

DESAPOSENTAÇÃO E NOVA APOSENTADORIA

Ivani Contini Bramante
Procuradora do Trabalho - MPU/MPT
Prof. Direito do Trabalho e Previdenciário da
Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo

SUMÁRIO

1 – Introdução. 2 – Conceito de desaposentação. 3 – Natureza jurídica da desaposentação. 4 – Possibilidade de renúncia à aposentadoria. 5 – Efeitos da desaposentação. 6 – Fundamento legal do direito à desaposentação. 7 – Posição dos Tribunais de Contas. 8 – Posição da Jurisprudência. Bibliografia.

1 – Introdução

Uma das questões mais intrincadas na sistemática da jubilação diz respeito a “desaposentação”, ou seja, a renúncia à aposentadoria e o direito de aproveitamento do tempo em que o servidor esteve aposentado para cômputo de nova aposentadoria, em outro regime previdenciário.

Cresce entre nós o interesse sob o aspecto teórico-doutrinário e as pesquisas jurisprudenciais sobre a questão¹. A matéria vem tratada em acesos debates doutrinários e, sedimentada em decisões administrativas e judiciais. Portanto, ganha corpo o estudo do instituto previdenciário da desaposentação.

2 – Conceito de desaposentação

A aposentadoria é conceituada como o direito à inatividade remunerada. A desaposentação é o direito ao retorno à atividade remunerada.

Para WLADIMIR NOVAES² cuida-se de “desfazimento de benefício promovido pelo próprio titular”. HAMILTON COELHO³ diz que a desaposentação é “um direito do aposentado renunciar à jubilação e aproveitar o tempo de serviço para nova aposentadoria”, ou seja, “o escopo ultimo do fenômeno jurídico da desaposentação é, exatamente, o de outorgar ao jubilado a prerrogativa de unificar os seus tempos de serviços numa nova aposentadoria”.

Por conseguinte, a pretensão no exercício do direito à desaposentação é o desfazimento do ato administrativo concessivo do benefício previdenciário, no regime de origem, de

¹ VLADIMIR NOVAES, RPS, 231/137; COELHO, RPS, 228/1130, DAMASCENO, RDA, 221/279.

² RPS, 231/137.

³ RPS, 228/1130.

modo a tornar possível a contagem do tempo de serviço prestado em outro regime. Equivale dizer, o tempo de serviço que serviu de suporte à aposentadoria no regime de origem se juntará, no futuro, àquele exercido sob o outro regime (em regra, estatutário), a fim de perceber nova aposentadoria, mais vantajosa que aquela deferida anteriormente.

Em resumo, considera-se desaposentação o ato de “desfazimento” da aposentadoria, por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de serviço em contagem para nova aposentadoria, em outro regime jurídico previdenciário.

3 – Natureza jurídica da desaposentação

A desaposentação não se confunde com a anulação do ato administrativo da jubilação, por iniciativa da Administração Pública, motivada na ilegalidade da sua concessão. A desaposentação nada mais significa do que um ato de “renúncia” da aposentadoria, de iniciativa do titular do direito. Portanto, é um ato de vontade cujos efeitos são desejados e esperados pelo titular, configurando-se, pois, como negócio jurídico.

A renúncia à aposentadoria esbarra na problemática da indisponibilidade do direito e, no caráter da definitividade e irreversibilidade do ato de concessão de aposentadoria por tempo de serviço.

4 – Possibilidade de renúncia à aposentadoria

Várias são as causas que podem levar o beneficiário da aposentadoria por tempo de serviço, proporcional ou integral, à pretensão de renúncia ao benefício. Conforme alinhado por WLADIMIR NOVAES⁴ a renúncia pode dar-se por: arrependimento, inadaptação à aposentadoria, inconformidade com o valor, surgimento de nova oportunidade de ganhos, transferência do pedido para outro momento.

Agregue-se as seguintes hipóteses:

(i) servidor público, já desvinculado de suas atividades públicas, no gozo do benefício da aposentadoria, que logra a aprovação em novo concurso público; sendo vedada a acumulação dos vencimentos do cargo com os proventos da aposentadoria, sob pena de demissão, surge a necessidade de regularização da situação, caso em que poderá optar por renunciar à aposentadoria e, conseqüente reversão do tempo de serviço para o nova aposentadoria;

(ii) trabalhador aposentado por tempo de serviço, pelo Regime Geral de Previdência, que vem a ser aprovado em concurso público; surgindo a oportunidade de melhorar o padrão, pretende optar pela renúncia à aposentadoria e obter futura aposentação pelo Regime de Previdência do Servidor Público;

(iii) trabalhador que ostenta, simultaneamente, a condição de celetista em atividade remunerada na iniciativa privada e, também, exerce cargo público; aposenta-se pelo Regime Geral Previdência e, posteriormente objetiva renunciar à aposentadoria para utilizar o tempo, em contagem recíproca, em nova aposentadoria pelo regime estatutário dos servidores públicos.

