



## O ATIVISMO JUDICIAL E A DESAPOSENTAÇÃO

### *JUDICIAL ACTIVISM AND “DESAPOSENTAÇÃO”*

Carolina Ponciano Costa<sup>1</sup>

**Resumo:** O tema é O ativismo judicial e a desaposentação, que tem como problema: A desaposentação é possível para que seja concedida outra aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, sem gastos a serem desembolsados, exclusivamente pelo Estado? O presente estudo teve como objetivo geral analisar utilização do ativismo judicial no pedido de desaposentação perante a Justiça competente, com a finalidade exclusiva de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário. E, de forma específica, averiguar se a desaposentação poderia se tornar uma lei, como a aposentação; compreender se é viável a antiga posição do STF; verificar se uma regulamentação, feita pelo Poder Executivo, que especifique critérios previdenciariamente justos, resolveria o problema atual. O trabalho se desenvolveu pela busca da eficácia e aplicabilidade das jurisprudências ao pedido de reverter à aposentadoria. A metodologia utilizada foi a dedutiva.

**Palavras-chave:** Neoconstitucionalismo. Ativismo Judicial. Desaposentação. Aposentação. Previdência Social.

**Abstract:** The theme is Judicial activism and disapproval, which has as its problem: Is it possible that the disappearance is possible for another pension, in the same or another pension scheme, without expenses to be disbursed, exclusively by the State? The goal of this study was to analyze the use of judicial activism in the unretirement request into competent court, with the exclusive purpose of enabling the acquisition of a more advantageous benefit in the same or another social security system. And, specifically, to ascertain whether unretirement could become a law, such as retirement; to understand if the STF's former position is viable; to verify if a regulation, made by the Executive Power, specifying criteria that are socially fair, would solve the current problem. The work was developed by the search for jurisprudences's efficacy and applicability to the request of reverting to retirement. The methodology used was deductive.

**Keywords:** Neo-constitucionalism. Judicial Activism. Unretirement. Retirement. Social Security.

<sup>1</sup> Graduada em Direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior de Itumbiara.



## INTRODUÇÃO

O tema proposto, “O ativismo judicial e a desaposentação”, pede a busca da eficácia e aplicabilidade das jurisprudências ao pedido de reverter à aposentadoria, o instituto utilizado para isto, as possibilidades de regime ao aposentar novamente e as sentenças empregadas anteriores à decisão do Supremo Tribunal Federal.

A partir destas apresentações, tem-se como problema a seguinte questão: A desaposentação é possível para que seja concedida outra aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário, sem gastos a serem desembolsados exclusivamente pelo Estado?

Em resposta ao problema, pode ser elaborada a hipótese de que a desaposentação não acarretaria em gastos não planejados pelo Estado, visto que o aposentado continua a contribuir para a previdência social quando volta ao trabalho, logo, se ele requer uma aposentadoria mais vantajosa, será proporcional ao que pagou, e não uma despesa paga exclusiva do Estado a esse contribuinte, verificando em qual regime poderia se enquadrar.

Assim, optou-se por elaborar o objetivo geral, que tem como pauta a análise da utilização do ativismo judicial no pedido de desaposentação perante a Justiça competente, com a finalidade exclusiva de possibilitar a aquisição de benefício mais vantajoso no mesmo ou em outro regime previdenciário, enquanto não possui legislação específica para o pedido proposto.

Com base nestas prerrogativas, tem-se alguns objetivos específicos que buscarão investigar se a desaposentação poderia se tornar um direito e/ou uma lei, como a aposentação, sem que prejudicasse o orçamento público e ao mesmo tempo atendesse o segurado.

Outro objetivo aconselhado é saber se é viável a antiga posição do STF, que entendia possível a reaposentação, no mesmo Regime.

Por fim, o objetivo mais significativo, é verificar se uma regulamentação, feita pelo Poder Executivo, que especifique critérios previdenciariamente justos, em especial no que diz respeito aos cálculos que disciplinam os planos, regimes financeiros, taxas de mortalidade, tipos de renda inicial, e outros elementos, como o equilíbrio seguro e financeiro, a definição dos regimes que podem ser utilizados posteriormente à desaposentação, quais os



regimes que poderiam admiti-la, preceitos para a passagem de um regime a outro e a chamada portabilidade, resolveria o problema atual.

Como justificativa é importante o segurado analisar se convém aposentar com o tempo mínimo requerido no INSS ou se a melhor opção pode ser aceitar contribuir por um tempo maior, renunciando um benefício menor, para receber posteriormente um benefício maior do Instituto Nacional de Seguro Social. Logo, não se torna necessário entrar com pedido de desaposentação podendo causar danos a sua aposentadoria, no que tange a insegurança jurídica de não conseguir o benefício da reapresentação em seguida.

Para a ampliação deste estudo estão sendo utilizados materiais de pesquisa na busca de embasamento teórico científico para a elaboração desta pesquisa. Foi escolhido o método dedutivo, o qual se utiliza de teorias e leis para analisar e explicar acontecimentos do geral para o particular. Além de realizar vários fichamentos sobre o tema estudado, concretizados individualmente, com o intuito de análise e pesquisa aprofundada.

## 1. ATIVISMO JUDICIAL

Faz-se necessário a busca ao judiciário nos dias atuais, em grande maioria das vezes, para a simples aplicação dos direitos fundamentais que a Constituição Federal de 1988 garante, visto que, em vias administrativas dos órgãos públicos, nem sempre se consegue o que é de direito.

Logo, começou a ser eficaz a utilização do ativismo judicial nestes casos em que não se possuía legislação específica, mas que a CF/88 garante sua aplicação de forma geral. Uma vez que, o elemento citado pode ser considerado como uma postura dinâmica do Poder Judiciário para interpretar e interferir de maneira significativa nos outros poderes com intuito de garantir os direitos do indivíduo que o busca para resolver seus conflitos.

