

Constitucionalidade e aspectos práticos judiciais da desaposentação

No contexto jurídico vigente, a instrumentalidade do processo, como método de acesso ao direito material perseguido, tem se mostrado um necessário mecanismo de pacificação social, sobretudo, ao fato de que concretiza a adequação entre o devido e o proclamado, dentro de uma relação dual do destinatário da entrega jurisdicional com o ente estatal detentor deste *múnus*.

Trata-se assim de verdadeiro corolário republicano, de todo imprescindível para a evolução social, com a possibilidade de se perquirir instrumentalmente o acesso ao Poder Jurisdicional Constitucional.

Notória e lúcida neste tocante, a lição do Professor Cássio Scarpinella Bueno da PUC/SP: “Mas o principio da efetividade do processo pode ser entendido mais amplamente. Também é por ele que se pode entender necessário buscar a redução do binômio “direito e processo”, reconhecendo-se o processo como instrumento de e para realização concreta do direito material”.^[1]

Estreitando este elo, sendo hipótese clara de adequação do fenômeno da instrumentalidade, crescente se torna a convalidação do instituto da Desaposentação como modal próprio de acesso ao planejamento previdenciário protetivo e constitucional por excelência, sendo questão atual, polêmica e bem debatida o seu campo de pouso dentro das relações previdenciárias.

Ao contrário da corrente que não acolhe sua possibilidade jurídica, por vários argumentos, a verdade é que sua justificação vai mais além da simples interpretação da legislação marginália, pois, está inserida dentro do conceito constitucional de valor social, eis que o âmago previdenciário encontra na dignidade humana um de seus principais aspectos propulsores, onde o intento deste utilitário almeja a percepção plena de um novo benefício, para aqueles que, mesmo aposentados, continuam laborando e filiados ao sistema protetivo.

No livro, “*DESAPOSENTAÇÃO – Instrumento de Proteção Previdenciária*” ^[2], há específica lição conceitual acerca deste instituto jurídico tão atualmente debatido:

“Urge ainda mencionar que a Desaposentação visa autenticamente o aprimoramento e concretização da proteção individual, não tendo o condão de afetar qualquer preceito constitucional, pois, jamais deve ser utilizada para a desvantagem econômica de quem quer que seja. Também é fato, que, por meio da Desaposentação, o indivíduo, diante de realidades sociais e econômicas divergentes, almeja em si, tentar superar as dificuldades encontradas, pugnando pela busca incessante por uma condição de vida mais digna”.

Passando o campo doutrinário, de todo vasto e solidamente importante para a compreensão do tema, registrando que a maioria endossa a viabilidade jurídica do assunto, recente julgado oriundo do Tribunal Mineiro, em sede de Mandado de Segurança, dentro de um Regime Próprio, na mesma toada, corrobora o seu valor jurídico extremamente positivo:

“MANDADO DE SEGURANÇA. DESAPOSENTAÇÃO. DESFAZIMENTO DO ATO DE APOSENTADORIA. LIBERAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO. POSSIBILIDADE. DIREITO DO

APOSENTADO. – A complexidade da questão de direito ventilada não impede que seja discutida em sede de mandado de segurança, contanto que a matéria fática que embase o pedido esteja demonstrada de plano. – Assegura-se ao servidor o direito à desaposentação, assim compreendida a renúncia à aposentadoria com o objetivo de liberar o tempo de serviço respectivo para a obtenção de outro benefício em melhores condições. – O princípio da legalidade e o ato jurídico perfeito não impedem a desaposentação por inexistir vedação legal e em se tratando de direito patrimonial disponível, devendo os princípios invocados ser interpretados em favor do aposentado e em harmonia com os princípios da liberdade de trabalho e da dignidade da pessoa humana, guardada a devida finalidade dos benefícios previdenciários de proteção aos segurados. – Sentença confirmada no reexame necessário”.[\[3\]](#)

Percebe-se então, que esse incontroverso instrumental, de extrema atualidade no momento jurídico vigente, detém vários caracteres que o coloca na condição de um autêntico instituto de direito, ainda mais por se tratar de uma ferramenta de acesso ao sistema protetivo, um verdadeiro primado constitucional.

Importante assim condensar essa ferramenta de acessibilidade a postulados constitucionais, sobretudo no tocante ao valor social explicitamente agregado ao campo da Seguridade Social, como se vê, de sua explanação extensiva, objetiva e clara através do seguinte exemplo de sua instrumentalidade processual, condensada em um modelo de petição inicial:

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE _____ / ____.