⁴ 1989:69.

A questão radica em saber se o direito à aposentadoria é renunciável e, se é possível o cancelamento da aposentadoria e a conseqüente reversão do tempo de serviço que a ela serviu de base, mediante expedição de certidão.

A matéria suscita polêmica. Para alguns como WILSON TELES DE MACEDO⁵ não é válida a renúncia pura e simples da aposentadoria, como ato de despojamento de um direito integrante do patrimônio jurídico do titular, porque “inexiste esse direito, somente atribuível por lei, dado o princípio da legalidade”, pois “a volta à atividade geraria direitos e obrigações ao servidor e ao Estado e suscitaria aspectos a serem objeto de disciplinamento específico, como os da contagem do tempo de atividade e a fixação de interstício para permitir nova aposentação”.

Outros argumentos obstativos à desaposentação podem ser elencados:

(i) a aposentadoria é direito personalíssimo, tem caráter alimentar, é irrenunciável, só extingue com a morte;

(ii) o cancelamento da aposentadoria por tempo de serviço ofende o ato jurídico perfeito, protegido pelo art. 5º, XXXV, da Carta Magna;

(iii) o ato concessório da aposentadoria por tempo de serviço, é ato administrativo vinculado e de caráter irreversível (art. 122 do RBPS); portanto não pode ser desfeito pelo Poder Público, tendo em vista o princípio da legalidade (art. 37 caput, CF);

(iv) a vinculação a um regime previdenciário obrigatório opera *ope legis*, a vinculação independe da vontade individual, decorre de lei, de modo automático. Deste modo, um cidadão vinculado a um dos regimes previdenciários não pode reverter para outro regime;

(v) não pode ser contado em um regime o tempo de serviço contado em outro.

O Juiz JOÃO BATISTA DAMASCENO⁶ admite a desaposentação, em conclusão haurida das seguintes afirmações: “se a aposentadoria é renunciável ante a indevida acumulação, não há fundamento jurídico para a seu indeferimento”. As características de indisponibilidade, irrenunciabilidade, definitividade, irreversibilidade do direito à aposentadoria são institutos que apresentam um caráter de funcionalidade, são técnicas de salvaguarda dos direitos previdenciários, assim entendidos como aqueles vocacionados à garantia do trabalhador, para proteção dos interesses próprios do titular, que tem o direito de gozo, disposição e renúncia, podendo ser invocados em seu favor e nunca contra.

WLADIMIR NOVAES⁷ observa que “a crença na definitividade e na irreversibilidade do ato de concessão tem-se prestado para fundar conclusões favoráveis ou não em relação a titular, cujas mensalidades foram suspensas ou canceladas por suspeita de fraude, por fraude comprovada, em razão dos princípios do contraditório e ampla defesa”, Deste modo, “o desconforto de quem se opõe à idéia, em parte se deve à incompreensão de que a desaposentação visa legítima e regularmente otimizar o cenário de benefícios, abandonado condição ou benefício inferior para poder usufruir de situação ou prestação em posição superior”.

⁵ RDA, 210/316.

⁶ RDA, 211/279.

⁷ RPS, 231/137.

O Juiz Federal NELSON BERNARDES DE SOUZA, julgando ação ordinária de cancelamento de aposentadoria, assenta que são poucos os direitos irrenunciáveis na ordem jurídica brasileira, tais como alimentos (art. 404, CC.) e doação total do patrimônio sem reserva alimentar (art. 1175, CC.). Por conseguinte, “as disposições legais previdenciárias não contemplam a hipótese de direitos irrenunciáveis”. Ainda, “ao se dizer que a aposentadoria por tempo de serviço se extingue com a morte de seu titular, não se está diante de um direito irrenunciável, do qual o seu titular não possa dispor, não se trata de direito indisponível...”⁸.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região assentou que: “2. *Os benefícios previdenciários são direitos personalíssimos e, como tal, por sua natureza, irrenunciáveis, uma vez que constituem fonte de subsistência. A previsão, pois, na legislação previdenciária (art. 58, parágrafo segundo, do Decreto nº 2.172/97) de ser o ato concessório de aposentadoria irreversível e irrenunciável só vem a atender à própria natureza do direito em questão. Contudo, há que se distinguir renúncia pura e simples, da renúncia que possui, também, natureza de opção e que permite ao segurado obter uma vantagem em sua fonte de sobrevivência.* 3. *Na situação em exame, a renúncia da aposentadoria previdenciária irá possibilitar à parte autora contar tempo para fins de aposentadoria estatutária, não havendo, pois em respeito à finalidade do próprio instituto da aposentadoria no contexto social, como negar o direito à renúncia, e, conseqüente, ao recebimento da certidão de tempo de serviço*”.⁹

