



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

18549 - OBF - PGR

Recurso Extraordinário 661.256 – SC

Relator: Ministro Roberto Barroso

Recorrente: Instituto Nacional de Seguro Social - INSS

Recorrido: Valdemar Roncaglio

Recursos extraordinários. Caracterização do desrespeito ao art. 97 da Constituição e da SV 10 do STF. Licitude da consideração do tempo de trabalho e de contribuição prestado pelo aposentado do regime geral de previdência social para a concessão de nova aposentadoria após a renúncia a benefício da mesma espécie concedido em condições menos vantajosas. Desaposentação.

O art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, nas redações original e das Leis 9.032/1995 e 9.528/1997, obsta ao emprego do tempo de contribuição posterior à aposentadoria para a melhora dessa espécie de benefício: a procedência do pedido só pode advir da declaração de inconstitucionalidade da referida norma, de modo que ambos os acórdãos recorridos violaram o art. 97 da Constituição e a SV 10 do STF, ao terem concedido o pleito, sem a declaração de invalidade das normas citadas pelos órgãos especiais do STJ e do TRF4.

O Estado não pode, em princípio, invocar direito fundamental contra os particulares; menos ainda para lhes restringir direitos: o poder público é sujeito obrigado – e não titular – de direitos fundamentais, que não comportam tal inversão teleológica.

Inconstitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, por atentar contra o equilíbrio que há de existir entre os aportes dos trabalhadores à previdência social e os benefícios dela recebidos: ao pagamento de contribuição previdenciária pelo retorno ao trabalho correspondem apenas dois direitos de exercício estatisticamente incapazes de justificar a massa de tributos recolhida

Nova causa de inconstitucionalidade da norma citada, por ofensa à isonomia: malgrado contribuam em pé de igualdade com os demais trabalhadores para o financiamento da seguridade social, os aposentados que retornam ao trabalho têm apenas parte ínfima do plexo de direitos assegurados a seus paradigmas.

Parecer pelo 1 - provimento de ambos os recursos extraordinários, de modo a se anularem o acórdão do TRF4, que concedeu a melhora da aposentadoria aos autores, e o julgado do STJ, que os dispensou de restituir ao poder público federal as quantias auferidas em razão da aposentadoria menos vantajosa ou 2 - desprovimento de ambos os recursos.

1. Introdução

Está em causa recurso extraordinário no qual se discute a consideração do tempo de trabalho prestado após a aposentadoria, e das contribuições dele advindas, para a melhora das condições do benefício da inatividade, pago pelo regime geral de previdência social.

Na gíria forense, cuida-se da análise da validade da desaposentação.

2. Do histórico do caso

Segurado do INSS ajuizou ação ordinária contra aquela autarquia requerendo a interrupção da atual aposentadoria por tempo de serviço e a concessão de benefício mais vantajoso, a saber, a aposentadoria por tempo de contribuição, em virtude de novos aportes vertidos ao sistema, em decorrência da retomada de trabalho, já na condição de aposentado.

O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau. O TRF4 proveu em parte a apelação, para reconhecer o direito à renúncia do benefício anterior e determinar a restituição integral dos valores recebidos da autarquia previdenciária, como requisito à concessão de nova aposentadoria.

O segurado interpôs recurso especial e, após o julgamento dos embargos de declaração, o INSS manejou recursos especial e extraordinário. Neste, sustenta afronta aos arts. 5º, *caput* e XXXVI; 40; 194; 195 e 201 da Constituição.

O Superior Tribunal de Justiça desproveu o recurso especial do INSS e proveu parcialmente o do segurado, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INADMISSIBILIDADE. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. DEVOUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO OBRIGATORIEDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Não subsiste o pleito de se determinar o sobrestamento do julgamento do presente recurso, sob a alegação de que o Supremo

Tribunal Federal está apreciando a constitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, tanto por se tratar de pedido desprovido de amparo legal, quanto pelo fato de que a Suprema Corte não está decidindo a questão em tela de sede de controle abstrato de constitucionalidade.

2. Também não prevalece a alegação de ofensa à cláusula de reserva de plenário, uma vez que a decisão hostilizada, sequer implicitamente, declarou a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

3. A via especial, destinada à uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento, com o intuito de interposição de recurso extraordinário.

4. Permanece incólume o entendimento firmado no decisório agravado, no sentido de que, por se tratar de direito patrimonial disponível, o segurado pode renunciar a sua aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no regime geral de previdência social ou em regime próprio de previdência, mediante a utilização de seu tempo de contribuição, sendo certo, ainda, que, tal renúncia não implica em devolução dos valores percebidos.

5. Agravo regimental desprovido.

O INSS interpôs novo recurso extraordinário, admitido como representativo da controvérsia, em que pretende demonstrar a contrariedade aos arts. 5º, XXXVI; 195, *caput* e § 5º; e 201 da Constituição.

A autarquia apresenta como principais teses do primeiro recurso extraordinário a perfectibilidade do ato jurídico de concessão inicial de aposentadoria, que não poderia ser alterada pela vontade unilateral das partes; a preservação do princípio da solidariedade do sistema da se-

guridade social; a necessidade de ser respeitada a vontade legislativa expressa nas sucessivas redações do art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991; a manutenção do tratamento isonômico aos segurados e a impossibilidade de revisão do benefício previdenciário regularmente concedido.

No segundo recurso repete as teses e acrescenta a perspectiva do postulado da ética de prospectiva e de responsabilidade, para concluir que a renúncia e a alteração da aposentadoria implicam grave interferência no equilíbrio financeiro e atuarial do regime de previdência da Constituição.

A União requereu sua admissão ao processo, na qualidade de *amicus curiae*. Discorreu sobre a natureza contributiva e solidária do modelo de repartição do sistema de previdência social. O caráter irrenunciável das aposentadorias decorreria do art. 18, § 2º, e do art. 96, II, da Lei 8.213. Argumenta que a utilização do aporte adicional de recursos da forma requerida desvirtuaria a incidência do fator previdenciário e inverteria a lógica do sistema. Sustenta a necessidade de restituição dos valores recebidos, como forma de garantir tratamento isonômico entre os segurados e corrigir o dano causado à previdência. Apresenta nota técnica em que pretende demonstrar o impacto da desaposentação no regime geral de previdência social.

O Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário apresentou manifestação, em que defende a desaposentação, entendida como a renúncia a direito patrimonial disponível. Entende que a previsão contida no art. 181-B do Dec. 3.048/1999 extrapolaria os limites regulamentares. Defende a desnecessidade de repetição dos valores recebidos, em razão de seu caráter alimentar e da licitude da percepção de tais verbas. Apresenta parecer técnico que concluiu não haver demonstração de déficit previdenciário, com base na análise da seguridade social pro-

movida pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil.

A Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas – COBAP, também na condição de *amicus curiae*, considera que a desapose-
tação nada mais é do que a reversão de aposentadoria. Enfatiza o fato
de não existir vedação constitucional ou legal ao instituto. Questiona o
prejuízo ao equilíbrio atuarial do sistema, uma vez que as contribui-
ções posteriores à aposentadoria não estavam previstas e os custos dos
benefícios serão suportados por período menor do que o estimado.

O Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da
Força Sindical – SINDNAPI reforça o entendimento da possibilidade
de renúncia à aposentadoria anterior, com o intuito de obter situação
mais benéfica, sem restituição dos valores percebidos. Aduz que a ga-
rantia do ato jurídico perfeito não pode ser utilizada contra os destina-
tários da salvaguarda constitucional. Argumenta que tampouco sub-
sistiria a exigência de expressa previsão legal para o exercício de prer-
rogativa inerente à liberdade da pessoa humana.

A Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do
Brasil alegou afronta aos arts. 5º, XXXVI; 195, *caput* e § 5º; 196 e 201, da
Constituição.

3. Da suma da discussão de ambos os recursos extraordinários

O exame do problema parece mais bem equacionado, ao se recor-
darem os termos essenciais do processo. A parte de direito público in-
terpôs dois recursos extraordinários, que cumpre analisar neste mo-
mento.

O primeiro deles impugnou a decisão do TRF que admitiu a nova aposentação do segurado, desde que restituídos os valores percebidos ao longo da aposentadoria inicial.

O segundo recurso ataca o julgado do STJ que confirmou a decisão do TRF e dispensou a devolução das quantias mencionadas.

Inicie-se a análise pelo recurso interposto contra o acórdão do TRF4, pois nele se firmou a tese central da licitude da desaposentação.

