ se posicionou no sentido de ser possível a desaposentação independentemente de qualquer restituição. O STF, por meio dos Recursos Extraordinários n.º 381.367 e 661.256, sinalizou posicionamento no sentido de se reconhecer admissibilidade à desaposentação no atual sistema constitucional. Mais recentemente, por voto do Min. Roberto Barroso, sinalizou a admissibilidade com ressalvas, isto é, desde que se obedeam à regras que observem o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social. A conclusão é a de que interpretação que melhor se adequa à CRFB/88 é aquela que reconhece admissível a desaposentação, mas desde que se observem regras de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social.

Palavras-Chave: Extinção do pecúlio. Desaposentação. Interpretação. Constituição de 1988. Proteção social. Equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social. Admissibilidade com ressalvas.

ABSTRACT

This monograph deals with the come out of retirement on the light of CRFB / 88. The welfare state is the essence of Social Security. Its purpose is the expansion of social protection. The come out of retirement suffers special influence of social security constitutional principles of contributividade, the retributividade, solidarity and financial and actuarial balance. The key factors for the emergence of desaposentação are: a) retirement no longer terminate the employment contract; b) termination of the annuity, which consisted in raising amounts deposited to the contribution of title. The second factor has caused the emptying of the principle of retributividade and enabled the appearance of come out of retirement. Come out of retirement concept: renunciation of the retirement benefit for the purchase of a more advantageous in the same or in another pension scheme. Legal provision of absence on come out of retirement. Key provisions: art. 194 to art. CRFB 201/88; art. 18, paragraph 2 of Law 8,213 / 91; art. 181-B of Decree 3,048 / 1999. The main jurisprudential positions the subject are: a) is not possible because there come out of retirement injury to perfect legal act, the legality, the equality and the financial and actuarial balance of social security; b) it is possible, provided that restores the common fund with the values perceived by way of dividends on first retirement; c) it is possible, regardless of refund of amounts, because it is available right and the common fund be governed by the PAYG scheme. The STJ positioned towards being possible come out of retirement regardless of any refund. The Supreme Court, through the Extraordinary Appeals No. 381,367 and 661,256, signaled positioning in order to recognize the admissibility come out of retirement in the current constitutional system. More recently, by vote of Min. Roberto Barroso, signaled the admissibility with reservations, that is, provided they obey the rules that meet the financial and actuarial balance of social security. The conclusion is that interpretation which best suits CRFB / 88 is one that recognizes the permissible come out of retirement, but provided they conform maintenance rules of financial and actuarial balance of Social Security.

Keywords: annuity extinction. Come out of retirement. Interpretation. Constitution of 1988. Social Protection. Financial and actuarial balance of Social Security. Admissibility with caveats.

## LISTA DE ABREVIATURAS

AC – APELAÇÃO CÍVEL

CLT – CONSILIDAÇÃO DA LEIS TRABALHISTAS

CPC – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

CRFB/88 – CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

DJ – DIÁRIO DE JUSTIÇA

DJU – DIÁRIO DE JUSTIÇA DA UNIÃO

EC – EMENDA CONSTITUCIAONAL

IN – INSTRUÇÃO NORMATIVA

INSS – INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL

RE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RGPS – REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUAS – SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL

SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

TNU – TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDENCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

TRF – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

TST – TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	5
<b>2 A SEGURIDADE SOCIAL E A DESAPOSENTAÇÃO NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PREVIDENCIÁRIOS</b> .....	8
2.1 O fundamento valorativo da Seguridade Social na Constituição da República de 1988 .....	8
2.2 A Seguridade Social na Constituição da República de 1988 .....	11
2.3 A desaposentação nos princípios constitucionais previdenciários .....	14
2.3.1 Introdução à desaposentação .....	14
2.3.2 Princípio da solidariedade .....	17
2.3.3 Princípio da preservação do poder aquisitivo e da irredutibilidade dos benefícios .....	19
2.3.4 Princípio da equidade na forma de participação no custeio e diversidade da fonte de custeio .....	19
2.3.5 Princípios da contributividade, da filiação obrigatória e do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social .....	20
<b>3 A DESAPOSENTAÇÃO NAS ESPÉCIES DE APOSENTADORIAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL</b> .....	27
3.1 As aposentadorias e a desaposentação .....	27
3.1.1 Aposentadoria por invalidez .....	27
3.1.2 Aposentadoria por idade .....	29
3.1.3 Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição .....	32
3.1.4 Aposentadoria especial .....	35
3.2 A natureza jurídica do ato concessivo do benefício de aposentadoria e desaposentação .....	37
3.3 Noções de fator previdenciário e desaposentação .....	38
<b>4 A ADMISSIBILIDADE OU INADMISSIBILIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988</b> .....	45
4.1 O conceito e sistema normativo da desaposentação .....	45
4.2 A identificação dos principais posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários acerca da desaposentação .....	47
4.3 O voto do Min. Roberto Barroso no recurso extraordinário 661.256 de Santa Catarina, proferido na sessão de 09/10/2014 .....	56

4.3.1 Aspectos gerais .....	56
4.3.2 O ato de renúncia ao benefício de aposentadoria .....	57
4.3.3 A Violação a ato jurídico perfeito – XXXVI do art. 5º da CRFB/88.....	60
4.3.4 A Violação ao princípio de solidariedade – III do art. 1º da CRFB/88..	63
4.3.5 A Violação ao princípio de isonomia ou igualdade material – caput do art. 5º da CRFB/88 .....	64
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>70</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>75</b>



## 1 INTRODUÇÃO

A desaposentação é categoria jurídica que não possui previsão legal, sendo abordada e interpretada de acordo com a letra de dispositivos temáticos da CRFB/88 (arts. 194, 195, 201 e 202 da CRFB/88).

Por se trata de instituto sem regulamentação jurídica própria, o tema é possuidor de grande interesse para bacharelados em direito, profissionais das carreiras jurídicas e, em especial, para os inativos da sociedade brasileira, que, embora inativos, voltam a contribuir com o RGPS.

Por ausência de previsibilidade legal, mas especialmente em função das demandas sociais, invariavelmente, a desaposentação vem sendo interpretada de acordo com os princípios da Seguridade Social, insculpidos na CRFB/88.

Tal circunstância concede margem à proliferação de diversas teses jurídicas de todos os sabores, que podem esbarrar na segurança jurídica, e acarretar prejuízos aos aposentados do RGPS.

Sendo assim, em se fundamentando todos os entendimentos na CRFB/88, pergunta-se: quais são os principais posicionamentos e qual deles melhor se adequa à CRFB/88?

Visando responder à indagação acima, a presente monografia possuirá como objetivo geral: identificar os principais posicionamentos sobre a desaposentação e, ainda, qual deles melhor se adequa à CRFB/88 para fins de admissão ou inadmissão da desaposentação.

A fim de que se possa atingir esse objetivo geral, são os seguintes objetivos específicos que seguem a seguir:

A. Estudar a seguridade social e a desaposentação nos princípios previdenciários constitucionais;

O presente objetivo explorará 1) o fundamento valorativo da Seguridade Social na Constituição da República de 1988; 2) a Seguridade Social na Constituição da República de 1988; 3) a desaposentação nos princípios constitucionais previdenciários, onde será procedido com um estudo introdutório da desaposentação, dos princípios da solidariedade, da preservação do poder aquisitivo, da irredutibilidade dos benefícios, da equidade na forma de participação no custeio, da diversidade da fonte de custeio, da contributividade, da filiação obrigatória e do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social.

B. Estudar a desaposentação nas espécies de aposentadorias do regime geral de previdência social;

O presente objetivo explorará: 1) as aposentadorias e a desaposentação, onde traçará, em aspectos gerais, a influência da desaposentação nas aposentadorias por invalidez, por idade, por tempo de contribuição e especial; 2) a natureza jurídica do ato concessivo do benefício de aposentadoria e desaposentação; e 3) noções de fator previdenciário e desaposentação.

C. Identificar os principais posicionamentos sobre a desaposentação e qual deles melhor se adequa à CRFB/88.

O presente objetivo explorará: 1) o conceito e sistema normativo da desaposentação; 2) a identificação dos principais posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários acerca da desaposentação; 3) o voto do Min. Roberto Barroso no recurso extraordinário 661.256 de Santa Catarina, proferido na sessão de 09/10/2014, onde serão analisados o ato de renúncia ao benefício de aposentadoria, a violação a ato jurídico perfeito – XXXVI do art. 5º da CRFB/88, a violação ao princípio de solidariedade – III do art. 1º da CRFB/88 e a violação ao princípio de isonomia ou igualdade material – caput do art. 5º da CRFB/88.

Quanto à metodologia de pesquisa para a abordagem dos objetivos e elementos acima elencados, será adotado o método bibliográfico de pesquisa de dados e elementos informativos, vez que se mostra mais apropriado para trabalhos jurídicos e para a abordagem do tema, por se tratar de questões pertencentes à teoria jurídica. Essa modalidade de metodologia será utilizada durante toda a pesquisa.

Para a identificação dos principais posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, será adotado o método dialético, já que o tema não possui previsão legal, o que propicia o surgimento de teses que, não raramente, se contrapõe.

A monografia estará estruturada basicamente em três capítulos, sob as seguintes nomenclaturas: 1) da seguridade social e da desaposentação nos princípios constitucionais previdenciários; 2) da desaposentação nas espécies de aposentadorias do regime geral de previdência social; 3) da admissibilidade ou inadmissibilidade da desaposentação na Constituição da República de 1988.

O primeiro capítulo terá como objetivo o estudado acerca do fundamento valorativo da seguridade social a fim de que se permita imbuir-se da óptica

adequada à análise da seguridade social, da introdução à desaposentação e da influência que este recebe dos princípios constitucionais previdenciários.

Objetivando conferir maior segurança à pesquisa e ao leitor, o segundo capítulo parte da premissa hipotética da admissibilidade da desaposentação a fim de que se possa analisar seus efeitos nas aposentadorias por invalidez, por idade, por tempo de contribuição e especial; e ainda, a identificação da natureza jurídica do ato concessivo do benefício de aposentadoria e uma breve análise do enfrentamento do fator previdenciário face a desaposentação.

Por fim, enfrentando o objeto desta monografia, no terceiro capítulo, será estudado o conceito e o sistema normativo da desaposentação, a identificação dos principais posicionamentos acerca da desaposentação e uma análise sobre o voto do Min. Roberto Barroso no RE 661.256/SC.

Em momento final, na conclusão, serão feitas as considerações de toda a pesquisa monográfica acerca da desaposentação, com a identificação de qual dos posicionamentos é o mais consentâneo com a CRFB/88.

## 2 DA SEGURIDADE SOCIAL E DA DESAPOSENTAÇÃO NOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PREVIDENCIÁRIOS

### 2.1 O fundamento valorativo da Seguridade Social na Constituição da República de 1988

Fazendo-se a necessária alusão aos ensinamentos do direito constitucional, quando do estudo do constitucionalismo<sup>1</sup>, tem-se notícia de que o Estado, em épocas remotas, atuava na vida pública de forma geralmente desregrada, sem limites ou regras que regulamentassem o exercício do poder estatal.

Como exemplo, é possível se identificar, em termos históricos, que a principal característica do período, ao qual se referem os estudiosos do constitucionalismo, é a concentração de poder nas mãos de uma só pessoa, conhecida como monarca, déspota, ou ainda, déspota esclarecido<sup>2</sup>.

Nesse período, era comum a instituição de altos impostos e o confisco dos bens dos súditos, com sufocamento do direito de propriedade. Esse período é conhecido como dos estados absolutos.

Em razão disso, movimentos iniciados pela burguesia (titulares das riquezas à época) fizeram surgir alguns documentos assecuratórios de direitos fundamentais individuais, como, *v.g.*, a *Magna Carta* (1215-1225), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), o *Bill of Rights* (1688) e, modernamente, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) que fizeram limitar o poder do Estado (SILVA, 2014, p. 153 e 155).

Dessa forma, “os direitos fundamentais cumpriram, originalmente, tão somente a função de direitos de defesa do indivíduo contra os abusos gerados pela

---

<sup>1</sup> Segundo ZULMAR FACHIN (2013, p.35), constitucionalismo é um vocábulo que [...] traduz uma técnica jurídica de proteção das liberdades, surgida no final do século XVIII, permitindo aos cidadãos protegerem-se contra o arbítrio dos governos absolutistas.

<sup>2</sup> A Alta Idade Média é compreendida entre os séculos V e X; A Idade Média Clássica é situada entre o século XI e o XIII; A Baixa Idade Média, correspondente aos séculos XIV e XV. As ideias iluministas começaram a ganhar espaço a partir do século XVII. Para mais informações acessar o seguinte web site disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/historia-medieval/>> ou <<http://www.infoescola.com/historia/despotismo-esclarecido/>>. Acessado em 04/11/214.

atuação do Estado” (CUNHA JR, 2012, p. 579). Tais documentos, representativos de direitos individuais, fizeram surgir, em épocas posteriores, o Estado Liberal.

O efeito que tais direitos tinham sobre o Estado era o de que ocasionavam a sua abstenção do plano individual (NOVELINO, 2012, p. 399). Dessa forma, materializavam verdadeiras “posições subjetivas que outorgam ao indivíduo o poder de exercer positivamente os próprios direitos [liberdade positiva] e de exigir omissões dos poderes estatais” (CUNHA JR, 2012, p. 579).

Entretanto, o Estado Liberal não conseguia resolver outros problemas que começaram a brotar em razão das relações jurídicas individuais e que não possuíam solução, segundo à óptica liberal à época em vigor, como, por exemplo, as altas cargas horárias impostas e as situações de acidentes na prestação de serviços.

Como ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA (2014, p. 161): “o desenvolvimento industrial e a conseqüente formação de uma classe operária logo demonstraram insuficiência daquelas garantias formais, caracterizadoras das chamadas liberdades formais, (...) como resistência e limitação ao poder”, em outras palavras, mais claramente, ensina que a opressão aos operários “não vinha apenas do poder político do Estado, mas do poder econômico capitalista. De nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunha, e ainda não dispõe, de condições materiais para exercê-las”.

O que significa dizer que tais situações não estavam abarcadas no raio de previsibilidade dos direitos civis e políticos, do Estado Liberal. O que deu ensejo a revoltas travadas por parte dos operários, em várias partes do mundo, em contraposição aos interesses da burguesia (FACHIN, 2013, p. 225).

Percebe-se assim que, em função do acúmulo de capital e dos abusos que eram praticados parte daqueles que detinham posição de supremacia na relação de desigualdade, houve o surgimento de inúmeros conflitos internos na sociedade civil, iniciados pelo operariado que clamavam por atuação do poder público a fim de que interviesse nas relações de trabalho, a fim de que garantisse um mínimo de dignidade na prestação dos serviços em prol da burguesia.

No plano jurídico, segundo DARCY AZAMBUJA (2008, p. 171), nas Constituições da época pôde-se observar uma maior intervenção do Estado com a inserção nos textos das Constituições um número cada vez maior de direitos do homem.

Exemplos disso, são as Constituições Mexicana e Alemã, onde, naquela estavam previstos direitos referentes ao nacionalismo, à reforma agrária, à hostilidade em relação ao poder econômico, e um elenco dos direitos do trabalho; e, na segunda a enunciação de princípios, como o da abolição da propriedade privada da terra, o confisco dos bancos, a colocação das empresas sob o controle dos trabalhadores (FERREIRO FILHO, 2012, p.63 e 64).

Comentando sobre o período de eclosão dos direitos sociais, são os ensinamentos de JOSÉ AFONSO DA SILVA (2014, p. 162 e 163):

O Manifesto Comunista, que (...) foi um documento político mais importante na crítica socialista ao regime liberal-burguês. A partir dele, essa crítica fundamentou-se em bases teóricas e numa concepção da sociedade e do Estado, e se tornou, por isso, mais coerente, provocando, mesmo o aparecimento de outras correntes e outros documentos, como as encíclicas papais, a começar pela de Leão XIII, *Rerum Novarum*, de 1891.

No cenário jurídico, prossegue ainda:

No plano jurídico, a Revolução de 1848, em Paris, inscreveu, em sua constituição de curta duração, o direito do trabalho, mas foi a Constituição mexicana de 1917 que, por primeiro, sistematizara o conjunto de direitos sociais do homem, restrita, no entanto, ao critério de participação estatal na ordem econômica e social, sem romper, assim, em definitivo, com o regime capitalista. (...) No mesmo sentido, seguiu-se a Constituição alemã de Weimar, de 1919 (...) que exercera maior influência no constitucionalismo de pós-Primeira Guerra Mundial, até na brasileira de 1934.

Conclui-se assim que o Estado num primeiro momento concentrava todas as suas funções numa única fonte representativa do poder, qual seja, a figura do monarca, que intervia na propriedade privada sem qualquer restrição, o que ocasionou a revolta por parte dos grandes donos de terra que revoltados fizeram com que o Estado se afastasse da propriedade privada e conseqüentemente das relações individuais.

Num segundo momento, em função dos abusos que eram cometidos pelos detentores dos meios de produção, os burgueses, e, além disso, da inexistência de mecanismos que garantissem a salvaguarda dos operários dos riscos sociais, o Estado foi chamado a intervir nas relações por meio de leis que garantissem o mínimo existencial dos trabalhadores. Ocorrendo assim, a remodelagem do Estado, que passou, a partir de então, a ser obrigado a garantir o

mínimo existencial da classe trabalhadora, surgindo assim a noção de Estado Social e, conseqüentemente, a previdência social.

Portanto, “esses conceitos sociais-democratas foram responsáveis pela construção do '*welfare state*', ou Estado do Bem-Estar Social, que visa justamente a atender outras demandas da sociedade, como a previdência social” (IBRAHIM, 2011, p. 3).

## 2.2 Da Seguridade Social na Constituição da República de 1988

Segundo prevê a CRFB/88, em seu art. 194: “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”.

Com força na redação do disposto acima e interpretando a categoria jurídica da Seguridade Social, FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM a descreve como sendo uma: “rede protetiva formada pelo Estado e sociedade, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos”. Prossegue ainda, dimensionando-a como parte integrante das obrigações positivas do Estado, prescrevendo que: “no sentido de estabelecer ações positivas no sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida” (2011, p. 5).

Tratando da finalidade da Seguridade Social, DIRLEY DA CUNHA JR ensina que: “a preocupação central da seguridade social é estabelecer um sistema de proteção social às pessoas em face de eventuais ocorrências que possam impedi-las de prover as suas necessidades básicas e de suas famílias” (2012, p. 1302).

Portanto, afigura-se que a Seguridade Social é constituída como um conjunto de princípios, de regras e de instituições voltadas para a proteção social dos indivíduos contra as contingências que os impeçam de prover a sua própria subsistência e de sua família (MARTINS *apud* FACHIN, 2013, p. 595).

Elucidando o conceito constitucional da Seguridade Social, o parágrafo único do art. 194 da CRFB tratou de prever os seguintes princípios da rede protetiva: a) universalidade da cobertura e do atendimento; b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; c) seletividade e

distributividade na prestação dos benefícios e serviços; d) irredutibilidade do valor dos benefícios; e) equidade na forma de participação no custeio; f) diversidade na base de financiamento; g) caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite; h) e, como princípio implícito, a solidariedade.