“RENÚNCIA – APOSENTADORIA – UTILIZAÇÃO – TEMPO – A Turma, por maioria, reiterou o entendimento de que o segurado pode renunciar à sua aposentadoria e reaproveitar o tempo de contribuição para fins de concessão de benefício no mesmo regime ou em outro regime previdenciário, não necessitando devolver os proventos já percebidos, pois, enquanto perdurou a aposentadoria, os pagamentos de natureza alimentar eram indiscutivelmente devidos”. (STJ – REsp. 1.113.682 – SC – 05ª T. – Rel.Min. Jorge Mussi – DJU: 23/02/2010)

FULANO DE TAL, brasileiro, casado, aposentado, portador do RG: xxxxx, CPF: xxxxx, residente e domiciliado na Rua xx, n.: xx, bairro xx, cidade: xx, UF, CEP: xx, por seus procuradores, vem a ilustre presença de V. Exa. para propor a presente

AÇÃO DE DESAPOSENTAÇÃO

em desfavor do **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**, situado à Rua xx, n.: xx, bairro: xx, cidade: xx, UF, CEP: xx, nas seguintes razões adiante arquitetadas para ao final requerer:

PRELIMINARMENTE: DA CELERIDADE DO FEITO – ESTATUTO DO IDOSO – PRIORIDADE DA TRAMITAÇÃO – LEI 12.008/09;

A Lei Federal nº 10.173, de 9 de janeiro de 2001, que alterou a Classificação do Processo Civil, acresceu ao mesmo os seguintes artigos:

“Art. 1.211-A – Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos terão *prioridade na tramitação de todos os atos e diligências em qualquer instância.*

Art. 1.211-B – O interessado na obtenção desse benefício, juntando prova de sua idade, deverá *requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório*”. (g.n)

Também é verdade que o Estatuto do Idoso, em seu artigo 71, diminuiu a idade para 60 (sessenta) anos, não restando dúvida que a alteração legislativa tem como escopo possibilitar que o autor de uma ação judicial aforada em desfavor de um órgão público tenha possibilidade de conhecer e usufruir **em vida** da entrega da tutela jurisdicional.

Recentemente, no fim do mês de julho de 2009, foi editada a **Lei 12.008/2009** que, verdadeiramente veio a regulamentar o disposto no Estatuto do Idoso, determinando de maneira obrigatória, que tanto o processo judicial, quanto o administrativo tenham andamento prioritário e célere quando figura como parte o cidadão com mais de 60 anos.

É a hipótese dos autos, já que pela documentação ora coligida se vê que o suplicante **possui hoje exatos 60 ANOS**, já que nascido em xx/xx/xx, fazendo jus a esta prerrogativa legal, de maneira que, em sede preliminar, vem requerer a agilidade e prioridade na tramitação do vertente feito.

DOS FATOS ENSEJADORES DA PRESENTE AÇÃO;

O autor em 17/10/2002 e aos 53 anos de idade protocolou em uma das agências do requerido o benefício previdenciário do tipo aposentadoria por tempo de contribuição, sob o número: xxx.xxx.xxx-x, espécie: 42, conforme documentos inclusos.

Pois bem, após regular análise administrativa, o suplicado proveu sua pretensão, deferindo-lhe o citado benefício, mas na **proporcionalidade** dos proventos, já que jubilou-se com **31 anos e 09 meses de tempo de contribuição**, com renda mensal inicial (RMI) no valor de **R\$ 901,83 (novecentos e um reais e oitenta e três centavos)**, atuais **R\$ 1.484,93 (um mil, quatrocentos e oitenta e quatro reais e noventa e três centavos)**, conforme extratos anexos.

De fato, desde então o suplicante vem normalmente auferindo aludida prestação previdenciária, mas, no plano fático, houveram sensíveis alterações dentro da relação jurídico-previdenciária onde o autor se encontra inserido.

É que, após regular jubilação junto ao réu, o autor continuou laborando, exercendo atividade remunerada e contribuindo na qualidade de **segurado obrigatório** do Sistema de Proteção Social, vertendo várias contribuições aos cofres da Seguridade Social, sem que tais posteriores contribuições sociais tenham reflexos na sua atual aposentadoria.

