STF estimula diálogos institucionais no julgamento da desaposentação

No dia 26/10/2016, o Supremo Tribunal Federal, em continuidade do julgamento do tema de número 503 da sistemática da repercussão geral, concluiu a discussão referente à denominada desaposentação.

Antes de decidir o tema, o STF submeteu-o a amplo debate, com a participação da sociedade civil, União, segurados, entidades associativas e o próprio Congresso Nacional. A decisão assim obtida não se trata de construto autopoiético ou de produto de raciocínio apriorístico e, portanto, distante das condições materiais existentes e interesses legítimos envolvidos. Os debates foram norteados não só por princípios caros ao sistema previdenciário brasileiro, direitos das partes envolvidas e possíveis impactos sociais e individuais, mas também por discussões acerca da legitimidade democrática no que concerne à realização de escolhas entre alternativas constitucionalmente possíveis.

Objetiva-se, nesta sucinta análise, destacar alguns aspectos relacionados ao processo de construção da referida decisão, sob a perspectiva do diálogo institucional que se estabeleceu no decurso de tempo em que o tema esteve submetido ao STF.

Em síntese, o que se discutiu nos autos dos referidos recursos extraordinários foi a possibilidade de o segurado renunciar a uma aposentadoria já efetivada no âmbito do Regime Geral da Previdência Social, com vistas a obter, posteriormente, e em um novo pedido de aposentadoria, cálculo que contemple o tempo adicional de contribuição, bem como os respectivos aportes financeiros ao sistema.

O tema entrou em discussão no STF em 2010, com a inclusão em pauta do RE 381.367, da relatoria do ministro Marco Aurélio. Em paralelo, o Plenário do STF, em 18/11/2011, reconheceu a repercussão geral do RE 661.256, cujo tema (503) fixou-se da seguinte forma: “Conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral por meio do instituto da desaposentação”.

Em sessão realizada em 9/10/2014, o ministro Roberto Barroso, relator do feito, houve por bem dar parcial provimento aos recursos interpostos pelo INSS, para, em suma: a) reconhecer o direito do segurado a um novo enquadramento, com eventual majoração do benefício, após um período adicional de contribuição verificado quando do retorno à atividade laboral; e b) estabelecer um critério de cálculo que considerasse, no enquadramento relativo à nova aposentadoria, não só as contribuições adicionais realizadas, mas também o fato de que teria havido percepção de benefício antes da concessão da nova aposentadoria.

Para os fins de discussão do tema sob a perspectiva que se pretende neste breve espaço, destacam-se três pontos fundamentais do voto do ministro Barroso.

O primeiro deles recai sobre o entendimento de que haveria uma situação de inconstitucionalidade, na hipótese em questão, haja vista que a Lei 8.213/91, em seu artigo 11, parágrafo 3º, impõe a obrigação de contribuir, por parte do segurado que retorna à ativa, mas não prevê nenhuma correspondência em benefício. Não seria legítimo que o segurado fosse obrigado a contribuir sem, todavia, perceber uma mínima contrapartida aos aportes a que foi obrigado por força da norma em questão. De outro lado, reconhece-se que o sistema previdenciário brasileiro, norteado pelo princípio da solidariedade, não é lastreado em uma ideia de comutatividade estrita — como seria, por exemplo, em um sistema de

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

capitalização, por força do qual o segurado receberia exatamente o resultado de contribuições individuais ou coletivas, de um determinado grupo do qual faria parte[1].

O segundo ponto que se destaca reside no entendimento de que há omissão legislativa a respeito do tema em discussão. Ou seja, tendo a Constituição Federal deferido ao legislador infraconstitucional a tarefa de regulamentar a matéria, sob balizas estabelecidas pelos princípios constitucionais incidentes no caso, não se identificou, segundo o voto do ministro relator, uma normatização exauriente e autoaplicável à pretensão de desaposentação.

Por fim, o ministro Roberto Barroso, com fundamento nos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, demonstrou relevante sensibilidade em relação aos possíveis impactos que as pretensões de desaposentação poderiam resultar nas contas da autarquia previdenciária.

Ora, é de se perceber que o tema, por sua complexidade, não comporta, sem maiores ponderações, a solução "textualista" apregoada por Justice Scalia[2], em seu famoso discurso proferido em 1996 na Catholic University of America, no sentido de se, simplesmente, resolver o tema a partir da extração do significado textual da Constituição Federal.

