

A desaposentação do servidor público: aspectos controvertidos

Rodrigo Felix Sarruf Cardoso *

Sumário: 1. Introdução 2. Diferenças entre Renúncia e Desaposentação 3. Questões a serem Superadas 3.1 Falta de Previsão Legal 3.2 O Ato Jurídico Perfeito e a Segurança Jurídica 3.3 Necessidade de Cumulabilidade entre os Cargos 3.4. Compensação Previdenciária e Cômputo de Período já Averbado 3.5 Obrigatoriedade de Ressarcir os Valores Pagos à Título de Aposentadoria 4. Conclusão 5. Notas 6. Referências Bibliográficas.

Resumo: No presente estudo, pretendemos demonstrar as diferenças entre Renúncia à aposentadoria e a desaposentação, para, após, trazermos alguns impedimentos à desconstituição do ato que concedeu a aposentadoria do servidor público.

Hoje, a busca por essa desconstituição do ato de aposentação é muito comum por aqueles servidores que reingressaram no serviço público, no intuito de obter uma aposentadoria economicamente mais satisfatória.

Palavras-chave: Desaposentação – Servidor Público - Impedimentos

1 - Introdução

A Previdência Social surgiu para garantir o bem-estar dos trabalhadores que por fatores alheios à sua vontade, como idade avançada e doença, não pudessem mais exercer suas atividades laborais.

Foi a partir da Carta da República de 1934 que a Seguridade Social começou a ter o devido tratamento, prevendo a proteção social do trabalhador sem prejuízo à instituição da previdência mediante contribuições por parte da União, do empregador e do empregado. Contudo, somente na Carta de 1988 é que a seguridade social dos servidores públicos veio a ser estruturada, passando a ter regras precisas e concentradas.

A Previdência Social, subdividida em Regime Geral de Previdência Social, Regime Próprio de Previdência Social e o chamado Regime de Previdência Complementar, visa prover amparo ao trabalhador que já não reúne condições físicas para continuar laborando.^[01]

É o princípio da solidariedade social – pilar da Previdência Social – que autoriza a obrigatoriedade da filiação ao sistema previdenciário e, ainda, o pagamento da contribuição financeira que o sustenta^[02].

A Constituição da República, em seu art. 7º, inciso XXIV, garantiu aos trabalhadores o direito à aposentadoria. Aposentadoria, em termos técnicos, é a condição jurídica que o servidor assume quando passa para a inatividade e é concedida e materializada através de um ato – doutrinariamente chamado de ato administrativo – proveniente do Estado no exercício de suas funções buscando reconhecer uma situação jurídica subjetiva. Esse ato administrativo produz a mudança do *status* do servidor, levando-o do estado ativo para a inatividade, lhe proporcionando a aposentadoria e, por sua vez, rendendo-lhe os estímulos.

Hodiernamente, vem-se chamando de *aposentação* o ato administrativo simples^[03] no qual a Administração Pública tem sua vontade limitada aos termos da lei que culmina na aposentadoria. Assim, por se tratar de ato vinculado, uma vez reunidos os pressupostos para que o servidor seja transportado à inatividade, não resta ao Poder Público alternativa senão efetivar a aposentação.

Num país repleto de desigualdades sociais e econômicas como o Brasil, natural que qualquer cidadão busque por melhorias em seu padrão de vida. Por conseqüência, muitos trabalhadores já aposentados ingressam novamente no mercado de trabalho no intuito de obter um complemento à sua renda que, por vezes, mal dá para as despesas básicas.

Quando o trabalhador que pretende reingressar no mercado de trabalho for servidor público inativo, fatalmente enfrentará a questão da cumulação de cargos prevista na Carta da República em seu artigo 37, incisos XVI e XVII, o que pode implicar em acumulação indevida de cargos. Dessa maneira, surgiria para o servidor que pretende exercer novo cargo, o dever de se desligar do cargo anterior.

Esse desligamento se daria, para grande maioria da doutrina e jurisprudência, com o mero requerimento de renúncia à aposentadoria por parte do servidor. Para essa corrente, inexistente lei que obste a renúncia à aposentadoria. Contudo, há que se ressaltar a existência do artigo 181-b do Decreto nº 3.048/99, que aprova o Regulamento da Previdência Social, e que se aplica subsidiariamente aos Regimes Próprios de Previdência. Dispõe o referido artigo:

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

Não é preciso aplicar nenhum dos métodos de hermenêutica, senão o gramatical, para se constatar que no Regime Geral há sim a previsão de irrenunciabilidade à aposentadoria^[04]. Essa irrenunciabilidade decorreria do fato de que a Seguridade Social, dentro da qual encontra-se a Previdência Social, é uma "*rede protetiva formada pelo Estado e particular, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida*"^[05].