Com efeito, após ter se jubilado em 10/2002, o suplicante continuou a contribuir com a Seguridade Social, precisamente **até o mês de janeiro de 2010**, conforme comprovantes anexos, aliás, em valores de contribuição próximos ao teto previdenciário.

Desta forma, decorre que o autor faz jus a uma nova aposentadoria, com novas características e novos valores, já que continuou tutelado pela Seguridade Social exercendo atividade remunerada e contribuindo com o Sistema, razão de que pode plenamente renunciar sua atual aposentadoria e auferir do suplicado um novo benefício.

Por isto, vem pela presente buscar a entrega da tutela jurisdicional, para que o direito a uma nova aposentadoria através da desaposentação seja proclamado pelo Judiciário.

DAS RAZÕES JURÍDICAS;

Primeiramente, regula o Excelso Texto Político em seu artigo 5º (cláusulas pétreas) que:

“XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”.

Tal previsão constitucional, vem sedimentar o direito ao pleno acesso do jurisdicionado à tutela jurisdicional de maneira direta, sem ter que perquirir previamente qualquer instância administrativa, o conhecido princípio da inafastabilidade da jurisdição.

De outro giro, dispõe ainda a Lei de Introdução do Código Civil (LICC) que:

“Art.4º – Quando a Lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, aos costumes e os princípios gerais de direito.

Art.5º – Na aplicação da Lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Assim, importante ressaltar que a aposentadoria, como fruto, produto e efeito jurídico do ato jurídico da “aposentação” também encontra guarida na Lei das Leis, valendo destacar que o artigo 06º do Texto Político, bem como o artigo 07º, inciso XXIV colocam a aposentadoria como direito e garantia fundamental de trabalhadores urbanos e rurais, um autêntico ***direito social***.

Por sua vez e de igual forma, a Seguridade Social, de onde a Previdência Social se vê inserida, pela simples leitura do artigo 194 da *Lex Fundamentallis*, também se afigura como instituto jurídico necessário e protegido por todo o ordenamento no cenário jurídico hodierno, até pelo fato que existem vários princípios norteadores da Seguridade Social insculpidos da Lei Maior.

No plano legislativo, a aposentadoria é regulada através de seus principais diplomas legais, como a **Lei 8.212/1991**, conhecido diploma de custeio; **Lei 8.213/1991** que trata do plano de benefícios e o **Decreto 3.048/1999** que somente veio a ser o regulador do que foi disposto pelos aludidos diplomas legais.

Pois bem, a aposentação é tratada como um ato jurídico, deliberado pelo trabalhador tutelado pelo Sistema de Proteção Social, que manifesta o seu desejo através do atendimento de formalidades administrativas e auferir como produto e efeito jurídico desta sua manifestação de vontade, a aposentadoria.

De início, importante ressaltar que em todo o ordenamento jurídico não há qualquer norma legal que impeça o desfazimento do ato da aposentação, eis que, como já argüido, se trata de mera manifestação de vontade do segurado previdenciário, aliás, com caráter disponível, ou seja, depende exclusivamente da intenção jurídica de seu titular, integrando o patrimônio jurídico do titular de direitos e não da coletividade ou mesmo no patrimônio do suplicado, sendo, portanto direito personalíssimo, disponível e patrimonial.

Conceitualmente, a desaposentação ganha azo em destaca doutrina previdenciária, como, aliás, o Professor **André Studart Leitão** [4], define que: “A *desaposentação*, como a própria nomenclatura sugere, consiste no desfazimento do ato concessório da aposentadoria, por vontade do beneficiário”. Também o Professor **Fábio Zambitte Ibrahim** [5] conceitua o tema como: “A *desaposentação*, portanto, como conhecida no meio previdenciário, traduz-se na possibilidade do segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no Regime Geral de Previdência Social ou em Regime Próprio de Previdência Social, mediante a utilização de seu tempo de contribuição. Ela é utilizada colimando a melhoria do status financeiro do aposentado”. Também, os conhecidos e conceituados Professores **Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari** [6] de igual forma, assim ministram sob o tema em estudo: “(...) 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”.