Diante das dificuldades postas em discussão pelo tema em apreço, o ministro relator objetivou apresentar solução que superasse a situação de inconstitucionalidade verificada, levasse em devida consideração eventuais circunstâncias não isonômicas, sem que, por fim, houvesse um distanciamento entre as contribuições efetivadas e a contrapartida pretendida com a revisão do benefício, assim se reduzindo eventuais impactos no equilíbrio econômico-financeiro e atuarial do sistema.

A partir de tais premissas, concluiu pela legitimidade da pretensão de renúncia de uma primeira aposentadoria e a posterior realização de novo cálculo do benefício após determinado período adicional de contribuição. Tal cálculo, todavia, para o fim de evitar situações não isonômicas, consideraria, como dados a serem aferidos à época da primeira aposentadoria, a idade do segurado e sua expectativa de vida, com os respectivos consectários no fator previdenciário.

É digna de nota a preocupação, consignada no voto do ministro Roberto Barroso, de preservar a atividade legislativa para regulamentar o tema, por meio de processo legislativo próprio, desde que observadas as premissas propostas no voto em questão. Reconhece-se, assim, de um lado, que há a viabilidade de se alcançar, por via hermenêutica, os critérios de cálculo apresentados em conclusão, e, de outro, a possibilidade de norma superveniente, obedecidas as premissas principais estabelecidas, regulamentar a matéria em questão. Aliás, nesse sentido, propôs-se que a vigência da tese defendida estaria suspensa pelo prazo de 180 dias, "caso os Poderes Legislativo e Executivo não optem por instituir disciplina diversa, compatível com as premissas da presente decisão, mediante ato normativo próprio".

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A proposta, portanto, considera a possibilidade de ser provocado verdadeiro diálogo institucional. Nessa hipótese — de diálogo institucional em tese —, o STF, tendo detectado a existência de mais de uma solução constitucional possível, fixa premissas interpretativas que deverão nortear a tomada de decisão sobre o tema e estabelece comando com eficácia limitada (no caso, temporalmente), para o fim de instar os demais Poderes a se pronunciarem quanto à solução normativa viável e consentânea com a *ratio essendi* do pronunciamento jurisdicional. Ignorado o prazo assinalado, impunha-se o critérioestabelecido pela corte.

O pronunciamento jurisdicional caracterizado pela mitigação de determinada eficácia mandamental (ao menos temporariamente) é explicitado por autores (como Mark Tushnet) como a denominada *weak-form judicial review*[3] e seu fundamento está intimamente relacionado à possibilidade de especificação de uma solução constitucional válida, no âmbito de um processo legislativo, entre outras soluções também possíveis, sob a incidência de determinado arranjo normativo constitucional.

Nesse contexto, Tushnet propõe que, em determinadas situações, a adoção da *weak-form judicial review* pode resultar em uma forma de conciliar a autodeterminação democrática com as ideias inerentes ao constitucionalismo.

De fato, a *weak-form judicial review*, ao contrário do modelo da *strong-form*, não pressupõe a substituição do entendimento do legislador ou do executor a respeito do conteúdo do texto constitucional, por uma decisão judicial, mas, sim, a realização de diálogo institucional provocado por pronunciamento proferido em sede da jurisdição constitucional.

A preocupação no sentido de se resguardar a atividade legislativa é consentânea com os apontamentos de autores adeptos do minimalismo no âmbito da jurisdição constitucional, que têm por lastro algumas das dificuldades enfrentadas nos processos decisórios nas cortes constitucionais.