Por outro lado, verifica-se que no âmbito do Regime Próprio do Estado do Rio de Janeiro há previsão expressa para a renúncia à aposentadoria na Lei nº 3.189/99, o RIOPREVIDÊNCIA. Vejamos o que dispõe o art. 51:

Art. 51 - Fica o Estado do Rio de Janeiro autorizado a aquiescer com os pedidos de renúncia de aposentadoria de seus servidores e proceder aos registros pertinentes junto aos órgãos competentes.

Parágrafo Único - A opção prevista no "caput" terá o caráter definitivo e irreatável e poderá ser realizada enquanto superado o limite estabelecido no artigo 169 da Constituição Federal, condicionada, em qualquer hipótese, à prévia aprovação do Chefe do respectivo Poder.

No dispositivo retrotranscrito, é patente que o legislador fluminense buscou, na hipótese de renúncia à aposentadoria, tutelar o interesse público e retirar da renúncia a característica de ato unilateral, vez que dependeria de prévia aprovação da autoridade superior. Assim, em tese, poderia a Administração negar a pretensão do servidor. Porém, há ampla doutrina e jurisprudência já consolidada no sentido de que por se tratar de direito patrimonial, a aposentadoria pode ser objeto de renúncia por parte do beneficiário, sendo vedado à Administração Pública se contrapor ao pretendido.

Contudo, em que pese a resposta aparentemente óbvia a que se chega, o servidor não perde o vínculo com o ente público pura e simplesmente com sua manifestação abdicativa de proventos, o que torna o tema que objetivamos discutir neste estudo mais complexo do que vêm se apresentando, conforme procuraremos demonstrar nas linhas que se seguem.

2 - Diferenças entre Renúncia e Desaposentação

Costumeira é a confusão que se faz entre o instituto da renúncia à aposentadoria e o da desaposentação. Dessa maneira, cumpre-nos apontarmos as diferenças entre um instituto e outro.

A renúncia à aposentadoria consiste na desistência do beneficiário em perceber seus vencimentos de inatividade sendo, portanto, apenas uma abdição dos frutos advindos da aposentação. Como tal, é ato privativo de vontade do servidor-renunciante dependendo tão-somente de manifestação unilateral do beneficiário, não podendo a Administração Pública obstar essa pretensão. Nessa espécie, o ato administrativo permanece íntegro em relação ao ente público que o exarou.

Assim, a renúncia não exerce poderes de desconstituição sobre o ato e tampouco consiste em instrumento adequado para se extinguir o vínculo existente entre o servidor e o ente público ao qual está ligado. Por consequência, não garante ao servidor-renunciante a obtenção de certidão de tempo de serviço para o fim de averbação em outro regime de previdência. A renúncia também não pode ser, de maneira alguma, considerada como meio de possibilitar o ingresso ou mesmo a investidura do servidor no serviço público.

Já a desaposentação é a desconstituição do ato que transferiu o servidor do estado ativo para o inativo, implicando, necessariamente, na extinção da aposentadoria.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já se manifestou a respeito da diferença existente entre renúncia à aposentadoria e desaposentação, ao decidir que "a renúncia não revoga nem tampouco anula o ato, que permanece íntegro em relação ao ente público, mas apenas retira do aposentado, com efeitos "ex-nunc", a sua eficácia quanto à percepção dos proventos"^[06].

Porém, a doutrina predominante não admite a hipótese de o trabalhador ser impedido de desconstituir sua aposentação sob a argumentação de inexistir lei vedando tal pretensão. Contudo, o tema que objetivamos discutir aqui é controvertido e prova disso é que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já se manifestou pela impossibilidade do servidor desaposentar. Vejamos o que dispõe a ementa abaixo:

"Administrativo. Aposentadoria de funcionário público. Renúncia para contagem de tempo em outra função. Impossibilidade. A função de servidor público só admite duas situações: a de ativo e a de inativo. Estando o servidor aposentado voluntariamente por tempo de serviço, a renúncia à aposentadoria acarretaria o seu retorno à atividade, o que só

é possível através do instituto da reversão. Aposentadoria, por ser ato administrativo complexo, não permite retratação unilateral, sob pena de subversão da ordem constitucional. A renúncia, no caso, só seria cabível em relação aos efeitos patrimoniais, o que não acarretaria o fim desejado pelo impetrante. Provimento do recurso para denegar-se a ordem. Precedentes jurisprudenciais. (2002.001.23166 – Apelação Cível Des. Antonio César Siqueira - Julgamento: 17/12/2002 - QUINTA CAMARA CIVEL)"

Diante da ementa acima transcrita, podemos dizer que, em princípio, somente se admite o retorno do servidor inativo à atividade na hipótese de reversão que ocorre quando o motivo ensejador do afastamento por invalidez é declarado insubsistente por uma junta médica oficial, afastando assim um dos requisitos essenciais dessa espécie de aposentadoria, qual seja a incapacidade laboral.