Sendo assim, segundo:

a) a universalidade da cobertura e do atendimento, “a seguridade social deve compreender o maior número de situações de risco social e de pessoas, abrangendo, assim, todos os indivíduos que dela necessitam e todas as contingências” (CUNHA JR, 2012, p. 1302); quanto à previdência social, “por ser regime contributivo, é, a princípio, restrita aos que exercem atividade remunerada” (IBRAHIM, 2011, p. 66);

b) a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, a proteção social deve ser isonômica entre as pessoas que vivem na cidade e as que vivem na zona rural (CUNHA JR, 2012, p. 1302). “Dessa forma, algumas distinções no custeio e nos benefícios entre urbanos e rurais são possíveis, desde que sejam justificáveis perante a isonomia material, e igualmente razoáveis, sem nenhuma espécie de privilégio para qualquer dos lados” (IBRAHIM, 2011, p. 67);

c) a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios, para WAGNER BALERA (*apud* IBRAHIM, 2011, p. 67), a seletividade atua na delimitação do rol de prestações, ou seja, na escolha dos benefícios e serviços a serem mantidos pela seguridade social, enquanto que a distributividade direciona a atuação do sistema protetivo para as pessoas com maior necessidade, definindo o grau de proteção. Tem-se assim que “somente a algumas parcelas da população, como, por exemplo, salário-família (exemplo de seletividade) e, além disto, os benefícios e serviços devem buscar a otimização das distribuição de renda no país ... (exemplo de distributividade) (IBRAHIM, 2011, p. 68);

d) a irredutibilidade do valor dos benefícios, a legislação previdenciária deve primar pela manutenção do poder aquisitivo do valor dos benefícios (CUNHA JR, 2012, 1303). Segundo o Supremo Tribunal Federal – STF, a CRFB/88 assegurou tão somente o direito ao reajuste do benefício previdenciário, atribuindo ao legislador ordinário a fixação de critérios para a preservação de seu valor real (STF, RE 459.794, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 30/09/2005);



e) a equidade na forma de participação no custeio, “em diversas contribuições, a sistemática será análoga aos impostos, havendo a fixação da contribuição maior para aqueles que recebam maior remuneração, lucro ou receita”, e ainda “em outras situações, a fixação deste princípio implicará uma variação de contribuição de acordo com o risco proporcionado para os segurados” (IBRAHIM, 2011, p. 70);

f) a diversidade na base de financiamento, a Seguridade Social será custeada a partir de fontes diversas. São elas: empregador, empregado e poder público. São as palavras de FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM (2011, p. 71):

o substrato do financiamento da seguridade ainda é mantido pela antiga forma tríplice de custeio, que envolve contribuições de trabalhadores, das empresas e do próprio governo. A contribuição do empregado, o qual funciona como patrocinador compulsório dos benefícios previdenciários de seus empregados existe desde a criação da previdência social, pois o seguro social de Bismarck, em 1883, já previa esta fonte

E prossegue:

a contribuição da empresa, sobretudo no seguro de acidentes do trabalho, é facilmente justificada, também, para evitar que os empregadores somente obtenham as vantagens da atividade humana, sem arcar com efeitos negativos como a incapacidade para o trabalho, notadamente quando resultante do trabalho continuado

E ainda:

O Poder Público também deve destinar parcela de sua arrecadação tributária, além das contribuições sociais, ao custeio previdenciário. Isto deve ocorrer pelo singelo fato de o Estado ser, também, empregador. É o chamado financiamento indireto da seguridade social (art. 195, *caput*, da CRFB/88).

Portanto, visando impedir que oscilações setoriais não comprometam a arrecadação para o custeio da Seguridade Social, a CRFB/88 determina que, além das contribuições sociais, pagas pela sociedade civil ao fundo comum, o Estado verta parcela da arrecadação tributária para o fundo securitário. Possibilitando assim, a manutenção e, principalmente, a expansão da proteção social;

g) o caráter democrático e descentralizado da administração o sistema securitário deve proporcionar a participação da sociedade civil em sua gestão. Nas palavras, mais uma vez de FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM (2011, p. 73):

Visa à participação da sociedade na organização e no gerenciamento da seguridade social, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e governo (os aposentados foram incluídos pela EC nº 20/98). O estímulo à atuação efetiva da sociedade, que já seria consectário natural de um regime democrático, ainda é também expressamente previsto no art. 10 da Constituição.

Esse princípio foi refletido no art. 3º da Lei 8. 213/91 (redação dada pela Lei nº 8.619/1993), uma vez que, em sua redação, consta que o Conselho Nacional de Previdência Social – CNPS possuirá como membros: seis representantes do governo federal e nove representantes da sociedade civil, distribuídos da seguinte forma: três representantes dos aposentados e pensionistas, três representantes dos trabalhadores em atividade e três representantes dos empregadores;

h) o princípio da solidariedade, embora não previsto expressamente no parágrafo único do art. 194, e baseando-se no regime de repartição simples (IBRAHIM, 2011, p. 40), o sistema securitário deve abarcar, não apenas aqueles sujeitos que contribuíram e que estão submetidos ao período de carência, mas, todos aqueles que ostentam a condição de ser humano. Constituindo-se assim como o princípio de maior relevância do sistema (IBRAHIM, 2011, p. 65).

Nas palavras de DIRLEY DA CUNHA JR (2012, p. 1304):

Sem dúvida que a solidariedade social é um relevante princípio que fundamenta e orienta toda a seguridade social, em razão da simples constatação de que a formação de um sistema de proteção social somente logra êxito numa sociedade na qual as pessoas participem e possa contribuir, direta e indiretamente, para o auxílio e prevenção de todos.

A solidariedade, como se pôde notar, não é princípio exposto da Seguridade Social no texto da CRFB/88. Decorre na verdade do inciso I art. 3º da letra maior, que determina como objetivo fundamental da república a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Decorre ainda da solidariedade a Seguridade Social, que, segundo a CRFB/ 88: 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.

## 2.3 Da desaposentação nos princípios constitucionais previdenciários

### 2.3.1 Introdução à desaposentação

O estudo inicial acerca da desaposentação deve necessariamente ser iniciado a partir da redação do parágrafo 2º do art. 453 da CLT, uma vez que a sua redação prevê os seguintes dizeres: “o ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 10.12.1997)”

E não era outro o posicionamento do TST. Vejamos:

OJ N.º 177. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EFEITOS - DJ 30.10.2006. A aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho, mesmo quando o empregado continua a trabalhar na empresa após a concessão do benefício previdenciário. Assim sendo, indevida a multa de 40% do FGTS em relação ao período anterior à aposentadoria. Histórico: Redação original - Inserida em 08.11.2000

Isso quer dizer que, a par das situações de extinção do vínculo laboral por justa causa, já previstas na legislação consolidada, a lei nº 9.528/1997 criou uma nova situação de extinção do contrato de trabalho, qual seja: a aposentadoria voluntária.

Ocorre que, no ano de 2007, em função da propositura da ADIN 1.770-4, o STF considerou inconstitucional o §2º do art. 453 da CLT, com a seguinte ementa:

PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. A conversão da medida provisória em lei prejudica o debate jurisdicional acerca da "relevância e urgência" dessa espécie de ato normativo.
2. Os valores sociais do trabalho constituem: a) fundamento da República Federativa do Brasil (inciso IV do artigo 1º da CF); b) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (artigo 170, caput e inciso VIII); c) base de toda a Ordem Social (artigo 193). Esse arcabouço principiológico, densificado em regras como a do inciso I do artigo 7º da Magna Carta e as do artigo 10 do ADCT/88, desvela um mandamento constitucional que perpassa toda relação de emprego, no sentido de sua desejada continuidade.
3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente).
4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmbito de uma relação jurídica entre o segurado do

Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador.

5. O Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum.

6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego.

7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97.

(STF - ADI: 1721 DF, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 11/10/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00020 EMENT VOL-02282-01 PP-00084 RTJ VOL-00201-03 PP-00885 LEXSTF v. 29, n. 345, 2007, p. 35-52 RLTR v. 71, n. 9, 2007, p. 1130-1134)

Em função desse posicionamento do STF, o TST cancelou a OJ nº 177, acima citada, para entender que a aposentadoria espontânea não extingue o contrato de trabalho, vez que se trata de relação jurídica firmada entre o empregado e o INSS, não havendo justificativa razoável que se admite a resolução do contrato de trabalho. Permitindo assim que o empregado continue a laborar, mesmo estando aposentado.

A vantagem que o aposentado, quando retornava ao trabalho, possuía, com as contribuições que vertesse ao INSS, era a de que tinha direito ao benefício de pecúlio, que consistia em pagamento único de valor correspondente à soma das importâncias relativas às contribuições do segurado, remuneradas de acordo com o índice de remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia primeiro, conforme o revogado art. 82 da lei 8.213/91.

Ocorre que, como já se deixou antever, com a edição da lei 9.129/95, o pecúlio foi extinto, restando apenas ao aposentado que retornasse ao trabalho os benefícios de: salário-família, salário-maternidade e a reabilitação profissional, conforme §2º do art. 18 da lei 8.213/91.

Entrementes, conforme as palavras de TIAGO FAGGIONI BACHUR (2014, p. 34): “só que o salário-família, a reabilitação profissional ou o salário-maternidade (únicos benefícios que poderiam ser concedidos cumulativamente com a aposentadoria de quem continua trabalhando) são insignificantes”.

E não é só, prossegue explicando o porquê de seu entendimento. Vejamos:

Afinal de contas, o salário-família, ainda que o segurado tenha filhos menores de 14 anos ou inválidos e sua renda seja baixa, normalmente o valor que lhe é descontado a título de contribuição previdenciária quase sempre é superior ao que acaba recebendo.

Já o salário-maternidade é pago apenas para a mulher (segurada), já que o homem, em tese, não pode ser “mãe”. Além disso, se a mulher já está aposentada, certamente não está na idade fértil e dificilmente poderá ser mãe (salvo se adotar). Ainda que se encaixe nessa situação, o período a receber o benefício será ínfimo diante de um possível longo período contributivo.

E conclui sua explanação:

Por fim, a reabilitação profissional só acaba sendo interessante para a Previdência Social. Isso porque o segurado aposentado e agora trabalhador que se encontra lesionado, sem possibilidade de retornar à sua atividade habitual, após ser reabilitado e aprender nova profissão, volta ao mercado de trabalho para continuar contribuindo para os cofres do INSS.

Nesse diapasão, verifica-se assim que houve um enfraquecimento na proteção social dos aposentados que retornavam ao trabalho e, conseqüentemente, a contribuir com a previdência, uma vez que já não lhes era garantido os mesmos benefícios dos trabalhadores em geral. Surgindo assim, o que se convencionou chamar de desaposentação. Sendo compreendida, conforme FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM (2011, p.35) como a: “reversão do ato que transmudou o segurado em inativo, encerrando, por consequência, a aposentadoria (...), significando tão somente o retrocesso do ato concessivo de benefício almejando prestação maior”.

E para fins das espécies de aposentadorias do RGPS, cumpre mencionar que são de quatro espécies: a) por tempo de contribuição; b) por idade; c) especial; d) por invalidez.

A espécie de aposentadoria que possui maior interesse para os fins deste trabalho é a aposentadoria por tempo de contribuição. Uma vez que é mais comum, o segurado da previdência se aposentar proporcionalmente e continuar trabalhando, para, em momento posterior, pleitear a aposentadoria por tempo de contribuição integral.

E ainda, aquele aposentado por idade que continua trabalhando e, em momento posterior, vem a requerer a aposentadoria por tempo de contribuição.

Já as aposentadorias por invalidez e especial, a hipótese de desaposentação se afigura mais rara, vez que o art. 69 c/c 48 do Decreto nº 3.048/1999 proíbe o retorno ao trabalho, sob pena de cassação do benefício. Contudo, não é impossível, como se verá mais adiante, conforme sustentam alguns.

Passemos agora à análise da desaposentação nos princípios previdenciários constitucionais.

### 2.3.2 Princípio da solidariedade

O princípio da solidariedade é responsável por guindar todo o sistema protetivo nacional, possuindo maior proeminência nas vertentes securitárias não contributivas (assistência - SUAS e saúde - SUS).

Possui incidência também na vertente previdenciária, contributiva, fazendo-se materializar na forma de um fundo comum a ser custeado por toda a sociedade civil, inclusive pelo Estado.

Constitui-se como um dos princípios gerais da Seguridade Social, sendo ainda considerado como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (cf. inciso I do art. 3º da CRFB).

Nas palavras de FREDERICO AMADO (2014, p. 45):

Essencialmente a seguridade social é solidária, pois visa a agasalhar as pessoas em momentos de necessidade, seja pela concessão de um benefício previdenciário ao segurado impossibilitado de trabalhar (previdência), seja pela disponibilização de um medicamento a uma pessoa enferma (saúde), ou pela doação de alimentos a uma pessoa em estado famélico (assistência).

E prossegui, esmiuçando o termo solidariedade:

Há uma verdadeira socialização dos riscos com toda a sociedade, pois os recursos mantenedores do sistema provêm dos orçamentos públicos e das contribuições sociais, onde aqueles que pagam tributos que auxiliam no custeio da seguridade social, mas hoje ainda não gozam dos seus benefícios e serviços, poderão amanhã ser mais um dos agraciados, o que traz uma enorme estabilidade jurídica no seio da sociedade.

Como se vê, no âmbito da previdência social, a solidariedade imprime no regime de custeio a regra de repartição simples, que significa dizer que o fundo securitário comum será custeado por todos. Em contraponto ao regime de repartição simples, temos o regime de capitalização puro, que, ao contrário do de repartição simples, consiste na constituição de um fundo securitário individual, funcionando assim como uma espécie de “poupança”. O regime de capitalização não é adotado

no sistema social brasileiro, vez que não se mostra forte o suficiente para o custeio do inativo, como se verá mais adiante (IBRAHIM, 2011, p. 64/65).

Ainda sobre os regimes de gestão da verba securitária, vejamos as palavras de KERLLY HUBACK (2012, p.7):

A solidariedade está na base dos regimes de financiamento da previdência social na modalidade repartição simples, pois as cotizações individuais formarão uma poupança coletiva ao dispor de todos. Se assim não fosse, caso as contribuições se destinassem a fundos individuais, como nos regimes de capitalização, o beneficiário ficaria ao sabor da sorte nos curto e médio prazos, já que seus aportes seriam insuficientes para garantir seu sustento em face de contingências que o impedissem de trabalhar. Por isso, em que pese o crescimento de sistemas de previdência complementar, assentados de forma individual, é imprescindível a manutenção da previdência pública básica, de caráter solidário.

Verifica-se assim que o regime de capitalização não se mostra adequado porque não possui tempo suficiente para o aporte de recursos necessários para o custeio do segurado a longo prazo. O risco que existe é a possibilidade de o fundo individual esgotar os recursos antes do falecimento do segurado.

O especial interesse sobre esse princípio, por parte daqueles que se posicionam contrariamente à desaposentação, é a lógica de que se o fundo é regido pela solidariedade e o segurado, já aposentado, que tornar a trabalhar e a verter contribuições ao sistema de seguro social, estará agindo no sentido de se custear os benefícios de outros segurados, não podendo assim requerer qualquer outro benefício, uma vez que já goza de certo benefício (ROCHA; BALTAZAR JR., 2011, p. 104/105).

### 2.3.3 Princípio da preservação do poder aquisitivo e da irredutibilidade dos benefícios

Inicialmente, cumpre esclarecer que as aposentadorias, em função de substituírem as verbas salariais ou remuneratórias, possuem caráter alimentar (IBRAHIM, 2011, p. 7). Dessa forma, é dever do Estado e da sociedade manter e preservar o poder aquisitivo dos benefícios, uma vez que se trata de prestação que visa a assegurar a subsistência do segurado.

Ligado umbilicalmente a esse princípio, temos ainda o da vedação à redução do valor dos benefícios. O que significa dizer que os benefícios não

poderão sofrer redução, já que se pretende preservar o poder aquisitivo do benefício, com a finalidade de que o segurado usufrua do benefício de modo a mantê-lo imune às contingências sociais (SERAU JR., 2013, p. 31).

Com base na preservação do poder aquisitivo, a desaposentação, em tese, encontraria guarida, vez que a finalidade deste novel instituto é a majoração do benefício em função de novo período contributivo a ser computado em conjunto com o já jubilado.

#### 2.3.4 Princípio da equidade na forma de participação no custeio e diversidade da fonte de custeio

A equidade na forma de participação no custeio da seguridade, significa dizer que os segurados com maior capacidade econômica devem contribuir mais para o custeio do sistema securitário do que aqueles que possuem menor capacidade econômica; ao passo em que, aqueles que não possuem capacidade de participar no custeio não farão aportes para a Seguridade Social, apenas usufruindo dos benefícios (SERAU JR., 2013, p. 31).

De forma mais clara, a partir desse princípio, é possível afirmar que o sujeito que participa no custeio do sistema protetivo, o faz de forma equânime, isto é, com alíquotas de contribuição adequadas à sua realidade patrimonial ou econômica.

Nesse diapasão, o que se verifica atualmente é uma certa ausência de comutatividade ou equidade no valor dos benefícios, vez que o segurado, não raramente, de baixa renda, passa a verter contribuições ao fundo e, quando do momento da aposentadoria, a recebe em valor insuficiente para o custeio de sua subsistência.

O princípio na diversidade da fonte de custeio determina que o fundo de seguridade deve ser custeado pelas empresas, empregados e pelo Estado, através das receitas tributárias.

Em se tratando de custeio por parte do empregado, surge aqui a noção de acerca do princípio da contrapartida, que deve retribuir ao segurado contribuinte benefícios, de forma comutativa.



A desaposentação é reflexo do princípio da retributividade porque deriva do cômputo de novo período contributivo. Tal situação, atualmente, é negada pela autarquia previdenciária com base no §2º do art. 18 da lei 8.213/91<sup>3</sup>.

### 2.3.5 Princípios da contributividade, da filiação obrigatória e do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social

Resguardados na letra da CRFB/88, os princípios da contributividade, da filiação obrigatória e do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência, possuem previsão na seguinte redação:

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 (...).

Segundo o princípio da contributividade, para que o indivíduo se torne segurado da previdência social, basta verter ao fundo comum um montante pecuniário a título de contribuição previdenciária. Tendo assim, a partir de então, respeitados os prazos de carência, acesso aos benefícios e serviços da previdência.

Segundo MARCO AURÉLIO SERAU JR (2013, p. 23), o princípio da contributividade possui incidência direta na desaposentação, uma vez que também deve permitir a melhora da situação dos segurados ou de seus dependentes, por meio do recálculo da aposentadoria, elevando assim o valor da renda mensal inicial – RMI.

Tal interpretação se baseia no princípio da retributividade (§11 do art. 201 da CRFB), que consiste numa retribuição prestada pelo INSS ao segurado, em função deste ter contribuído com o fundo securitário (ZARZANA; JÚNIOR, 2014, p. 50).

O Supremo Tribunal Federal, na ADI 2.010-MC/DF, DJ 12.04.2009, na relatoria do Min. CELSO DE MELO, entendeu que:

ADI 2.010-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELO. O REGIME CONTRIBUTIVO É, POR ESSÊNCIA, UM REGIME DE CARÁTER

---

<sup>3</sup> 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.