De igual forma, a jurisprudência tem sido uníssona neste sentido, ou seja, como fonte do Direito tem conferido grande parcela de contribuição para o estudo deste *novel* instituto jurídico, senão vejamos:

“Recebimento de Nova Aposentadoria. Ausência de Norma Impeditiva. Direito Disponível. Devolução dos Montantes Recebidos em Função do Benefício Anterior Necessária. Previdenciário. Revisão de Benefício de Acordo com o Art. 26 da Lei nº 8.870/941. É perfeitamente válida a renúncia à aposentadoria, visto que se trata de um direito patrimonial de caráter disponível, inexistindo qualquer lei que vede o ato praticado pelo titular do direito. A instituição previdenciária não pode se contrapor à renúncia para compelir o segurado a continuar aposentado, visto que carece de interesse(...)”;
(TRF 4ª R.; AC 2007.72.07.002564-3; SC; 6ª T.; Rel. Des. Fed. João Batista Pinto Silveira; DEJF 24/03/2009; p. 914) – REVISTA MAGISTER DE DIREITO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO, VOL. 29, págs. 125 e ss)

“Mudança de Regime Previdenciário. Renúncia à Aposentadoria Anterior com o Aproveitamento do Respectivo Tempo de Contribuição. Possibilidade. Direito Disponível. Devolução dos Valores Pagos. Não-Obrigatoriedade. Recurso Improvido.

Tratando-se de direito disponível, cabível a renúncia à aposentadoria sob regime geral para ingresso em outro estatutário. 2. "O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito ex nunc e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos" (REsp 692.928/DF, Rel. Min. Nilson Naves, DJ de 05.09.05) 3. Recurso especial improvido". (STJ; REsp 663.336; Proc. 2004/0115803-6; MG; 5ª T.; Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; DJU 07/02/2008; p. 398)- REVISTA MAGISTER DE DIREITO TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIO, VOL. 22, págs. 133 e ss)

Ao que se vê, seja no campo doutrinário ou na seara dos Tribunais, a desaposentação é plenamente válida, aceitável e deferida aos exercentes de atividade remunerada que permanecem no mercado formal, como ativos, contribuindo ao Sistema, já que continuam a ser tutelados pelo Sistema Protetivo, na qualidade de segurados obrigatórios.

O suplicado certamente se insurgirá contra a proclamação do direito ora perseguido com inúmeras teses, mas, desde já, ressalta-se que todos os argumentos são rechaçados juridicamente, valendo conferir, por exemplo, o seguinte artigo jurídico a respeito www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=736.

Portanto, nenhuma razão há para o desprovemento da pretensão, já que inexistente qualquer impedimento jurídico a respeito da desaposentação, podendo aduzir inúmeros argumentos favoráveis a convalidação do instituto dentro no cenário jurídico hodierno.

Ora, estando o segurado filiado ao Sistema e a ele vertendo contribuições, evidente que faz jus a uma nova aposentadoria, com outros padrões econômicos, a propiciar uma melhor qualidade de vida, finalidade de todo o Sistema, já que, como narrado, sendo um autêntico direito social por excelência, a proteção social há de ser resguardada pelos Poderes Constituídos, lição, aliás, bem elucidada pelo Professor **Celso Barroso Leite**^[7]:

“(...) a proteção social tem como objetivo básico garantir ao ser humano a capacidade de consumo, a satisfação de suas necessidades essenciais, que não se esgotam na simples subsistência”.

DA VALORAÇÃO DA PRETENSÃO;

Como narrado, a atual aposentadoria do autor possui foi deferida na proporcionalidade dos proventos, ou seja, com um tempo de contribuição (TC) total de 31 anos e 09 meses, nos seguintes valores:

Data da Concessão:	RMI:	VALOR ATUAL:
17/10/2002	R\$ 901,83	R\$ 1.484,93

Pois bem, considerando que o autor continuou a verter contribuições ao Sistema, ou seja, superou e muito o limite de 35 anos de Tempo de Contribuição com as posteriores contribuições previdenciárias, munido de documentos e comprovantes de seus vários salários-de-contribuição e se valendo do programa *on-line* do próprio suplicado, disponibilizado no domínio eletrônico www.mpas.gov.br,

procedeu com o cálculo de sua nova aposentadoria, utilizando do tempo de contribuição de sua atual prestação previdenciária, bem como dos valores posteriormente vertidos.

Neste prisma, chegou a uma nova aposentadoria com RENDA MENSAL INICIAL (RMI) no valor de **R\$ 2.456,59 (dois mil, quatrocentos e cinqüenta e seis reais e cinqüenta e nove centavos)**, conforme planilha anexa.