Para um bom entendimento a respeito do ativismo judicial, é necessário entender a Constituição utilizada no país, pois existem diferentes conceitos a respeito da mesma. Diante disso, surgem os seguintes conceitos:

**Conceito sociológico** (sociologismo constitucional de Ferdinand Lassalle): A Constituição seria uma estrutura de organização política resultante da soma dos fatores reais do poder que regem uma sociedade. Nessa concepção, a Constituição



real seria o elemento resultante das forças políticas, econômicas e sociais que operam concretamente numa sociedade. O texto constitucional em si – ou seja, a Constituição formalmente estabelecida – representaria tão somente um simples documento escrito, ao qual incumbiria apenas a tarefa de converter essas forças operativas sociais em instituições jurídicas formais. **Conceito político** (concepção decisionista de Carl Schmitt): A Constituição refletiria a decisão política fundamental de uma sociedade, a qual determinaria o conjunto de preceitos que devem ser estabelecidos na comunidade para ordenar as bases e o exercício do poder político. **Conceito jurídico**: (positivismo clássico de Hans Kelsen): A Constituição é a norma fundamental de um ordenamento jurídico, representando uma estrutura formal que serve de fundamento de validade para todas as demais normas que compõem um determinado sistema jurídico. (grifo do autor)<sup>2</sup>

Na definição atual a Constituição Federal do Brasil de 1988 é vista como o que mantém a ordem jurídica do Estado, no que diz respeito a sua matéria principal, devendo legitimar suas normas de acordo com os fatos sociais e os valores convencionais do seu povo. Logo, pode-se concluir que a primeira etapa para que haja algum tema relacionado ao Neoconstitucionalismo, é o estudo aprofundado sobre a Constituição do país.

O ativismo judicial é uma forma que a doutrina encontrou para buscar a eficácia da Constituição de 1988, ao passo que não fosse somente um texto de caráter teórico, mas uma concretização dos direitos fundamentais existentes.

O ativismo judicial pode ser examinado pelo cientista do direito como um mero fenômeno social, o qual, portanto, existe no plano fático, independentemente, do juízo de valor que se possa fazer a seu respeito ou da conformação ou não da prática ao direito vigente.<sup>3</sup>

O Neoconstitucionalismo, cujas bases servem como fundamento do ativismo judicial, pode ser apresentado de quatro formas distintas, para que possa ser conceituado:

I) Um modelo específico de organização jurídico-política, cujos traços característicos, esboçados a partir da Segunda Grande Guerra Mundial, ganham contornos mais definitivos no final do século XX (neoconstitucionalismo como modelo constitucional); II) uma teoria do direito que serve para descrever e operar este novo modelo (neoconstitucionalismo teórico); III) uma ideologia que valoriza positivamente as transformações ocorridas nos sistemas constitucionais (neoconstitucionalismo ideológico); e, IV) uma nova concepção sobre o papel a ser desempenhado pela teoria jurídica que, ao considerar o ponto de vista do participante, passa a exercer uma tarefa prescritiva ao lado da tradicional função descritiva (neoconstitucionalismo metodológico).<sup>4</sup>

<sup>2</sup> BARRETO, Alex Muniz. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Leme: Edijur, 2012. p. 28.

<sup>3</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 31.

<sup>4</sup> NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013. p. 192.



O ativismo judicial é um modelo de organização que entende, trabalha e interpreta os princípios, que são considerados normas constitucionais, as quais possuem um amplo conceito para ser estudado. Esse método novo da doutrina, para realização da eficácia jurisdicional, não poderia deixar de envolver no Poder Judiciário.

Essa transformação do nível constitucional carrega sua essencialidade na busca pela efetivação dos direitos fundamentais. Por esse ângulo é que se pode compreender o protagonismo do Poder Judiciário, no exercício de uma jurisdição constitucional voltada, indispensavelmente, para a concretude da vontade da Lei Fundamental do Estado, primordialmente pelo exercício do controle de constitucionalidade.<sup>5</sup>

No entanto, deve-se tomar um certo cuidado, pois os temas referentes ao ativismo judicial não estarão expressos, logo será utilizado uma forma um tanto quanto intuitiva e moral da parte de cada julgador. Assim,

É notório o uso cada vez mais frequente da moral no âmbito do STF (exemplo vedação ao nepotismo; fidelidade partidária). Em um cenário em que o legislador, por força do mandato popular, possui carta branca para decidir sobre a aprovação de projetos de lei (sem ter que fundamentar o seu voto), torna-se um agir estratégico o fato de os magistrados, em especial os das Cortes Constitucionais, fazerem uso não só de elementos puramente lógicos ou racionais, mas também de argumentos morais com o intuito não só de melhor justificar seus atos decisórios, mas também como forma de buscar a adesão popular.<sup>6</sup>

A Constituição Federal de 1988 sempre será base do ativismo judicial, visto que ele utiliza a garantia dada na mesma para obter algo que as leis não conseguiram preencher. Barreto expressa sua análise referente ao Neoconstitucionalismo.

O Neoconstitucionalismo, enquanto corrente teórica que propõe a reformulação de várias proposições do movimento constitucionalista tradicional, vem gerando repercussões diretas no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre essas proposições, pode-se destacar a supremacia formal e material da Constituição, a qual passa a ser tida não só como a norma-ápice do sistema normativo (supremacia formal), mas, também, a norma central e estruturante de um Estado, enquanto pressuposto de validade de todo o direito infraconstitucional, com efeitos irradiantes e concretos (supremacia material) incidentes na totalidade da ordem jurídica de um país.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. **Neoconstitucionalismo e ativismo judicial – Limites e possibilidades da jurisdição constitucional**. Vol. 21, n. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 187.

<sup>6</sup> PEREIRA, Daniel Nunes; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Supremacia judicial e superego na justiça constitucional**. Vol. 21, n. 85. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 56.

<sup>7</sup> BARRETO, Alex Muniz. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Leme: Edijur, 2012. p. 33.



Ao estudar o ativismo judicial, será perceptivo e lógico, que a sua existência é relacionada a não concordância de uma legislação que se tornou ultrapassada ou a “brecha” de alguma matéria que não foi legislada, como o caso em estudo da Desaposentação, onde não há uma legislação que a determine como deveria ser realizada ou vetando o seu uso, causando um meio de utilização do ativismo judicial conforme os direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, visto que poderia ter sido abrangida na legislação específica da Previdência Social.