EMINENTEMENTE RETRIBUTIVO. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL (CF, ART. 195, § 5º). CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE PENSÕES E PROVENTOS: AUSÊNCIA DE CAUSA SUFICIENTE. - Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição. Doutrina. Precedente do STF.

(ADC 8 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/1999, DJ 04-04-2003 PP-00038 EMENT VOL-02105-01 PP-00001)

Tecendo assaz críticas a respeito do regime atual, dissertando acerca da contributividade, pondera DÁVIO ZARANA e de DÁVIO ZARANA JÚNIOR (2014, p. 7) que:

Ora bem, o motivo de trazer esses comentários aqui neste campo de contribuições para a Previdência Social, foi o de destacar que o Estado sempre quer aproveitar as oportunidades máximas e completas de que possa dispor, para arrecadar mais dos aposentados, sem conferir, nenhum direito pertinente a essa maior arrecadação deles exigida. E faz questão de ignorar que o aposentador já luta para sobreviver com seu benefício previdenciário.

E prosseguem:

Por isso, o mínimo que se pode pensar é requerer, ao Poder Judiciário, que dê uma justa e correspondente nova aposentadoria em valores, computadas as contribuições após a jubilação, para evitar uma “espécie de confisco”, evidentemente aqui mencionado com a finalidade apenas de cotejo e exame comparativo com o termo tributário, mas que acaba tendo uma espécie de estrutura igual à da ofensa ao art. 150, não sendo errôneo afirmar que talvez uma próxima Constituição impedirá tal contribuição dos aposentados. Enquanto isto, porém, recorramos à desaposentação.

Além da contributividade, encontra amparo na redação acima, o princípio da filiação obrigatória, que segundo exame do diploma jurídico (lei 8.213/1991) próprio extrai-se, duas espécies de segurados da previdência social: os que se filiam obrigatoriamente e os que se filiam facultativamente.

O regime jurídico da filiação obrigatória, consta no art. 12 da lei 8.212/91, que traz a figura do empregado, do doméstico, do contribuinte individual, do trabalhador avulso e do segurado especial.

Já o regime jurídico da filiação facultativa, consta no art. 14 desta mesma lei, que descreve o segurado facultativo como “o maior de 14 (quatorze) anos de

idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, na forma do art. 21, desde que não incluído nas disposições do art. 12”.

E, por fim, previsto no mesmo dispositivo, consta ainda o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência, que, em palavras mezinhas, “assegura a incolumidade das contas previdenciárias para as presentes e futuras gerações” (AMADO, 2014, p. 164).

Comentando acerca da importância da contributividade, da filiação obrigatória e do equilíbrio financeiro e atuarial, são as palavras de FREDERICO AMADO (2014, p. 46):

De fato, o que essa norma busca é uma gestão responsável da seguridade social, pois a criação de prestações no âmbito da previdência, da assistência ou da saúde pressupõe a prévia existência de recursos públicos, sob pena de ser colocado em perigo todo o sistema com medida irresponsáveis.

Por conseguinte, antes de criar um novo benefício da seguridade social ou majorar/estender os já existentes, deverá o ato de criação apontar expressamente a fonte de custeio respectiva, através da indicação da dotação orçamentária, a fim de se manter o equilíbrio entre as despesas e as receitas públicas.

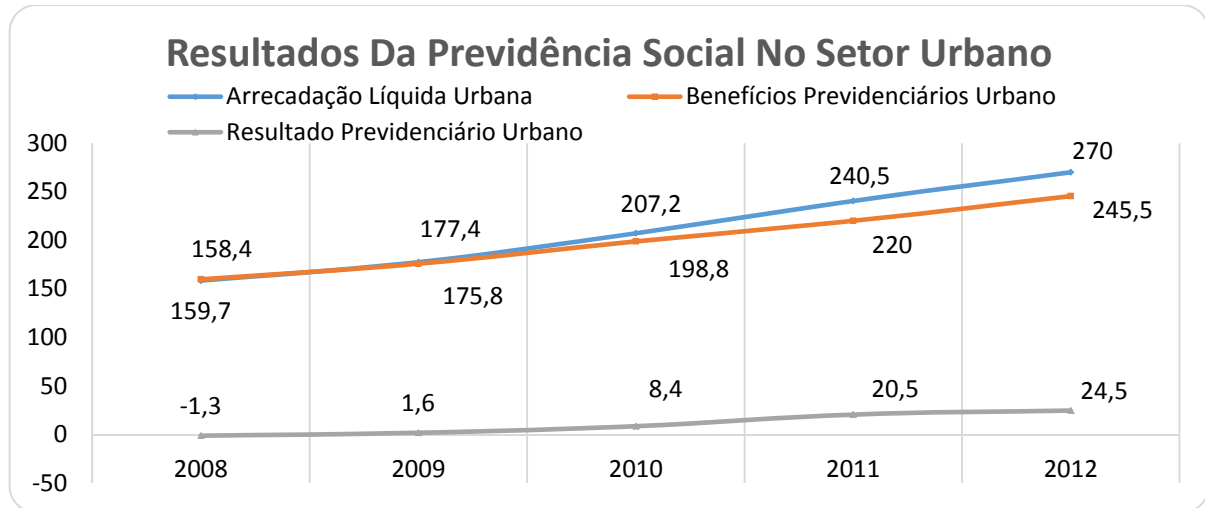
Com vistas à aplicabilidade em matéria de desaposentação, FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM (2011, p. 59) sustenta que não há se falar em desequilíbrio da previdência com a concessão da desaposentação, uma vez que se o segurado, que já possui período de contribuição já jubilado e que posteriormente voltar a contribuir, renunciar ao benefício de aposentadoria não provocaria desequilíbrio, já que as novas contribuições assegurariam seu direito de retribuição. Conforme se pode notar, em suas próprias palavras:

Do ponto de vista atuarial, a desaposentação é plenamente justificável, pois se o segurado já goza de benefício, jubilado dentro das regras vigentes, atuarialmente definidas, presume-se que neste momento o sistema previdenciário somente fará desembolsos frente a este beneficiário, sem o recebimento de qualquer cotização, esta já feita durante o período passado.

E prosseguir:

Todavia, caso o beneficiário continue a trabalhar e contribuir, esta nova cotização gerará excedente atuarialmente imprevisto, que certamente poderia ser utilizado para a obtenção de novo benefício, abrindo-se mão do anterior de modo a utilizar-se do tempo de contribuição passado. Daí vem o espírito da desaposentação, que é a renúncia de benefício anterior em prol de outro melhor.

Em acordo com o que demonstrado por FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM, DÁVIO ZARANA e de DÁVIO ZARANA JÚNIOR (2014, p. 53), por meio de ilustração gráfica, demonstram que a arrecadação urbana previdência social vem demonstrando superávit desde 2009:



Da mesma forma, foi a notícia veiculada no sítio da Previdência em 06 de junho de 2013<sup>4</sup>

Da Redação (Brasília) - Em abril de 2013, o setor urbano registrou o terceiro superávit urbano do ano: R\$ 743,2 milhões. O resultado é 285,5% maior que o registrado no mesmo mês do ano passado. A arrecadação foi de R\$ 24,7 bilhões – crescimento de 8,8% em relação a abril de 2012. O repasse para compensar a desoneração das folhas de pagamento de alguns setores da economia foi de R\$ 1,9 bilhão. Já a despesa com o pagamento de benefícios urbanos ficou em R\$ 24 bilhões – crescimento de 6,5% em relação a abril de 2012. O aumento da despesa ocorreu, principalmente, por causa do pagamento de R\$ 2,3 bilhões em precatórios e sentenças judiciais. Além disso, há impacto da Compensação Previdenciária (Comprev) entre o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e os regimes próprios de Previdência Social (RPPS) de estados e municípios.

Os números são do fluxo de caixa do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com informações de arrecadação e despesa com benefícios. O resultado do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) é apresentado considerando as duas clientelas da Previdência: urbana (empregados, domésticos, contribuintes individuais, facultativos) e rural (empregados rurais, trabalhadores rurais que produzem em regime de economia familiar, pescador artesanal e índio que exerce atividade rural). O secretário de Políticas de Previdência Social, Leonardo Rolim, apresentou os dados à imprensa na manhã desta quinta-feira (6), em Brasília (DF).

Excluindo-se os gastos com passivo judicial, a Comprev e as revisões administrativas de benefícios, o resultado do setor urbano seria um superávit de R\$ 3,2 bilhões.

<sup>4</sup> Informação disponível em: <<http://blog.previdencia.gov.br/?p=7814>>. Acessado em: 02/11/2014.

Rural – A arrecadação no setor rural, em abril, foi de R\$ 532,5 milhões – caiu 11,4% em relação a abril de 2012. Se comparada a março deste ano, houve crescimento de 9,5%.

A despesa com o pagamento de benefícios rurais foi de R\$ 7,5 bilhões – crescimento de 14,9% se comparado a abril de 2012.

A diferença entre arrecadação e despesa gerou necessidade de financiamento para o setor rural de R\$ 6,9 bilhões – 17,6% mais que no mesmo mês do ano passado.

Agregado – Considerando-se as duas clientela (urbano e rural), o resultado de abril de 2013 ficou negativo em R\$ 6,2 bilhões – diferença entre arrecadação de R\$ 25,3 bilhões e despesa de R\$ 31,4 bilhões. A necessidade de financiamento é 8,5% maior que a registrada em abril de 2012. Entre as razões para o crescimento da despesa, está o pagamento de precatórios e sentenças judiciais: R\$ 3 bilhões.

No resultado agregado, excluindo-se os gastos com o passivo judicial, a Comprev e as revisões administrativas de benefícios, abril fecharia com necessidade de financiamento de R\$ 3 bilhões.

No acumulado dos últimos 12 meses, a necessidade de financiamento está em R\$ 48 bilhões – resultado de arrecadação de R\$ 294,4 bilhões e despesas com benefícios de R\$ 342,4 bilhões.

Benefícios – Em abril de 2013, a Previdência Social pagou 30,364 milhões de benefícios, sendo 26,298 milhões previdenciários e acidentários e, os demais, assistenciais. Houve elevação de 3,7% em comparação com o mesmo mês do ano passado. As aposentadorias somaram 16,9 milhões de benefícios.

Valor médio real – O valor médio dos benefícios pagos pela Previdência, entre janeiro e abril de 2013, foi de R\$ 907,00 – crescimento de 22,3% em relação ao mesmo período de 2006.

A maior parte dos benefícios (69,7%) – incluídos os assistenciais – pagos em abril de 2013 tinham valor de até um salário mínimo, contingente de 21,2 milhões de benefícios.

Contudo, conforme demonstra FREDERICO AMADO (2014, p. 165):

Ao menos, a arrecadação deverá cobrir o pagamento dos benefícios previdenciário, sob pena de inexistência de equilíbrio financeiro, o que ocorre atualmente no RGPS, quando, somados os números urbanos e rurais, as receitas não fazem frente às despesas, conquanto o déficit tenha sido reduzido nos últimos anos.

Por exemplo, em 2009, o prejuízo ficou no patamar dos 36,4 bilhões, diferença entre o montante arrecadado e o despendido com o pagamento de benefícios previdenciários, valendo ressaltar que se houvesse a divisão dos regimes, a previdência urbana teria um superávit de 3,6 bilhões (primeiro desde 1985), enquanto a rural um prejuízo de cerca de 40 bilhões. Apesar da melhoria em comparação ao ano de 2008, pois neste ano o déficit total foi cerca de 37,2 bilhões, o cenário é preocupante em razão do benefícios rurais, cujo custeio não faz frente ao pagamento das prestações, merecendo uma urgente revisão legislativa, pois de fato se trata de um assistencialismo disfarçado de relação previdenciária.

Todavia, ante a dinâmica social, não basta a existência de boas reservas no presente para a garantia de uma previdência solvente no futuro, devendo ser monitoradas as novas tendências que possam afetar as contas da previdência, a exemplo da maior expectativa de vida das pessoas, a menor taxa de natalidade, o “efeito viagra” (os aposentados se casam com pessoas cada vez mais novas e instituem pesões por morte a serem pagas por décadas), o número de acidentes de trabalho e aplicação aos benefícios no valor de um salário mínimo índices de reajuste anual acima da inflação.

Logo, uma previdência poderá estar equilibrada financeiramente no presente, mas com perspectivas de não estar no amanhã, sendo também

imprescindível o seu equilíbrio atuarial, onde serão traçados cenários futuros para a manutenção ao alcance do equilíbrio financeiro, com o manejo da matemática estatística.

E foi com base nesse desequilíbrio financeiro e atuarial da previdência que a Comissão de Tributação e Finanças da Câmara dos Deputados, quando da tramitação projeto de lei 2.687/2007, de autoria do Deputado Federal Cléber Verde – PRB/MA, que destinava-se ao reconhecimento e regulamentação da desaposentação, por meio do voto de relatoria do Deputado Zeca Dirceu, destacou que a admissibilidade da desaposentação impactaria a previdência social num valor de 69 bilhões de reais<sup>5</sup>.

Conclui-se dessa forma que muito embora a arrecadação urbana venha possuindo superávit, o mesmo não pode ser dito quando somados as receitas e despesas totais dos regimes urbanos e rurais, uma vez que, neste cenário, a previdência encontra-se desequilibrada, isto é, com despesas maiores que a arrecadação. Forçando o governo assim, a desviar recursos de outras fontes arrecadatórias para a satisfação dos benefícios previdenciários e, ainda, a instituir mecanismos redutores do valor dos benefícios como, *v.g.*, o fator previdenciário. Portanto, qualquer avanço protetivo deverá ter como pressuposto a boa gestão dos recursos da previdência, uma vez que as normas que regem o plano de custeio da previdência social devem basear-se em regras de matemática atuarial, com vistas na sobrevivência do sistema protetivo.

---

<sup>5</sup> A informação contida no sítio oficial é a seguinte: “Aguardando Deliberação do Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA)”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=381947>> Acessado em: 02/11/2014.

### **3 DA DESAPOSENTAÇÃO NAS ESPÉCIES DE APOSENTADORIAS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL**

#### 3.1 As aposentadorias e a desaposentação

##### 3.1.1 Aposentadoria por invalidez

A aposentadoria por invalidez é decorrente da incapacidade laborativa do segurado e possui regulamentação nos arts. 46 e 47 da lei 8.213/91, arts. 46 a 50 do Regulamento da Previdência Social (Decreto nº 3.048/99) e art. 205 e seguintes da Instrução Normativa INSS 45/10.

A concessão da aposentadoria por invalidez ao segurado dependerá de prévia inspeção médico-oficial e, após a sua concessão, a cada dois anos, o aposentado estará sujeito à exames médico-periciais periódicos (art. 210 da IN nº 45/10 do INSS).

Em se constatando a aptidão para o trabalho, o segurado deverá ser notificado para, num prazo de 30 dias, concordar ou não com o resultado da perícia, podendo, inclusive, requerer novo exame médico-pericial, a ser realizado por novo profissional, diferente daquele que realizou a primeira perícia (BACHUR, 2014, p. 37).

Na hipótese do segurado não apresentar qualquer impugnação ao resultado da perícia, que o avaliou como apto ao trabalho, ou ainda, em apresentando impugnação, esta também concluir pela capacidade laborativa do segurado, o benefício deverá ser cessado, observando-se, no que couber, o art. 49 do Decreto nº 3.048/99. Vejamos os dispositivo legal:

Art. 49. Verificada a recuperação da capacidade de trabalho do aposentado por invalidez, excetuando-se a situação prevista no art. 48, serão observadas as normas seguintes:

I - quando a recuperação for total e ocorrer dentro de cinco anos contados da data do início da aposentadoria por invalidez ou do auxílio-doença que a antecedeu sem interrupção, o benefício cessará:

a) de imediato, para o segurado empregado que tiver direito a retornar à função que desempenhava na empresa ao se aposentar, na forma da legislação trabalhista, valendo como documento, para tal fim, o certificado de capacidade fornecido pela previdência social; ou

b) após tantos meses quantos forem os anos de duração do auxílio-doença e da aposentadoria por invalidez, para os demais segurados; e

II - quando a recuperação for parcial ou ocorrer após o período previsto no inciso I, ou ainda quando o segurado for declarado apto para o exercício de trabalho diverso do qual habitualmente exercia, a aposentadoria será mantida, sem prejuízo da volta à atividade:

a) pelo seu valor integral, durante seis meses contados da data em que for verificada a recuperação da capacidade;

b) com redução de cinquenta por cento, no período seguinte de seis meses;

e

c) com redução de setenta e cinco por cento, também por igual período de seis meses, ao término do qual cessará definitivamente.

É possível verificar assim que a cessação da aposentadoria por invalidez, em alguns casos, não ocorre de imediato, sendo possível que somente cesse após o transcurso de determinado período.

Entretanto, noutros casos, é possível haver não apenas a cessação do benefício, mas como também a devolução dos valores percebidos. Isso porque o art. 48 do Decreto 3.048/99 prevê a hipótese de o segurado retornar indevida e voluntariamente à ativa. Contudo, o art. 209 da IN 45/10 do INSS e o art. 50 do Dec. 3.048/99 preveem que o segurado poderá requerer, a qualquer tempo, novo benefício, tendo este processamento normal.



Aspecto importante ainda acerca da aposentadoria por invalidez é o período de gozo. Isto porque, este período pode ser computado para fins de nova aposentadoria. Conforme ensina TIAGO FAGGIONE BACHUR (2014, p. 38):

Ressalte-se que a aposentadoria por invalidez e o auxílio-doença apenas suspendem o contrato de trabalho. Assim estando suspenso o contrato no caso de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, na eventual hipótese de 'cura', os segurados voltam à empresa, exercendo, a mesma atividade de antes.

Insta mencionar que se os beneficiários de aposentadoria por invalidez ou auxílio doença voltarem a trabalhar espontaneamente, presume-se que estão aptos novamente, não havendo mais motivos para a manutenção de tal benefício. Todavia, esses beneficiários de benefício por incapacidade podem converter em aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição, quando implantarem as condições para tanto, uma vez que enquanto o segurado estiver recebendo aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença conta aquele tempo do benefício recebido como tempo de contribuição.

Então, o período em que o sujeito estiver gozando do benefício de aposentadoria por invalidez será computado para fins de concessão de outro benefício, que, provavelmente, será a aposentadoria por tempo de contribuição<sup>6</sup>, caso o sujeito retorne ao trabalho. Somente se falando em devolução dos valores percebidos em caso de má-fé na aquisição do benefício.

Outra hipótese ainda é a suscitada por MARCO AURÉLIO SERAU JR. (2013, pag. 47) entende que:

A doutrina e a jurisprudência normalmente não aceitam a desaposentação no caso da aposentadoria por invalidez, visto que a possibilidade de retorno ao trabalho faz cessar o benefício, nos termos da lei. Com este entendimento comungamos. Porém, se vingar o paradigma eminentemente contributivo para a desaposentação, com o correlato entendimento de que a entrada de novas contribuições previdenciárias, mesmo a título de recolhimento espontâneo, permita a majoração do primeiro benefício, então tal restrição não mais persistirá.

Nessa última hipótese, aparentemente, é possível se falar em desvio de finalidade da desaposentação, vez que nesse último caso o sujeito somente passa a verter contribuição para o fundo comum com a única e exclusiva finalidade de majorar o valor de seus proventos, atuando como se o fundo da previdência fosse regido pelo regime de capitalização.