4. Da ofensa ao art. 97 da CR e à SV 10 do STF pelo TRF4

O recorrente alega, de início, a nulidade do acórdão de segundo grau, em decorrência do desrespeito da reserva de Plenário, imposta pelo art. 97 da Constituição e pela SV 10 do STF – “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

Com as vênias das opiniões em contrário, a tese do recurso parece correta, isto é, o TRF4 desrespeitou o art. 97 da Constituição e a SV 10 do STF, ao ter julgado o pedido procedente, sem que tenha declarado a inconstitucionalidade de lei pelo pleno.

4.1. Da ausência de atribuição arbitrária de sentido à norma infraconstitucional como critério de incidência da SV 10 do STF

O parâmetro por cujo meio se verifica o respeito à reserva de plenário, é a viabilidade de decisão da causa sem preterição de ato normativo, quando em causa a inconstitucionalidade por ação. Se a lei impedir a procedência ou a rejeição do pedido, apenas a declaração de sua

inconstitucionalidade, na forma do art. 97 da CR, pode permitir qualquer desfecho diverso do nela prescrito.

É claro que o problema realmente delicado está na determinação do parâmetro pelo qual se afere que determinada norma jurídica disciplina certos fatos. Para o efeito do art. 97 da CR, basta a formulação de critério negativo, ou seja, é suficiente apontar quando não respeitada a relação de incidência da lei, por meio diverso da única causa de seu afastamento do caso – a declaração de inconstitucionalidade. O problema posto pela SV 10 não demanda, portanto, que se listem as incontáveis hipóteses nas quais se afasta de modo lícito a lei invocada pelas partes em benefício de seu ponto de vista, como a preponderância dos critérios literal, histórico, sistemático ou teleológico de interpretação, a revogação, a especialidade, a analogia, a redução teleológica e tantos outros instrumentos válidos da moderna metodologia jurídica¹.

A ausência de arbitrariedade no sentido imputado à norma interpretada parece ser o critério negativo, pelo qual se afere se ela teve sua incidência ilicitamente negada no caso, pois não declarada sua invalidade.

A arbitrariedade hermenêutica pode referir-se a qualquer dos dois elementos principais das proposições jurídicas completas: à hipótese de incidência ou à consequência jurídica. Haverá arbitrariedade quanto à hipótese de incidência, na exclusão dela de fatos que se lhe subsumem; ou, ao inverso, na inclusão em seu raio de disciplina de fatos ali

¹ Cf., por exemplo, LARENZ, Karl. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 5. Aufl. Berlin: Springer, 1983, p. 298-420; FIKENTSCHER, Wolfgang. *Methoden des Rechts*. Tübingen: Mohr, 1977, v. 4, p. 269-370; e MÜLLER, Friedrich. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7. Aufl., Berlin: Duncker und Humblot, 1997, p. 216-303.

não compreendidos. Similarmente, a arbitrariedade estará caracterizada na aplicação excessiva ou deficitária a certa situação de fato.

O ganho eventualmente adquirido com a classificação está no realce do caráter arbitrário das soluções rejeitadas. Assim, o mero erro na interpretação legal, sem outra qualificação, não pode ser considerado motivo para a aplicação do enunciado vinculatório, sob pena de se transplantar para o STF todo o contencioso de legalidade, em aberta contradição com a divisão de competências com o TSE, o STJ, o TST e o STM. O recurso extraordinário não se presta à revisão de todas as interpretações errôneas da lei, mas apenas daquelas, cuja arbitrariedade estiver a serviço do descumprimento da lei ou, pelo menos, do art. 97 da CR. Por assim dizer, a arbitrariedade funciona como índice de que decisões se desviaram do direito positivo, sem a adoção do único meio pelo qual se pode em nosso sistema negar-lhe cumprimento – a declaração de sua invalidade.

Do ponto de vista que se poderia chamar de estático, verifica-se a arbitrariedade, quando o aplicador da lei não tem argumentos suficientes para lhe declarar a invalidade, mas se recusa a sujeitar-lhe o caso. Da perspectiva dinâmica, a arbitrariedade ocorre pelo emprego artificial dos critérios da lei posterior e da lei especial. O emprego do critério da lei superior coloca as coisas nos termos corretos do art. 97 da CR e não oferece maiores problemas.

Ainda não se deu a devida atenção ao fato de haver muito mais na SV 10 do que o respeito de norma processual. *Nela está em causa sobretudo a observância dos padrões do Estado de direito nas decisões judiciais, que implica a proscrição da arbitrariedade, entre outras exigências*². Afinal, seria

² Porque promulgada em 1988, após as experiências totalitárias de seu século, a

inadmissível que apenas o Executivo e o Legislativo estivessem compelidos à observância de padrões de vedação do arbítrio, mas o Judiciário se furtasse de semelhante controle fundado no art. 1º da Constituição.

O problema posto pelo caso não depende de que se solucionem todas as hipóteses de arbitrariedade na aplicação da lei. Demanda, antes, que se identifique a eventual modalidade aqui ocorrente, por cujo meio se deixou de aplicar determinada lei a fatos por ela regidos.

Independentemente de saber se outros critérios concorrerão em casos mais complexos, o sentido literal possível da norma parece consistir no padrão básico de verificação de sua incidência em certo caso. Portanto, o deferimento de pedido por ele obstado ofende o imperativo de declaração de inconstitucionalidade, como único meio de sua

Constituição vigente adota não apenas a concepção formal de Estado de direito do séc. XIX, de conformidade dos atos estatais à lei, mas também incorpora a noção material dessa particular forma de organização estatal, como se vê, por exemplo, entre tantos outros a respeito dos dois aspectos do Estado de direito, LARENZ, Karl. *Richtiges Recht*. München: Beck, 1979, p. 140-142; MAURER, Hartmut. *Staatsrecht I*. 4. Aufl., München: Beck, 2006, p. 216, n. 7; e BADURA, Peter. *Staatsrecht*. 3. Aufl., München: Beck, 2003, p. 311, n. 45. Uma vez que, na síntese de HESSE, “o Estado de direito é, na estrutura constitucional da Lei Fundamental, forma de racionalização da vida estatal”, nele não se admite arbitrariedade (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 15. Aufl., Heidelberg: Müller Juristischer Verlag, 1986, p. 74, n. 190: “Der Rechtsstaat ist im Verfassungsgefüge des Grundgesetzes Form der Rationalisierung des staatlichen Lebens”). MAURER notou: “o elemento central do princípio do Estado de direito é a vinculação de todos os órgãos estatais em todas suas manifestações e atividades ao direito positivo. [...]. O primado da Constituição e das leis vale ilimitadamente. [...]. Sob o império da Lei Fundamental, não há nenhuma órbita estatal isenta do direito” (ob. cit. nesta nota, p. 218-219, § 8, n 13: “Das Kernstück des Rechtsstaatsprinzip bildet die Bindung aller staatlicher Organe bei allen ihren Äußerungen und Handlungen an das geltende Recht. [...]. Der Vorrang der Verfassung und der Gesetze gilt uneingeschränkt. [...]. Unter der Herrschaft des Grundgesetzes gibt es keinen rechtfreien staatlicher Raum”).

superação. O motivo está em que o sentido literal possível demarca a diferença entre a interpretação e a criação do direito, de sorte que o Tribunal inferior pode, no máximo, interpretar a lei, mas não a pode revogar, por meio de argumentos arbitrários³. Onde inequivocamente houver proibição literal do deferimento do pedido ou imperativo literal de sua concessão, só a declaração de inconstitucionalidade de lei posterior a 1988 poderá abrir espaço para que a sentença inverta os termos dessa equação.

Assim, a solução do problema depende de se verificar se a norma de regência do caso obsta à procedência do pedido. Noutras palavras, é preciso interpretar a lei, para ver se nela se encontra vedação ao deferimento do pleito. Trata-se aí de hipótese peculiar ao sistema brasileiro, no qual a jurisdição constitucional deve interpretar a lei, como passo inicial do raciocínio de conformidade – processual – de sentenças com a Constituição⁴.