Nota-se que o ativismo judicial se importa com a avaliação do modo de exercício da função jurisdicional. Toda Constituição é composta por um sistema de normas, tal como o restante do ordenamento. Sublime-se, neste ponto, que se de um sistema normativo em toda sua extensão, já que se apresenta composto por normas dotadas, sem nenhuma exceção, da necessária imperatividade. Apenas ocorre que a Constituição, por ser fundamento das demais normas, ancora os principais valores a serem absorvidos e resgatados em sua necessária desenvoltura ulterior, pelo restante das normas integrantes do sistema jurídico.<sup>8</sup>

Logo, compreende-se que a Constituição de 1988 é dotada de regras e princípios com força normativa, ou seja, com aplicabilidade direta e autônoma, na qual todos os demais códigos devem se basear. Por isto, é utilizada no ativismo judicial, pois se não há norma específica para determinado tema, deverá ser baseado através da Constituição vigente.

Na corrente de pensamento neoconstitucionalista fica evidenciada a necessidade de ponderação e conformação de valores diversos na aplicação do Direito, em detrimento da mera subsunção dos fatos à norma jurídica, característica típica positivismo clássico.<sup>9</sup>

Nesse âmbito é apresentada a hermenêutica, para conseguir explicitar como funciona o novo método (Neoconstitucionalismo), uma ciência que cria as regras e métodos para interpretação das normas jurídicas, fazendo com que elas sejam conhecidas em seu sentido exato, portanto, não depende da interpretação de cada um, ela deve estar vinculada aos mandamentos legais de uma sociedade.

O desenho constitucional que se apresenta, nessa perspectiva, é de um permissivo jurisdicional voltado para afirmação dos direitos fundamentais, com base em uma

<sup>8</sup> TAVARES, André Ramos. A categoria dos preceitos fundamentais na Constituição brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 34/2001. São Paulo, Revista dos Tribunais, jan-mar 2001.

<sup>9</sup> BARRETO, Alex Muniz. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Leme: Edijur, 2012. p. 33.



nova hermenêutica, permitindo ao juiz decidir, desde que de acordo com a Constituição, com carga valorativa, se assim for a essência do método de decisão por ele adotado.<sup>10</sup>

O ativismo judicial pode-se utilizar da hermenêutica constitucional, visto que ela emprega métodos interpretativos para basear sua aplicabilidade.

A hermenêutica no direito funciona como área do conhecimento que define os métodos interpretativos empregados para determinar o sentido e o conteúdo dos institutos jurídicos, bem como para precisar o âmbito de aplicabilidade de determinado comando legal.<sup>11</sup>

Em suma, a hermenêutica pretende complementar a construção conceitual, avaliando as características dos julgados do STF que geraram intensas reações no meio jurídico e na sociedade em geral.

Nota-se que o ativismo judicial se importa com a avaliação do modo de exercício da função jurisdicional. Toda Constituição é composta por um sistema de normas, tal como o restante do ordenamento. Sublime-se, neste ponto, que se de um sistema normativo em toda sua extensão, já que se apresenta composto por normas dotadas, sem nenhuma exceção, da necessária imperatividade. Apenas ocorre que a Constituição, por ser fundamento das demais normas, ancora os principais valores a serem absorvidos e resgatados em sua necessária desenvoltura ulterior, pelo restante das normas integrantes do sistema jurídico.<sup>12</sup>

Logo, compreende-se que a Constituição de 1988 é dotada de regras e princípios com força normativa, ou seja, com aplicabilidade direta e autônoma, na qual todos os demais códigos devem se basear. Por isto, é utilizada no ativismo judicial, pois se não há norma específica para determinado tema, deverá ser baseado através da Constituição vigente.

Na corrente de pensamento neoconstitucionalista fica evidenciada a necessidade de ponderação e conformação de valores diversos na aplicação do Direito, em detrimento da mera subsunção dos fatos à norma jurídica, característica típica positivismo clássico.<sup>13</sup>

Por fim, entende-se que a função do Neoconstitucionalismo é buscar estruturas para oferecer soluções mais justas e adequadas aos casos concretos, afastando as soluções

<sup>10</sup> MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. **Neoconstitucionalismo e ativismo judicial – Limites e possibilidades da jurisdição constitucional**. Vol. 21, n. 84, p. 175-221. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 188.

<sup>11</sup> BARRETO, Alex Muniz. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Leme: Edijur, 2012. p. 33.

<sup>12</sup> TAVARES, André Ramos. A categoria dos preceitos fundamentais na Constituição brasileira. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 34/2001. São Paulo, Revista dos Tribunais, jan-mar 2001.

<sup>13</sup> BARRETO, Alex Muniz. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Leme: Edijur, 2012. p. 33.



padrão e predefinidas quando estas não se mostrarem adequadas, com sustentação na Constituição vigente.

Um dos tópicos mais abordado nesta última década foi a utilização do ativismo judicial no pedido de desaposeção, para maior entendimento sobre este tema é necessário abranger sobre a previdência social.

A Previdência Social é uma parte autônoma da seguridade social que se preocupa exclusivamente com os trabalhadores e com os seus dependentes econômicos, os quais são taxados pelo artigo 16 da Lei 8.213/91, como os cônjuges, filhos menores ou incapazes, ou os pais dependentes economicamente do filho que veio a óbito.

Nos termos da Constituição, 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 (CF, art. 201). Por ter caráter contributivo, a concessão dos benefícios previdenciários depende da prévia filiação, na qualidade de segurado, com o ônus de contribuir para o sistema. Vale dizer, o direito às prestações previdenciárias dependerá de uma contraprestação pecuniária (sistema oneroso). Por outro lado, o sistema previdenciário é de filiação obrigatória e automática. Os indivíduos que exercem as atividades previstas no artigo 11 da Lei nº 8.213/91, estão vinculados à previdência social, independentemente da manifestação de vontade ou do recolhimento de contribuição. O caráter obrigatório da filiação de alguns segurados, não impede que uma pessoa se filie ao sistema na qualidade de segurado facultativo (Lei 8.213/91, art. 13), desde que não seja participante de regime próprio de previdência (CF, art. 201, §5º).<sup>14</sup>

As principais normas da Previdência Social são encontradas nos artigos 201 e 202 da Constituição Federal de 1988, nos quais são estabelecidos o caráter contributivo, a filiação obrigatória e os critérios de preservação do equilíbrio financeiro atuarial. O intuito é resguardar a subsistência do segurado nas hipóteses legalmente previstas, como idade avançada, incapacidade laborativa, morte, maternidade, reclusão e desemprego involuntário.