---

<sup>6</sup> Lei 8.213/1991. Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado: II - o tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez;

Portanto, via de regra, somente é possível se falar em desaposentação na aposentadoria por invalidez, quando cessado o benefício em virtude do retorno ao trabalho, o sujeito implemente os requisitos da aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade, desde que tenha percebido os valores da primeira aposentadoria de boa-fé, caso em que não haverá devolução dos valores percebidos.

Ademais, militando em favor desse pensamento, é o fato de que a aposentadoria por invalidez poder se constituir como hipótese de suspensão do contrato de trabalho, caso em que haverá cômputo de tempo para fins de outra aposentadoria.

Além disso, ao que parece ainda, em nos rememorando acerca do regime de contributividade, é possível, se argumentar em favor da desaposentação, uma vez que o segurado inválido que voluntariamente tornar a contribuir com a previdência social, poderá ter o recálculo de seu provento.

### 3.1.2 Aposentadoria por idade

A aposentadoria por idade baseia-se no critério de idade do segurado para a concessão do benefício, como o próprio nome sugere. Trata-se de benefício que “visa a garantir a manutenção do segurado e de sua família quando sua idade avançada não lhe permitir continuar laborando” (IBRAHIM, 2011, p. 29).

Discorrendo sobre o benefício por idade, MARLY CARDONE (apud ROCHA DIAS, 2012, p. 255) aduz, em palavras simples, que:

A velhice, efetivamente, não retira a capacidade de trabalho, salvo nas atividades que exigem grande força física – cada vez mais raras na sociedade modernas – mas subtrai a capacidade de ganho. Isso porque o idoso deve ser afastado do trabalho para ceder o lugar aos mais jovens. Socialmente, assim, é conveniente que, atingida uma certa idade, a pessoa pare de trabalhar.

A aposentadoria por idade será deferida ao segurado que cumprir a carência exigida de 180 contribuições mensais<sup>7</sup> (art. 25, II, da lei 8.213/1991), sendo devida ao segurado que completar 65 anos de idade, se homem, ou 60, se mulher,

---

<sup>7</sup> A carência para a concessão do benefício é de 180 contribuições, porém somente é exigível para o segurados filiados ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, após 24 de julho de 1991, data da promulgação da Lei n. 8.213/1991, que aumentou o período de 60 para 180 meses (ZARANA; JÚNIOR, 2014, p. 41).

reduzidos esses limites para 60 e 55 anos de idade para os trabalhadores rurais, respectivamente homens e mulheres, conforme determinação do princípio da isonomia.

Sobre o fator previdenciário, “fica garantido, ao segurado com direito a aposentadoria por idade a opção pela não aplicação do fato previdenciário, devendo o INSS, quando da concessão do benefício, proceder ao cálculo da RMI com e sem o fator previdenciário” (ZARZANA; JÚNIOR, 2014, p. 42).

Quanto à aposentadoria por idade e a desaposentação, é comum que segurados aposentados por idade, retornem ao trabalho e, em momento posterior, requeiram a aposentadoria por tempo de contribuição em substituição à primeira concedida. Em tais casos, há certa resistência por parte dos tribunais, conforme se pode verificar:

PREVIDENCIÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE PELA APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CÔMPUTO DE LABOR POSTERIOR AO AFASTAMENTO. DESAPOSENTAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. I - Pedido de substituição da aposentadoria por idade de trabalhador rural, percebida pelo autor, desde 10.12.2001, pela aposentadoria por tempo de serviço, com o cômputo da atividade campesina, de 10.08.1954 a 10.04.1978, além da atividade rural posterior ao afastamento, até 04.02.2002 (propositura da demanda). (...) VI - Autor não pleiteia a revisão da aposentadoria por idade, mas sim, a substituição por benefício de natureza diversa. Pedido consiste na desaposentação. VII - Aposentadoria por idade é irreversível e irrenunciável, conforme artigo 181-B do Regulamento da Previdência Social, incluído pelo Decreto nº 3.265/99. Afastada possibilidade de substituição do benefício, sem amparo normativo. VIII - Regulamento da Previdência não veda a renúncia à aposentadoria de forma absoluta. Dispositivo interpretado à luz do princípio da dignidade humana. Garantia do mínimo existencial ao segurado. Aposentadoria é direito disponível, dado seu caráter patrimonial, e pode ser renunciada pelo titular. (...).

(TRF-3 - APELREE: 3886 SP 2003.03.99.003886-4, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIANINA GALANTE, Data de Julgamento: 09/08/2010, OITAVA TURMA)

Ou ainda, em função de nova idade, após a aposentação:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO COM NOVA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR ALTERAÇÃO DE IDADE. 1. É de se reconhecida a inviabilidade do pedido da parte autora, não apenas por não ter vertido quaisquer contribuições após o jubramento e pretender, ainda assim, o que chama de desaposentação por idade mas constitui em revisão retrospectiva do benefício com aplicação de dados posteriores à concessão/DIB do mesmo, improcede a demanda. 2. De igual modo, o acolhimento mínimo do pedido implicaria a necessidade de que, eternamente enquanto vivo o aposentado, a cada aniversário (alteração de idade) ou mudança na expectativa de sobrevida divulgada pelo IBGE, fosse revisto o valor daquela aposentadoria, absurdo que de per si demonstra seu descabimento.

(TRF-4 - AC: 50646841720124047100 RS 5064684-17.2012.404.7100, Relator: (Auxílio Vânia) PAULO PAIM DA SILVA, Data de Julgamento: 19/08/2014, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 21/08/2014)

Nesse último caso, verifica-se que o aposentado por idade, em função de ter atingido idade superior àquela do momento do requerimento do benefício, vem pleiteando a desaposentação. Tal situação, ao que parece, vai de encontro ao art. 201, vez que nesse caso, não houve contribuição por parte do segurado, mas que ainda assim requer um benefício mais vantajoso (IBRAHIM, 2011, p. 109).

Entretanto, há outros casos onde se logra êxito. Vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. RENÚNCIA A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. ABDICAÇÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE RURAL PARA CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR IDADE URBANA. 1 Tratando-se de direito patrimonial disponível, é cabível a renúncia aos benefícios previdenciários. Precedentes; 2 Faz jus o autor à renúncia da aposentadoria que atualmente percebe – aposentadoria por idade, na qualidade de rurícola – para o recebimento de outra mais vantajosa – aposentadoria por idade de natureza urbana; 3 Recurso especial conhecido e provido." (REsp 310.884/RS, 5.<sup>a</sup> Turma, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> LAURITA VAZ, DJ de 26/09/2005.)

Portanto, em sede de aposentadoria por idade, dê-se que respeitado o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência, os tribunais vem concedendo o direito à desaposentação.

### 3.1.3 Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição

A aposentadoria por tempo de serviço não mais subsiste no sistema previdenciário brasileiro, tendo sido substituída pela aposentadoria por tempo de contribuição, em função das reformas provocadas pela EC nº 20/98.

Identificando o porquê de tal substituição, FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM (2011, p. 598) ensina que: "Tais situações não são compatíveis com um regime previdenciário de natureza contributiva que busca o equilíbrio financeiro e atuarial (art, 201, *caput*, CRFB/88)".

Sobre o conceito de tempo de contribuição, aduz o autor acima citado (2014, p. 153), em obra específica sobre o tema, que:

Considera-se tempo de contribuição o tempo, contado de data a data, desde o início até a data do requerimento ou do desligamento de atividade

abrangida pela previdência social, descontados os períodos legalmente estabelecidos como de suspensão de contrato de trabalho, de interrupção de exercício e de desligamento da atividade.

Contudo, o tempo de contribuição não possui regulamentação legal e, como lembra MARCELO LEONARDO TAVARES (2014, p. 153), o art. 4º da EC 20/98 determina que, enquanto o tempo de contribuição não for regulamentado por lei própria, será aplicado ao conceito de tempo de contribuição a redação do art. 55 da lei 8.213/91. *Verbis*:

Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:

I - o tempo de serviço militar, inclusive o voluntário, e o previsto no § 1º do art. 143 da Constituição Federal, ainda que anterior à filiação ao Regime Geral de Previdência Social, desde que não tenha sido contado para inatividade remunerada nas Forças Armadas ou aposentadoria no serviço público;

II - o tempo intercalado em que esteve em gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez;

III - o tempo de contribuição efetuada como segurado facultativo

IV - o tempo de serviço referente ao exercício de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não tenha sido contado para efeito de aposentadoria por outro regime de previdência social;

V - o tempo de contribuição efetuado por segurado depois de ter deixado de exercer atividade remunerada que o enquadrava no art. 11 desta Lei;

VI - o tempo de contribuição efetuado com base nos artigos 8º e 9º da Lei nº 8.162, de 8 de janeiro de 1991, pelo segurado definido no artigo 11, inciso I, alínea "g", desta Lei, sendo tais contribuições computadas para efeito de carência.

(...)

Para a concessão do benefício, o segurado deve provar o tempo de contribuição mediante documentação que ateste o efetivo exercício da atividade.

A título de ressaltar, cumpre observar que, quando do deferimento, integra o método de cálculo o fator previdenciário, que pode acarretar uma sensível redução no valor do benefício. Isso somente ocorre se o segurado possuir pouca idade e, conseqüentemente, maior expectativa de vida, o que lhe acarretará a diminuição do valor do benefício. Isso se dá porque a previdência social teria que custear por muitas décadas um segurado que, em tese, não mais trabalha e nem converte valores à previdência.

Como exemplo, para fins didáticos, pode-se citar: um segurado que verteu para o fundo de previdência durante 180 meses um valor de R\$ 550,00. Terá acumulado uma "poupança" de R\$ 99.000,00 a ser direcionada ao custeio, durante

toda a sua inatividade, a sua subsistência. Se ainda é jovem, certamente, até a velhice esse valor já terá cessado. A partir de então quem lhe custeará são os demais contribuintes e segurados do sistema. Se viver por muito tempo, sem contribuir, poderá provocar o desequilíbrio do fundo comum.

E é com essa finalidade que se criou o fator previdenciário. Para que se possa evitar que um segurado se aposente cedo.

Acerca da desaposentação em sede de aposentadoria por tempo de contribuição, a principal discussão que se tem é acerca da necessidade ou não da restituição dos valores percebidos. O que se sustenta é o desequilíbrio financeiro e atuarial que a concessão da desaposentação poderia acarretar.

Sobre a necessidade de restituição dos valores, alguns tribunais vem decidindo nesse sentido. Vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RENÚNCIA. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES. 1. É pacífico o entendimento de que a aposentadoria se insere no rol dos interesses disponíveis, razão por que não há como negar o direito do segurado de renunciar ao benefício de aposentadoria a que faz jus. 2. Pode ser computado o tempo de serviço/contribuição em que esteve exercendo atividade vinculada ao Regime Geral de Previdência Social concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, desde que integralmente restituídos à Autarquia Previdenciária os valores recebidos a título do benefício.

(TRF-4 - AC: 7209 SC 0000815-37.2009.404.7209, Relator: LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 24/11/2010, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 30/11/2010)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RENÚNCIA. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES. 1. Segurado especial é o que exerce atividade rural individualmente ou em regime de economia familiar, sendo esta a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados. 2. Os documentos apresentados em nome de terceiro são hábeis à comprovação do trabalho rural exercido pelos outros membros do grupo familiar, podendo vir a dar suporte para a sua admissão na via administrativa se corroborados por prova testemunhal idônea e consistente. 3. É pacífico o entendimento de que a aposentadoria se insere no rol dos interesses disponíveis, razão por que não há como negar o direito do segurado de renunciar ao benefício de aposentadoria a que faz jus.

(TRF-4 - APELREEX: 37565 PR 2004.70.00.037565-9, Relator: Revisor, Data de Julgamento: 12/01/2011, SEXTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 19/01/2011)

Entretanto, para que se possa concluir sobre a necessidade ou não da restituição dos valores percebidos, é necessário que primeiramente que se saiba qual o significado da expressão restituição. Sendo assim, segundo FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM (2011, p. 426):

A restituição só costuma ser utilizada quando o montante recolhido indevidamente é elevado, o que impediria sua rápida compensação, em guia de recolhimento (GPS). (...)  
Importa notar que a restituição somente pode ser feita quando se tratar de recolhimento indevido, o que nem sempre é evidente em matéria previdenciária.

Dessa forma, é possível concluir que, ao que parece, não é possível determinar que o segurado requerente da desaposentação restitua a previdência social pelo só fato de pedi-la. Isso porque, via de regra, os valores percebidos a título de proventos foram incorporados de boa-fé, sem fraude ou dolo. Obviamente que, se o contrário fosse, ou seja, se o segurado tivesse adquirido os proventos por má-fé, haveria necessidade de restituição.

Ademais, a fraude depende de investigação e comprovação por parte do INSS para que possa concluir pela fraude ou dolo e pedir assim a restituição dos valores irregularmente concedidos.

#### 3.1.4 Aposentadoria especial

Nas palavras de MARCO AURÉLIO SERAU JR (2013, p. 48), a aposentadoria especial é espécie de aposentadoria que admite critérios e requisitos “diferenciados para sua concessão em relação às aposentadorias ‘ordinárias’ tanto para os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a integridade física como quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos de lei complementar<sup>8</sup> (art. 201, § 1o, da CF)”.

Destina-se àqueles que trabalham em atividade nociva ou prejudicial à saúde ou integridade física, de modo habitual ou permanente, não eventual, nem intermitente, tem direito a aposentar-se com 15, 20 ou 25 anos de tempo de serviço,

---

<sup>8</sup> A aposentadoria dos portadores de necessidades especiais está regulamentada na Lei Complementar 142/2013.

dês que comprove que a atividade desenvolvida expõe o segurado à agentes nocivos (BACHUR, 2014, p. 38).

Após a entrada em vigor da lei 9.032/95, houve mudanças no texto da lei 8.213/91 que passou a vedar ao segurado aposentado com a aposentadoria especial a continuação no exercício de atividades ou operações que o sujeitem aos agentes nocivos (§6º do art. 57 da lei 8.213/91).

No de 1998, por meio da lei 9.732, foi introduzido no art. 57 da lei 8.213/91 o §6º, que passou a prever cessação do benefício, caso o segurado em aposentadoria especial continue a trabalhar em atividade nociva/prejudicial à saúde ou integridade física.

Desta forma, fica vedado o retorno à atividade nociva à saúde ou integridade física, sob pena de cassação do benefício de aposentadoria especial. Contudo, se torna lícito o retorno à atividade não especial.

Nesse diapasão, TIAGO FAGGIONE BACHUR (2014, p.38) assevera que:

Abre-se um pequeno parêntese aqui. Veja que a lei diz que o benefício será cancelado (e não suspenso)<sup>9</sup>, enquanto que o decreto fala em 'cessado'<sup>10</sup> ficando o aposentado sem nada receber. Há quem entenda que se trata neste caso de suspensão, mantendo o segurado aposentado até que ele não queira mais trabalhar. Nessa hipótese terei apenas direito aos benefícios pagos ao aposentado que retorna ao trabalho, ou seja, salário família, salário maternidade e reabilitação profissional. Vedada, assim, a acumulação de benefícios. Assim, parando de trabalhar, voltaria a receber sua aposentadoria novamente. Porém, há quem entenda que realmente o que acontece é o cancelamento do benefício, dando ao beneficiário a oportunidade de gozar de todos os benefícios previdenciários (como auxílio-doença ou auxílio-acidente, por exemplo). Em tal hipótese acontece parecido com a desaposentação, só que com a cessação do pagamento do benefício enquanto o segurado retorna ao labor.

Consoante o ensinamento acima, se se entende que o decreto 3.048/99, quando mencionou cessação, quis dizer suspensão, o sujeito que torna a laborar ficaria com o benefício de aposentadoria especial suspenso, ficando-lhe garantido apenas o salário-família, salário-maternidade e a reabilitação profissional. E caso

<sup>9</sup> Lei 8.213/91. Art. 57. (...) § 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.

<sup>10</sup> Decreto 3.048/99. Art. 69. (...). Parágrafo único. O segurado que retornar ao exercício de atividade ou operação que o sujeite aos riscos e agentes nocivos constantes do Anexo IV, ou nele permanecer, na mesma ou em outra empresa, qualquer que seja a forma de prestação do serviço ou categoria de segurado, será imediatamente notificado da cessação do pagamento de sua aposentadoria especial, no prazo de sessenta dias contado da data de emissão da notificação, salvo comprovação, nesse prazo, de que o exercício dessa atividade ou operação foi encerrado.



deixe de trabalhar, teria a sua aposentadoria especial de volta, só que recalculada. Segundo o estudioso acima, tal caso corresponderia a uma hipótese de desaposentação compulsória, implicitamente admitida em lei (BACHUR, 2014, p. 38).

Entendendo pela via do cancelamento do benefício, isto é, em acordo com a disposição da lei 8.213/91, MARCO AURÉLIO SERAU JR. (2013, p. 48) ensina que:

O segurado que obtém aposentadoria especial e que retorne à atividade ou operação em que esteja exposto aos agentes nocivos definidos em lei terá seu benefício cancelado (arts. 46 e 58 da Lei de Benefícios). Em virtude dessa limitação, entendemos que a desaposentação pode ocorrer também em relação àqueles beneficiados com essa modalidade de aposentadoria, quando voltem a trabalhar em atividade que não seja “especial”, em que pese se tratar de hipótese rara.

Portanto, a depender da linha de raciocínio que se adote, são duas as hipóteses para fins de desaposentação: a) em se entendendo pela suspensão do benefício de aposentadoria especial pelo retorno à atividade nociva à saúde ou à integridade física, o segurado terá seu benefício recalculado a maior quando do encerramento de sua atividade; b) em se entendendo que se trata efetivamente de cancelamento do benefício pelo retorno à atividade nociva à saúde ou à integridade física, o segurado somente poderá computar o seu tempo contributivo se tornar a trabalhar em atividade não especial, caso em poderá se aposentar por tempo de contribuição ou por idade.

### 3.2 Da natureza jurídica do ato concessivo do benefício de aposentadoria e desaposentação

Já se disse que o Estado Social é responsável pela concessão dos benefícios de aposentadoria. Contudo, quando o Estado concede tais benefícios, como o faz? Tal indagação, no estudo da desaposentação, se faz por imperioso, uma vez que este pretense novo instituto jurídico constitui-se como o desfazimento do ato concessivo. Não se podendo assim, entender a natureza da Desaposentação sem antes estudar a natureza da Aposentação.

Estudando a natureza jurídica do ato concessivo (da aposentação), FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM (2011, p. 33) entende que:

A concessão da aposentadoria é materializada por meio de um ato administrativo, pois consiste em ato jurídico emanado pelo Estado, no exercício de suas funções tendo por finalidade reconhecer uma situação jurídica subjetiva. É ato administrativo na medida que emana do Poder Público, em função típica (no contexto do Estado Social) e de modo vinculado, reconhecendo o direito do beneficiário em receber sua prestação.

Sendo identificada, portanto, a natureza do ato concessivo como ato administrativo, passemos então à conceituação do conceito desse instituto jurídico.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES (2012, p. 157):

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir; resguardar; transferir; modificar; extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Em outras palavras, mas no mesmo sentido, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2012, p. 99) entende que ato administrativo é:

A exteriorização da vontade dos agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.