³ Em defesa do sentido literal possível como limite da interpretação, cf., por todos, KLATT, Matthias. *Theorie der Wortlautgrenze*, 1. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2004, *passim*; e LARENZ, ob. cit. na nota 1, p. 307: “Com acerto, MEIER-HAYOZ diz: a ‘literalidade tem, por isso, tarefa dupla: ela é o ponto de partida para a medição de sentido judicial e demarca simultaneamente as fronteiras de sua atividade interpretativa’. (“Zutreffend sagt MEIER-HAYOZ: ‘Der Wortlaut hat danach eine doppelte Aufgabe: Er ist Ausgangspunkt für die richterliche Sinnesermittlung und steckt zugleich die Grenzen seiner Auslegungstätigkeit ab’”); já sobre o papel do teor literal como limite à interpretação conforme a constituição, vejam-se, por todos, LEMBKE, Ulrike. *Einheit aus Erkenntnis?*, 1. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 2009, p. 117 e segs., e SCHLAICH, Klaus; KORIOTH, Stefan. *Das Bundesverfassungsgericht*. 7. Aufl., München: Beck, 2007, p. 246, n. 442.

⁴ PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht*. 3. Aufl., München: Beck, 1991, p. 275, n. 9, sublinha há tempos a necessidade de interpretação do direito ordinário, como passo inicial no controle de constitucionalidade. Especificamente na jurisprudência brasileira, recorde-se o RE 564.354, rel. Min. CÁRMEN LÚCIA: “DIREI-

4.2. A atribuição de sentido arbitrário ao art. 18, § 2º, da Lei 8.213 no caso: ignorou-se-lhe a proibição expressa de deferimento do pedido, sem a declaração plenária de sua inconstitucionalidade

Eis as sucessivas redações do art. 18 da Lei 8.213, que, ao ver do INSS, barrariam a pretensão dos segurados:

“§ 2º [na redação original]. O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ela retornar, somente tem direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios, não fazendo jus a outras prestações, salvo as decorrentes de sua condição de aposentado, observado o disposto no art. 122 desta lei.

§ 2º [na redação da Lei 9.032/1995]. O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) que permanecer em atividade sujeita a este regime, ou a ela retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa ati-

TOS CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO NO TETO DOS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA. REFLEXOS NOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO. EMENDAS CONSTITUCIONAIS N. 20/1998 E 41/2003. DIREITO INTERTEMPORAL: ATO JURÍDICO PERFEITO. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DA LEI INFRACONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS LEIS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I. Há pelo menos duas situações jurídicas em que a atuação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição da República demanda interpretação da legislação infraconstitucional: a primeira respeita ao exercício do controle de constitucionalidade das normas, pois não se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei sem antes entendê-la; a segunda, que se dá na espécie, decorre da garantia constitucional da proteção ao ato jurídico perfeito contra lei superveniente, pois a solução de controvérsia sob essa perspectiva pressupõe sejam interpretadas as leis postas em conflito e determinados os seus alcances para se dizer da existência ou ausência da retroatividade constitucionalmente vedada”.

vidade, exceto ao salário-família, à reabilitação profissional e ao auxílio-acidente, quando empregado.

§ 2º [na redação da Lei 9.528/1997]. O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”.

O recorrente parece correto, ao dizer que apenas a superação do óbice do § 2º permite a procedência dos pedidos. Não existe solução interpretativa capaz de conciliar o deferimento do pedido com a Lei 8.213.

A lei sempre proibiu aos segurados a contagem do tempo trabalhado após sua aposentação, para obter nova aposentadoria melhor, apesar de ter oscilado quanto às vantagens periféricas, auferíveis com a retomada do labor. A redação original do § 2º deferia aos aposentados “somente [...] direito à reabilitação profissional, ao auxílio-acidente e aos pecúlios”, em decorrência do novo vínculo previdenciário. A Lei 9.032 transformou a redação original contrária ao pleito desta demanda em óbice peremptório a seu deferimento: o aposentado “não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família, à reabilitação profissional e ao auxílio-acidente, quando empregado”. A redação hoje vigente também é categórica na proscrição da vantagem, por determinar que o aposentado “não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado”.

O sentido literal possível – demarcatório da diferença entre a interpretação e a criação do direito – impede a procedência da demanda. A persistência da enumeração taxativa de benefícios decorrentes do trabalho posterior à aposentadoria, apesar de já deflagrada a polêmica da desaposentação, indica com segurança que a lei se opunha e se opõe ao deferimento do pedido do autor. O obstáculo a seu pleito foi confirmado e reconfirmado em leis que alteraram a lista dos benefícios admissíveis na hipótese discutida, mas sempre mantiveram a interdição do pleito aqui formulado.

Nem a chamada interpretação conforme permite a adequação da lei àquilo que se pretende ser o sentido da Constituição⁵. Qualquer tentativa de extrair da lei a permissão para a desaposentação já não se sujeitará apenas à crítica de que a interpretação conforme quase sempre se serve do sentido mais remoto, frequentemente artificial e demasiado distante das concepções de todas as partes para salvar a lei⁶, mas consistirá aqui na transgressão do sentido evidente da norma legal supostamente interpretada. Isso é proscrito pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pela doutrina mais autorizada⁷.

⁵ Para objeções globais à interpretação conforme, cf., por todos, LEMBKE, ob.

⁶ PESTALOZZA, ob. cit. na nota 4, p. 275, nota 17.

⁷ Desde sempre a jurisprudência do STF afirmou – com acerto – a impossibilidade de se levar adiante interpretação conforme a constituição, quando contrária ao texto da lei submetida ao controle de constitucionalidade; cf., por todos, o caso pioneiro nesse sentido – a Rp. 1.417, rel. Min. MOREIRA ALVES: “O princípio da interpretação conforme a constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de corte constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo poder legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibili-

Por isso, está equivocada a seguinte afirmação do julgado recorrido (f. 127):

“A possibilidade de desaposeção não pressupõe a inconstitucionalidade do § 2º do art. 18 da Lei nº 8.213/91, ao contrário. A constitucionalidade desse dispositivo de lei decorre do princípio da solidariedade que informa o sistema de previdência, consagrado no art. 195 da CRFB, impondo a toda sociedade, inclusive, ao aposentado que continuar a exercer a atividade laborativa e/ou voltar ao mercado de trabalho, a obrigatoriedade de contribuir para a Previdência Social, colaborando no efetivo esforço coletivo de toda a sociedade brasileira de viabilizar o pagamento dos benefícios dos segurados inativos e pensionistas”.

O trecho aludido do julgado do TRF4 procurou incutir na lei seu ponto de vista a respeito do problema, dizendo que a Constituição importaria determinado conteúdo à Lei 8.213, malgrado a clareza de sua letra em sentido contrário. A validade da interpretação conforme em certo caso se determina pelo que na lei se expressa, e não pelo que nela se gostaria de ver escrito. Mesmo quando se levam as possibilidades desse procedimento ao extremo, isto é, quando se admita que o sentido e o fim da lei não se determinem a partir dela mesma, mas com a ajuda de critérios externos, em procedimento de concretização da constituição⁸. O sentido literal delimita ao menos os candidatos negativos da

zar a norma com a constituição contrariar o sentido inequívoco que o poder legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo”. Na doutrina específica da interpretação conforme a constituição, ainda que com restrições, cf. LEMBKE, ob. cit. na nota 3, p. 120-121; representando a corrente principal, cf., por todos, PESTALOZZA, ob. e loc. cit. na nota 4.

⁸ LEMBKE, ob. cit. na nota 3, p. 30.

interpretação: o que em nenhum caso está abrangido por ele também ali não pode ser inserido por intermédio da interpretação (conforme)⁹. Em síntese, o TRF4 leu na lei aquilo que, a seu ver, nela deveria estar escrito, mas não ofereceu resposta adequada à dicção legal de o segurado “não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto” benefícios diversos da aposentadoria. Atribuição arbitrária de sentido, ainda que com apego ao argumento mencionado, não pode ser considerada interpretação, em geral ou conforme a Constituição. Isso já representa a pura criação do direito.

Portanto, o recurso extraordinário deve ser provido, para se anular o acórdão do TRF4, por atentar contra a reserva de plenário do art. 97 da Constituição. Assim, a turma de segundo grau deve ser compelida a suscitar o incidente de inconstitucionalidade no Pleno ou no órgão especial daquele Tribunal, acaso se incline pela procedência do pedido.

4.2.1. Da vinculação do STF ao direito, em especial aos requisitos técnicos do recurso extraordinário

No grande pano de fundo da discussão a propósito do respeito à SV 10 pelos Tribunais inferiores e, agora, pelo próprio STF, está o fato de que a característica marcante do direito continental sempre foi o achamento da imediata solução justa para o caso concreto, ao passo que o direito inglês sempre se pautou por acentuar o método da resolução dos problemas jurídicos¹⁰.