## 2. PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Previdência Social é regida pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, sendo uma autarquia federal, logo classificada como pessoa jurídica de direito público interno, e vinculada ao Ministério da Previdência Social. Ela possui a competência de realizar

<sup>14</sup> NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 845.



atos e procedimentos necessários à verificação das obrigações não tributárias impostas pela legislação previdenciária e à imposição de multa caso seja descumprido.

O Regime Geral de Previdência Social – RGPS está previsto no art. 9º da Lei nº 8.213/91 e no art. 6º do Regulamento da Previdência Social, que foi aprovado pelo Decreto nº 3.048/99. Nele estão englobados maioria dos trabalhadores, exceto os servidores públicos efetivos e militares, pois possuem regime próprio.

No Brasil, quem exerce atividade laborativa remunerada será obrigado a se filiar ao RGPS e verter contribuições previdenciárias ao sistema, dever este justificado na solidariedade social e na miopia que assola muitas pessoas, que certamente não se vinculam ao regime previdenciário se fosse apenas uma faculdade, o que traria enormes transtornos sociais em decorrência da velhice, doença, morte, invalidez e outros riscos sociais a serem cobertos.<sup>15</sup>

Conforme é apresentado no artigo 201 da Constituição Federal de 1988, os casos cobertos pelo RGPS são de doença por invalidez, morte e idade avançada, proteção à maternidade, especialmente à gestante, proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário, salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda, e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

O mesmo dispositivo legal exclui o desemprego involuntário do amparo previdenciário. Tecnicamente, o seguro-desemprego seria uma espécie de benefício previdenciário, pois, como todo benefício securitário, visa a providenciar o sustento do segurado e de sua família, quando atingidos pelos riscos sociais, como o desemprego (art. 201, III, CRFB/88). Entretanto, este benefício, atualmente, não tem vinculação previdenciária, pois excluído expressamente por lei, sendo atualmente de incumbência do Ministério do Trabalho, o qual disponibiliza o seguro com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, tendo este como principal fonte de receita as contribuições para o PIS/PASEP.<sup>16</sup>

Em linhas gerais esse regime possui características básicas para o seu funcionamento, é público, contributivo, prima pelo equilíbrio financeiro e atuarial, de filiação obrigatória para os trabalhadores em geral, de fundo único para o pagamento dos benefícios previdenciários, solidário, de gestão quadripartite e de custeio tripartite.

<sup>15</sup> AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 233.

<sup>16</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 19. ed. Niterói: Editora Impetus, 2014. p. 173.



Os benefícios têm requisitos específicos, que devem ser os mesmos para todos os beneficiários, vedadas quaisquer diferenciações, o que atende aos princípios da universalidade e da uniformidade e equivalência de benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. A exceção à proibição constitucional está no § 1º do art. 201, que ressalva 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”. O direito anterior denominava essas atividades de insalubres, penosas e perigosas.<sup>17</sup>

Atualmente, a competência de arrecadar, fiscalizar e cobrar as contribuições previdenciárias é da União, pois essas características são de Dívida Ativa, logo será responsabilidade da Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme a Lei 11.457/07. E ao INSS compete exclusivamente gerir o plano de benefícios e serviços do RGPS.

O segurado é pessoa física filiada ao Regime Geral da Previdência Social, que exerce ou exerceu atividade remunerada, o desempregado ou que não tem remuneração por sua atividade, como dona de casa. Podem ser classificados em segurados obrigatórios e segurados facultativos.

São os vinculados obrigatoriamente ao sistema previdenciário, onde não há possibilidade de exclusão voluntária, como está qualificado no artigo 12 da Lei 8.212/91 e no artigo 11 da Lei 8.213/91, com determinação no artigo 9º do Decreto 3.048/99. Podem ser divididos em empregado, empregado doméstico, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial. Para os trabalhadores classificados como empregado, trabalhador avulso e empregado doméstico reflete:

A incidência da contribuição, para esses segurados, não é meramente proporcional, mas sim progressiva, isto é, à medida que é aumentado o salário de contribuição, incrementa-se a alíquota. Esta é definida em lei como 8,0; 9,0 ou 11,0 %, dependendo da faixa de remuneração.<sup>18</sup>

Este método é considerado adequado, visto que a remuneração é a melhor e mais justa opção para se tomar como base. A respeito desta contribuição social do próprio beneficiário, em suma, é considerada o conceito da natureza contributiva do sistema.

Para o segurado ser considerado empregado deve possuir obrigatoriamente as características de subordinação, habitualidade, onerosidade, ser pessoa física e possuir pessoalidade. Pode ser enquadrado no artigo 11, I, da Lei nº 8.213/91.

<sup>17</sup> SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 117.

<sup>18</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 19. ed. Niterói: Editora Impetus, 2014. p. 225.



Empregado doméstico é aquele que presta serviço à pessoa ou família no âmbito residencial de forma contínua, que seria por mais de dois dias por semana. A distinção deste com o empregado é o exercício da atividade sem fins lucrativos, ante o exposto no artigo 12, II, da Lei 8.212/91, mas atualmente é regido pela Lei Complementar 150/2015, que tornou possível as atividades externas, como o trabalho do caseiro, do motorista e do piloto particular.

O trabalhador avulso é o prestador de serviços a diversas empresas sem vínculo empregatício, de natureza rural ou urbana, conforme é apresentado pelo artigo 12, VI, da Lei 8.212/91.