Dessa forma, seguindo a linha de raciocínio do acórdão, não seria possível uma desaposentação do servidor para obter nova aposentadoria, sob pena de conduzi-lo a uma situação atípica. Isso porque, tanto a aposentação quanto a desaposentação implicam em sérias mudanças na situação funcional do regime e, portanto, não poderiam se dar pela simples vontade do servidor.

3 – Questões a serem superadas

Uma vez traçadas as principais diferenças entre os dois institutos, passaremos a abordar algumas questões que necessitam de solução para a viabilização do instituto da desaposentação.

3.1 - Falta de Previsão Legal

Não se pode negar que o que se busca com a desaposentação é, em princípio, de iniciativa louvável, vez que os direitos sociais existem em favor de seus destinatários e, no caso específico do sistema da Seguridade Social, visa a proteção ao segurado. Por outro lado, também é incontestável que o mecanismo utilizado para tal consecução não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro, e admitir o instituto da desaposentação sem que haja tratamento legal adequado é violar a teoria do desfazimento dos atos administrativos^[07].

Como já dissemos na parte introdutória deste estudo, a concessão da aposentadoria é decorrente de lei^[08] e, para se efetivar, depende de ato declaratório do poder público, bastando para tanto que seus requisitos sejam preenchidos. Portanto, cumpridas as exigências legais para a concessão da

aposentadoria, não resta à Administração, diante do requerimento de aposentadoria, alternativas senão a de conceder o benefício.

Nessa esteira, a desconstituição daquele ato também deve ter abrigo em lei, vez que, de igual modo ao momento da concessão, não compete à Administração exercer juízo de conveniência e oportunidade para desfazê-lo. Isso porque a discricionariedade não pode advir da omissão nem tampouco do silêncio da lei^[09].

Na atual legislação previdenciária inexistente qualquer dispositivo autorizativo para a desconstituição do ato concessivo da aposentadoria, o que, numa primeira análise, impede que a Administração Pública pratique o ato de desaposestação. Sendo assim, a aposentação somente poderia ser desfeita se a mesma estivesse eivada de vício, pois se a Administração não possui liberalidade para apreciá-lo no momento de sua edição, tampouco poderá fazê-lo posteriormente, salvo se houvesse autorização legal expressa.

É lição básica de Direito Administrativo que a Administração Pública é cercada de princípios norteadores de seus atos, dos quais não pode se afastar. Os principais deles encontram-se elencados no *caput* do artigo 37 da Constituição da República. Esses princípios funcionam como mandamentos que, se não observados, acarretam na invalidade do ato praticado.^[10]

Os princípios ganharam força com o pós-positivismo, quando passaram a ter participação indispensável na aplicação do Direito e deixaram de ser meros instrumentos de interpretação, passando a ser a própria forma de expressão das normas, subdivididas em regras e princípios.

Dessa forma, o impedimento à edição de ato desconstitutivo daquele que concedeu a aposentadoria decorre do princípio constitucional-administrativo da legalidade, segundo o qual o administrador público está sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, sem que possa se afastar deles sob pena de praticar ato inválido. Esse princípio é classicamente considerado como diretriz básica da Administração, devendo esta se pautar nele para a prática de todos os seus atos.

Nessa esteira, nos reportamos às palavras do saudoso administrativista HELY LOPES MEIRELLES^[11] que, com sua maestria, lançou a máxima de que *"enquanto na administração particular é lícito fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza"*.

Ainda nessa linha que impõe limites à atuação da Administração Pública, JOSÉ DOS SANTOS CARVAHO FILHO^[12] leciona que, de acordo com a teoria do Estado moderno, duas são as funções básicas do Estado: editar as leis e executá-las através do que chama de "administração

jurídica". Afirma ainda que para o exercício dessa última é de pressupor-se o exercício da primeira, só sendo possível o exercício da atividade administrativa nos exatos termos já instituídos pela atividade legisferante.

Dessa forma, o princípio da legalidade – em sua acepção mais ortodoxa – impõe que a Administração deve sempre praticar os atos observando as normas administrativas que têm, em regra, caráter de ordem pública.

Contudo, hodiernamente parte da doutrina administrativista vem esvaziando o princípio da legalidade estrita, entendendo que os interesses particulares devem ser assegurados através dos limites constitucionais, pois, numa análise finalística, o Estado existe para os indivíduos e por eles ^[13]. Dessa forma, a Administração não poderia se eximir de atender a um interesse privado sob a alegação da ausência de lei permissiva, bastando, para tanto, que não houvesse lei proibindo o perseguido.

Para essa corrente, não pode o administrador quedar-se submisso a uma interpretação fria do texto legal, e sim buscar o real sentido da lei, qual seja a finalidade de sua existência que é atender a um interesse coletivo ou individual, conforme o caso, desde que não viesse a infringir a lei ^[14].