Assim, segue uma tabela exemplificativa:

Aposentadoria Atual	Nova Aposentadoria	Diferença Mensal
R\$ 1.484,93	R\$ 2.456,59	R\$ 971,66

Portanto, notória a diferença econômica a justificar a essência da tutela previdenciária, entre a atual e a nova aposentadoria, registrando que não se trata de um pedido de revisão de cálculo, mas, de fato, de uma nova jubilação com o desfazimento do atual benefício, com seu cômputo no novo benefício e sem implicar em devolução aos cofres do Sistema de qualquer quantia que seja, ante a disponibilidade e a natureza alimentar que caracterizam a prestação previdenciária.

DOS PEDIDOS;

De tudo o exposto, requer: 1) Que a presente ação seja recebida em todos os seus termos, determinando a citação do requerido no endereço acima declinado, com fulcro no artigo 221 do CPC, para compor a relação processual, sob a pena de revelia e os efeitos da confissão; 2) Que seja conferido ao autor o benefício processual da **prioridade na tramitação do feito**, ante a avançada idade do autor, nos termos do preâmbulo desta peça; 3) No mérito, que seja dado procedência integral ao presente pedido declaratório-condenatório para:

– reconhecer, declarar e condenar o requerido a conceder uma nova aposentadoria ao autor, do tipo aposentadoria por tempo de contribuição, espécie 42, com novo número de benefício, integral (35 anos), com renda mensal inicial (RMI) de R\$ 2.456,59 (dois mil, quatrocentos e cinqüenta e seis reais e cinqüenta e nove centavos) e devida desde a distribuição da presente actio;

– como consectário da nova jubilação, requer a cessação da atual aposentadoria, NB: xxx.xxx.xxx-x/42 e a utilização de todo o seu tempo na nova jubilação devida ao peticionário, sem que seja ordenado ao requerente qualquer ordem de devolução de todos os valores de fruição da atual aposentadoria, por qualquer valor ou razão que seja, requerendo que em sentença de mérito, seja reconhecido o caráter alimentar e disponível dos proventos até então auferidos, cominando ordem para que o suplicado não faça qualquer tipo de cobrança em desfavor do suplicante;

– requer também a condenação do suplicado ao pagamento de todos os valores atrasados, no período compreendido entre a data de distribuição da ação e a data da efetiva implantação do novo benefício, com comprovação nos autos, com as atualizações monetárias de lei, determinando-se a expedição do ofício requisitório ou do precatório alimentar, conforme o caso;

– requer, por fim, que seja ao suplicado determinado, sob a cominação de multa, que o novo benefício seja implantado, a partir do prazo de 45 dias a contar do trânsito em julgado, sob as penas da lei e com comprovação nos autos;

4) Que ao final seja dado em caráter definitivo às pretensões ora intentadas, condenando ainda o requerido no pagamento das custas, despesas processuais, honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre a condenação atualizada e demais cominações legais.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando desde já a documental e outros mais que se fizerem necessários.

Na oportunidade, requer ainda, a concessão da Justiça Gratuita, com espeque no artigo 5º da CF/88 e Lei 1.060/50, pelo fato do requerente ser pobre na acepção legal da palavra, não podendo custear o feito sem prejuízo próprio e do sustento da família, consoante declaração firmada sob as penas da lei.

Dá-se como valor da causa: R\$ 50.000,00.

Nestes termos, pede deferimento.

Cidade, UF, em xx de xxxx de xxxx.

pp Advogado

[1] BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p.187.

[2] AGOSTINHO, Theodoro Vicente/ SALVADOR, Sérgio Henrique. *Desaposentação – Instrumento de Proteção Previdenciária*. 1ª Ed. São Paulo: Conceito, 2011. pg.38/39.

[3] TJMG – Proc.: 0901479-45.2010.8.13.0024/MG – Rel.: Des. HELOISA COMBAT – DJMG 08/09/2011.

[4] LEITÃO, André Studart. *APOSENTADORIA ESPECIAL*. Editora Quartier Latin. 2007, página 233.

[5] ZAMBITTE, Fábio Ibrahim. *DESAPOSENTAÇÃO O Caminho Para Uma Melhor Aposentadoria*. Editora Impetus. 2009. pagina 36.

[6] CASTRO, Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2000, p.488.

[7] LEITE, Celso Barroso. *A proteção social no Brasil*. p.83.

Date Created

04/02/2012