Aspecto fundamental na caracterização deste segurado é a prestação de serviço intermediada. Assim, o sindicato ou órgão gestor interpõe-se entre o trabalhador avulso e o requisitante do serviço, organizando a prestação laborativa, negociando preço, recrutando trabalhadores e repassando a cota individual correspondente.<sup>19</sup>

A chave está na intermediação, pois se não houver a intermediação obrigatória do sindicato, ou for de forma oposta ao artigo 9º, VI, do Decreto 3.048/99, que declara o trabalhador avulso como o que presta serviço por intermédio de órgão gestor de mão de obra ou do sindicato da categoria, este será considerado trabalhador comum.

O segurado especial é o único que possui tratamento especial, classificados como pequenos produtores rurais e os pescadores artesanais, que trabalham individualmente ou em família com a finalidade da subsistência. Previsto no artigo 12, VII, da Lei 8.212/91 e no artigo 11, VII, da Lei 8.213/91.

Com a Lei nº 11.718/2008, o segurado especial é conceituado como a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros a título de mútua colaboração, esteja na condição de: a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: agropecuária em área de até quatro módulos fiscais, ou de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida; b) pescador artesanal ou a este assemelhado, que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de dezesseis anos de idade ou a este equiparado, do segurado enquadrado nas situações

<sup>19</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 15. ed. Niteroi: Impetus, 2014. p. 82.



mencionadas anteriormente, que comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.<sup>20</sup>

Atualmente, as Leis 8.212/91 e 8.213/91 já estão admitindo a contratação de empregados pelo segurado especial, ou até mesmo utilizar sua propriedade como pousada, por exemplo. Mas, é apropriado ressaltar que continua válida a afirmação de que este segurado não pode possuir outra fonte de renda, pois perderá o enquadramento como beneficiário desse grupo.

O contribuinte individual é enquadrado no regime mais genérico apresentado, visto que este englobará todas as categorias não englobadas pelos tipos beneficiários anteriores, como ministros de confissão religiosa, trabalhadores autônomos, sócio que recebe remuneração decorrente do trabalho, etc. Está regime pelo artigo 12, V, da Lei 8.212/91.

Já o grupo dos segurados facultativos visa permitir as pessoas, maiores de dezesseis anos, excluídas do sistema previdenciário a filiação voluntária, na maioria das vezes, utilizada em virtude da ausência de atividade remunerada, tais como o estagiário e a dona de casa. A esses segurados é importante informar que após a sua inscrição nesse regime, não poderão recolher contribuições em atraso, exceto quando não tiver ocorrido perda da qualidade de segurado.

A filiação na qualidade de segurado facultativo representa um ato voluntário, gerando efeito somente a partir da inscrição e do primeiro recolhimento, não sendo possível retroagir e não sendo permitido o pagamento de contribuições relativas a competências anteriores à data da inscrição, exceto no caso de opção pelo recolhimento trimestral, no qual o segurado efetuará o pagamento da primeira contribuição somente após três meses de inscrição, obedecendo ao trimestre civil.<sup>21</sup>

Os casos de administrador ou síndico de condomínios, a remuneração é referente aos serviços prestados nessas atribuições, e só enquadrarão como segurado facultativo quando não forem remunerados, pois em casos de remunerações serão obrigatoriamente filiados à Previdência Social na condição de contribuintes individuais, conforme o artigo 9º, V, alínea i, do Regulamento da Previdência Social.

<sup>20</sup> EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. **Direito Previdenciário: Benefícios**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 55.

<sup>21</sup> EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. **Direito Previdenciário: Benefícios**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 70.



Todos buscam uma única finalidade, obter o benefício quando precisar. Os benefícios são representados por cinco quadros básicos, classificados como os oriundos do risco social incapacidade, os demais tipos de aposentadoria, os que amparam os encargos de família, os benefícios concedidos aos dependentes e, por fim, os serviços.

São prestações pecuniárias, devidas pelo Regime Geral de Previdência Social aos segurados, destinadas a prover-lhes a subsistência, nas eventualidades que os impossibilite de, por seu esforço, auferir recursos para isto, ou a reforçar-lhes os ganhos para enfrentar encargos de família, ou amparar, em caso de morte ou prisão, os que dele dependiam economicamente.<sup>22</sup>

Os benefícios são divididos em comuns e acidentários, em que o RGPS compreende as prestações previdenciárias. Com relação aos segurados, são previstos oito benefícios: aposentadoria por invalidez, aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de contribuição, aposentadorias especiais, auxílio-doença, salário-família, salário maternidade, auxílio-acidente, pensão por morte e auxílio-reclusão.

### 3. A INSEGURANÇA JURÍDICA E A DESAPOSENTAÇÃO

A segurança jurídica visa garantir a efetividade dos direitos fundamentais e equilíbrio na ordem jurídica, mesmo que não seja identificado esse termo em nenhum dispositivo constitucional específico, ele será garantido pelo fato do Estado de Direito ser aquele que fornece aos indivíduos a concretização dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, deve observar-se que um Estado não submetido ao Direito é impensável. Com efeito, o Estado apenas é existente nos atos do Estado, que são atos postos por indivíduos e são atribuídos ao Estado como pessoa jurídica. E tal atribuição apenas é possível com base em normas jurídicas que regulam especificamente estes atos. Dizer que o Estado cria o Direito significa apenas que os indivíduos, cujos atos são atribuídos ao Estado com base no Direito, criam o Direito. Isto quer dizer, porém, que o Direito regula a sua própria criação. Não há, nem pode haver, lugar a um processo no qual um Estado que, na sua existência, seja anterior ao Direito, crie o Direito e, depois se lhe submeta. Não é o Estado que se subordina ao Direito por ele criado, mas é o Direito que, regulando a conduta dos indivíduos e, especialmente, a sua conduta dirigida à criação do Direito, submete a si esses indivíduos.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 15. ed. Niterói: Impetus, 2014. p. 135.

<sup>23</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 218.



Logo, a falta desse termo “segurança jurídica” pode acarretar inúmeros problemas com a população, visto que, seria sinônimo de não cumprimento dos direitos fundamentais garantidos perante a Constituição Federal de 1988.