Destarte, os direitos subjetivos conferidos aos cidadãos, vinculados a um determinado sistema previdenciário, tem um sentido de proteção aos interesses do beneficiário, podem ou não ser exercidos. Logo, podem os seus titulares renunciar ao exercício desses direitos. Ainda, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF). Assim, ninguém é obrigado a permanecer aposentado, contra seu interesse. Bem afirma WLADIMIR NOVAES¹⁰ “o benefício previdenciário deixaria de ser o que é, libertador do homem, para se transformar no seu cárcere”.

A desaposentação, *ipso facto*, trata-se de *renúncia-opção*. 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 vantajosa.

Quanto a possibilidade de desfazimento do ato administrativo vinculado HAMILTON COELHO¹¹, com razão, afirma que “o ato administrativo de aposentadoria é constitutivo positivo de direito para o aposentado; já o de desaposentação é desconstitutivo negativo, consubstanciado em desobrigar a Administração Pública de continuar no custeio de um de um benefício previdenciário. Logo, a desaposentação libera o Estado de um compro-

⁸ Justiça Federal/Campinas, Ação Ordinária, proc. nº 92.0604427-3, sentença de 6.4.93, in, RPS 204/1113.

⁹ TRF-5ª Reg., Ap. Civ. n. 133.529, proc. 98.05.09283-6; 28.4.98.

¹⁰ 1989: 69.

¹¹ RPS, 228/1131.

misso pecuniário”. Completa o jurista, que não obstante ser a nova aposentadoria mais onerosa para o Poder Público não se pode perpetrar hermenêutica jurídica sem nenhum compromisso com os princípios fundamentais da República, máxime a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho do aposentado.

Ainda, na mesma linha doutrinária, assenta que “o ato de disposição do benefício aposentadoria pertence ao inativo e não comporta ingerências, muito menos do Estado, vez que a desaposentação somente afeta o patrimônio do desaposentado, não ensejando prejuízo algum à Administração Pública. Se todavia nova aposentação for mais vantajosa, o beneficiário fez por merecê-la (...)”.

5 – Efeitos da desaposentação

DAMASCENO¹² aborda os efeitos da renúncia voluntária à aposentadoria: o desfazimento do ato administrativo vinculado e definitivo e o direito de certidão de tal ocorrência. A renúncia à aposentadoria significa renúncia aos proventos, benefício pecuniário e, não, ao tempo de serviço, que pode ser reaproveitado. Assim, agregue-se o efeito liberatório do tempo de serviço utilizado na aposentadoria, que poderá servir para nova aposentadoria, com base no permissivo da Lei 8112/90, art. 103, parágrafo 2º, que diz que “o tempo em que o servidor esteve aposentado será contado apenas para nova aposentadoria”.

6 – Fundamento legal do direito à desaposentação

Na Carta Federal não qualquer vedação à desaposentação. Na legislação específica da Previdência Social, igualmente, inexistente qualquer dispositivo legal proibitivo da renúncia aos direitos previdenciários.

Ainda, não existe vedação do direito à contagem do tempo de serviço, que tenha dado origem ao benefício da aposentadoria renunciado, para fins de nova aposentadoria. Observa o Juiz NELSON BERNARDES DE SOUSA¹³ que “O que a lei veda é a contagem concomitante e a utilização de tempo já utilizado em um regime”. Equivale dizer, não é possível utilizar, concomitante, o mesmo tempo de serviço para fins de duas ou mais aposentadorias.

Não há também, proibição de vinculação simultânea ou sucessiva a regimes previdenciários diversos. Ao revés, a previsão de contagem recíproca de tempo de serviço já encontrava regulada na Lei nº 6.226/75, com alterações dada pela Lei nº 6.864/80. O instituto da contagem recíproca foi constitucionalizado, consoante estabelecido no art. 202, parágrafo 9º, da Constituição de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98:

¹² RDA, 211/279-280.

¹³ RPS, 204/1116.

“para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo os critérios estabelecidos em lei”.