⁹ LEMBKE, ob. cit. na nota 3, p. 121.

¹⁰ FIKENTSCHER, ob. cit. na nota 1, v. 2, p. 3; entre nós, a distinção entre o direito continental e o britânico nessa base metodológica *lato sensu* tampouco escapou a

Com a diminuição da unidade valorativa no Ocidente, o direito continental haverá agora de se apegar ao método que emprega para superar seus impasses. Em épocas de crescentes dúvidas axiológicas, ao redor de direito caracterizado por certezas dessa índole, pelo menos as regras de discussão para sua determinação não podem ser arbitrárias. Não apenas o método democrático parlamentar, mas também – ou sobretudo – o método judiciário de solução de contendas deve ser seguro. Por faltar legitimidade política ao Judiciário, impõe-se a recordação da frase lapidar de Rüthers: “a força persuasiva das decisões judiciais depende da verificabilidade racional de seus resultados”¹¹.

As partes precisam ter certeza de como se devem comportar em juízo, em especial diante do máximo de certeza que pode haver em nossa ordem jurídica a respeito de decisões judiciais – uma súmula vinculativa em plena vigência.

Embora a segurança jurídica não seja um fim absoluto do direito, Radbruch notou com inteira procedência que “um direito inseguro é ao mesmo tempo também injusto, porque não lhe é dado assegurar a igualdade de tratamento em casos iguais no futuro”¹².

BITAR, Fontes e essência da Constituição britânica. In: _____. *Obras completas*. Conselho Federal de Cultura, v. 2, p. 261-316 [p. 272], que registrou haver, no *common law*, a “preeminência do processo e da técnica de suscitamento do Judiciário (direito de ação) à própria atividade provedora das fontes formais da norma”.

¹¹ RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie*. 5. Aufl., München: Beck, 2010, p. 436, n. 696: “Die Überzeugungskraft gerichtlicher Entscheidungen hängt von der rationalen Überprüfbarkeit ihrer Ergebnisse ab”.

¹² Der Zweck im Recht, in: _____. *Der Mensch im Recht*. 2. Aufl., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, p. 88-104 [97]: “Andererseits ist unsicheres Recht zugleich auch ungerecht: denn es vermag nicht die Gleichheit der Behandlung gleicher Fälle für die Zukunft zu verbürgen [...]”.

Demonstrado que o TRF4 deixou de aplicar lei que claramente incidia no caso, sem declarar-lhe a inconstitucionalidade, o desfecho do presente recurso extraordinário parece ser o reconhecimento da nulidade do acórdão recorrido. Que não seja o STF o primeiro a desautorizar suas próprias súmulas vinculatórias.

Apesar dessa conclusão, enfrentam-se nos tópicos seguintes as questões de mérito do recurso extraordinário.

5. Do mérito: a discussão sobre a licitude da desaposentação no acórdão do TRF4

Apreciam-se os argumentos a respeito do mérito da causa na ordem crescente de sua plausibilidade jurídica e de dificuldade. Antes, contudo, convém determinar o objeto da discussão de modo mais preciso.

5.1. A delimitação do tema de mérito em debate

Antes de passar ao exame dos argumentos mais ponderáveis no caso, parece útil a lembrança do problema aqui em causa.

O poder de síntese do neologismo da gíria forense – desaposentação – não deve impedir que se divise o único problema de direito material posto neste processo: a validade das sucessivas redações do art. 18, § 2º, da Lei 8.213 que, em conjunto com prescrições da Lei 8.212/1991, engendraram um sistema no qual os aposentados que retornem ao trabalho continuam a contribuir nas mesmas bases dos demais segurados, mas só desfrutam de número reduzido de benefícios do sistema.

Se tal enunciado pode soar como obviedade, o mesmo talvez não se diga de suas consequências para a análise do caso. A principal delas tem que ver com a liberdade de configuração das relações jurídicas reconhecidas ao legislador. Precisamente porque este processo discute apenas a disciplina tornada direito positivo pelo legislador, não se precisa ir ao ponto de examinar todas as alternativas imagináveis para a regulação das relações jurídicas entre a previdência social e os aposentados que voltam a trabalhar e a contribuir para o sistema. O modelo normativo a ser testado é o que defere aos aposentados em tal condição apenas uns poucos direitos mínimos, apesar de lhes cobrar contribuições integrais.

Estão fora do raio de ação do caso as três outras disciplinas hipotéticas básicas para o tema. O juízo a ser realizado não abrangerá o figurino, no qual nada se cobraria dos segurados pelo trabalho posterior à aposentadoria e nada se lhes daria em decorrência desse novo vínculo laboral; não compreenderá o regime intermédio, no qual a contribuição mitigada geraria benefícios limitados; nem se ocupará da disciplina que cobraria dos aposentados contribuição igual à dos demais trabalhadores e lhes deferiria benefícios de mesma extensão. Basta saber se o modelo tornado positivo é válido.

Da limitação constitucional do objeto do recurso extraordinário segue-se a necessidade de afastamento de certas interferências das alternativas conexas neste estudo. Assim, por exemplo, o argumento apresentado pelo INSS, já em memorial no STF, da “insuficiência das cotizações posteriores à primeira aposentadoria para cobrir a pretensão de desaposentação”. A alegada insuficiência atuarial das contribuições para o financiamento dos benefícios majorados não será causa obstativa ao deferimento do pedido, mas apenas de legitimação poste-

rior da alteração dos componentes desse cálculo mencionados, como o aumento da contribuição, a diminuição do valor do benefício etc.

5.2. Da suposta irrenunciabilidade do benefício fundada em norma regulamentar

A solução da causa apresentada com base no Dec. 3.048/1999 parece incidir em equívoco de perspectiva: resolve o problema no plano regulamentar, quando na verdade deveria ter discutido a questão no plano da lei e de suas relações com a Constituição. O ponto de partida para o exame da contenda deve estar na lei. O art. 18, § 2º, da Lei 8.213 é textual na proibição do pedido formulado nesta ação.

Daí o engano de se pretender solucionar o caso com base em considerações pertinentes ao regulamento, ao dizer que os benefícios pagos pela previdência social são irreversíveis e irrenunciáveis. O problema põe-se no nível da lei e, eventualmente, de suas relações com a Constituição.

Ainda que assim não fosse e que o tema não se inserisse no âmbito do recurso extraordinário, parece evidente que a norma regulamentar haveria de ser interpretada de modo teleológico, isto é, de modo a beneficiar o segurado. Deveria funcionar como proteção a atos lesivos aos interesses do segurado, mas nunca como entrave à melhora de sua situação jurídica.

Também merece censura a afirmação de que os arts. 18, § 2º; e 96, I, da Lei 8.213 proibiriam a renúncia ao direito em causa. Nenhuma das citadas normas se refere à impossibilidade de renúncia a qualquer benefício. Na primeira, veda-se a consideração do tempo de aposentadoria para fins previdenciários, exceto uns poucos ali mencionados.

Na segunda regra, veda-se a contagem do tempo de serviço em dobro ou em condições especiais.

5.3. Do argumento da burla do fator previdenciário

Mais de uma das manifestações do poder público juntadas ao processo declinam argumento que pode ser resumido com a epígrafe de “burla do fator previdenciário”, nelas constante de forma expressa.

Raciocina-se nesse argumento que o deferimento do pedido contrariaria a finalidade do fator previdenciário tratado no art. 29, § 7º, da Lei 8.213/1991, na redação da Lei 9.876/1999. O pleito dos segurados esbarraria na diretriz do fator previdenciário, cujo objetivo é o retardamento de aposentações, por meio da diminuição do valor dos benefícios de quem opta por passar à inatividade, tão logo tenha reunido as condições mínimas para tanto. Os segurados passariam assim a se aposentar, assim que implementados os pressupostos mínimos para a percepção do benefício, sem prejuízo da renovação do benefício em novas bases, quando satisfeitas as exigências mais estritas para a elevação de seus proventos.