Nesse âmbito, se faz referência a desaposentação, que é definida como um direito que o trabalhador possui de requerer uma aposentadoria mais vantajosa do que a que recebe atualmente, quando continua a trabalhar ou a contribuir para a Previdência Social após se aposentar. Então, o trabalhador renuncia a aposentadoria que está recebendo visando obter uma nova somando o tempo que contribuiu após a concessão da anterior, que era muito utilizada em conjunto com o ativismo judicial, já que não existe legislação específica que trate desse tema.

Trabalha-se o fato da segurança jurídica possuir um caráter constitucional mesmo não tendo referência direta na Constituição Federal de 1988, mas essa situação não muda a certeza de sua garantia, sem prejuízo de menções infraconstitucionais.

Quando se fala da segurança como garantia, é necessário salientar que a segurança jurídica não é um direito, mas sim uma garantia para o exercício do direito. Sob essa perspectiva, nota-se que a soberania e a organização estatal moderna focaram em dar mais estabilidade e possibilidade de maior segurança a todos.

Atualmente, as populações de todo o mundo buscam regimes políticos estáveis, que ofereçam investimentos e desenvolvimento. Logo, se materializa o direito à segurança jurídica.

As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais. Assinala Bobbio que uma nova fase – que se nos afirma neopositivista e precede o positivismo contemporâneo – sobre a natureza, a validade e o conteúdo desses princípios se instaura a partir da ocasião em que o art. 38 do estatuto da Corte Permanente da Justiça Internacional declarou, em 1920, ‘os princípios gerais do Direito, reconhecidos pelas nações civilizadas’, como aptos ou idôneos a solverem controvérsias, ao lado dos tratados e dos costumes internacionais; fórmula essa consagrada e incorporada literalmente 1945 pelo art. 38, 1, “c”, do estatuto da Corte Internacional de Justiça e, a seguir, com ligeiras variações, pelo art. 215, 2, do tratado que instituiu em 1957 a Comunidade Econômica Europeia.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 264-265.



A visão obtida nesse contexto é de que os princípios possuem um valor superior ao ordenamento jurídico positivo, portanto, ocorre o mesmo com o princípio da segurança jurídica.

Nesse mesmo contexto, ressalta-se que essas definições devem possuir uma aplicabilidade. Assim sendo, o Estado não pode infringir os princípios constitucionais garantidos ao cidadão, na mesma proporção a ação estatal não lhe deve causar danos, apenas benefícios.

A ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. Daí o chamado princípio da segurança jurídica, o qual, bem por isto, se não o mais importante dentre todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles.<sup>25</sup>

Ao se tratar de segurança, também é necessário lembrar a capacidade de haver um sentido que o ordenamento jurídico aborde o que pode ser previsível, visando a garantia dos cidadãos perante qualquer liderança do Poder Executivo que assumir.

Em nosso contexto só recentemente começou a se prestar a devida atenção ao sentido altamente positivo da confiabilidade jurídico-administrativa como requisito de estabilidade institucional e de obtenção do chamado grau de investimento. Bem por isso, os controladores, em sinergia, precisam atuar como avalistas dessa confiança legítima na voz do Estado-Administração, vigiando para que a hobbesiana desconfiança generalizada – que redundava na guerra de todos contra todos – arrefeça e ceda lugar à cultura da credibilidade, na qual as promessas são cumpridas, ou seja, a racionalidade dialógica prepondera sobre o risco de colapso sistêmico. Com efeito, sem poderosa entronização do princípio da confiança legítima nas relações da administração, até a estabilidade constitucional corre risco. Lastimavelmente, o constante ataque à Lei Maior, banalizando o processo e reforma, em nada contribui para o enraizamento cultural do princípio em comento, eis que, não raro, é modalidade de vilipêndio das energias constitucionais, enquanto tardam as reformas relevantes.<sup>26</sup>

A segurança jurídica é um princípio constitucional que entrega ao cidadão a certeza que os seus direitos estão assegurados pelo Estado, só que ultimamente no Brasil está acontecendo diferente do que é proposto, com inúmeros casos de violações e fragilizações da

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119.

<sup>26</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 96



mesma diante da Constituição Federal de 1988, pois os políticos, pessoas com alta posição social, entre outras, utilizam a segurança jurídica em nome dos seus interesses pessoais, convertendo o seu verdadeiro valor, conseqüentemente, indo para o lado oposto dos direitos dos cidadãos.

A maior justificativa da fragilização da segurança jurídica na atualidade é a insegurança que traz o desacordo estatal perante os objetivos do contrato social, no qual a população foi obrigada a trocar a sua liberdade pela segurança ofertada pelo ente coletivo.

Para retratar tal tema, é necessário abordar definições a respeito do poder constituinte originário, derivado ou reformador, os quais estabelecem os limites básicos a serem respeitados. O poder foi criado com o intuito de delimitar e organizar o Estado, logo, o poder constituinte será o originário de todos, gerará o Estado e limitará como será conhecido e organizado, devido à necessidade de se formar um estado de direito com formas e princípios baseados nos indivíduos que ali vivem.

Conforme a população de determinado Estado vai evoluindo, o poder constituinte originário irá evoluindo em conjunto com a mesma, pois não há possibilidade de viver bem em um território onde o Estado não evolua em conjunto com o seu povo, se fazendo inerte frente à situação.

Costuma-se distinguir o poder constituinte originário do poder constituinte constituído ou derivado.

O primeiro faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico.

O segundo se insere na Constituição, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder principalmente jurídico, que tem por objetivo a reforma do texto constitucional. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecidas.<sup>27</sup>

Logo, pode-se concluir que o poder constituinte derivado se diferencia justamente pelo fato de ser criado por uma norma jurídica e ter como objetivo guardar obediência ao direito e criar meios de que esse respeito por ele continue, para preservar o bem da sociedade.