Nas palavras de WEIDA ZANCANER ^[15], "a necessidade de completa subsunção da Administração à lei não é um fim em si, mas constitui meio para que ela possa cumprir o fim ao qual se encontra adstrita, isto é, a consecução do interesse público". Esclarece ainda a eminente administrativista que a finalidade do ato é o bem jurídico que o ato almeja, enquanto o seu fim nada mais é do que o interesse público que serve de guia para sua edição ^[16].

Portanto, não seria lícito à Administração alegar a ausência de permissivo legal para a desconstituição do ato de aposentadoria vez que o interesse público nada mais é do que os interesses da coletividade somados aos interesses individuais. Nesse caso, a finalidade do ato de concessão é a própria aposentadoria enquanto o fim é a proteção do segurado.

3.2 - O Ato Jurídico Perfeito e, a Segurança Jurídica

O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica apresentam-se como impedimentos à pretensão de desconstituir a aposentação. Uma vez consumado o ato administrativo que concedeu a aposentadoria, não haveria possibilidade jurídica para que o interessado pudesse revertê-lo, não só pelo ato jurídico perfeito como também pela própria lógica protetiva do sistema previdenciário.

A segurança jurídica é, segundo HELY LOPES MEIRELLES ^[17], considerada uma das vigas mestras da ordem jurídica. Assim, é instrumento

de relevante interesse para garantia dos direitos dos cidadãos, vez que todos devemos ter estabilidade nas relações sociais e a possibilidade de programarmos nossas vidas. É de alto risco para o cidadão que o Estado possa editar normas que atinjam situações jurídicas solidificadas no tempo. Caso venhamos a admitir tal hipótese estaremos próximo ao arbítrio, o que não pode prosperar num Estado democrático.

Por outro lado, a segurança jurídica também deve ser observada nas atividades da Administração Pública, não podendo a possibilidade de mutação de determinada situação ficar ao bel-prazer do administrado. Isso porque, a modificação de um ato – como, por exemplo, o que concedeu a aposentadoria – implica sérias alterações administrativas e, em determinadas situações, financeiras, tais como registro funcional e contábil.

É em nome dessa segurança que o decurso de tempo pode estabilizar determinadas situações tornando-as imutáveis. Portanto a segurança jurídica é o alvo da lei e, como tal, possui mecanismos para sua proteção. Um desses instrumentos de proteção é a prescrição.

É notória a preocupação do legislador em não deixar a critério da Administração o prazo para cientificar o administrado de débitos, penalidades etc., em que incorreu. Isso decorre da necessidade de criar a certeza de que a aplicação de penalidades por infração ou a exigência de qualquer prestação não seja perpetuada no tempo.

No Direito, clássica é a divisão das obrigações em *pessoais* e *reais*. Basicamente o que distingue uma da outra é que a primeira se opõe apenas ao sujeito integrante da relação, enquanto a obrigação real é oponível a todos os indivíduos.

As obrigações de cunho pessoal, que são as que interessam a este estudo, são relacionadas aos direitos subjetivos relativos. As *ações pessoais* têm por finalidade fazer valer direitos oriundos de uma obrigação de dar ou de fazer (incluindo a de não fazer), seja essa obrigação assumida voluntariamente ou imposta por determinação legal ao sujeito passivo da relação obrigacional. Nessa linha, as *ações pessoais* são aquelas dirigidas contra determinada pessoa buscando uma prestação, seja de dar, fazer ou não fazer.

Acreditamos que a prescrição dos direitos pessoais^[18] também deve ser estendida aos casos em que se pretende obter vantagem ou exigir determinada prestação da Administração Pública. Aliás, outra não é a disposição do Decreto-Lei nº 20.910/32 que dispõe em seu artigo 1º:

Art. 1º. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim **todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda** Federal, Estadual ou Municipal,

prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou do fato do qual se originarem.

- grifamos -

Percebe-se que o dispositivo acima trata da prescrição quinquenal aplicável a todas as pretensões opostas à Fazenda Pública^[19].

Indiscutivelmente o direito à aposentadoria é de natureza pessoal. Dessa forma, não há como admitir pretensões referentes ao ato de concessão do benefício previdenciário depois de transcorrido o período de cinco anos. Em suma, admitindo-se a possibilidade de desaposentação, a mesma deverá ocorrer nos cinco primeiros anos de aposentadoria, sob pena de ocorrer a prescrição.

3.3 - Necessidade de Cumulabilidade entre os Cargos

Sendo a aposentadoria direito patrimonial, forçoso concluir que só se admite a renúncia aos estipêndios para o exercício de um cargo mais vantajoso e acumulável com o cargo ocupado originariamente, nos termos do artigo 37, incisos XVI e XVII da Constituição da República. Isso porque, dado ao caráter protetivo inerente à Previdência Social, não se pode imaginar a possibilidade de um servidor, pura e simplesmente, abrir mão de determinada aposentadoria.