Nesse diapasão, verifica-se que o ato concessivo de aposentadoria se perfaz por meio de ato administrativo, uma vez que é manifestação de vontade unilateral do Estado cuja atuação é regida pelas normas de direito público, com vistas à declaração de situação jurídica cravada no patrimônio jurídico do segurado.

Tal ato do Estado se perfaz por meio de procedimento administrativo, consistente num conjunto ordenado de atos administrativos, que, quando findo, torna o ato principal perfeito (MEIRELLES, 2012, p. 164), qual seja, a concessão da aposentadoria.

Desta feita, a aposentadoria do segurado passa a ser tutela pelo inciso XXXVI do art. 5º da CRFB, que trata do ato jurídico perfeito. Não podendo, a partir de então, qualquer outra lei posterior restringir os efeitos de tal ato. Conferindo à relação jurídica previdenciária *status* de segurança jurídica.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal vem sinalizando no sentido de se permitir uma relativização na interpretação do ato jurídico perfeito. Foi o que se verificou quando do julgamento do RE 381.367, de relatoria do Min. MARCO AURÉLIO, onde o relator votou pelo reconhecimento do direito à renúncia dos

proventos originários. Segundo veiculado no sítio da Corte<sup>11</sup>, da mesma forma que o trabalhador aposentado que retorna à atividade tem o ônus de contribuir, a Previdência Social tem o dever de, em contrapartida, assegurar-lhe os benefícios próprios, levando em consideração as novas contribuições feitas.

### 3.3 Noções de fator previdenciário e desaposestação

Conforme determina o art. 201 da CRFB/88, a previdência social deverá observar critérios, legalmente definidos, que respeitem o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência, com vistas na subsistência do sistema securitário.

Pois bem. Ocorre que, conforme perfunctoriamente visto quando dos princípios previdenciário, o fundo securitário da previdência social, quando analisado o conjunto geral de receitas e despesas com a concessão de benefícios urbanos e rurais, encontra-se em situação de desequilíbrio financeiro.

Ademais, como se não bastasse, a previdência ainda enfrenta, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, um desequilíbrio atuarial, isto é, segundo projeções, há riscos à subsistência do sistema a curto prazo. Para que se possa ter uma afeição do problema, vejamos um naco da notícia veiculado no sítio da FEDERAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL – FENAFISP em 08/03/2007<sup>12</sup>:

A mudança do perfil demográfico do Brasil impõe alterações nas normas da Previdência Social. Se nada for feito, o futuro é sombrio porque o número de contribuintes deverá crescer menos que o grupo dos aposentados e pensionistas. Projeções do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apresentadas ontem na primeira reunião do Fórum Nacional da Previdência Social (FNPS), revelam que, em 2050, o país terá quase 14 milhões de pessoas com 80 anos ou mais, o equivalente a toda a população do Estado da Bahia. Atualmente, essa faixa etária tem 2,3 milhões de pessoas.

E ainda:

No fim do primeiro encontro do fórum, o ministro da Previdência, Nelson Machado, afirmou que o governo tem compromisso de respeitar os direitos adquiridos e realizar uma transição longa para um modelo que represente um novo pacto entre as gerações. “Isso mostra que o modelo atual não tem

<sup>11</sup>Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=195735>>. Acessado em 05/11/2014.

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://www.fenafisp.org/app/modules/news/print.php?storyid=2453>>. Acessado em: 05/11/2014.

condições de vigorar até 2050”, disse ele, ao analisar os números da dinâmica demográfica.

Tal realidade, ainda é agravada quando se está diante de alguns fatores que fortalecem o desequilíbrio, quais sejam: a maior expectativa de vida das pessoas, a menor taxa de natalidade, o “efeito viagra”, o número de acidentes de trabalho e a aplicação aos benefícios no valor de um salário mínimo de índices de reajuste anual acima da inflação (AMADO, 2014, p. 165).

Tendo em vista essa realidade, deu-se início ao se denominou Reforma da Previdência, que foi efetuada através da Emenda Constitucional nº 20/98. Segundo NOLASCO (2014)<sup>13</sup>:

A proposta de instituição de idade mínima para aposentadoria foi rejeitada pela Câmara dos Deputados. Em contrapartida, foi aprovado o fator previdenciário, que, objetivamente estimula as pessoas a se aposentarem mais tarde, visando um benefício a maior.

E mais:

O móvel da instituição do fator previdenciário é a estimulação da permanência dos segurados em atividade formal, retardando a sua aposentadoria para que não tenham decréscimos no benefício. O retardamento das aposentadorias naturalmente aliviará as contas do regime geral. Com efeito, o grande número de aposentadorias precoces, antes dos 50 anos, ao lado do significativo aumento da expectativa de vida nas últimas décadas, foram aceleradores da crise do sistema, pois o tempo de recebimento do benefício em muitos casos era superior ao tempo de contribuição, problema agravado, em certos casos, pelo cômputo de períodos de tempo não-contributivos, tais como o tempo de serviço rural.

O fator previdenciário, em sendo assim, foi instituído pela lei 9.876/99, publicada em 06/12/1999, e consiste numa fórmula atuarial, que se baseia nas variáveis de tempo de contribuição, de expectativa de sobrevida e idade do segurado, com vistas na equiparação do valor das contribuições do segurado ao valor dos benefícios de aposentadoria por contribuição ou por idade.

A fórmula de cálculo do fator previdenciário possui a seguinte afeição:

$$F = \frac{Tcxa}{Es} \times \left[ 1 + \frac{(id + Tcxa)}{100} \right]$$

---

<sup>13</sup> Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12318&revista\\_caderno=20](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12318&revista_caderno=20)>. Acessado em: 05/11/2014.

Onde “F” é fator previdenciário; “Tc” é o tempo de contribuição; “a” é a alíquota de 0,31%; “Es” é a expectativa de sobrevida do trabalhador na data da aposentadoria e “Id” é a idade do trabalhador na data da aposentadoria.

Comentando acerca do fator previdenciário, DÁVIO ANTONIO PRADO ZARZANA e DÁVIO ANTONIO PRADO ZARZANA JÚNIOR (2014, p. 47) ensinam que:

Acontece que, quando fazemos isso, levando em consideração os números correspondentes ao cruzamento da idade e do tempo de contribuição, conforme está na tabela, quanto menor a idade do trabalhador na data da aposentadoria e maior o tempo de expectativa de vida aposentado, menor é o benefício (menor é o fator previdenciário). Quanto mais velho e maior o tempo de contribuição do segurado, maior será o valor que ele receberá (maior é o fator previdenciário).

O fator previdenciário foi criado há mais de 10 anos e teve o nítido objetivo de desestimular os contribuintes a se aposentarem cedo, o que não é incorreto em si, porque se o beneficiário tiver algum problema mais sério, que o impeça de continuar trabalhando, tem à sua disposição a aposentadoria por invalidez, especial e a aposentadoria por idade, desde que nesses casos também houvesse concretamente a atribuição de um justo valor e em tempo rápido, sem burocracia tormentosa, o que infelizmente não acontece na prática. Se fosse o que ocorresse, realmente poderiam ser poupados recursos da Previdência Social para os que se aposentassem por tempo de contribuição e idade, naturalmente quando o resolvesse fazê-lo.

Em posicionamento contrário à manutenção do fator previdenciário, o Vice-Presidente Executivo da Associação Nacional dos Servidores da Previdência e Seguridade Social - ANASPS, Paulo César Régis de Souza (2014, p. 5), comentando acerca do exercício de 2013 da previdência social, afirmou que:

Não acabamos com o fator previdenciário que foi imposto pelo FMI com a desculpa esfarrapada de que reduziria o déficit da Previdência. Não reduziu coisa nenhuma, apenas achatou retardou a concessão de benefícios. Ministros disseram que produziu uma economia de R\$ 40 a 80 bilhões, quando na verdade, isto foi sarrupiado da massa trabalhadora que contribuiu para ter uma velhice tranquila!

Acrescentou ainda que:

A idade mínima não foi implantada para as aposentadoria do Regime Geral da previdência Social – RGPS tal como existe no setor público. O Brasil continuou sendo junto com outros países, inexpressivos, um dos poucos que não tem idade mínima. Essa seria um mecanismo compensatório, parcial, para o fim do fator previdenciário.

No mesmo sentido, em posicionamento contrário à manutenção do fator previdenciário, são mais uma vez precisas as palavras de DÁVIO ZARZANA e DÁVIO ZARZANA JÚNIOR (2014, p. 45):

Não foi, porém, só o controle, o motivo de sua implantação. O fator previdenciário acabou se tornando um maligno mecanismo que reduz drasticamente os benefícios previdenciários no momento da aposentadoria dos segurados, em sua maioria. Para sanar essa provável injustiça, sobretudo para aqueles trabalhadores que começaram a laborar mais cedo e não têm a mesma oportunidade de continuar produzindo bem, apesar de não estar 'exaurido' em suas forças, foi apresentado no Senado Federal o projeto de lei (PLS) 296/2003<sup>14</sup>, que extingue o fator previdenciário. As discussões sobre o tema, bem como projetos similares, perduram até hoje sem solução definitiva concreta.

Quanto à constitucionalidade do fator previdenciário, já se posicionou o STF no sentido de ser constitucional o fator. Vejamos:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA CAUTELAR. 1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3º da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar. 2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1º e 7º, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a

---

<sup>14</sup> Para mais informações sobre o veto presidencial em matéria de fator previdenciário, consultar o seguinte endereço eletrônico: <[http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=96822](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=96822)>.

Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7º do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2º da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7º do novo art. 201. 3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31. 4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2º da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91. 5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5º da C.F., pelo art. 3º da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. 6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2º (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3º daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar. (ADI 2.111, Pleno, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 05.12.2003) De mais a mais, em relação à aplicação do fator previdenciário à aposentadoria especial dos professores, esta Corte firmou o entendimento de que a controvérsia não alcança estatura constitucional, porquanto disciplinada pela legislação infraconstitucional. Colho precedentes: Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Previdenciário. Fator previdenciário. Constitucionalidade. Aposentadoria especial. Professor. Ofensa reflexa. Precedentes. 1. O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI nº 2.111/DF-MC, Relator o Ministro Sydney Sanches, concluiu pela constitucionalidade do fator previdenciário previsto no art. 29, caput, incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, com a redação dada pelo art. 2º da Lei nº 9.876/99. 2. Não se presta o recurso extraordinário ao reexame de legislação infraconstitucional. Incidência da Súmula nº 636. 3. Agravo regimental não provido.

(ARE 689879 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 26-09-2012).

Quanto à desaposentação, em função de o fator previdenciário se constituir como redutor do benefício, há aqueles que, como SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR (2014)<sup>15</sup>, entendem que a admissibilidade da desaposentação acarretaria no fim do fator previdenciário. Vejamos:

---

<sup>15</sup> Disponível em:

<[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9286](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9286)>. Acessado em: 05/11/2014.

De fato, o instituto da Desaposentação vem se sobressaindo na discussão previdenciária do momento, já que, indiretamente colocará toda a atual política protetiva, tal qual inserta no planejamento constitucional, em franca reflexão, especialmente do processo de transformação de benefícios previdenciários para adequá-los ao fim social justificador.

(...)

É que, pela atual sistemática, o trabalhador se torna juridicamente inativo quando jubilado no pacote previdenciário, mas, devido as constantes reduções do valor de sua justa e tão esperada prestação, continua em plena continuidade laboral, exercendo atividade remunerada que atesta sua plena filiação ao Sistema, além da existência de contribuições, conforme legitima o artigo 11 da Lei 8.213/91.

Por certo, que aludido impacto da Desaposentação ainda traz uma autêntica discussão sobre o Fator Previdenciário, instituído no ordenamento através da Lei 9.876/99, apesar da Emenda Constitucional 20/1998 nada discorrer a respeito. A verdade é que apesar da explícita incongruência deste redutor com o ideário protetivo fundamentado em primados constitucionais, o Excelso Tribunal aferiu sua válida sintonia na orla jurídica nacional.

(...)

Além da conhecida alternativa política em rever temas polêmicos de expressiva controvérsia social, sobretudo, pela pressão coletiva advinda de vários setores sociais, valendo destacar, neste sentido, que inúmeros são os projetos de lei que visam a extinção do fator previdenciário, mas, que há muito, são fragilizados pela supressão política partidária da conveniência, na Desaposentação, o Fator Previdenciário encontra seu precipício.

Portanto, pelo fato de o sistema protetivo da previdência social estar em situação de desequilíbrio financeiro, em função, por exemplo, das concessões tenras de benefícios. O governo passou primeiramente a proceder com modificações na legislação previdenciária a fim de que os segurados passassem um maior tempo na ativa.

Além disso, foram tomadas medidas de tornar mais exato o cálculo do valor do benefício, que foi a instituição do fator previdenciário, ou seja, a finalidade de implementação do fator previdenciário é a de corrigir o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência. Mas que, contudo, vem acarretando uma grande redução no valor dos benefícios dos segurados. O que demonstra, em tese, verdadeiro retrocesso social, já que há um recuo na proteção social dos segurados. Tornando-os mais vulneráveis aos riscos sociais.

E é nesse passo que a desaposentação ganha relevo, uma vez que a sua finalidade é a de majoração de benefício anteriormente concedido, o que possibilita ainda o sujeito se apontar mais cedo, havendo assim a formação de paradoxo entre a desaposentação e o fator previdenciário.



## 4 A ADMISSIBILIDADE OU INADMISSIBILIDADE DA DESAPOSENTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

### 4.1 O Conceito e sistema normativo da desaposentação

E finalmente, é chegada a hora de enfrentar especificamente o objeto desta monografia, qual seja, a possibilidade ou impossibilidade constitucional da desaposentação.

Para tanto, necessário se faz, primeiramente, identificar o conceito preciso da desaposentação.

Neste sentido, segundo FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM (2011, p.35) em obra específica sobre a matéria, assevera que:

A desaposentação seria a reversão do ato que transmudou o segurado em inativo, encerrando, por consequência, a aposentadoria. Aqui tal conceito é utilizado em sentido estrito, como normalmente é tratado pela doutrina e jurisprudência, significando tão somente o retrocesso do ato concessivo de benefício almejando prestação maior.

Segundo o Min. ROBERTO BARROSO<sup>16</sup>:

---

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 661.256/SC**, Plenário, Relator: Ministro Roberto Barroso. Diário do Judiciário Eletrônico – DJE, 09 out. 2014.

Consiste na renúncia a uma aposentadoria concedida no Regime Geral da Previdência Social (RGPS) para fins de aquisição de um novo vínculo, em condições mais favoráveis, no mesmo sistema. De forma específica, a melhoria seria decorrente do fato de o segurado haver continuado em atividade laboral ou a ela haver retornado após a concessão do primeiro benefício, tendo efetuado novas contribuições previdenciárias obrigatórias, as quais pretende ver consideradas no cálculo do novo benefício.

Para CASTRO e LAZZARI (2013, p. 669):

A desaposentação é o ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, em regra por ter permanecido em atividade laborativa (e contribuindo obrigatoriamente, portanto) após a concessão daquela primeira aposentadoria.

Dos conceitos acima, extrai-se que a desaposentação é ato pelo qual o beneficiário renuncia às prestações da aposentadoria originária para, mediante o apostilamento de novo período contributivo, no mesmo regime ou em outro, obter benefício mais vantajoso.

Identificado o conceito da desaposentação, passa-se a perquirir acerca das regras jurídicas que figuram no bojo das discussões acerca de sua possibilidade ou impossibilidade.

Pois bem. Depreende-se do art. 195, II, da CRFB/1988<sup>17</sup> que os proventos de aposentadoria dos inativos do RGPS são imunes às contribuições sociais. Diversamente do que ocorre com os inativos do Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, já estes últimos continuam vertendo contribuições para o fundo próprio dos servidores (EC Nº 41/2003).

Ademais, em não havendo qualquer impedimento de que o inativo possa retornar à atividade laboral, a legislação previdenciária vigente determina expressamente quanto ao dever de recolher a contribuição social sobre os rendimentos do trabalho ativo, conforme redação do §3º do art. 11 da Lei

---

<sup>17</sup> 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;

8.213/1991<sup>18</sup>. Havendo assim, igualdade de deveres entre os aposentados que continuam a trabalhar e os trabalhadores em geral.

Entretanto, quanto aos direitos oriundos dos pagamentos à previdência social, há uma patente desigualdade. Isto é, conquanto os trabalhadores em geral poderão ser beneficiados com as benesses da previdência, os aposentados na ativa não poderão ser beneficiados com as prestações da previdência social, em função do art. 18, §2º<sup>19</sup>, que possui a seguinte redação:

§ 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.

Tecendo comentário acerca do disposto acima, em parecer nos autos do RE 661.256/SC, o Procurador-Geral da República, Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, observou que os benefícios de salário-família e o de reabilitação profissional são de fruição pouco provável por parte do universo de segurados em questão.

Conclui-se assim que os aposentados que continuam trabalhando não possuem uma maior proteção social, quando do retorno à atividade, vez que: primeiro, o art. 11, §3º, da lei 8.213/1991 determina o recolhimento das contribuições previdenciárias; segundo, o art. 18, §2º, do mesmo diploma, proíbe a aquisição de outro benefício, salvo o salário-família e a reabilitação profissional, que são benefícios raramente usufruídos. O que equivale a dizer, em tese, que a interpretação que se confere ao último dispositivo mencionado, no sentido de se vedar a desaposentação, repita-se, em tese, se afigura como um retrocesso na proteção social.

#### 4.2 A identificação dos principais posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários acerca da desaposentação

---

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> Este dispositivo foi inserido pela lei 9.032/1995, sendo responsável pela extinção do benefício de pecúlio.

A renúncia ao benefício da aposentadoria para fins de aquisição de outra mais nova, sob a ótica da CRFB/1988, é tema, como se visualizará a seguir, de forte presença jurisprudencial e doutrinária.

De início, é importante repisar o conceito da desaposentação, e, para tanto, faz-se uso das palavras dos estudiosos CARLOS ALBERTO PEREIRA CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI (2013, p. 669):

...é ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, em regra por ter permanecido em atividade laborativa (e contribuindo obrigatoriamente, portanto) após a concessão daquela primeira.

Conforme redação do §2º do art. 18 da Lei 8.213/90 e do art. 181-B do Regulamento Geral da Previdência Social (decreto nº 3.048/1999), a desaposentação, em tese, não é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme se vê abaixo:

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.

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

A matéria não é nova na comunidade jurídica e, atualmente, é conhecida pelo Supremo Tribunal federal - STF como de repercussão geral, como se pode ver:

Repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo se 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 repercussão geral acima aludida consiste na demonstração de requisito de conhecimento de Recurso Extraordinário para o STF, portanto, sendo mera demonstração de requisito recursal, não se tratando de julgamento de mérito, e em virtude de tal pronunciamento, o TRF da 4ª Região, por não haver ainda o STF, em

sede de repercussão geral, se pronunciado acerca da desaposentação, vêm sobrestando alguns dos feitos que tramitam perante si, a fim de se aguardar o posicionamento da Corte Suprema, vejamos:

Discute-se neste processo sobre a chamada desaposentação ou pretensão de renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, mais vantajoso, mediante o acréscimo das contribuições vertidas posteriormente ao ato da inativação. Trata-se de matéria que está submetida à sistemática de Repercussão Geral perante o Supremo Tribunal Federal (RE 661.256/DF). Assim, em atenção aos postulados da economia e da celeridade, e bem assim da utilidade da jurisdição, determino, nos termos do art. 1º, § 1º, da Resolução 98/2010 desta Corte (que regula, no âmbito da competência interna deste Tribunal, os procedimentos relativos à tramitação dos recursos cujas questões de direito tenham sido submetidas aos regimes de repercussão geral e/ou dos recursos repetitivos - arts. 543-B e 543-C do CPC), o sobrestamento do feito até o julgamento final da controvérsia pelo STF. Anote-se. Intimem-se.