O problema dessa tese não se encontra no campo econômico, nem no âmbito do fator previdenciário. Ele tem que ver com o nível hierárquico de onde emana o fator previdenciário. Numa palavra, a técnica do fator previdenciário não tem assento constitucional. Terá, na melhor das hipóteses, justificção no art. 201 da CR, na medida em que ali se impõe a organização da previdência social em bases atuariais equilibradas. Da circunstância de determinado instituto legal prestar-se à realização de uma finalidade constitucional não se segue necessariamente que ele tenha, em si mesmo, tal estatuta. Ele pode, antes, ser apenas um dos meios possíveis pelos quais se atinge determinado ob-

jetivo social. O fator previdenciário não pode ser elevado à dignidade de parâmetro incontornável de análise da vedação do art. 18 da Lei 8.213, porque também deriva de lei ordinária. Não se impõe, assim, ao intérprete – sobretudo no controle de constitucionalidade de outra norma legal – como norma paradigmática.

Daí não ter maior significado, neste contexto, a afirmação de que o deferimento da vantagem em causa contraviria aos altos propósitos do fator previdenciário.

5.4. Da analogia imprópria com a desaposentação, em decorrência da mera elevação etária do segurado

A defesa das entidades públicas figurou paralelismo de situações que, a seu ver, justificaria o indeferimento do pleito examinado.

Pensou-se ali da seguinte forma: a se admitir a desaposentação dos segurados, em decorrência de novas contribuições, ter-se-ia, de igual modo, de endossar a mesma conclusão, quando em causa a simples elevação da idade do segurado. Com o correr dos anos, o segurado envelheceria e isso o colocaria em melhores condições na tabela de quantificação do benefício. A inviabilidade de tal inferência demonstraria, por identidade de razão, o imperativo de se decretar a improcedência do pedido.

A analogia parece injustificada, por mais de um motivo. A começar, pelo fato de que se equiparam coisas díspares, a saber, a situação de quem nada aportou à previdência após a aposentadoria com o status jurídico de quem lhe verteu contribuições, em mesmo nível, aliás, dos demais segurados. Entre um e outro caso, há diferença substancial.

Além da discrepância do substrato de fato das situações artificialmente equiparadas, tem-se no caso a diferença radical de questões jurídicas apreciadas. Neste caso, trata-se de saber se a exigência de novas contribuições dos aposentados faz disparar mecanismo constitucional que imponha a consideração desses aportes no recálculo de aposentadoria, ao passo que na hipótese figurada ninguém jamais apontou que o mero decurso de tempo fosse fator constitucionalmente determinante da melhora das condições do benefício das pessoas aposentadas.

Sobre não ser discutida no caso, a analogia é imprópria.

5.5. Um aspecto da isonomia de clara improcedência: a falta de exercício de fato de certo direito por alguns de seus titulares não os torna discriminados em relação àqueles que o fizeram

Ao menos em um de seus aspectos, o argumento da igualdade contributiva parece equivocado, porque errônea sua premissa, assim enunciada na manifestação do INSS já no STF: “afirma-se ali não ser possível falar em justiça contributiva, quando a todos se impõe uma regra de contribuição e outra de benefício, e se permite que alguns segurados recebam parcelas de aposentadoria, e posteriormente utilizem o mesmo tempo para rever seu benefício como se nada tivessem recebido em contrapartida”.

Os erros do raciocínio podem ser facilmente surpreendidos. O primeiro deles está em que o deferimento judicial do pedido aos autores não representa nenhum privilégio ilícito, entendido como o reconhecimento da validade de outorga de benefício a uma categoria e simultânea negação a outra, em decorrência de critério arbitrário. A admissão do ponto de vista dos segurados redundará na outorga do mesmo benefício a todas as pessoas na situação jurídica do autor.

A circunstância de fato – e não de direito – de alguns, muitos ou mesmo a maioria dos segurados não haver requerido aposentadoria em condições semelhantes ao autor significa apenas que os demais segurados não terão exercido direito subjetivo da mesma espécie. Daí não segue, contudo, a existência de ofensa à igualdade. Em primeiro lugar, porque quem não pediu o direito ao Judiciário pode fazê-lo. Além disso, o endosso do argumento do INSS eliminaria, por exemplo, a possibilidade de candidatos de concursos públicos e participantes de licitações defenderem seus direitos em juízo, exceto em litisconsórcio ativo necessário, que nunca o STF reputou existente. Numa frase, o fato de alguém não exercer seu direito subjetivo não torna ilícito o exercício alheio da mesma faculdade, porque contrário à isonomia. Semelhante interpretação adulteraria o direito à aposentadoria no regime geral num dever, em manifesta subversão do sentido das normas que o instituíram, como se percebe, quando nada, da comparação do benefício em causa com a aposentadoria compulsória do art. 40, § 1º, II, da Constituição.

Outro erro básico do raciocínio criticado encontra-se na má identificação, pelo INSS, da origem do direito aqui defendido. Fala-se no uso do “mesmo tempo para rever seu benefício”. Isso não ocorre. A causa do novo benefício não está no tempo computado para o antigo, mas no tempo de trabalho e sobretudo nas contribuições pagas após a aposentadoria. São tempos e aportes diversos, porque decorrentes de vínculos novos.

Com isso se afasta também o argumento da isonomia material entre os que trabalharam e contribuíram depois de aposentados e os que apenas obtiveram valores, a justo título, da previdência social. Há diferenças claras entre ambas as situações, de modo que o tratamento dispar pode estar justificado no aspecto da justiça isonômica, embora não

necessariamente no da justiça material, em decorrência, por exemplo, da solidariedade que informaria o sistema da previdência social, na visão do recorrente. De qualquer modo, eventual ilicitude do pedido não decorrerá da desigualação arbitrária de pessoas, mas de outras determinações materiais do direito constitucional.

5.6. O falso problema da imprevisibilidade dos custos acrescidos: a falta de previsão concreta até aqui de certa despesa não a torna insuscetível de previsão doravante

Tampouco parece correto o argumento da imprevisibilidade do sistema, acaso deferido o pleito dos recorridos, assim exposto: “inserir a vontade pessoal nesta estatística, para que cada um tenha a chance de obter benefício mais vantajoso a qualquer momento, torna impossível qualquer previsibilidade. [...]. A questão é que se pensa pelo viés do segurado, quando pelo princípio da solidariedade, dever-se-ia pensar através da ótica do montante”. A tese funda-se na premissa de que, “no regime de repartição, não se consideram as chances de determinado trabalhador contribuir durante 35 anos, ou de sofrer um acidente no primeiro ano de trabalho etc; mas verifica-se estatisticamente que é provável que um percentual de trabalhadores do grupo de segurados contribua por 35 anos, enquanto outro percentual sofra acidente laboral e passe a perceber benefício. Os trabalhadores ativos contribuirão com valor que alcance esta expectativa global”.

Com as vênias devidas, o argumento parece equivocado. A demonstração disso depende, antes de mais nada, da separação de dois argumentos tratados um tanto englobadamente em manifestação do INSS. Nela se examinam a tese da imprevisibilidade do sistema atuarial com a natureza dele, isto é, de repartição de benefícios, e não de contas individuais. Embora de algum modo interligados, os tópicos

não se deixam confundir. E a validade de um deles não se beneficia da do outro, porque atendem a diversas normas de regência. Interessa aqui examinar apenas a questão da alegada imprevisibilidade do sistema, decorrente do fato volitivo do segurado. Nessa medida, a tese é improcedente.

Sobretudo em um sistema no qual grande parte das aposentadorias é voluntária, não há fundamento na afirmação de que a vontade do segurado torna imprevisível o gasto com aposentações e assim poria em xeque as bases atuariais da previdência. O caráter voluntário da aposentadoria constitui elemento natural do sistema, e a novidade decorrente de eventual procedência do pedido comporá o rol de expectativas de passivo da autarquia, como outras tantas. Será necessário quantificá-la ou levá-la em conta no cálculo atuarial, como novo elemento. Nem por isso, de estimativa impossível.

Se até aqui a previdência social fundava seus cálculos de aposentadorias requeríveis com valor definitivo, passará a ter de considerar a precariedade da aposentadoria conquistada logo após a reunião dos requisitos mínimos, pois será complementada com alguma frequência estatística por trabalho e contribuições suplementares em busca de nova aposentadoria em melhores condições.

Ainda que em proporções menores, a instabilidade decorrente do exercício da vontade dos segurados já está presente no sistema, tal como considerado pelo INSS. O fator previdenciário é fórmula matemática, por cujo meio se posterga a aposentadoria dos trabalhadores, em função de sua idade: quanto mais jovem o requerente de aposentadoria, menor será seu benefício. Sucede que, também aqui, a vontade do trabalhador é decisiva na fixação do termo inicial do benefício, uma vez implementada a condição mínima para aposentadoria.