O direito à contagem recíproca vem, hoje, previsto, também, no artigo 94 da Lei 8213/91. À sua vez, a Lei 9.796, de 05 de maio de 1999, dispõe sobre a compensação financeira entre o Regime Geral de Previdência Social e os Regimes de Previdência dos Servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de contagem recíproca por tempo de contribuição para efeito de aposentadoria.

Quanto ao aproveitamento do tempo de serviço do desaposentado, a matéria encontra suporte, a nível infraconstitucional, no Estatuto dos Servidores Públicos - Lei 8112/90, em seu artigo 103, parágrafo 2º, dispõe:

“o tempo em que o servidor esteve aposentado será contado apenas para nova aposentadoria”.

Vê-se pois, que não procede a argumentação fundada na inexistência de lei autorizadora da desaposentação. Não colhe, também, o argumento de que a volta à atividade suscitaria aspectos a serem objeto de disciplinamento específico, como os da contagem do tempo de atividade e a fixação de interstício para permitir nova aposentação. Isto porque, há disciplina constitucional que exige a permanência de tempo mínimo de (5 cinco) anos no cargo em que se dará a aposentação e de 10 anos de serviço público, conforme artigo 40, parágrafo 1º, inciso III, da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98.

7 – Posição dos Tribunais de Contas

O Tribunal de Contas da União, examinando a legalidade das aposentadorias públicas, reconheceu o direito à desaposentação, conforme soa dos seguintes julgados:

*“Aposentadoria. Renúncia para contagem do tempo de serviço já prestado para fins de aposentadoria em outro órgão público, Cancelamento do registro – A 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo Relator decide: determinar o cancelamento do registro de aposentadoria de (...)”.*¹⁴

*“Aposentadoria. MRE. Renúncia de aposentadoria para fins de averbação de seu tempo de serviço junto à Câmara dos Deputados. Determinado o cancelamento do registro e acerto de contas”.*¹⁵

¹⁴ TCU - 2ª Câmara, proc. nº 14.056/96-8, Rel. Min. Bento José Bugarin, DOU 6.8.97, p. 16.880.

¹⁵ TCU - 2ª Câmara, proc. nº 006.243/91-6, Rel. Min. Homero dos Santos, DOU 1.3.94, p. 2.940.

*“Aposentadoria. MAGR. Renúncia visando utilizar o tempo de serviço para nova aposentadoria. Cancelamento do registro do ato de aposentadoria”.*¹⁶

HAMILTON ANTONIO COELHO¹⁷, Professor na Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil, anota que existem inúmeros exemplos de decisões do Tribunal de Contas da União reconhecendo o direito à desaposentação¹⁸.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em recente decisão, entendeu que o desfazimento do ato de aposentação, decorrente da renúncia à aposentadoria, não se confunde com os institutos da anulação ou revogação do ato administrativo, que está sujeito aos ditames expressos na lei, conforme fundamento:

*“o desfazimento do ato, em se tratando de renúncia à aposentadoria, não se dá por iniciativa do Poder Público, mas sim por vontade do cidadão, como um direito pessoal; não se deve caracterizar a renúncia como anulação ou revogação, que constituem modalidades desfazimento do ato administrativo e, portanto, sujeito aos ditames expressos da lei; à Administração, dada a renúncia do cidadão a um direito pessoal, compete simplesmente a declaração de que o ato de aposentadoria não produzirá, a partir de então, seus efeitos; a renúncia é questão de Direito Civil, de direito pessoal, aplicável a todos os âmbitos, quer público quer privado, como uma modalidade de extinção do ato jurídico, constituindo-se um direito privado do seu titular e, portanto, por ele renunciável, sem que para isso se exija a manifestação de vontade da Administração Pública, que conferiu ao cidadão o direito à aposentadoria pelos requisitos legais por ele apresentados para tal ato”.*¹⁹

Ainda, em outra decisão administrativa, entendeu que:

*“é possível a renúncia à aposentadoria e o aproveitamento do tempo de exercício para averbação em novo cargo”.*²⁰

¹⁶ TCU - 1ª Câmara, proc. n. 005.114/78-1, Rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça, DOU 22.3.94, p. 4.114.

¹⁷ RPS, 228/1130.

¹⁸ TCU nº 033.399/79-4, DOU 6.3.98, p. 129;

TCU nº 008.944/89-0, DOU 30.3.89, p. 85;

TCU nº 028.954/79-3, DOU 7.4.98, p. 138;

TCU nº 032.634/79-0, DOU 5.9.96, p. 17.485;

TCU nº 043.255/77-9, DOU 6.4.92, p. 4.324;

TCU nº 014.547/96-1, DOU 9.6.97, p. 11.834.