O espantoso é saber que o Brasil é um país democrático, mas contraditoriamente, possui insegurança jurídica, visto que sobre ameaças por meio de emendas constitucionais quando essas possibilitam a eliminação de direitos, a flexibilização dos institutos e a

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 146.



liberalização do Estado. Com essa ótica, é correto a análise de que como todos os outros demais institutos jurídicos, a Constituição Federal de 1988 também deverá possuir reformas ao longo do desenvolvimento da sua população, com a condição de que as condições oferecidas não sejam reformadas em desfavor do cidadão.

Em tese, a desaposentação, em grande maioria das vezes, é apresentada como uma renúncia ao benefício já garantido para a implantação de outro mais vantajoso, não possui o mesmo caráter da revisão de seu ato concessório, feita pelo Instituto Nacional de Seguro Social, como uma medida de revisar o benefício para saber se foi realizado da forma correta.

Desaposentação é ato administrativo formal vinculado, provocado pelo interessado no desfazimento da manutenção da aposentação, que compreende a desistência com declaração oficial desconstitutiva. Desistência correspondendo a revisão jurídica do deferimento da aposentadoria anteriormente outorgada ao segurado.<sup>28</sup>

Até o final do ano de 2016, antes do tema ser julgado, o referido instituto estava sendo aceito tanto pela doutrina, como pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com os argumentos de que até então, não havia contrariedade ao ordenamento jurídico, não prejudicava o equilíbrio financeiro e atuarial, e que era de direito disponível do segurado uma aposentadoria que lhe seja mais benéfica, baseando-se na Constituição Federal de 1988.

De um lado, os aposentados sustentam que estão sendo lesados, pois o Regime não prevê individualmente contraprestação de proteção de seguro que justifique a cobrança das contribuições sobre a remuneração auferida quando retornarem ao trabalho, de outro, o INSS alega que o sistema se baseia em proteção coletiva e que não há direito a uma outra aposentadoria que considere contribuições efetuadas após a concessão do primeiro benefício.<sup>29</sup>

De certa forma, não há nenhuma segurança de que ao requerer a desaposentação conseguirá obter a reaposentação com melhores condições, em razão do novo tempo contributivo. Nesse ponto de vista, é importante se atentar ao fato de que a aposentação é um fato, geralmente, muito aguardado pelo contribuinte, só que nem sempre o mesmo consegue sustentar a família com o valor do benefício. Logo, se faz necessário voltar ao mercado de trabalho para obter uma complementação na renda, só que de acordo com a lei que rege os

<sup>28</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. São Paulo: LTr, 2008. p. 28.

<sup>29</sup> TAVARES, Marcelo Leonardo. **Curso de Direito Previdenciário**. 15ª ed. Niterói: Impetus, 2014. p. 258.



benefícios da previdência social, incluindo a aposentação, mesmo já aposentados, são obrigados a voltar a contribuir para a previdência social.

A desaposentação não contraria os citados preceitos constitucionais, que visam a proteção individual, e não podem ser utilizados em desvantagem para o indivíduo e a sociedade. Ademais, a ausência de previsão legal, em verdade, traduz verdadeira possibilidade do indivíduo em demandar o desfazimento de sua aposentadoria, computando-se assim o tempo de contribuição anterior com o novo tempo obtido após o ato de concessão do benefício a ser revertido. O atendimento desta importante demanda social não produz qualquer desequilíbrio atuarial ou financeiro no sistema protetivo, além de atender de maneira adequada os interesses dos segurados.<sup>30</sup>

Nota-se que a hermenêutica previdenciária impõe o entendimento favorável ao segurado, desde que tal não implique contrariedade à lei ou despesa atuarialmente imprevista. Anteriormente, a desaposentação não possuía tais impedimentos, visto que é permitida qualquer conduta não vedada pela lei que rege a previdência social ou a Constituição Federal de 1988.

A desaposentação pode ocorrer de duas formas, quando a aposentação é desfeita e se mantém a aposentadoria mais vantajosa com o mesmo regime da anterior, ou por serem em regimes distintos, ou seja, pode ser do RGPS para o RPPS, ou mesmo de um RPPS para outro RGPS.

Quando a desaposentação ocorre dentro do mesmo regime, em especial no Regime Geral de Previdência Social – RGPS, não acredito haver maiores problemas, pois o segurado, ao retornar ao trabalho, volta a contribuir propiciando um ingresso de receita imprevisto no sistema e, portanto, justificador de um recálculo de sua aposentadoria que é ao final a razão de ser da desaposentação. No entanto, quando a desaposentação objetivar a averbação do tempo de contribuição em Regime Próprio de Previdência Social – RPPS, a situação gera maior resistência, pois não é incomum que tal procedimento venha a originar benefícios vultosos no RPPS com averbação de contribuições mínimas ao RGPS.<sup>31</sup>

Todos os casos concedidos ou negados anterior a decisão do Supremo Tribunal Federal, tinham que ser iniciadas através da via judicial, visto que o INSS compreende que não há possibilidades da aposentadoria ser renunciada, pois a lei que rege o tema só prevê a cessação do benefício perante a morte do segurado ou uma descoberta de fraude.

<sup>30</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 702.

<sup>31</sup> IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: Novos dilemas**. p. 2. Disponível em: [http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp\\_FZI\\_Desaposentacao\\_novos\\_dilemas.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_FZI_Desaposentacao_novos_dilemas.pdf). Acesso em: [30 de maio de 2017](#).



A utilização do ativismo judicial nesse tema é simples, pois não há legislação que aceite ou que negue a desaposentação. Logo, ela era manuseada para tratar dois fatos, o primeiro é o pedido da renúncia de um direito já possuído e exercido pelo segurado, que é a aposentação, e o segundo é a solicitação de um novo benefício mais benéfico que o anteriormente renunciado.