Portanto, para que haja a renúncia, é condição *sine qua non* que o servidor pretenda habilitar-se em outra aposentadoria. Mas também se faz necessário que os cargos sejam compatíveis segundo os ditames constitucionais, sob pena de configurar cumulação ilícita de cargos^[20]. E, mesmo que se trate de cargos acumuláveis, ainda assim permaneceriam outros impedimentos à desaposentação do servidor.

3.4 - Compensação Previdenciária e Cômputo de Período já Averbado

Uma das normas previdenciárias trazidas à baila pelas chamadas "reformas da previdência", foi a obrigatoriedade de compensação entre os regimes de previdência.

A compensação previdenciária entre os regimes previdenciários encontra abrigo na Constituição da República, em seu art. 201, § 9º^[21]. A Lei nº 8.213/91, em seu artigo 94, bem como o Decreto nº 3.048/99, em seu artigo 125, também prevêm a hipótese de compensação previdenciária.

É essa compensação que permite cada trabalhador computar, de maneira recíproca, com o fim de concessão de aposentadoria, o tempo de serviço/contribuição ao qual esteve vinculado ao regime de origem, de maneira que o regime previdenciário responsável pelo pagamento do benefício poderá exigir do outro a compensação financeira correspondente ao período em que o servidor esteve vinculado àquele regime.

Assim, se determinado segurado começa sua carreira profissional vinculado a um regime previdenciário e, durante sua vida laboral, se transfere para outro, o regime instituidor deve ser compensado. Em outras palavras, o valor arrecadado pelo regime originário deve ser transferido ao regime para o qual o servidor migrou.

Para que a compensação previdenciária venha a ocorrer, é fundamental a apresentação de informações, através do envio de dados e provas documentais, entre as quais a certidão de tempo de serviço/contribuição que é, basicamente, a causa de muitas das lides levadas ao judiciário envolvendo a questão de renúncia e desaposentação no serviço público. Isso porque é a certidão de tempo de serviço que possibilita o servidor averbar, para fins de nova concessão de aposentadoria em regime distinto, o período utilizado para a concessão do benefício que se encontra em gozo.

Uma vez que determinado período tenha sido computado para a aposentadoria originária do servidor e não havendo a desconstituição do ato – vez que a renúncia apenas cessa os efeitos patrimoniais – a Administração não permite que o período seja novamente computado. Tal inadmissibilidade transcorre do teor do artigo 127, inciso III, do Decreto nº 3.048/99, *verbis*:

"Art. 127 – O tempo de contribuição de que trata este Capítulo será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as seguintes normas:

(...)

III – não será contado por um regime o tempo de contribuição utilizado para concessão de aposentadoria por outro regime;"

- grifamos -

No mesmo sentido é o teor do artigo 130, inciso II, alínea "b", do Regulamento da Previdência Social:

"Art. 130 – O tempo de contribuição para regime próprio de previdência social ou para o Regime Geral de Previdência Social pode ser provado com certidão fornecida:

(...)

II – *omissis*

(...)

b) em hipótese alguma será expedida certidão de tempo de contribuição se o mesmo já tiver sido utilizado para efeito de concessão de qualquer aposentadoria, em qualquer regime de previdência social;"

- grifamos -

Percebe-se que a redação do dispositivo acima é no sentido de vedar a contagem de tempo já utilizado para a concessão de aposentadoria ^[22]. Esse raciocínio nos leva a concluir que, na hipótese do servidor renunciar à sua aposentadoria, ele tem direito à certidão ^[23], porém não para averbar o tempo trabalhado em outro regime.

3.5 - Obrigatoriedade de Ressarcir os Valores Pagos a Título de Aposentadoria

Outra questão que surge com a admissão da desaposentação para fins de obtenção de novo benefício, utilizando-se de tempo já computado, é quanto ao ressarcimento das quantias pagas a título de estípedios. Isso porque durante o tempo em que o servidor permaneceu aposentado ele recebeu dos cofres do regime de origem o valor de sua aposentadoria.

Nessa esteira, uma vez que se extingue o vínculo do servidor, retirando inclusive o tempo utilizado para a concessão desse benefício, o pagamento dessas verbas torna-se um pagamento indevido, sem motivação, implicando enriquecimento sem causa do servidor. Isso porque o pagamento foi realizado com base na situação jurídica em que o servidor se encontrava, qual seja de aposentado e, uma vez "desaverbado" o tempo de serviço, é como se o servidor jamais tivesse reunido condições para se aposentar por faltar-lhe requisito essencial: o tempo de serviço/contribuição.