(TRF4, AC 5056619-33.2012.404.7100, Quinta Turma, Relatora Maria Isabel Pezzi Klein, D.E. 19/03/2013)<sup>20</sup>

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça – STJ entende que a repercussão geral reconhecida pelo Supremo não seria apta a causar o sobrestamento dos recursos especiais<sup>21</sup>, se posicionando: “no sentido de ser possível a renúncia ao benefício de aposentadoria pelo segurado que pretende voltar a contribuir para a Previdência Social com o objetivo de requerer nova aposentadoria que lhe seja mais vantajosa”<sup>22</sup>.

Porém, o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, com apoio na redação do §2º do art. 18 da Lei 8.213/1990 e do art. 181-B do decreto nº 3.048/1999, sustenta, com amparo no princípio da solidariedade:

A concessão de aposentadoria constituiu ato jurídico perfeito, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, de forma que as contribuições posteriores, face ao retorno voluntário ao trabalho pelo aposentado, são vertidas sob a égide do Princípio da Solidariedade que

---

<sup>20</sup> Com a mesma parcimônia: TRF4, AC 5045954-64.2012.404.7000, Quinta Turma, Relatora Maria Isabel Pezzi Klein, D.E. 19/03/2013; TRF4, AC 5059226-19.2012.404.7100, Sexta Turma, Relator João Batista Pinto Silveira, D.E. 18/03/2013; TRF4, EINF 5053211-77.2011.404.7000, Terceira Seção, Relator João Batista Pinto Silveira, D.E. 18/03/2013; TRF4, AC 5003134-85.2012.404.7014, Quinta Turma, Relatora Maria Isabel Pezzi Klein, D.E. 15/03/2013, TRF4 5010811-03.2011.404.7112, Vice-presidência, Relator Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 15/03/2013, *et alia...*

<sup>21</sup> (AgRg no REsp 1.334.109/SC, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe 25/6/13).

<sup>22</sup> (AgRg no REsp 1176719/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 06/02/2014, DJe 14/02/2014).

rege o Sistema Previdenciário, conforme o artigo 195 da Carta Magna, tratando-se de obrigação tributária.

(AgRg no REsp 1176719/PR Julgado em 06/02/2014, DJe 14/02/2014).

Sustenta ainda, baseando-se no princípio do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, que a concessão duma segunda aposentadoria, somente deve ser procedida, se houver a devolução dos valores percebidos na primeira:

Embora existam algumas decisões desfavoráveis à Autarquia Previdenciária, a devolução dos valores recebidos durante o período em que o autor permaneceu aposentado é medida que se impõe, tendo em vista o princípio do equilíbrio atuarial e financeiro, previsto no artigo 201, caput, da Carta Maior.

(AgRg no REsp 1176719/PR Julgado em 06/02/2014, DJe 14/02/2014).

Aderindo a este pensamento, a Quinta Turma do TRF da 4ª Região entendeu que:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. RENÚNCIA. DESAPOSENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES. 1. A aposentadoria se insere no rol de interesses disponíveis, factível pois de renúncia. 2. O tempo de serviço/contribuição em que o requerente esteve exercendo atividade vinculada ao Regime Geral de Previdência Social concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria pode ser computado aos fins de novo benefício, desde que integralmente restituídos à autarquia os valores recebidos em virtude da aposentadoria renunciada.

(TRF4, APELREEX 2000.71.00.001820-3, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, D.E. 10/08/2009)

Entretanto, em sede de instância extraordinária, como já se pôde notar, tais aduções do INSS não angariam simpatia do STJ que entende pelo reconhecimento da possibilidade jurídica da desaposentação, sem devolução de valores:

Nos termos do Recurso Especial 1.334.488/SC, representativo da controvérsia, 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”.

(AgRg no REsp 1332770/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 05/02/2014).

E mais,

Reconhece-se ao segurado o direito de renunciar à aposentadoria da qual é titular, para a obtenção de novo benefício, a contar do ajuizamento da ação, à míngua de prévio pedido administrativo, observados os requisitos legais para tanto, conforme a ser apurado em execução, sem a necessidade de devolução dos valores pretéritos recebidos até a impetração, respeitada a compensação devida.

(EDcl no AgRg no REsp 1242619/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 12/02/2014).

Contudo, a TNU vem entendendo, em conformidade com o INSS, que:

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. EFEITOS EX TUNC. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES JÁ RECEBIDOS. DECISÃO RECORRIDA ALINHADA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA TNU. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Cabe Pedido de Uniformização quando demonstrado que o acórdão recorrido contraria jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. 2. A possibilidade de renúncia à aposentadoria deve estar condicionada à devolução dos proventos já recebidos, pela preservação do próprio sistema previdenciário e seus princípios norteadores. Precedentes no PU nº. 2007.83.00.50.5010-3 e nº. 2007.72.55.00.0054-3, ambos desta TNU. 3. Incidente conhecido e não provido.

(TNU - PEDILEF: 200672550064068 SC, Relator: JUÍZA FEDERAL ROSANA NOYA ALVES WEIBEL KAUFMANN, Data de Julgamento: 02/12/2010, Data de Publicação: DOU 08/07/2011 SEÇÃO 1)<sup>23</sup>

Nesse mesmo sentir, se posicionando acerca da viabilidade jurídica, mas não sobre a necessidade de devolução dos valores, MARCO AURÉLIO SERAU JUNIOR (2013, p. 30) aduz:

Em primeiro lugar cabe menção ao fato de que a Seguridade Social compreende uma das principais estruturas destinadas a assegurar, aos cidadãos, proteção social. Essa missão da Seguridade Social aparece de modo abrangente e genérico na ideia de que a Ordem Social fundamenta-

---

<sup>23</sup> No mesmo sentir: TNU - PEDILEF: 200872580022929 SC, Relator: JUÍZA FEDERAL JACQUELINE MICHELS BILHALVA, Data de Julgamento: 08/04/2010, Data de Publicação: DJ 11/06/2010; TNU - PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL: 200783005050103 PE, Relator: JUÍZA FEDERAL JACQUELINE MICHELS BILHALVA, Data de Julgamento: 04/08/2009, Turma Nacional de Uniformização, Data de Publicação: DJ 29/09/2009; TNU - PEDILEF: 200783005050103 PE, Relator: JUÍZA FEDERAL JACQUELINE MICHELS BILHALVA, Data de Julgamento: 04/08/2009, Turma Nacional de Uniformização, Data de Publicação: DJ 29/09/2009; TNU - PEDILEF: 200872510078041 SC, Relator: JUÍZA FEDERAL VANESSA VIEIRA DE MELLO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Data de Publicação: DOU 17/06/2011 SEÇÃO 1, *et alia...*

se no primado do trabalho e tem como objetivos o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 da CF). [...] Tendo a proteção social por finalidade, a Seguridade Social é norteada por alguns determinados princípios, os quais a doutrina localiza nos "objetivos" constitucionais constantes do art. 194 da CF. [...] É nesse sentido que a regra do art. 201, § 11, da CF, apresenta valia no tema da desaposentação. De acordo com o exposto mandamento constitucional, tudo aquilo que se refere com contribuição previdenciária do segurado deve repercutir, obrigatoriamente, no cálculo do valor dos benefícios previdenciários.

Entendendo de igual forma pela possibilidade jurídica da desaposentação, sem a devolução de valores, é o posicionamento da Primeira Turma do TRF da 5ª Região que, reformando a decisão do juízo federal *a quo*, se posicionou:

PREVIDENCIÁRIO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA PARA POSTERIOR CONCESSÃO DE NOVO BENEFÍCIO. "DESAPOSENTAÇÃO". POSSIBILIDADE. DECADÊNCIA. INEXISTÊNCIA. ENTENDIMENTO DO STJ EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. APOSENTADORIA POR IDADE. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DE IDADE MÍNIMA E CARÊNCIA.

1. Sentença que julgou improcedente o pleito do autor, que, embora aposentado por tempo de contribuição desde 2001 com RMI de R\$787,55, permaneceu trabalhando e pretende, agora, a concessão de nova aposentadoria, desta feita por idade, com uma RMI de R\$3.280,53 e a partir de 22/06/2012, condicionando, porém, o recebimento do novo benefício à suspensão da aposentadoria anterior.

2. Considerando a "suspensão" mencionada pelo recorrente como renúncia ao benefício que já vem percebendo, a demanda, na verdade, trata da chamada "desaposentação", a qual já vem sendo admitida pelo STJ, que apreciou a matéria em sede de recurso repetitivo.

3. Resta assentado, no REsp 1.334.488/SC, representativo da controvérsia, que "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 jubileamento". Além disso, no REsp 1.348.301/SC, também admitido como representativo, mas com acórdão ainda não publicado, o STJ "firmou orientação no sentido de que o prazo decadencial de 10 (dez) anos [...] não tem incidência na hipótese de renúncia à aposentadoria regularmente concedida" (AgRg no REsp 1261041/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, DJe 19/12/2013).

4. No caso, o demandante, nascido em 29/06/1944, desde 07/05/2001 vem percebendo aposentadoria por tempo de contribuição (35 anos de contribuição e 56 de idade, cf. carta de concessão). O requerimento para "concessão de uma aposentadoria por idade [...] mediante a suspensão do pagamento da aposentadoria por tempo de serviço [...]", datado de 22/06/2012, foi recebido pelo INSS em 12/07/2012 e indeferido em 18/07/2012, quando o autor já estava com mais de sessenta e cinco anos.

5. Assim, se o autor, quando do requerimento administrativo, tinha mais de 65 anos e mais de 180 contribuições mensais para o RGPS (porquanto aposentado com 35 anos de contribuição), faz ele jus à aposentadoria por idade, desde o recebimento daquele pedido, eis que cumpridas as exigências dos arts. 48 e 25, II, da Lei nº 8.213/91 para a concessão do benefício pretendido, cuja RMI, entretanto, deverá ser apurada pelo INSS.

6. Reforma parcial da sentença objurgada, cabendo ao réu implantar o novo benefício e cancelar o anterior, devendo as parcelas atrasadas ser pagas a partir do dia 12/07/2012.



7. Saliente-se que a renúncia só surtirá efeito após a implantação da nova aposentadoria, a ser feita, nos termos do entendimento do STJ, sem devolução de valores, compensando-se as parcelas recebidas do benefício em manutenção a partir do termo inicial da condenação, para que não haja pagamento em duplicidade.

8. Os juros moratórios devem ser calculados com base no índice oficial de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança, nos termos da regra do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação da Lei nº 11.960/09. Correção monetária conforme o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, a contar do ajuizamento da ação (Súmula nº 148 do STJ). O STF declarou a inconstitucionalidade parcial por arrastamento do art. 5º, da Lei nº 11.960/2009, que deu nova redação ao art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97 (ADI nº 4.357-DF e ADI nº 4.425-DF). O pleito autoral fica parcialmente provido também nesse ponto.

9. Honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC, não incidentes sobre as prestações vincendas (Súmula nº 111 do STJ).

10. Apelação à qual se dá parcial provimento.

(PROCESSO: 00120622620124058100, AC566684/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL FRANCISCO CAVALCANTI, Primeira Turma, JULGAMENTO: 27/02/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 06/03/2014 - Página 124).

Entendimento mesmo é o da Quarta Turma do TRF da 5ª Região<sup>24</sup> que em consonância com o anterior, julgou procedente a apelação para condenar o INSS a proceder com a desaposentação, sem necessidade de devolução dos valores:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. DESAPOSENTAÇÃO. CÔMPUTO DE CONTRIBUIÇÕES POSTERIORES. NOVO BENEFÍCIO. POSSIBILIDADE. DEVOUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESCABIMENTO. RESP 1.334.488/SC. RECURSO REPETITIVO.

I. Apelação interposta em face do INSS, objetivando a condenação da autarquia em obrigação de fazer consistente em conceder uma desaposentação seguida de aposentação com o benefício mais vantajoso no valor de R\$ 4.159,00 (Quatro mil, cento e cinquenta e nove reais), sem a devolução de quaisquer valores já recebidos.

II. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o regime do art. 543-C do CPC, pacificou entendimento no sentido de que "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

---

<sup>24</sup>Nesse mesmo sentido são os julgados do TRF5ª e do TRF3ª: PROCESSO: 00056993020114058400, APELREEX21694/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LAZARO GUIMARÃES, Quarta Turma, JULGAMENTO: 11/02/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 20/02/2014 - Página 150; PJE: 08000101920134058103, AC/CE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ DIAS FERNANDES (CONVOCADO), Segunda Turma, JULGAMENTO: 28/01/2014; TRF 3ª Região, SÉTIMA TURMA, AC 0002703-77.2013.4.03.6126, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS, julgado em 24/02/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/03/2014; TRF 3ª Região, DÉCIMA TURMA, AC 0005632-08.2011.4.03.6109, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WALTER DO AMARAL, julgado em 11/03/2014, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/03/2014.

concessão de novo e posterior jubramento" (RESP 1.334.488/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, pendente de publicação).

III. Juros de mora de 1% ao mês a partir da citação, conforme o disposto no art.3º do decreto-lei nº2.322/87 e na Súmula 204 do STJ. Correção monetária há de ser aplicada de forma plena, desde o seu vencimento, aplicando-se à hipótese a Lei 6.899/81 e legislações posteriores, nos moldes do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

IV. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor da causa, nos termos do art. 20, parágrafo 4º, do CPC, observado o disposto na Súmula 111, do STJ.

V. Apelação provida, para condenar o INSS a conceder a nova aposentadoria a contar da data do ajuizamento da ação, com a incidência de juros de mora a partir da citação, e declarar a desnecessidade de devolução dos valores percebidos pela aposentadoria renunciada.

(PROCESSO: 00001375720134058307, AC566780/PE, RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL MARGARIDA CANTARELLI, Quarta Turma, JULGAMENTO: 04/02/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 06/02/2014 - Página 320).

Se posicionando acerca do assunto, são as palavras do preclaro KERLLY HUBACK (2012, p. 107):

Como qualquer direito social, e a previdência social o é (art. 6o, CF), não é consentido ao beneficiário abrir mão da prestação, renunciando a ela, assim como ninguém pode pactuar com o empregador que dispensa férias e décimo terceiro salário. A irrenunciabilidade serve para proteger o beneficiário, não para prejudicá-lo. Dessa forma, aquele que completa as condições para a aposentadoria por tempo de contribuição e resolve continuar trabalhando para alcançar um fator previdenciário mais elevado, não está renunciando ao benefício, mas apenas o postergando para receber renda mais vantajosa. Na mesma linha, e ao contrário do que entende administrativamente o INSS, em certas condições, o aposentado pode renunciar à sua aposentadoria para ter outra de renda superior. Ou seja, é admissível a desaposentação, não como renúncia pura e simples, mas condicionada à nova aposentadoria, está em situação melhor que a anterior.

Favoráveis também, são os posicionamentos de CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI (2013, p. 670) quando afirmam que:

Entendemos que a renúncia é perfeitamente cabível, pois ninguém é obrigado a permanecer aposentado contra seu interesse. E, neste caso, a renúncia tem por objetivo a obtenção futura de benefício mais vantajoso, pois o beneficiário abre mão dos proventos que vinha recebendo, mas não do tempo de contribuição que teve averbado.

No mesmo sentir, IVANI CONTINI BRAMANTE (*apud* CASTRO e LAZZARI JR, 2013, p. 670):

A desaposentação, ipso facto, trata-se de renúncia-opção (SIC). E, quando vocacionada à conversão da aposentadoria de um regime menos vantajoso para um regime mais vantajoso é válida e eficaz. Nesta questão, como visto, prevalece o entendimento de que a aposentadoria é renunciável quando beneficiar o titular do direito e ou ensanchar nova aposentadoria mais vantajosos.

Divergindo dos posicionamentos acima delineados, decidiu a Terceira Turma também do TRF5<sup>a</sup>:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. RENÚNCIA. OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA MAIS VANTAJOSA. IMPOSSIBILIDADE. REGIMES PREVIDENCIÁRIOS IDÊNTICOS. ÔBICE DO ART. 18, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 8.213/91.

1. Nos termos do artigo 18, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/1991, o aposentado que permanecer em atividade não terá direito a novos benefícios previdenciários, exceto salário-família e reabilitação profissional, quando for o caso.
2. Não é possível renunciar à aposentadoria para obtenção de outra de mesma natureza, mais vantajosa.
3. Quanto às contribuições previdenciárias vertidas após a concessão da aposentadoria por tempo de serviço, não geram direito a um novo benefício, tampouco aumentam o valor da renda mensal da aposentadoria em fruição, nem podem ser adicionadas à aposentadoria proporcional para fins de concessão de aposentadoria integral.
4. Não se desconhece o entendimento do eg. Superior Tribunal de Justiça ao apreciar o REsp 1334488/SC (DJ 14/05/13), submetido ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), em que se reconhece possível o instituto da desaposentação, deixando de se adotar a posição ali contida, tendo em vista o fato de que o tema tem feição constitucional, inclusive com repercussão geral reconhecida pelo STF (RE 661256/DF, DJ 26/04/12).
5. Apelação desprovida.

(PROCESSO: 00001508720144059999, AC567148/SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA, Terceira Turma, JULGAMENTO: 20/02/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 26/02/2014 - Página 92)

Da mesma forma as Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Piauí possuem súmula de nº 70 no seguinte sentir: “É inviável a desaposentação no Regime Geral da Previdência Social para fins de aproveitamento do tempo de contribuição anterior para uma nova aposentadoria neste mesmo regime”.

Para MARISA FERREIRA DOS SANTOS (SANTOS, 2011, p. 356):

Em nosso entendimento, cabe à lei dispor sobre a aposentação. Inexistindo norma específica, não há como concluir pela possibilidade de desaposentação. A ausência de previsão legal reflete, precisamente, a proibição, e não a permissão de contagem do tempo, pois que, em termos de sistema, o aposentado por tempo de serviço que retorna ou permanece em atividade contribui para o regime como um todo.

Portanto, percebe-se que, com base §2º do art. 18 da Lei 8.213/90 e no art. 181-B do Regulamento Geral da Previdência Social (decreto nº 3.048/1999), há, em tese, vedação à renúncia da aposentadoria para fins de outra mais vantajosa, mesmo que o sujeito contribua uma vez mais com o RGPS.

Apesar disso, o STJ, como já se pôde observar, entende que é possível juridicamente a renúncia à aposentadoria, sem necessidade de haver devolução dos valores. Da mesma forma entendem os Tribunais Regionais Federais da 5ª e da 3ª Região, ao contrário do órgão fracionário do da 4ª Região que, em 2009, se posicionou no sentido de ser possível a desaposentação, mas com a necessidade de haver a devolução dos valores percebidos a título de proventos, quando da primeira aposentadoria.