A propósito do tema, Cass Sunstein, ao defender o minimalismo judicial, faz referência a alguns aspectos relevantes a serem considerados no âmbito da jurisdição constitucional: a) custos envolvidos na tomada de decisão. Não se deve desconsiderar a existência de custos relevantes ao Judiciário para decidir casos complexos (como o que ora se apresenta), ao se coletar informações, processá-las, estabelecer e avaliar variáveis que poderiam resultar, no presente ou no futuro, da solução imaginada; b) custos relacionados aos erros decisórios. Sendo certo que não se pode prever e mensurar todo e qualquer tipo de variável que poderá advir de uma solução criada, haveria de ser sopesada a possibilidade de erro e, por conseguinte, a necessidade de se superar determinada solução pensada no âmbito da jurisdição constitucional; c) a necessidade de se contemplar visões pluralistas sobre o tema em apreço. Nesse aspecto, deve-se reconhecer o papel fundamental exercido pelas figuras dos *amici curiae*, no sentido de ampliação do debate suscitado; d) limitações cognitivas, racionalidade limitada e consequências inesperadas. As teorias institucionalistas reforçam a ideia de que a hiperracionalidade não condiz com a realidade prática dos agentes, de modo que as referidas circunstâncias também devem ser levadas em consideração e; e) necessidade de se promover o debate democrático[4].

É bem verdade que vários dos apontamentos feitos por Cass Sunstein podem, igualmente, ser direcionados à própria atividade legislativa, o que indicaria, por si só, não haver relação de superioridade no que concerne à qualidade das soluções escolhidas. Ora, não é pelo fato de se alterar o *locus* decisório

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

que se verificará brotar a hiperracionalidade capaz de prover informações plenas e de fazer previsões amplas e suficientes. Os apontamentos, no entanto, são mais correlatos aos desafios percebidos pelo Judiciário em agregar informações, expertise e capacidade técnicas para testar todas as variáveis possivelmente envolvidas[5]·

Preocupação semelhante se verifica em famoso texto produzido pelo juiz da corte sul-africana Albie Sachs, que, ao tratar do clássico caso *Grootboom*, asseverou que seria exatamente para isso que serviria o Parlamento, ou seja, para promover audiências e para receber *inputs* de uma variedade de pessoas com *expertise* particular em diversas áreas[6].

Quer nos parecer, todavia, que, tal como preconizado por Mark Tushnet, o pronunciamento do STF, ainda que não concluído, promoveu um relevante incentivo no sentido de se induzir resposta legislativa à proposta então formulada[7].

Posteriormente, em 9/10/2014, o caso retornou à pauta de julgamentos do Plenário do STF, quando o ministro Dias Toffoli abriu divergência e votou pelo provimento ao recurso do INSS, ante o entendimento de que não seria legítimo o pleito relativo a novo cálculo do benefício em decorrência da desaposentação. Na oportunidade, o posicionamento firmado pelo ministro Dias Toffoli foi acompanhado pelo ministro Teori Zavascki. Em seguida, o julgamento foi novamente suspenso após pedido de vista da ministra Rosa Weber.

Havia, portanto, além do posicionamento do ministro Marco Aurélio no sentido de reconhecer o direito à desaposentação, duas alternativas: a) a proposta do ministro Roberto Barroso que reconhecia o direito a partir de um cálculo que contemplasse as premissas acima sintetizadas; e b) a proposta do ministro Dias Toffoli que negava o direito à desaposentação.

Diante das alternativas ainda em debate, no âmbito do STF, houve, em 2015, esforços por parte do Poder Legislativo para a apresentação de uma solução política para o tema. Pretendeu-se formular regulamento específico para a desaposentação, no âmbito do Projeto de Lei de Conversão 15/15, que resultou na edição da Lei 13.183/2015. Ocorre que o referido dispositivo foi vetado pela então presidente da República, e o veto presidencial foi mantido em sessão ocorrida em 15/12/2015 no Plenário da Câmara dos Deputados. As razões do veto indicam que a regulamentação inovaria no ordenamento jurídico ao permitir a denominada “desaposentação”, o que contrariaria os pilares do sistema previdenciário brasileiro, cujo financiamento é intergeracional e adota o regime de repartição simples[8].

Após a tentativa de regulamentação normativa da eventual possibilidade de desaposentação, por parte do Poder Legislativo, o caso voltou à pauta do Supremo Tribunal Federal, nos termos acima mencionados. Na oportunidade, expressamente foi reconhecida a legitimidade do processo legislativo que teve seu curso e que resultou (mal ou bem) em decisão do legislador a respeito do tema. Ora, se omissão há, conforme alertou o ministro Gilmar Mendes, foi produto de deliberação específica do legislador a respeito, que entendeu não ser conveniente e oportuno chancelar e regulamentar, por razões políticas, o direito pretendido pelos segurados. Tratar-se-ia, nos termos empregados no referido julgamento do denominado “silêncio eloquente”.