Surge assim, para o servidor, o dever de devolver as quantias percebidas a título de aposentadoria, por operar a desaposentação efeito *ex tunc*. O mesmo não ocorre na hipótese de renúncia de estípedios por ter essa efeitos *ex nunc*. Assim, o servidor que somente renuncia aos seus

proventos para não incidir em acumulação ilícita, não tem o dever de indenizar o regime por não perder o vínculo^[24].

Além disso, a Emenda Constitucional nº 20/98, trouxe para a redação do *caput* do artigo 40, bem como do artigo 201 da Constituição da República, o dever de se observar "critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial". É por meio desse equilíbrio que se busca assegurar o direito dos beneficiários, atuais e futuros.

Portanto, ao permitir, por exemplo, que um servidor que possui 35 anos averbados em determinado regime e que esteja recebendo aposentadoria há 3 anos se desaposente e averbe aquele tempo em outro regime, significa dizer que o regime de origem além de pagar esses 3 anos de aposentadoria terá que compensar o novo regime, violando gravemente o equilíbrio financeiro e atuarial do regime, vez que houve liberação de caixa para o pagamento de aposentadoria cujas contraprestações foram, por força de dispositivo constitucional, repassadas ao novo regime. Compromete, também, a questão contábil do ente, pois não haveria como justificar o pagamento de uma aposentadoria cujas contribuições não se encontram nos cofres daquele regime.

Em suma, não pode ser acolhida a tese que defende a ausência de obrigação de restituição desses valores. Essa linha de raciocínio, além de comportar o enriquecimento sem causa do servidor despreza o equilíbrio financeiro e atuarial do regime previdenciário.

Dessa forma, para haver a contagem do tempo já utilizado, deve, obrigatoriamente, haver a devolução dos valores pagos pelo regime de origem a título de aposentadoria, sob pena do enriquecimento sem causa do particular em detrimento ao erário.^[25]

4 - Conclusão

O direito previdenciário é um ramo dos chamados direitos sociais e, como tal, tem tratamento diferenciado no que tange à proteção de seus beneficiários. Assim, ele surge para trazer ao trabalhador o direito e, principalmente, a garantia de uma velhice assistida, na qual tenha condições de sobreviver^[26].

A concessão dessa proteção/garantia se materializa através de um ato administrativo denominado aposentação. Como abordamos neste trabalho, a aposentação é um ato vinculado, ou seja, reunidas suas condições, não cabe à Administração Pública analisar a conveniência ou oportunidade de sua concessão.

O desfazimento dos atos administrativos somente pode ocorrer nas hipóteses de anulação e revogação. Desse modo, a Administração Pública não pode usar de sua faculdade para extinguir atos administrativos, senão quando o interesse público a exigir – conveniência e oportunidade – devendo, nesse caso, se tratar de ato discricionário. A inconveniência do ato deve, necessariamente, atingir à própria Administração, não podendo um ato administrativo inoportuno e inadequado ao interesse do particular – que em nada interfere ao interesse público – ser revogado. Menos ainda pode se esperar ou mesmo admitir que um ato lícito, válido e eficaz seja anulado por conveniência do administrado.

No caso da desaposentação, conforme tentamos demonstrar neste estudo, sua viabilidade vai muito além de sua legalidade, passando pela cumulabilidade de cargos, segurança jurídica, ato jurídico perfeito, coisa julgada administrativa, ressarcimento dos valores percebidos a título de aposentadoria.

Sem dúvida alguma, a desaposentação, quando o servidor tem a pretensão de se habilitar em novo benefício, visa atender ao preceito constitucional da proteção ao trabalhador, esculpido dentre os direitos protetivos. Contudo, na busca pela consecução desse direito, não podemos ignorar as demais regras que norteiam a Previdência Social.

Sendo assim, até que haja norma específica tratando dessa matéria, o deslinde dessas questões caberá ao Poder Judiciário que, diante da ausência normativa vedando ou possibilitando tal pretensão, decidirá cada caso.

5 - Notas

⁰¹RODRIGUES. Flávio Martins. *A Responsabilidade Civil dos Gestores de Fundos de Pensão*. Revista de Previdência da UERJ nº 1. Rio de Janeiro: Gramma. 2004. p. 106.