Logo, a previsibilidade do sistema fica mantida ou restaurada com a consideração de dois fatos estatísticos: os trabalhadores requererão seu benefício, assim que o possam fazer, e parcela deles prosseguirá no labor em busca do incremento de seu montante.

5.7. Da impossibilidade de se considerarem no caso as consequências de fato como critério de decisão

Ambas as partes e seus coadjuvantes invocaram consequências de fato, em razão das quais a causa deveria ser decidida em seu favor.

O resumo de tais argumentos dá boa mostra das repercussões da adoção de semelhantes parâmetro de decisão de causas.

Num patamar mais baixo da escala, que realmente não se pode, *data venia*, levar a sério, administradores do INSS objetam à procedência da demanda que o deferimento da desaposentação teria como consequência o incremento incivil e permanente do número de atendimentos dos postos da autarquia por todo o País. Ousa-se extrair daí a consequência da vedação ao deferimento do pedido. A tese é absurda: da suposta incapacidade do Executivo de processar a contento os pleitos dos segurados, deve-se indeferir-lhes eventual direito que tenham. O Estado de direito pauta-se pela ordem jurídica, e não pelas deficiências da administração.

Em nível mais adequado à gravidade do debate, as entidades de direito público afirmam que a procedência da demanda teria consequências catastróficas no equilíbrio financeiro de todo o sistema previdenciário dos trabalhadores da iniciativa privada. A ruína é exibida em cifras de alto impacto. Já as entidades ligadas aos trabalhadores contestam as previsões sombrias do poder público, valendo-se de duas ordens de consideração. Indicam, de um lado, que o acréscimo às des-

pesas gerado pela procedência da demanda seria contrabalançado pelas contribuições aportadas ao sistema por tempo maior e pelo fato de que os segurados que continuam a trabalhar demandariam aposentadorias majoradas por menos tempo. A defesa da viabilidade atuarial do pedido adviria também do mero cálculo dos benefícios como se encontram hoje; o sistema já seria superavitário. Por fim, outras entidades representativas dos segurados notam que as alegadas dificuldades administrativas pelas quais o sistema previdenciário passaria decorreriam sobretudo da desvinculação das receitas tributárias, admitida pelas ECs 27, 42 e 68. Bastaria, então, alocar os recursos advindos das contribuições no sistema, para que ele se torne ainda mais exequível do que já o é.

A pura consideração dos efeitos práticos da decisão põe em causa o velho e intrincado problema da orientação de decisões jurídicas por suas consequências práticas¹³. A possibilidade de emprego desse critério como norte de decisões jurídicas tem sido contestada pelos maiores especialistas da metodologia jurídica, domínio onde o tema é mais bem estudado.

A polêmica tem sua razão de ser, por envolver temas fundamentais do direito, como a possibilidade de fundamentação de raciocínio fundado em consequências; a aptidão da função judicante para aferir as consequências sociais de sentenças¹⁴; a divisão entre a jurisdição constitucional e a comum¹⁵; segurança jurídica¹⁶ etc.

¹³ *Folgenorientierung* é o termo geralmente empregado pela doutrina alemã para designar o problema.

¹⁴ Muitos autores, entre os quais LARENZ, ob. cit. na nota 1, p. 349, e PAWLOWSKI, *Einführung in die Juristische Methodenlehre*. 1. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, 1986, p. 174, n. 324, acentuam que o processo desenvolvido perante o Judi-

Pawlowski parece ter formulado a melhor objeção à aceitação das consequências de fato na determinação do conteúdo do direito, em especial no que tange à controvérsia deste caso: existe diferença fundamental entre os parâmetros de julgamento de pessoas comprometidas com critérios de resultados – como os empresários – e o juiz, cujo parâmetro é a ética¹⁷. Daí a rejeição das repercussões de fato como critério determinativo do direito. O máximo admitido nesse campo é a comparação das consequências jurídicas de certa alternativa com as de outras relações jurídicas inquestionáveis, de sorte a verificar se se encaixam no todo harmônico de um ramo do direito¹⁸.

ciário não constitui o instrumento tecnicamente adequado à determinação das consequências da sentença.

¹⁵ Para LARENZ, ob. cit. nota 14, p. 349, apenas a jurisdição constitucional pode valer-se das consequências para a determinação do sentido da Constituição, em decorrência não apenas da estrutura mais aberta das normas constitucionais, mas também dos problemas que lhe são trazidos. O mesmo não se passaria com a jurisdição comum. Em sentido algo diverso, PAWLOWSKI, ob. cit. nota 14, p. 176, n. marginal 325.

¹⁶ BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. Aufl., Wien: Springer, 1991, p. 457 e 458, afirma que o *argumentum ad absurdum* constitui “procedimento de eliminação” de “variantes de interpretação ainda em aberto”. Cuida-se de raciocinar segundo as consequências da decisão. Para o mencionado autor, a validade desse procedimento decorre de “princípio central da Justiça” – a segurança jurídica –, destruída sempre que o Judiciário adota solução repelida pelo “consenso axiológico da comunidade jurídica”. Isso porque, ao validar uma “variante de interpretação” que consagra “consequências geralmente valoradas como inaceitáveis”, o juiz impede que o leigo tenha acesso ao direito e assim o impede de agir em conformidade com ele, até por desconhecê-lo. Resultado hermenêutico diverso do geralmente aceito pela comunidade jurídica afetaria a segurança jurídica, pois ninguém passaria a ter certeza do direito.

¹⁷ Ob. cit. nota 14, p. 173-174.

¹⁸ PAWLOWSKI, ob. cit. nota 14, p. 175, n. 325: “esses mal-entendidos decorrem de não se distinguirem as ‘consequências sociais’ das ‘consequências para o siste-

Parece, assim, expletivo – se não impossível – verificar na via do recurso extraordinário quais as repercussões de fato da decisão a ser aqui tomada. Eventual dificuldade financeira do sistema, decorrente da aplicação do direito ao caso, haverá de ser arcado com os mecanismos habituais de salvaguarda dos fundos de natureza atuarial, como as clássicas elevação das contribuições, a diminuição dos já módicos

ma jurídico’. No último caso, não se trata propriamente de consequências, mas de ‘pressupostos’ de decisões: quando para resolver problema determinado, mas (ainda) não regulado em normas escritas preexistentes, o tribunal (ou um jurista) há de formular uma nova regra, ele, como geralmente reconhecido, não a pode ‘impor’ arbitrariamente. Ao contrário, deve legitimá-la com parte do direito positivo – ‘deduzi-la’ do direito. Para tanto, não basta expor as ‘consequências sociais’ como ‘desejáveis’ na concepção do tribunal. Ele deve, ao reverso, provar que a nova norma é compatível com as preexistentes – que ela se ‘encaixa’ na sistemática preexistente de um ramo do direito, que ela não contraria as distinções dogmáticas reconhecidas etc. O ‘desenvolvimento do direito’ não pode conduzir a uma contradição no sistema jurídico preexistente; ao contrário, ela deve contornar uma ‘contradição’ existente. [...]. Neste, assim como noutros casos, as consequências sociais’ ou os ‘desdobramentos’ da decisão permanecem fora de cogitação” (“Diese Mißverständnisse beruhen vielfach darauf, daß man nicht zwischen den ‘sozialen Folgen’ und den ‘Folgen’ für das Rechtssystem unterscheidet. Bei letzteren handelt es sich nämlich nicht um ‘Folgen’, sondern um ‘Voraussetzungen’ der Entscheidungen: Wenn ein Gericht (oder ein Rechtswissenschaftler) bei der Lösung eines bestimmten Problems, das (noch) nicht durch die vorhandenen (geschriebenen) Normen geregelt ist, eine neue Norm formulieren muß, so kann es diese, wie allgemein anerkannt, nicht willkürlich ‘setzen’. Es muß sie vielmehr als Bestandteil des geltenden Rechts ausweisen – sie aus dem Recht ‘ableiten’. Dafür genügt es nicht, daß sich die ‘sozialen Folgen’ von den Vorstellungen des Gerichts her als ‘wünschbar’ darstellt. Es muß vielmehr nachweisen, daß die neue Norm mit den vorhandenen Normen vereinbar ist – daß sie in die vorhandene Systematik des Rechtsgebietes ‘paßt’, den anerkannten dogmatischen Unterscheidungen nicht widerspricht usf. Die ‘Rechtsfortbildung’ darf nicht zu einem ‘Widerspruch’ im vorhandenen System führen, sie muß vielmehr einen bestehenden Widerspruch beseitigen. [...]. Und dabei müssen ebenso wie in anderen Fällen die ‘sozialen Folgen’ bzw. die ‘Spätfolgen’ der Entscheidung außer Betracht bleiben”).

benefícios, o recrudescimento do fator previdenciário ou a combinação de várias dessas medidas.