Viu-se também que, após a edição da Resolução 98 de 2010, os órgãos fracionários do TRF4ª passaram a sobrestar os feitos em função da Repercussão Geral reconhecida pelo STF acerca da desaposentação, em 17/11/2011<sup>25</sup>.

O que nos leva a concluir pela existência de três principais posicionamentos acerca da desaposentação, quais sejam: a) um no sentido de ser possível, em função do princípio da contributividade, que obriga ao Estado o dever de retribuir; b) um outro no sentido de não ser possível a desaposentação por afrontar o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência e à legalidade; c) e um terceiro, de posicionamento intermediário, que permita a desaposentação, mas desde que se proceda com a devolução de todos os valores percebidos, quando da primeira aposentadoria, em respeito ao princípio do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social.

#### 4.3 O voto do Min. Roberto Barroso no recurso extraordinário 661.256 de Santa Catarina, proferido na sessão de 09/10/2014

##### 4.3.1 Aspectos gerais

Como se pôde verificar na seção acima, em razão de a desaposentação não estar prevista na legislação constitucional ou ordinária do país, inúmeras são as

---

<sup>25</sup> Repercussão geral reconhecida pelo ex Min. Carlos Ayres Britto no recurso extraordinário 661.256 de Santa Catarina.

discussões travadas nos tribunais acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade da desaposentação no atual regime constitucional. O que implica em dizer que a solução para o caso derivará da interpretação sistemática e teleológica da CRFB/88.

Sendo assim, por meio de Recurso Extraordinário de nº 661.256 oriundo do Estado de Santa Catarina, manejado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, em face da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, com fundamento na letra “a” do inciso I do art. 102 da CRFB/88, isto é, por pretensa violação do inciso XXXVI do art. 5º, arts. 40, 194, 195 e 201 da CRFB/88, chegou ao Supremo Tribunal Federal – STF questão referente à admissibilidade ou inadmissibilidade da desaposentação pela CRFB/88.

Para a sessão de julgamento foi admitido o instituto do “*amicus curiae*”, em razão da complexidade financeira que a desaposentação também abarca. Vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO. ADMISSÃO DE AMICI CURIAE. RELEVÂNCIA JURÍDICA, SOCIAL E FINANCEIRA DA QUESTÃO. APRESENTAÇÃO FINAL DE INFORMAÇÕES. 1. Devem ser admitidos, como amici curiae, a União e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), em razão da representatividade dos postulantes e da relevância da matéria. 2. Diante da complexidade das questões envolvidas, em especial de natureza financeira e social, é adequado oferecer às partes e aos intervenientes mais uma oportunidade de manifestação. I. Quanto à intervenção especial 1. A União e o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) requereram ingresso no feito, na qualidade de amici curiae. A relevância jurídica, social e financeira da matéria foi reconhecida em repercussão geral. A União, em seu pedido de ingresso, destacou que eventual decisão proferida poderia causar impacto em todo o sistema previdenciário brasileiro. O IBDP sustentou ter grande representatividade no meio jurídico e acadêmico, sendo integrado por professores, juízes, advogados, procuradores federais, estaduais e municipais e que tem contribuído para o desenvolvimento do direito previdenciário. 2. Tendo em vista a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, bem como o seu interesse jurídico no tema, defiro o ingresso da União e do IBDP na qualidade de amici curiae, nos termos do art. 543-A, § 3º, do Código de Processo Civil c/c o art. 323, § 3º, do RISTF, e de acordo com precedentes da Corte (e.g., RE nº 567110, Rel. Min. Cármen Lúcia e RE 704292, Rel. Min. Dias Toffoli). II. Quanto à nova oportunidade de manifestação 3. O tema da desaposentação tem sido objeto de análise jurídica minuciosa por diversos tribunais do país e envolve questões de ordem financeira e social de grande impacto para a sociedade, em especial para a parcela mais idosa da população brasileira. 4. De forma específica, o Tribunal deverá analisar, dentre outras possíveis questões: a) a admissibilidade do ato de renúncia à aposentadoria e seus efeitos, notadamente para o fim de se admitir o requerimento de novo benefício; b) se haveria violação ao ato jurídico perfeito e ao princípio da isonomia; e c) se haveria ofensa ao princípio da solidariedade e ao princípio contributivo. 5. Do ponto de vista do INSS e da União, o deslinde da matéria envolve consideração acerca do impacto financeiro que a medida produziria sobre o sistema de seguro. 6. Em relação aos aposentados, é preciso dimensionar o proveito almejado, a possibilidade de melhoria nas condições de vida de parcela vulnerável da

população e a possibilidade de caracterização da desaposeção como um direito social fundamental. 7. Por esses motivos, considero adequado oferecer às partes e aos intervenientes mais uma oportunidade de manifestação, em especial sobre as questões de ordem financeira e social, para a democratização do debate em tema tão sensível para a sociedade brasileira, a fim de que o Supremo Tribunal Federal possa ser municiado de informações imprescindíveis para o julgamento do feito. 8. Sendo assim, intuem-se as partes e os amici curiae para apresentação de últimas alegações, no prazo comum de cinco dias. Em seguida, venham conclusos. 9. Publique-se. Brasília, 6 de novembro de 2013. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO Relator.

Na sessão de julgamento, realizada em 09/10/2014, foram ouvidos o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, na pessoa do Procurador-geral Federal, Dr. Marcelo de Siqueira Freitas, e também, na qualidade de “*amicus curiae*”, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, representado pela Dr<sup>a</sup>. Gisele Kravchynchyn, a Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas – COBAP, o Dr. Gabriel Dornelles Marcolin, OAB/RS 76.643<sup>26</sup>.

São objeto de análise do RE 661.256/SC: a) o ato de renúncia à aposentadoria; b) o ato jurídico perfeito; c) a violação ao princípio da solidariedade; e d) a violação ao princípio da isonomia<sup>27</sup>.

#### 4.3.2 Do ato de renúncia ao benefício de aposentadoria

Uma vez tornado o ato concessivo em juridicamente perfeito, isto é, imune, portanto, aos efeitos que as modificações legislativas poderiam lhe provocar, e constituindo-se assim em garantia fundamental, uma questão se impõe: é possível a sua desconstituição por iniciativa do próprio beneficiário?

Primeiramente, antes de responder à indagação, é necessário lançar mão de alguns ensinamentos da doutrina administrativista, no que toca às modalidades de retirada dos atos administrativos.

Os atos administrativos podem ser retirados do mundo jurídico por meio de diversas formas. Discorrendo sobre as hipóteses de extinção dos atos administrativos, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (2012, p. 150) nos ensina que os atos administrativos podem ser extintos: naturalmente; subjetivamente; objetivamente; por caducidade; por cassação; por nulidade ou revogação.

---

<sup>26</sup> Informações extraídas do sítio do Supremo Tribunal Federal – STF. Disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=661256&classe=RE-RG&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acessado em: 01/11/2014.

<sup>27</sup> Informações extraídas da íntegra do voto do Min. Roberto Barroso, em anexo.

A extinção natural do ato se dá quando o ato implementa o objetivo para o qual foi criado, ou seja, quando exauri todos os seus efeitos. Como exemplo: destruição de mercadoria nociva ao consumo público (FILHO, 2012, p. 150).

A extinção subjetiva do ato ocorre quando há o desaparecimento do beneficiário do ato. Como exemplo: nos contratos de permissão, a morte do permissionário (FILHO, 2012, p. 151).

A extinção objetiva se quando o objeto sobre o qual recai os efeitos do ato desaparece. Como exemplo: a interdição de estabelecimento; se o estabelecimento vem a desaparecer ou ser definitivamente desativado (FILHO, 2012, p. 151).

A extinção por caducidade ocorre por superveniência de lei que impede a regular execução do ato administrativo. Como exemplo: uma permissão para uso de um bem público; se, supervenientemente, é editada lei que proíbe tal uso privativo por particulares (FILHO, 2012, p. 151).

A extinção por cassação do ato ocorre nas hipóteses em que há o descumprimento, por parte do beneficiário, dos requisitos fixados no ato administrativo. Em função disso, possui natureza de sanção administrativa. Como exemplo: cassação de licença para exercer certa profissão; ocorrido um dos fatos que a lei considera gerador da cassação, pode ser editado o respetivo ato (FILHO, 2012, p. 152).

A extinção por nulidade se dá quando o ato administrativo é praticado sem a observância da lei ou de princípios administrativos. O que provoca a sua invalidação com a produção de efeitos *ex tunc* (retroativos) (FILHO, 2012, p. 152). Já a extinção por revogação se dá quando o ato se torna inconveniente e/ou inoportuno, baseando-se primordialmente num juízo de discricionariedade da autoridade prolatora do ato. Nessa última espécie de desfazimento do ato, há a produção de efeitos *ex nunc* (não retroativos) (FILHO, 2012, p. 164).

Além destas formas de extinção dos atos, discorrendo sobre o tema, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO identifica ainda a renúncia, como forma de extinção do ato administrativo, que, segundo suas palavras, “consiste na extinção dos efeitos do ato ante a rejeição pelo beneficiário de uma situação jurídica favorável de que desfrutava em consequência daquele ato” (2013, p. 456).

Com base no regime doutrinário de retirada dos atos administrativos, é possível, *prima facie*, concluir que a desaposentação seria uma espécie de renúncia

ao ato administrativo que lhe provoca efeitos favoráveis, vez que o ato de aposentação lhe acarreta a entrega de prestações pecuniárias, a título de proventos.

Contudo, há certa peculiaridade que afasta aparentemente tal conclusão, qual seja, a de se angariar uma outra aposentadoria mais vantajosa. Dessa forma, não se trata de uma renúncia pura e simples, vez que a aposentadoria se caracteriza como benefício apto à manutenção do mínimo existencial do segurado.

Nesse sentir, MARCO AURÉLIO SERAU JR (2013, p. 87) assevera que:

De qualquer maneira, entendemos equivocada a pretensão de conceituação da desaposentação como extinção de ato administrativo, eventualmente não alcançado pela caracterização de ato jurídico perfeito. Conforme o breve panorama de extinção dos atos administrativos acima ilustrados, verifica-se que a desaposentação não se encaixa à perfeição em nenhuma das modalidades extintivas acima descritas, inclusive na renúncia, tida como “rejeição a uma situação jurídica favorável”. Decerto que os segurados não almejam abrir mão de sua posição jurídica de aposentadoria, apenas desejam vê-la melhorada (melhoria do valor de benefício a partir de novas contribuições), o que entendemos seja mais próximo da transformação/alteração do ato administrativo.

Também defendendo essa linha, FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM entende que a desaposentação não pode ser enquadrada como uma renúncia pura e simples do ato. É o que se extrai de suas palavras quando afirma que: “não creio ser adequada a definição ampla e abrangente, no sentido de permitir a desaposentação desvinculada de qualquer outro benefício a ser concedido” (2011, p. 38).

Percebe-se assim que a conceituação do instituto da desaposentação não pode ter por fundamento alguma das modalidades de extinção dos atos administrativos, acima citados, já que sua noção não se enquadra com perfeição às modalidades extintivas.

Trata-se, em verdade, de nova espécie de extinção dos atos administrativos, própria do direito previdenciário, uma vez que, muito embora de iniciativa do beneficiário, não se trata de simples renúncia, mas de transformação de conteúdo do ato, com vistas na sua melhora.

Ao que parece, sobre tal possibilidade, já lecionava OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (1969, p. 561):

O ato administrativo, porém, em princípio, deve ser revogável, pela própria Administração Pública, porquanto o objetivo da função administrativa é criar a utilidade pública e melhorá-la constantemente, a fim de atender às novas exigências da vida em comunidade, pois os interesses públicos variam com o evoluir dos tempos, com o surgimento de outras condições sociais, a



suscitar a alteração das normas jurídicas, e a sugerir a modificação de relações jurídicas anteriormente formadas.

Admitindo a possibilidade de disposição do ato concessivo da aposentadoria, TIAGO FAGGIONE BACHUR (2014, p.35) entende que: “o segurado em relação à Administração tem a possibilidade de dispor de seu direito”.

Portanto, percebeu-se que a aposentação é perfectibilizada por meio de procedimento administrativo que culmina na produção de ato jurídico perfeito, sendo, em tese, intocável pela vontade da administração e do administrado.

Contudo, com base no acima exposto, a ideia desaposentação caminha em sentido contrário ao que mencionado anteriormente, isto é, seria a possibilidade de o administrado provocar a transmutação do ato concessivo de aposentadoria em outro mais vantajoso, relativizando assim os rigores ato jurídico perfeito.

#### 4.3.3 A violação a ato jurídico perfeito – XXXVI do art. 5º da CRFB/88

Inicialmente, segundo PAULO NADER (2010, p. 329), o ato jurídico “corresponde à realização da vontade do homem, que cria, modifica ou extingue direito, sem que haja acordo de vontades. Os efeitos que provoca são os definidos em lei e não pela vontade”.

A realização da vontade do homem, quando produtora de efeitos no plano jurídico, sob os requisitos elencados em lei, passa a ser tutelada pelo direito, com mantos de perfeição, e segundo as lições de CELSO BASTOS (1994, p. 43), o ato jurídico perfeito: “é aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários a sua formação, debaixo da lei velha”.

Em sede de desaposentação, o INSS sustenta que há lesão ao ato jurídico perfeito e, conseqüentemente, à segurança jurídica, o ato de renúncia à aposentadoria. Vejamos:

O requerimento e a concessão da primeira aposentadoria teriam aperfeiçoado uma relação jurídica, de modo que os sujeitos envolvidos não poderiam “simplesmente exigir a sua alteração, principalmente quando a opção for feita onerosa para uma das partes (no caso, para o INSS)” (fls. 162) (BARROSO, 2014, p. 29)

Verifica-se assim que a tese do INSS baseia-se na imutabilidade da relação jurídica, aperfeiçoada por ato jurídico perfeito, com força na segurança

jurídica. O que, para FÁVIO ZAMBITTE IBRAHIM (2011, p. 43), tal tese não prevalece, vez que, segundo sustenta:

Sem embargo da necessária garantia ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, não podem tais prerrogativas constitucionais compor impedimentos ao livre exercício do direito. A normatização constitucional visa, com tais preceitos, assegurar que direitos não sejam violados, e não limitar a fruição dos mesmos. O entendimento em contrário viola frontalmente o que se busca na Lei Maior.

Prossegue ainda:

Segurança jurídica, de modo algum, significa a imutabilidade das relações sobre as quais há a incidência da norma jurídica, mas, sim a garantia da preservação do direito, o qual pode ser objeto de renúncia por parte de seu titular em prol de situação mais benéfica.

Tal posicionamento, é o adotado pelo Min. ROBERTO BARROSO (2014, p.30/31), que, em seu voto, partiu de duas premissas para afastar a tese do INSS. Vejamos:

Em primeiro lugar, a relação previdenciária é de natureza estatutária, de modo que seria necessário relativizar a própria ideia de que eventuais mudanças seriam vedadas *a priori*. É certo que o aperfeiçoamento das condições previstas em lei pode dar origem a direitos adquiridos, mas isso não se confunde com a suposta imutabilidade do regime jurídico aplicável. Não fosse assim, aliás, teria sido impossível instituir a cobrança de contribuição previdenciária sobre os preventos recebidos pelos servidores inativos. De toda forma, ainda que a aposentadoria possa ser conceituada como ato jurídico perfeito, disso não se extrai automaticamente a impossibilidade de extinção de um primeiro vínculo e posterior criação de um segundo.

E ainda:

Em segundo lugar, tratando especificamente da situação em exame, o conteúdo que se pretenda atribuir ao ato de aposentadoria não pode ser incompatível com as exigências constitucionais. Como demonstrado, a legislação busca fundamento no art. 195, II, da Constituição, para instituir a cobrança de contribuições sociais sobre os aposentados que retornam ou permanecem no mercado de trabalho. No entanto, inexistente dispositivo constitucional que autorize o esvaziamento das consequências jurídicas favoráveis decorrentes dessa cobrança. Essa opção legislativa – assumindo-se que tenha sido efetivamente realizada – seria inconstitucional e, portanto, insuscetível de gerar atos juridicamente perfeitos.

Para concluir que:

De certa forma, a linha argumentativa do recorrente acaba por revelar o vício material da tese por ele sustentada. No fundo, o que se pede é que os rendimentos do trabalho possam ser tributados com base na Constituição, ao mesmo tempo em que os deveres estatais constitucionalmente atrelados a essa cobrança seriam paralisados por lei ordinária. Seria esse o peculiar ato jurídico perfeito a ser protegido por este Supremo Tribunal Federal.

O que se entende, portanto, deste naco do voto do Min. ROBERTO BARROSO, é que o entendimento do INSS padece de vício material, porque faz com que o mandamento constitucional de contra prestar em favor do segurado seja barrado por lei ordinária. Em outras palavras, o direito que a autarquia previdenciária possui de retirar, a título de salário-contribuição para custeio da previdência, parcela da remuneração do segurado é acompanhado, por força da CRFB/88, do dever de oportunizar a melhora do benefício.

Segundo FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM (2011, p. 98):

Daí cerebrina a imposição da imutabilidade do ato jurídico perfeito como obstáculo à desaposentação, pois esta garantia constitucional visa, por óbvio, à manutenção da segurança jurídica, evitando-se desmando estatais em prejuízo da sociedade. Tal prerrogativa somente poderá ser demandada a serviço dos benefícios, nunca em desfavor destes.

O mesmo autor, no plano do direito comparado, (IBRAHIM, 2011, p.87) ainda ensina que:

Portanto, diversos países, deixando de lado o rigor exacerbado da proteção ao ato jurídico perfeito, permitem sem maiores problemas o desfazimento do ato concessório da aposentadoria anterior e sua pronta conversão em prestação de maior valor. O debate sobre a desaposentação em tais lugares perde valor, pois a legislação já possibilita a revisão do benefício.

Portanto, verifica-se que o argumento da não utilização do instituto do ato jurídico perfeito em face do segurado possui rico substrato, uma vez que tal instituto jurídico possui acomodação no capítulo da CRFB/88 referente aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, sendo utilizado, por assim dizer, como proteção do sujeito em face do Estado.

#### 4.3.4 A violação ao princípio de solidariedade – III do art. 1º da CRFB/88

O princípio da solidariedade possui alocação topológica na fonte de custeio do sistema de proteção social, consistindo assim em princípio de maior

importância no regime jurídico previdenciário, “pois traduz o verdadeiro espírito da previdência social: a proteção coletiva, na qual as pequenas contribuições individuais geram recursos suficientes para a criação de um manto protetor sobre todos” (IBRAHIM, 2011, p. 65).

Segundo WLADIMIR NOVAES MARTINEZ (*apud* TAVARES, 2012, p. 241):

Entende-se por fonte de custeio os meios econômicos e, principalmente, financeiros obtidos e destinados à concessão e manutenção das prestações previdenciárias. Provêm da comunidade e destinam-se ao consumo de uma fração dela: os beneficiários.

Nas lições de FEIJÓ COIMBRA (*apud* TAVARES, 2012, p. 241):

O financiamento financeiro das instituições de seguro social, sob esse aspecto, normalmente obedece a dois tipos: o de capitalização e o da repartição. Pelo primeiro, são colocadas em reserva as cotizações dos segurados (...), que deverá permitir o pagamento das prestações que ao segurado sejam devidas (...); já pelo sistema da repartição, o volume das quantias arrecadadas em cada período servirá para o custeio das prestações que devidas forem no mesmo período...