⁰² Sobre o tema, veja o nosso trabalho intitulado "A solidariedade social e a contributividade como alicerces da Previdência Social dos servidores públicos civis", publicado na revista jurídica do *site* Âmbito Jurídico, disponível em <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/>>

⁰³ Embora a maioria da doutrina e da jurisprudência afirme ser a aposentação um ato complexo, nos filiamos ao posicionamento liderado pela ilustre administrativista Weida Zancaner (*In, Reforma da Previdência e Controle das Aposentadorias pelos Tribunais de Contas*. V Congresso Brasileiro de Direito de Estado. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/viewvideo.asp?id=99>> acesso em 08 de dezembro de 2006) segundo o qual no que se refere à formação da vontade o

ato de aposentação é um ato simples, pois se perfaz integralmente no momento de sua publicação no Diário Oficial, quando passa a ser um ato existente, válido (tendo em vista a presunção de legitimidade dos atos administrativos) e eficaz. Isso se comprova pelo fato de o servidor público começar a receber os proventos de aposentadoria tão logo saia a publicação do ato que concedeu a aposentadoria. A partir desse momento o ato passará a sofrer controle pelo respectivo Tribunal de Contas, sendo necessário para que o ato de aposentação se estabilize no ordenamento jurídico. Essa é a razão que leva a doutrina majoritária a classificá-lo, equivocadamente, como ato complexo.

⁰⁴ Não interessa ao objeto do estudo aqui proposto entrar na discussão que surge em relação a uma inovação imposta pelo Decreto nº 3.048/99 em relação à Lei por ele regulamentada. Mas, com intuito de alimentar o debate, nos reportamos às palavras do sempre esclarecedor Celso Antônio Bandeira de Melo que ensina que "**o regulamento não cria nem pode criar** direitos, obrigações, deveres ou **restrições à** liberdade, à propriedade, às atividades ou **direitos dos indivíduos**, grupos ou pessoas jurídicas. Apenas circunscreve a discricionariedade administrativa que, do texto legal, resulta em prol da Administração".

⁰⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Desaposentação. O caminho para uma melhor aposentadoria*. Ed. Impetus. Rio de Janeiro. 2005. p. 5.

⁰⁶ Apelação Cível nº 2005.001.50840 cuja relatoria coube ao Desembargador Sidney Hartung.

⁰⁷ Segundo a Teoria do desfazimento dos atos administrativos (também conhecida como Teoria da invalidade), esses podem se desfazer de duas maneiras: a primeira através da revogação, que se dá quando o ato praticado é desvinculado, podendo a Administração Pública exercer seu juízo de conveniência e oportunidade tanto para editar o ato quanto para desfazê-lo. Já a segunda ocorre por meio da anulação (ou invalidação) do ato viciado.

⁰⁸ O vocábulo "lei" aqui é empregado no sentido amplo da palavra, vez que a previsão a que fazemos menção é constitucional (art. 7º, XXIV da CRFB).

⁰⁹ ZANCANNER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos Atos Administrativos*. 2ª ed. Malheiros. São Paulo. 1996. p. 55.

¹⁰ Dispõe a Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo federal: Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito;

¹¹ *In, Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. Malheiros. São Paulo. p. 82.

¹² *In, Manual de Direito Administrativo*. 10ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2003. p. 14.

¹³ Gustavo Binenbojm, em artigo intitulado "*Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo*" publicado na Revista de Direito Administrativo, nº 239, leciona que "partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto de tutela constitucional, conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. Conseqüentemente, o interesse público, num caso específico, pode residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse eminentemente individual. Este é o caso, v. g., da manipulação do aparato policial em defesa de um cidadão, situação que prestigia o valor segurança individual". Nesse mesmo sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Melo (*In, Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros. 2003, p. 51) ao dizer que interesse público e interesse coletivo são sinônimos.

¹⁴ Esse pensamento se aproxima do que a doutrina chama de concepção restritiva do princípio da legalidade, segundo o qual a Administração Pública visa, em última instância, à realização do interesse público. A par dessa restrição, que impede a prática de ato contrário à lei, a Administração encontra-se livre para a consecução desse interesse público (aqui nos filiamos à corrente que entende interesse público como sendo aquele que busca atingir os interesses coletivos e particulares). A doutrina traz ainda outras duas concepções a respeito dessa submissão da Administração Pública às leis. São elas a concepção ampliativa e a concepção eclética.

¹⁵ *In. Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. Rio de Janeiro: Malheiros, 1996. p. 23.

¹⁶ *Idem*. p. 52.

¹⁷ *Op. Cit.* p. 90.

¹⁸ Cumpre-nos esclarecer que as ações pessoais visam proteger os direitos pessoais em sua concepção estrita. Os direitos relativos à personalidade, embora dentro da categoria de direitos pessoais, são imprescritíveis.

¹⁹ Com a alteração introduzida pelo artigo 2º do Decreto-Lei nº 4.597/42, a referida prescrição quinquenal abrange também todo e qualquer direito e ação contra as autarquias, entidades e órgãos paraestatais criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições exigidas em virtude de lei. Esse, evidentemente é o caso das autarquias previdenciárias que são notoriamente mantidas com as contribuições previdenciárias.

²⁰ A vedação da acumulação de vencimentos com proventos está consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, só sendo permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na forma do artigo 37, XVI e XVII, e artigo 95, § único, I, todos da Constituição da República. Dessarte, para não incidir em acumulação ilícita, o caminho a ser seguido será, necessariamente, a renúncia aos proventos.