Diante disso, a conclusão prevalecente, em apertada maioria (6 a 4), foi no sentido da impossibilidade de se realizar a renúncia de aposentadoria anteriormente concedida, para o fim de novo enquadramento,

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

após um período adicional de contribuição, com vistas à majoração do benefício previdenciário.

O ministro Dias Toffoli, que abriu a divergência que acabou prevalecendo, entendeu, em suma, que, a) muito embora a Constituição Federal não vede a desaposentação, a legislação ordinária o faz de forma legítima; b) a proibição da desaposentação está em consonância com o sistema previdenciário adotado no país, bem como com os princípios constitucionais que o fundamentam e; c) "havendo, no futuro, efetivas e reais razões fáticas e políticas para a revogação dessas normas, ou mesmo para a instituição e a regulamentação do instituto da desaposentação, como foi também salientado na parte final do respeitável voto do eminente ministro relator, o espaço democrático para esses debates há de ser respeitado, qual seja, o Congresso Nacional, onde deverão ser discutidos os impactos econômicos e sociais mencionados pelas partes e interessados (…)".

Verifica-se, portanto, que, muito embora divergentes no que concerne ao mérito das soluções apresentadas, os ministros Dias Toffoli e Roberto Barroso — cujos votos representaram as duas correntes em discussão — expressamente resguardaram, dentro de certos parâmetros constitucionais, a plena viabilidade de formulações de alternativas políticas para as questões postas em discussão.

Tais provocações, reitere-se, foram reverberadas e atendidas no âmbito do Poder Legislativo, o que resultou no posicionamento político acima referido, posicionamento esse que, ao final, restou devidamente prestigiado no julgamento ocorrido em 26/10/2016.

[1] O modelo contributivo de capitalização é caracterizado pela constituição de um fundo, individual ou coletivamente, que, no momento oportuno, será revertido diretamente para aqueles contribuintes que concorreram para a sua formação. Ilustra-se tal modelo pelas previdências privadas e pelos fundos de pensão.
[2] "*If you are a textualist, you don't care about the intent, and I don't care if the Framers of the U.S. Constitution had some secret meaning in mind when they adopted its words. I take the words as they were promulgated to the people of the United States, and what is the fairly understood meaning of those words." SCALIA, Antonin. JUDICIAL ADHERENCE TO THE TEXT OF OUR BASIC LAW: A THEORY OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION*." Discurso apresentado pelo Justice Scalia em 18/10/1996 na Catholic University of America. Disponível em http://www.proconservative.net/PCVol5Is225ScaliaTheoryConstlInterpretation.shtml.
[3] TUSHNET, Mark. Weak courts, *Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitucional law*. Princeton University Press. 2008.
[4] SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Suprem Court*. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts. London, England (pp. 47-54).
[5] VERMEULE, Adrian. *Judging under Uncertainty*. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts. London, England. 2006. p. 183/184.
[6] *"But even where our background and modes of thought might be thought to predispose us differently, there can be little doubt that it is inappropriate for judges who in general know very little about the practicalities of housing, land and other social realities, to pronounce on these issues. That is what Parliament is there for. It has hearings and receives inputs from a variety of people with special expertise in particular areas. The very nature of the political process calls for compromise and a balancing out of interests, something to be applauded in an open and democratic society based on principles of give-and-take rather than of all-or-nothing."*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

SACHS, Albie. The Judicial Enforcement of Socio-Economic Rights: The Grootboom Case. Disponível em https://www.lawsociety.ie/documents/committees/hr/lectures/23.6.2005.pdf.

[7] A propósito do tema, assevera Mark Tushnet: "*Weak-form review might be said to be a mechanism that brings the advantages of competition among institutions to the process of specifying constitutional meaning*", p. 228.

[8] *In verbis*, as razões do veto foram explicitadas da seguinte forma: "As alterações introduziriam no ordenamento jurídico a chamada 'desaposentação', que contraria os pilares do sistema previdenciário brasileiro, cujo financiamento é intergeracional e adota o regime de repartição simples. A alteração resultaria, ainda, na possibilidade de cumulação de aposentadoria com outros benefícios de forma injustificada, além de conflitar com o disposto no § 1o, do art. 86 da própria Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991".

Meta Fields

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.