O endosso do ponto de vista das autoridades públicas levaria, afinal de contas, à virtual indenidade do fisco, inclusive o previdenciário, contra as pretensões dos cidadãos desta República. Tudo aquilo que altere as alocações de recursos orçamentários ou demande novos aportes estaria, por isso mesmo, vedado. Pouco disso tem que ver com o Estado de direito.

5.8. Da inexistência de ofensa ao direito adquirido: o Estado não é, em geral, detentor de direitos fundamentais

O primeiro dos argumentos do recurso extraordinário está em que o acórdão recorrido afrontaria o art. 5º, xxxvi, da Constituição, isto é, desrespeitaria o direito adquirido.

O argumento parece, com todas as vênias, de manifesta improcedência neste caso.

O óbice fundamental à tese do recorrente está em que o poder público não é, em princípio, titular de direitos fundamentais¹⁹. Daí que

¹⁹ A configuração particular do caso dispensa saber se tal princípio também vale para os casos nos quais a entidade de direito público invoque direitos fundamentais das pessoas que devem ser beneficiadas pelo exercício de sua competência em juízo ou fora dele, assim como se vale igualmente para os casos nos quais entidades de direito público os podem invocar contra a organização central, como na defesa da liberdade científica e de informação. PIEROTH e SCHLINK notam: “em certos casos, o Tribunal Constitucional vê o *substrato pessoal* [dos direitos fundamentais] também nas pessoas jurídicas de direito público. Quando ‘instituições do Estado defendem direitos fundamentais em seu domínio, no qual são independentes do Estado, elas devem ser ‘diretamente entendidas como integrantes do âmbito existencial protegido pelo direito fundamental’. Fala-se então também na assunção de seus

não pode invocar a referida garantia contra o particular. Os direitos fundamentais são normas definidas pela outorga de garantias contra o Estado, nos clássicos direitos negativos. O advento dos modernos direitos fundamentais a prestações, à proteção e às garantias institucionais não alterou os termos do problema. Também neles, o particular é o titular do direito, enquanto o Estado, o sujeito obrigado, para empregar a linguagem da teoria geral do direito. Segundo a fórmula deliberadamente concisa de *Pieroth* e *Schlink*, nisso está “o conceito comum dos direitos fundamentais: eles são direitos do indivíduo e obrigam o Estado”²⁰.

Tal definição dos direitos fundamentais encontra-se consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na medida em que hoje integra a *ratio* da Súmula 654: “a garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado”. Entre os diversos precedentes da cadeia jurisprudencial que gerou aquele enunciado, encontra-se o seguinte julgado do Tribunal: “o princípio insculpido no

direitos fundamentais” (*Grundrechte Staatsrecht II*. 26. ed., Heidelberg: Müller, 2010, p. 44, n. 174, com indicação dos seguintes julgados do Tribunal Federal Constitucional alemão: *BVerfGE* 31, p. 314 (322); vol. 39, p. 302 (314) e vol. 61, p. 82 (103): “In bestimmten Fällen sieht das BVerfG das *personale Substrakt* auch bei der juristischen Personen des öffentlichen Rechts gegeben. Wenn ‘Einrichtungen des Staats Grundrechte in einem Bereich verteidigen, in dem sie vom Staat unabhängige sind, sind sie ‘unmittelbar dem durch die Grundrechte geschützten Lebensbereich zuzuordnen’. Die Rede ist insoweit auch von der Wahrnehmung seiner Grundrechte”). Assim, a jurisprudência daquele Tribunal admite que as universidades defendam o direito fundamental da liberdade científica de seus membros e que as estações públicas de radiodifusão aleguem a liberdade de informação de seu público e a liberdade de comunicações.

²⁰ Ob. cit. na nota 19, p. 14, n. 45: “Fasslich wird dabei der *gemeinsame Begriff* der Grundrechte: Sie sind Rechte des Individuums und verpflichten den Staat”.

inciso xxxvi do art. 5º da Constituição (garantia do direito adquirido) não impede a edição, pelo Estado, de norma retroativa (lei ou decreto) em benefício do particular”²¹. A razão é evidente: o direito fundamental não socorre o Estado; representa, antes, garantia contra suas ações e omissões.

Sobre não ser, em geral, titular de direito fundamental, o Estado não o pode invocar para restringir direito do particular. Tal inversão teleológica do direito constitucional da espécie citada é inadmissível. Assim, dele não se pode extrair a consequência jurídica consistente em se impedir a fruição de determinado direito pela parte privada. Talvez isso decorra de outras normas da Constituição, mas não da garantia referida. As tentativas nesse sentido sempre foram rechaçadas em precedentes dessa Casa²².

O raciocínio aludido não implica dizer que o Estado jamais possa invocar norma de direito fundamental, como a que protege o direito adquirido, especialmente em recurso extraordinário. Uma distinção nesse domínio é crucial. O Estado pode deduzir, em seu favor, a existência de afronta à norma de direito adquirido, quando erroneamente aplicada em prol do particular, ou seja, sempre que a sentença a hou-

²¹ RE 184 .099, rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI.

²² HC 72.046, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE: “*Habeas-corpus*: legitimação ativa do Ministério Público: utilização abusiva contra o interesse do paciente: não conhecimento. A legitimação do Ministério Público para requerer “*habeas-corpus*” é um poder a ser utilizado segundo a destinação própria do instrumento processual, qual seja, a de garantir a liberdade de locomoção ilicitamente coarctada ou ameaçada: utilizar-se o Ministério Público de “*habeas-corpus*” - ainda que em nome da melhor interpretação da lei -, para alcançar objetivos potencialmente lesivos a liberdade do cidadão é caso típico de abuso de poder, com o qual não transige o Tribunal (v.g., HC 69.430, 2. T., NÉRI, *Lex* 176/373 e RTJ 145/863; HC 69.889, 1. T., C. MELLO, RTJ 147/233)”.

ver aplicado em caso no qual não incide. Ao poder público não é dado, contudo, invocar regra de direito fundamental em seu benefício direto. O Estado não deve fundar sua pretensão contra o particular no direito fundamental; pode apenas dizer que a pretensão da pessoa privada nele alicerçada não é lícita, porque tal direito não a beneficia. Por não ser, em princípio, titular de direito fundamental, o Estado pode, máximo, afirmar-se desobrigado de cumprir determinado dever, se ilicitamente derivado pelo particular de direito fundamental não incidente no caso. O critério é, portanto, o da titularidade do direito fundamental.

O problema posto no processo enquadra-se na segunda ordem de consideração. O segurado não funda sua pretensão em direito adquirido. Logo, o INSS não o pode contrapor ao particular. Por ser apenas sujeito obrigado a não alterar a aposentadoria inicial em detrimento do segurado, o INSS não tem como opor tal direito à estabilidade jurídica a seu titular, que a dispensa em busca de benefício melhor.

5.9. Do argumento da solidariedade da previdência social como autorizador da limitação legal

Deixou-se intencionalmente para o final do texto o argumento mais ponderável do recurso extraordinário: o caráter solidário da previdência social emprestaria fundamento de validade para a limitação legal das vantagens auferíveis pelos aposentados, apesar de sua contribuição ser vertida na mesma proporção dos demais segurados.

5.9.1. Uma contradição e um desvio de perspectiva na defesa das entidades de direito público

Impossível iniciar o exame desse capítulo da discussão, sem anotar a contradição entre algumas manifestações do poder público no

processo. A tese central do recorrente está em que o caráter solidário da previdência social autorizaria o desequilíbrio entre as quantias aportadas pelo segurado ao sistema e o benefício que dele auferir. Paradoxalmente se lê, entretanto, nos embargos de declaração do INSS junto ao TRF4: “após beneficiar-se da primeira opção (aposentadoria antecipada), a parte autora pretende também beneficiar-se da segunda (aposentadoria integral), deixando o ônus inteiramente com a parte ré (INSS). Ocorre que, em razão do caráter sinalagmático e legalmente vinculado da relação previdenciária, tal obrigação não pode ser imposta em prejuízo do réu sem [...] previsão legal” (f. 152 do STJe).