Portanto, solidariedade é responsável pela utilização do regime de repartição simples do sistema, onde todos, Estado e sociedade são responsáveis pela manutenção do sistema e pelo pacto intergeracional, isto é, onde os proventos dos inativos de hoje são custeados pelos trabalhadores atuais (IBRAHIM, 2011, p. 40).

A forma pela qual se dará o regime de repartição simples pode ser encontrada nas palavras de JOSÉ AFONSO DA SILVA (2014, p. 884) que ensina que:

Será financiada por toda a sociedade de forma direta ou indireta, assim como os recursos provenientes dos orçamentos públicos e das seguintes contribuições sociais: a) do empregados, empresa ou entidade equiparada; b) do trabalhador e dos demais segurados da previdência social; c) sobre receitas de concursos de prognósticos; d) dos importadores de bens e serviços do exterior ou equiparado

Pois bem. Depreende-se do voto do Min. ROBERTO BARROSO (2014, p. 31) que o INSS sustenta se tratar de opção legislativa a não concessão de benefício para o aposentado que retorne ao trabalho. Baseia-se assim no princípio da solidariedade, justificando que o valor do salário-contribuição é destinado ao fundo

comum para o custeio de benefícios a serem concedidos a outros segurados. Não havendo assim a necessária contraprestação pelo só fato de contribuir com o fundo.

Tal argumentação, em princípio, não se afigura válida, uma vez que o princípio da solidariedade é decorrência direta do Estado Social, sendo que este prima pela ampla proteção dos segurados, a fim de que se possibilite o mínimo existencial.

Ademais, em se interpretando o §4º do art. 195 da CRFB/88 de acordo com a sua finalidade, verifica-se que a finalidade da proteção social é a sua constante expansão e não a sua retrocessão.

Compartilhando do mesmo pensamento, são as palavras de MARCELO LEONARDO TAVARES, quando assevera: “a constituição não veda a reforma que busque o aperfeiçoamento desses princípio, mas sim uma alteração supressiva ou redutora de sua essência (art. 60, §4º)” (2012, p.34).

Contudo, pelo fato de o art. 201 da CRFB/88 vincular todo o sistema de Seguridade Social à observância do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, a desaposentação somente poderá ser concedida, desde que respeitados alguns critérios atuarialmente definidos.

Tais critérios deverão ficar à cargo do Poder Legislativo, vez que se trata de matéria adstrita à previdência social que poderá causar inovação na ordem jurídica.

#### 4.3.5 A violação ao princípio de isonomia ou igualdade material – caput do art. 5º da CRFB/88

O princípio da isonomia é mandamento implícito do sistema constitucional e pode ser extraído, dentre outros, as seguintes normas constitucionais: art. 150, II; art. 195, §§7º, 8º, 9º, 12; Art. 201 (...), §1º da CRFB/88<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Art. 150. (...) II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; Art. 195 (...) § 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei; § 8º O produtor, o parceiro, o meeiro e o arrendatário rurais e o pescador artesanal, bem como os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes, contribuirão para a seguridade social mediante a aplicação de uma alíquota sobre o resultado da comercialização da produção e farão jus aos benefícios nos termos da lei; § 9º As contribuições sociais previstas no inciso I do caput deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica, da utilização intensiva de mão-de obra, do porte da

A isonomia visa conferir tratamento diferenciado de acordo com a situação em que se encontra o sujeito de direitos. A igualdade material é um instrumento da justiça social, pois por meio da outorga de direitos sociais o Estado busca conferir tratamento diferenciado de forma que o sujeito beneficiário do tratamento possua as mesmas condições que qualquer outro sujeito possui.

Segundo JOSÉ AFONSO DA SILVA (2014, p. 213): “reforça o princípio com muitas outras normas sobre igualdade ou buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais”.

Em atenção à desaposentação, segundo testemunho do Min. ROBERTO BARROSO (2014, p. 34), “o INSS concentra seus argumentos na disparidade que seria gerada pela desaposentação desacompanhada do dever de restituir os proventos já recebidos, o que colocaria esses segurados em posição privilegiada em relação aos demais”.

Ao que se assemelha, a argumentação da autarquia previdenciária se concentra num suposto enriquecimento sem causa por parte daquele que se aposenta e retorna ao trabalho em relação aos trabalhadores gerais.

Tal argumento pode ser demonstrado com o seguinte exemplo: dois segurados que trabalham na mesma empresa, recebem o mesmo valor de salário e que contribuem no teto da previdência. Um decide se aposentar em março de 2006 e em 2009 pede a desaposentação, tendo seu benefício majorado em R\$500,00. Se o colega dele decide permanecer no trabalho e se aposenta somente em 2009 com incidência do fator previdenciário, que premia quem fica mais tempo em serviço, com um valor maior, terá uma aposentadoria no mesmo valor da do seu colega.

No caso acima, qual seria o problema? O problema reside no fato de que o sujeito que se aposentou mais cedo ficou recebendo proventos do INSS e também o salário da empresa. Havendo assim, quebra de isonomia. Conquanto o sujeito continua trabalhando na mesma empresa, com mesmo salário, com mesma

---

empresa ou da condição estrutural do mercado de trabalho; § 12. A lei definirá os setores de atividade econômica para os quais as contribuições incidentes na forma dos incisos I, b; e IV do *caput*, serão não-cumulativas; Art. 201 (...)§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

contribuição no teto e recebendo ainda os proventos, seu colega somente recebe um salário.

Segundo FÁBIO ZAMBITTE IBRAHIM (2011, p. 114):

Ainda que um segurado venha a obter uma vantagem maior frente a outro, na situação inicialmente apresentada, não há como apontar tal circunstância como impedimento à desaposentação. A possibilidade jurídica existe para todos, e não se pode impedir uma pretensão legítima sob alegação de que outrem não seria beneficiado por sua inércia. É da essência do direito não amparar aqueles que permanecem inertes. *Dormientibus non seccurrit jus*<sup>29</sup>. Não se pode negar pretensões legítimas de uma pessoa sob alegação de vantagem sobre as demais, sob pena de denegar a prestação jurisdicional na maioria das lides apresentadas em juízo.

Tal situação de fato esbarra na isonomia. Entretanto, quando do momento da renúncia à primeira aposentadoria e incidência do fator previdenciário, poder-se-ia interpretar os seus vetores de idade e de expectativa de vida como incidentes na data do requerimento da primeira aposentadoria, uma vez que, naquela data, a sua idade era menor, a sua expectativa de vida era maior e, conseqüentemente, o valor do benefícios será menor. Preservando assim a isonomia.

Outra situação que pode ainda lesar a isonomia é a hipótese de o sujeito requerer a desaposentação com finalidade única e exclusiva de adquirir novo benefício em regime jurídico mais benéfico daquele que originariamente se aposentou. Em tais casos, opina FÁBIO ZAMBITE IBRAHIM (2011, p. 109) que, conforme o princípio do *tempus regit actum*<sup>30</sup>, dever-se-á aplicar a lei do momento da primeira aposentadoria.

## 5 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, foi possível visualizar que a desaposentação possui seu nascedouro, em duas mudanças fundamentais no plano jurídico: a primeira mudança, foi a referente ao entendimento do TST sobre as causas extintivas do contrato de trabalho, no sentido de que a aposentadoria não mais poria fim ao contrato laboral; a segunda mudança, foi a proporcionada pela lei 9.129/1995 que

---

<sup>29</sup> Significado: o direito não acolhe a quem dorme.

<sup>30</sup> Significado: a lei do tempo do ato deve regê-lo.

revogou o instituto do pecúlio, que representava o levantamento da quantia acumulada após anos de serviço por parte do aposentado.

Desta feita, com a extinção do pecúlio, o aposentado que retorna ao trabalho e, conseqüentemente, a verter compulsoriamente contribuições à previdência social não possui qualquer forma efetiva de aproveitamento de tais contribuições, apenas lhe restando os benefícios de salário-maternidade, salário-família e a reabilitação profissional, que, como se pôde ver, são de pouca efetividade.

Em face desta realidade, os segurados contribuintes passaram a propor ações judiciais com o intuito de aproveitar o novo período contributivo com vistas à implementação da RMI.

Sendo assim, a desaposentação passou assim a ser conceituada como o ato de renúncia ao benefício de aposentadoria com o intuito de obter outra mais vantajoso, em razão de novo período contributivo a ser apostilado, no mesmo ou em outro regime de previdência.

A partir de então, surgiram três fundamentais linhas de pensamento acerca da matéria, quais sejam: a) uma no sentido de não ser possível a desaposentação em virtude de ausência de previsão, ou por lesão à isonomia, ou por lesão ao ato jurídico perfeito, ou ainda por acarretar o desequilíbrio financeiro e atuarial da previdência; b) outra intermediária no sentido de ser possível a desaposentação, mas desde que se proceda com a restituição de todos os valores percebidos quando da primeira aposentadoria, em observância ao equilíbrio das receitas e despesas da previdência; e c) uma última corrente, no sentido de ser possível a desaposentação, independentemente de se proceder com a devolução dos valores, por se tratar de direito, embora de natureza alimentar, de caráter disponível.

Diante dos posicionamentos acima, o STJ foi instado a se manifestar acerca de qual posicionamento é o mais correto diante do direito infraconstitucional, tendo adotado o terceiro posicionamento acima descrito (letra 'c').

Paralelamente, o STF também foi instado a se manifestar por meio dos REs 381.367 e 661.256, que fizeram com que a Suprema Corte, intérprete final da CRFB/88, sinalizasse em favor da tese da desaposentação, com adoção de certos critérios que respeitassem o equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social, conforme se pôde notar do voto relator do Min. Roberto Barroso.



Segundo o STF, a desaposentação possui, como objeto de análise, os seguintes argumentos: a) a admissibilidade do ato de renúncia à aposentadoria e seus efeitos, notadamente para o fim de se admitir o requerimento de novo benefício; b) se haveria violação ao ato jurídico perfeito e ao princípio da isonomia; e c) se haveria ofensa ao princípio da solidariedade e ao princípio contributivo.

Quanto ao primeiro e segundo argumentos, cumpre destacar que o ato jurídico perfeito possui como finalidade a proteção de ato que se fez sob à égide de determinada lei vigente, que, em momento posterior, teve sua revogação decretada por lei posterior, isto é, o ato visa proteger o sujeito diante da modificações legislativas perpetradas pelo Estado.

À vista disso, o constituinte resolveu descrevê-lo no título referente aos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Portanto, tal proteção não pode ser visualizada como cláusula de imutabilidade do ato, já que se está diante de direito fundamental social, sendo passível portanto passível de modificação quando se visa o seu aprimoramento.

Ademais, a expansão da proteção social é desejada pela CRFB/88, como se pode extrair da redação do §4º do art. 195, quando descreve que a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social (leia-se: proteção social).

Conclui-se assim, quanto aos dois quesitos acima, que é sim admissível a renúncia à aposentadoria, não havendo por este ato qualquer lesão ao ato jurídico perfeito, uma vez que não se trata de renúncia à proteção, mas sim de verdadeira otimização da proteção com o incremento da RMI do benefício originário.

Quanto à terceira questão, acerca da lesão à isonomia e ao princípio contributivo, foi identificado nas pesquisa dois posicionamentos que sustentam o respeito à isonomia: uma no sentido de se utilizar os fatores de idade e expectativa de vida da data do primeiro requerimento, a fim de que se possa, em função do fator previdenciário, reduzir o valor do benefício de forma equânime.

Ao que se assemelha, em verdade, se estará diante de lesão à isonomia quando se argumenta ou se mantêm o *status quo*, já que o aposentado que retorna ao trabalho não possui os mesmos direitos do trabalhador geral, quando em mesma situação fática.

Quanto à contributividade do sistema, foi observado que o princípio da contributividade é responsável pela obrigatoriedade de se contribuir com a

manutenção do plano de custeio e de benefícios da previdência. Ademais, em função do espírito solidário do sistema, foi possível notar que exsurge daquele princípio o da retributividade, que impõe o dever ao Estado de oferecer plano de benefício em contraprestação às contribuições previdenciárias.

Com base na premissa acima, foi possível detectar ainda, com inspiração no princípio da equidade na forma de participação no custeio a feição do que seria uma justiça comutativa, que imprime no sistema a necessidade de oferta de benefícios em equipolência com as contribuições vertidas ao sistema.

Sendo assim, o entendimento que mais se aproxima da letra maior é o segundo posicionamento, entretanto, com a adoção de regra diversa daquela que determina a devolução total de todos os valores percebidos quando da primeira aposentadoria, sob pena de se tornar ineficaz o instituto da desaposentação.

Dessa forma, em sendo constitucional a desaposentação, em eventual admissibilidade do STF no RE 661.256/SC, imperioso se faz a adoção de regras, por iniciativa do judiciário ou do legislativo, que permitam a manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, sob pena de decreto de bancarrota do fundo comum.

Portanto, conclui-se assim que a desaposentação é admissível pela CRFB/88 e que nenhum dos principais posicionamentos acerca da matéria melhor atende ao espírito da letra maior, vez que o só fato de concessão da desaposentação pode acarretar o desequilíbrio financeiro e atuarial. Mas, contudo, também não se mostra razoável se exigir do aposentado a devolução de todos os valores percebidos, o que tornaria sem efeito a concessão da desaposentação.

Conclui-se assim que a desaposentação deve ser concedida, mas que para que se atinja a sua real finalidade dependerá de urgente regulamentação, ainda que provisória por parte do poder judiciário.

## REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito Previdenciário**. 5ª ed. rev., atual., ampl., Salvador: Jus Podvim, 2014.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4. Ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Globo, 2008.

BACHUR, Tiago Faggioni. **Aposentadoria e desaposentadoria: aspectos jurídicos e previdenciários**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, ISSN 1519-8065, Ano XVIII, Nº 423, p. 33 – 39, setembro. 2014.

BASTOS, Celso. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva.

BRAMANTE, Ivani Contini. “**Desaposentação e nova aposentadoria**”, in Revista de Previdência Social. São Paulo: LTr, ano XXV, n. 244, mar./2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Decisão em Agravo Regimental no Recurso Especial 1176719/PR**. Relator: MUSSI, Jorge. Quinta Turma. Publicado em 14/02/2014. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&data=%40DTDE+%3E%3D+20140206+e+%40DTDE+%3C%3D+20140206&livre=%28%28desaponta%E7%E3o%29+E+%28%22JORGE+MUSSI%22%29.min.%29+E+%28%22Quinta+Turma%22%29.org.&processo=1176719&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&data=%40DTDE+%3E%3D+20140206+e+%40DTDE+%3C%3D+20140206&livre=%28%28desaponta%E7%E3o%29+E+%28%22JORGE+MUSSI%22%29.min.%29+E+%28%22Quinta+Turma%22%29.org.&processo=1176719&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)> Acessado em: 29/03/2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Decisão no Recurso Extraordinário 661256**. Relator: BRITTO, Carlos Ayres. Publicado em 26/04/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28desaponta%E7%E3o%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/bpre3n6>> Acessado em: 29/03/2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Decisão em Apelação Cível 5056619-33.2012.404.7100**. Quinta Turma. Relator: KLEIN, Maria Isabel Pezzi. Publicado em 19/03/2013. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=5739766&termosPesquisados=desaposentacao](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5739766&termosPesquisados=desaposentacao)> Acessado em: 29/03/2014.

\_\_\_\_\_. Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Piauí. Súmula nº 70. **É inviável a desaposentação no Regime Geral da Previdência Social para fins de aproveitamento do tempo de contribuição anterior para uma nova aposentadoria neste mesmo regime**.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. **Projeto de Lei Ordinária 2.687/2007**. Acrescenta os Parágrafos 1º e 2º ao art. 54, da Lei Nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. **Súmula CARF nº 43: Os proventos de aposentadoria, reforma ou reserva remunerada, motivadas por acidente em serviço e os percebidos por portador de moléstia profissional ou grave, ainda que contraída após a aposentadoria, reforma ou reserva remunerada, são isentos do imposto de renda.** Disponível em: <<http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/Sumulas/listarSumulas.jsf>> Acessado em: 07/09/2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Emenda constitucional n.º 11, de 30 de abril de 1996**. Inclui nova redação ao art. 201 da Constituição Federal, inserindo parágrafo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc11.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc11.htm)> Acessado em: 22/09/2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003**. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc41.htm)> Acessado em: 01/11/2014.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.048 de 6 de maio 1999. **Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências**. Publicado em 07/05/1999. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1999/decreto-3048-6-maio-1999-368532-norma-pe.html>> Acessado em: 06/04/2014.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei N.º 5.452, De 1º De Maio De 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Publicada no Diário Oficial da União em: 9/08/1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acessado em: 10/11/2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Publicada no Diário Oficial da União em 25/07/1991, republicada em 11/04/1996 e republicada em 14/08/1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm)>. Acessado em: 29/03/2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário n. 661.256/SC**, Plenário, Relator: Ministro Roberto Barroso. Diário do Judiciário Eletrônico – DJE, 09 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Turma Nacional de Uniformização. **Processo 200672550064068 SC**. Relator: JUÍZA FEDERAL ROSANA NOYA ALVES WEIBEL KAUFMANN. Publicado: 08/07/2011. Disponível em: <<http://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20094275/pedido-de-uniformizacao-de-interpretacao-de-lei-federal-pedilef-200672550064068-sc>> Acessado em: 03/04/2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, 15ª edição. Forense, 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca.

CUNHA JR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed., rev., ampl., e atual. Salvador: Jus Podvim, 2012.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Curso de Direito Previdenciário**, 3ª edição. Método, 2012. VitalBook file. Minha Biblioteca.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**, 6ª edição. Forense, 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

HUBACK, Kerlly. **Manual de Direito Previdenciário**, 8ª edição. Método, 2012. VitalBook file. Minha Biblioteca.

IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de Direito Previdenciário**. 10. ed. São Paulo: Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação – O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria**. 5ª ed., rev., e atual., Niterói/RJ: Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense: Malheiros, 1969. Vol. I.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 30ª ed. rev. Atual. São Paulo: Atlas, 2014.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 32ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010

NOLASCO, Lincoln. O fator previdenciário. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12318&revista\\_caderno=20](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12318&revista_caderno=20)>. Acesso em nov 2014.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**, 7ª edição. Método, 2012. VitalBook file. Minha Biblioteca.

PADILHA, Rodrigo Corrêa. **Direito Constitucional**. 3ª edição. Método, 2013. VitalBook file. Minha Biblioteca.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JR., José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SALVADOR, Sérgio Henrique. Desaposentação e o fim do fator previdenciário. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9286](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9286)>. Acessado em: 05/11/2014.

SANTOS, Marisa. **Direito Previdenciário Esquemático**, 2ª edição. Saraiva, 2011. VitalBook file.Minha Biblioteca.

SERAU JR., Marco Aurélio. **Desaposentação - Novas Perspectivas - Teóricas e Práticas**, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Paulo César Régis de. **Em termos de Previdência Social, perdemos o ano de 2013**. Previdência Revista. Brasília. Ano VI – Nº 8 – 2014.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social.** 14 ed. ver. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2012.

ZARZANA, Dávio Antonio Prado; JÚNIOR, Dávio Antonio Zarana. **Desaposentação: passo a passo.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.