²¹ Contudo, a regulamentação da matéria só adveio com a edição da Lei nº 9.796/99, e seu Decreto regulamentador nº 3.112/99, além da Portaria MPAS nº 6.209, de 16 de dezembro de 1999.

²² A Lei nº 6.226/75 já previa tal impossibilidade: Art. 4º - Para efeitos desta Lei, o tempo de serviço ou de atividades, conforme o caso, será computado de acordo com a legislação pertinente, observadas as seguintes normas: (...) III - Não será contado por um sistema, o tempo de serviço que já tenha servido de base para a concessão de aposentadoria pelo outro sistema;

²³ Ao tratar do tema, Alexandre de Moraes disserta que "em regra, não poderá o Poder Público negar-se a fornecer as informações solicitadas". Mais adiante, o autor faz a ressalva de que o direito à expedição de certidão "*já jamais pode se dar sob hipóteses ou conjecturas relacionadas a situações ainda a serem esclarecidas*" (in, *Direito Constitucional*. 15ª ed., Atlas: São Paulo, p. 190). Verifica-se, que a regra é o atendimento ao preceito constitucional, porém já há posicionamentos no sentido de que o direito de obter certidão da Administração Pública não pode ser considerado absoluto (MANNHEIMER, Sérgio Nelson. Parecer nº 20/94 publicado in: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. 47/1994. p. 137).

Portanto, nesse diapasão poderia se concluir que o direito à certidão não é um direito ilimitado ou incondicionado, podendo, em tese, sofrer certas limitações. No caso em discussão, poderia a Administração se negar a fornecer certidão de tempo de serviço para o servidor que renunciou à aposentadoria ou mesmo fornecer ressaltando a impossibilidade daquele tempo ser novamente computado.

²⁴ Não tem maiores importância para nosso estudo a discussão que se criou em torno da acumulação de cargos. Para uma corrente, a essência da

inacumulabilidade está no dispêndio de quantias do Tesouro para o mesmo servidor, enquanto para outra a regra se aplica ao cargo em si, sendo impossível a cumulação mesmo que haja renúncia aos estímulos, salvo nas hipóteses constitucionais.

²⁵ Deve-se anotar o fato de a parcela percebida em decorrência da aposentadoria ter natureza alimentar, o que suscita a discussão quanto à impossibilidade de sua restituição.

²⁶ Sem entrarmos aqui na questão da necessidade de se ajustar as aposentadorias à realidade, passando, de fato, a garantir um mínimo para a vida decente dos nossos idosos.

6 – Referências Bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003.

COIMBRA, Flavia Natario. *Renúncia à aposentadoria: possibilidade jurídica e conseqüências*. Revista Previdenciária Municipal nº 2. Rio de Janeiro. 2006. Disponível em <<http://www.rio.rj.gov.br/previrio/default.htm>> acesso em 25 de outubro de 2006.

ERTHAL, Clélio. *Prescrição e Decadência. Estudos em homenagem ao Desembargador Valmir Peçanha*. Revista da EMARF. Edição Especial Histórica nº 1. p. 37/43.

MANNHEIMER, Sérgio Nelson. Parecer nº 20/94 publicado in: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. 47/1994.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro, Forense, 1980.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed., Atlas: São Paulo.

NOVAES, André Santos. *Possibilidade de Desaposentação*. In *Temas Atuais de Previdência Social: Homenagem a Celso Barroso Leite*. Wladimir Martinez Novaes (coord). São Paulo: LTR, 1998.

IBRAHIM. Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 5 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

_____. *Desaposentação. O caminho para uma melhor aposentadoria*. Rio de Janeiro. Ed. Impetus, 2005.

RODRIGUES, Flávio Martins. *A Responsabilidade Civil dos Gestores de Fundos de Pensão*. Revista de Previdência da UERJ nº 1. Rio de Janeiro: Gramma, 2004.

_____. *Fundos de Pensão de Servidores Públicos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

SILVA. Fábio de Souza. *Desaposentação*. Revista Direito Atual nº 1. 2006. Disponível em <<http://www.direitoatual.com.br/artigos.php>> Acesso em 15 de dezembro de 2006.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. Rio de Janeiro: Malheiros, 1996.

_____. *Reforma da Previdência e Controle das Aposentadorias pelos Tribunais de Contas*. V Congresso Brasileiro de Direito de Estado. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/viewvideo.asp?id=99>> acesso em 08 de dezembro de 2006.

* Consultor do Escritório Medeiros e Buonora Advogados, pós-graduando em Direito Público, assistente da diretoria jurídica do Fundo Único de Previdência Social do Estado do Rio de Janeiro (RioPrevidência).

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9965>>. Acesso em: 01 jun. 2007