¹⁹ TC-MG, 3ª Câmara, proc. nº 323876, Rel. Cons. Moura e Castro, Ac. 9.2.1999, “Minas Gerais” Caderno I, Belo Horizonte, 13.2.99, p. 16.

²⁰ TC-MG, 4ª Câmara, Inspeção nº 449331, Rel. Cons. Simão Pedro Toledo, Ac. 2.9. 1999, “Minas Gerais” Caderno I, Belo Horizonte, 22.9.99, p. 30.

8 – Posição da Jurisprudência

O extinto Tribunal Federal de Recurso decidiu:

“O servidor do INANPS que renunciou à aposentadoria estadual, para não incidir na acumulação de cargos. Renúncia apenas ao benefício e não ao tempo de serviço que pode ser computado, nos termos (...) CF”.²¹

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região julgou a questão com os seguintes fundamentos:

“Administrativo. Previdenciário. Aposentadoria proporcional por tempo de serviço. Desfazimento, a pedido do próprio beneficiário, do ato de concessão. Possibilidade. Juros de moras, Correção monetária. Honorários advocatícios.

“I - Não mais convindo ao beneficiário a percepção de aposentadoria previdenciária, é lícito o pleito de sua desaposentação, mediante a conseqüente devolução dos valores pertinentes ao INSS, ante a inexistência de norma legal expressa em sentido contrário.

II - A cláusula constitucional do direito adquirido, insculpida como um dos direitos e garantias individuais na forma do art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, visa proteger o cidadão das investidas do Poder Público, municia-o de instrumento para que possa ficar ao abrigo de eventuais medidas que venham a lhe trazer prejuízos que, de outro modo, restariam sem qualquer tutela. Logo, no caso vertente, não cabe invocá-lo contra o apelado, com o intuito de obrigá-lo a permanecer aposentado, contra os seus interesses”.²²

No mesmo sentido o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“Previdenciário. Renúncia à aposentadoria por tempo de serviço, com expedição de certidão de tempo de serviço.

²¹ TFR-Ap. Civ. nº 87.727, DJ 31.5.84, p.8.630-8.631.

²² TRF-3ª Reg. - Ac. 98.03.037653-5/SP - Ap. nº 420.325/SP, proc. 98.03.037653-5 - DJU 3.11.98, Rel Theotônio Costa, in RPS 219/119.

1. É perfeitamente válida a renúncia à aposentadoria, visto que se trata de um direito patrimonial de caráter disponível, inexistente qualquer lei que vede o ato praticado pelo titular do direito, se não contraria qualquer interesse público.

2. A instituição previdenciária não pode contrapor-se à renúncia para compelir o segurado a continuar aposentado, visto que carece de interesse".²³.

Outro julgado reafirma o direito de aproveitamento do tempo de serviço para fins de nova inatividade:

*"O tempo em que o servidor esteve aposentado será contado apenas para nova aposentadoria, e não para incidência de outras vantagens. Inteligência do art. 103, parágrafo 1º, da Lei n. 8112/90"*²⁴.

Portanto, há fundamento doutrinário, jurisprudencial e legal a respaldar o direito à desaposentação e o direito de aproveitamento do tempo de serviço que tenha dado origem ao benefício para efeitos de nova jubilação.

Bibliografia

COELHO, Hamilton Antonio. *Desaposentação: um novo instituto?* Revista de Previdência Social, ano XXIII, nº 228, nov/1999.

DAMASCENO, João Batista. *Renúncia voluntária à aposentadoria, desfazimento do ato administrativo vinculado e definitivo e direito de certidão de tal ocorrência*, Revista de Direito Administrativo nº 211, Rio: jan./mar.1998.

MACEDO, Wilson Teles. *Servidor público - aposentadoria - renúncia*, Revista de Direito Administrativo nº 210, Rio: out./dez.1997.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de direito previdenciário*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1985.

——— *A Seguridade Social na Constituição Federal*, São Paulo: LTr, 1989.

——— *Como andam os processos de desaposentação*, Revista Previdência Social, ano XXIV, nº 231, São Paulo: fev./2000.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

²³ AMS nº 96.04.042248-221/SC, Rel. João Surreaux Chagas- DJU 26.2.97, p. 10000.

²⁴ TRF - 4ª Reg. Ac. 96.04.64457-2, Rel. Juiz José Germano da Silva, DJU, Revista Síntese Trabalhista: Porto Alegre, ano X, jun./1999, p. 111.M.