A busca pela desaposentação é a busca por um melhor benefício previdenciário. Ela acontece principalmente quando o valor do benefício recebido pelo aposentado já não é mais suficiente para que este mantenha seu padrão de vida habitual. Não necessariamente o mesmo padrão de vida que tinha antes da aposentadoria, mas aquele conquistado inicialmente, no momento da concessão de seu benefício, condizente com o valor dos salários-de-contribuição vertidos ao sistema; e, posteriormente, com a continuidade no mercado de trabalho.<sup>32</sup>

Até a data de 26 de outubro de 2016, quando saiu a decisão final do STF, houve um grande número de precedentes jurisprudenciais, utilizando o ativismo judicial, favoráveis ao direito da desaposentação, pois a ausência de alguma previsão legal dificultava qualquer análise referente ao tema. Sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal veja-se:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão nesta quarta-feira (26), considerou inviável o recálculo do valor da aposentadoria por meio da chamada desaposentação. Por maioria de votos, os ministros entenderam que apenas por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do trabalhador ao mercado de trabalho após concessão da aposentadoria. A tese a ser fixada para efeito da repercussão geral deverá ser votada no início da sessão plenária desta quinta-feira (27). Foram julgados sobre o tema os Recursos Extraordinários (RE) 381367, de relatoria do ministro Marco Aurélio, 661256, com repercussão geral, e 827833, ambos de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. Prevaleceu o entendimento do ministro Dias Toffoli, apresentado na sessão de 29 de outubro de 2014. Ele afirmou que, embora não exista vedação constitucional expressa à desaposentação, também não há previsão desse direito. O ministro Toffoli salientou que a Constituição Federal dispõe de forma clara e específica que compete à legislação ordinária estabelecer as hipóteses em que as contribuições previdenciárias repercutem diretamente no valor dos benefícios, como é o caso da desaposentação, que possibilitaria a obtenção de benefício de maior valor a partir de contribuições recolhidas após a concessão da aposentadoria. Na ocasião, foi acompanhado pelo ministro Teori Zavascki.

(...)

Ao final, o Plenário, por maioria, negou provimento ao RE 381367, vencidos o ministro Marco Aurélio (relator), que o provia, e, em menor extensão, os ministros Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski, que o proviam parcialmente.

<sup>32</sup>LANDETHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposentação: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 72.



No RE 661256, com repercussão geral, o Plenário deu provimento ao recurso, por maioria, vencidos, em parte, os ministros Luís Roberto Barroso (relator), Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

Por fim, o RE 827833 foi provido, por maioria, vencidos a ministra Rosa Weber, o ministro Luís Roberto Barroso, que reajustou o voto, e os ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, que negavam provimento ao recurso.<sup>33</sup>

A presente decisão se faz um tanto quanto contraditória, visto que mesmo que o aposentado volte ao trabalho, se não será possível uma desaposentação, não deveria existir qualquer desconto relacionado à previdência social, já que não terá retorno desse valor. Logo, se não poderá ocorrer a desaposentação não deveria ocorrer o desconto do INSS na folha de pagamento do aposentado para este fim.

Ao defender a desaposentação, os juristas querem uma melhoria na qualidade de vida do trabalhador e garante o direito a dignidade da pessoa humana que consta na Constituição Federal de 1988.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização do ativismo judicial nesse tema é simples, pois não há legislação que aceite ou que negue a desaposentação. Assim, faz-se necessário a utilização do ativismo judicial, visto que, em muitas das vezes, os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal de 1988 não são cumpridos, assim, se faz necessário empregar este artifício para conseguir a aplicação dos mesmos.

A desaposentação é uma forma de melhorar a qualidade de vida do trabalhador e garantir o direito a dignidade da pessoa humana, só que quando não há segurança jurídica torna-se complicado exigir que os direitos fundamentais sejam respeitados.

Tem-se como resposta ao problema que a desaposentação não acarretaria em gastos não planejados pelo Estado, visto que o aposentado continua a contribuir para a previdência social quando volta ao trabalho, logo, se ele requer uma aposentadoria mais vantajosa, será proporcional ao que pagou, e não uma despesa paga exclusivamente pelo Estado a esse contribuinte.

<sup>33</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF CONSIDERA INVIÁVEL RECÁLCULO DE APOSENTADORIA POR PREVISÃO EM LEI.** Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328199>. Acesso em: 30 de maio de 2017.



Não há do que discordar quando se trata do abuso de descontos no salário do trabalhador brasileiro, por isso existe essa luta contra essa continuidade de desconto a respeito do benefício da aposentadoria sem obter retorno posteriormente, pelo fato de já estar aposentado.

Logo, com esta decisão do STF, é oportuno o conselho de que talvez seja mais viável continuar a trabalhar sem se aposentar do que aposentar e continuar a laborar, visto que os gastos serão os mesmo (ou até maiores) e nem sempre terão os salários reajustados de acordo com a inflação.

Nesta linha, é importante ressaltar que os direitos fundamentais encontrados na Constituição Federal de 1988 não estão sendo aplicado de forma justa, ou seja, trazendo uma insegurança jurídica na aplicação do direito, onde nunca se tem certeza se você poderá ser beneficiado com determinado instituto como lhe é de devido.

#### 4. REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BARRETO, Alex Muniz. **Direito Constitucional**. 2ª ed. Leme: Edijur, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF CONSIDERA INVIÁVEL RECÁLCULO DE APOSENTADORIA POR PREVISÃO EM LEI**. Notícias STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328199>. Acesso em: 30 de maio de 2017.

EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. **Direito Previdenciário: Benefícios**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.



IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 19. ed. Niterói: Editora Impetus, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposeição: Novos dilemas**. p. 2. Disponível em: [http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp\\_FZI\\_Desaposeicao\\_novos\\_dilemas.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_FZI_Desaposeicao_novos_dilemas.pdf). Acesso em: 30 de maio de 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LANDETHIN, Adriane Bramante de Castro; MASOTTI, Viviane. **Desaposeição: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2010.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposeição**. São Paulo: LTr, 2008.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. **Neoconstitucionalismo e ativismo judicial – Limites e possibilidades da jurisdição constitucional**. Vol. 21, n. 84, p. 175-221. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Método, 2013.

PEREIRA, Daniel Nunes; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de. **Supremacia judicial e superego na justiça constitucional**. Vol. 21, n. 85, p. 55-76. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. **A categoria dos preceitos fundamentais na Constituição brasileira**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 34/2001, p. 105-133. São Paulo, Revista dos Tribunais, jan-mar 2001.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 15. ed. Niteroi: Impetus, 2014.