Dois reparos são aqui inevitáveis a essa ordem de raciocínio.

Ou bem há caráter sinalagmático, mínimo que seja, ou bem não há. A bilateralidade é da definição de sinalagma, de sorte que o argumento do equilíbrio entre prestações não pode beneficiar apenas uma das partes, como a autarquia parece querer. Acaso existente, o sinalagma invocado pelo INSS deve operar contra ele, de modo a impor-lhe prestar algo em troca da contribuição que cobra.

Ademais, a afirmação recursiva de que pessoas se aposentam de forma prematura ou antecipada justificaria a retirada de alegados direitos à melhora de benefícios. Do ponto de vista jurídico, a dicotomia não se estabelece em termos de inatividade precoce ou tempestiva, mas em termos de licitude: há aposentadorias válidas e aposentadorias ilícitas. Logo, um ato válido – aposentadoria com certa idade – não pode ser assimilado à ilicitude pela administração, para se negar eventual direito ao segurado. Motivos previdenciários outros podem justificar o tratamento discutido, mas não se pode em absoluto degradar o direito de aposentadoria de trabalhador a algo nocivo ao sistema ou a

quase uma ilegalidade, de que se extraem consequências negativas para o segurado.

5.9.2. A tese fundamental de defesa

Eis os trechos cruciais do recurso extraordinário, entremeados pela reprodução dos arts. 40, 194, V e VI, e 195 da Constituição:

Mas haveria alguma inconstitucionalidade na previsão de contribuições sem contrapartida em benefícios diretos para o contribuinte? A resposta é negativa. A existência de contribuintes para o sistema (e não para si) possui base constitucional. Confirmam-se os dispositivos sobre o princípio, considerado “um postulado fundamental do direito da seguridade social” (Martins), o princípio da solidariedade, solidarismo ou mutualismo:

.....

São diferentes as categorias de segurado, contribuinte e beneficiário. Nem todos os segurados são contribuintes (ex.: segurado desempregado, durante o período de graça), nem todos os contribuintes são segurados (ex. empregador), nem todos os beneficiários são segurados (ex. dependentes), e nem todos os segurados são potenciais beneficiários de qualquer benefício (ex. os que não reúnem os requisitos, os que já estão aposentados).

Com essa afirmativa se pretende demonstrar que a obtenção de benefícios, ou de algumas espécies de benefícios, não é consequência automática e necessária da condição do recolhimento de contribuições.

Como a Constituição Federal (arts. 194 e 195 e 40) estabelece a participação solidária, é perfeitamente lógica a existência de contribu-

intes que não sejam beneficiários, isto é, que não tenham direito a usufruir de benefícios previdenciários.

.....

Assim, o contribuinte em gozo de aposentadoria pertence a uma espécie que apenas contribui para o custeio do sistema, não para a obtenção de aposentadoria.

Em abono desse ponto de vista, rememora-se o fato de que o STF reputou constitucional a cobrança de contribuição previdenciária dos servidores públicos aposentados²³.

5.9.3. Da irrelevância do art. 40 da CR para a solução do caso

O art. 40 da CR não se aplica ao caso, pois ali se disciplina o regime previdenciário de caráter contributivo dos “servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Aqui se discute a previdência social de trabalhadores da iniciativa privada. O âmbito de incidência do art. 40 não se estende até este caso.

5.9.4. Da impossibilidade da extração de deveres de particulares a partir de seus direitos constitucionais desenvolvidos na legislação

A aproximação do tema deve principiar pelo desbaste daquilo que, *data venia*, parece impertinente à solução do impasse.

A indagação posta nestes autos, perdoe-se a nova rememoração, versa sobre a licitude da cobrança de contribuição de aposentados, com a contrapartida atenuada de benefícios, dos quais se exclui a me-

²³ ADI 3.105.

lhora da aposentadoria. É esse sistema – e não outro – que está em causa²⁴.

A questão tem, assim, perfil muito assemelhado aos clássicos direitos fundamentais, entendidos como direito subjetivo do particular oponível ao Estado²⁵. Em outros termos, cuida-se de saber se o Estado pode exigir algo do particular, na situação descrita na lei. Essa verificação de caráter banal tem repercussão relevante no caso. A verificação de que a Constituição ou a lei imputou a certos fatos consequências jurídicas favoráveis aos particulares não implica a conclusão de que o reverso seja verdadeiro, isto é, que a lei esteja autorizada a imputar consequências lesivas aos particulares, apenas porque tudo se passa no mesmo contexto. Pode ocorrer que a Constituição tenha deferido aos particulares prerrogativas não perfeitamente simétricas com os deveres que permita impor-lhes. A analogia com o processo penal parece reveladora dessa verdade: a ampla defesa do réu permite-lhe raio de ação superior ao da acusação, como se vê, por exemplo, no emprego do *habeas corpus* ou de recursos outros privativos da defesa. Nem sempre quando confrontados, particular e Estado dispõem dos mesmos direitos. A Constituição pode dar ao particular mais garantias do que as prerrogativas que outorga ao Estado, como ocorre na seara tributária.

Assim, nada segue em termos de abonação da norma aqui questionada do fato de a lei prescrever a manutenção da qualidade de segurado pelo trabalhador desempregado, até porque isso decorre de seu dever de proteger o trabalhador em situação de desemprego involuntário, em virtude do art. 201, III, da CR. O mesmo pode ser dito, em relação

²⁴ Cf. o tópico 5.

²⁵ Cf. o tópico 5.8.

aos dependentes, cujo dever de proteção também decorre da letra expressa do art. 201, I, IV, e V, da CR. Portanto, a existência das categorias de segurados (ainda) não contribuintes e de beneficiários não contribuintes nada prova, quanto à espécie de pessoas em causa. Há regras distintas na Constituição para tais situações.

Um pouco diversa é a situação dos contribuintes não segurados, cujo exemplo evidente é o empregador. Também aqui o paralelismo com os aposentados contribuintes é impróprio, em virtude de norma constitucional. O dever de contribuir imposto a quem não se beneficia do sistema previdenciário, como o empregador enquanto tal, também decorre do teor literal do art. 195, I, da CR. Então, nada prova a respeito da vedação de melhora da aposentadoria por parte de pessoas que contribuem para a previdência.

A última das categorias referida na defesa autárquica compõe-se dos “segurados” que não “são potenciais beneficiários de qualquer benefício”, subdivididos entre os “que não reúnem os requisitos” e os “aposentados”. O gênero é incongruente, quanto à primeira espécie, pois quem ainda não detém todas as condições para a aquisição de direito previdenciário é, por definição, potencial beneficiário. Já os aposentados parecem constituir espécie, cuja autonomia há de ser provada ao final do raciocínio, e não ser dada como existente à sua partida. Noutras palavras, a afirmação da ocorrência de segurados sem expectativa de benefícios é petição de princípio. Incumbia ao poder público demonstrar seu apoio em normas jurídicas, ao invés de deduzir sua validade, a partir de sua classificação meramente teórica²⁶.

²⁶ Tem-se aí procedimento típico da jurisprudência dos conceitos, que pretendia extrair normas de conceitos doutrinários.

Além dos erros indicados, a defesa das entidades de direito público parece equivocar-se na identificação do tema em debate. Disso deflui, por sua vez, a inadequação dos argumentos deduzidos contra o segurado.

5.9.5. *Da má identificação do tema em debate pela advocacia pública*

As entidades federais presentes na lide asseveram que o caráter solidário de todo o sistema previdenciário permitiria ao legislador ampliar seu financiamento, até mediante a imposição de obrigações tributárias a quem não se beneficia das prestações previdenciárias. Daí extraem a conclusão de que a solidariedade previdenciária legitimaria a cobrança de contribuição integral dos aposentados, com contraprestação excludente da melhora das condições da inatividade.

Até em face do art. 195, § 4º, da CR, parece evidente que o legislador pode apontar como contribuintes mesmo pessoas não beneficiárias das prestações da previdência social, de que as empresas são o exemplo por excelência. A limitação à instituição de novas fontes não diz com o chamado aspecto pessoal da hipótese de incidência, mas com sua estrutura. O fato gerador da obrigação tributária não pode coincidir em substância com os impostos discriminados na Constituição. Já se percebeu, no Brasil como no estrangeiro, que semelhantes portas abertas a novas fontes de receita alteram em parte a natureza tributária do financiamento da previdência, que tende a se dar por meio de um imposto geral de índole social, em substituição ou em paralelo a verdadeiras contribuições²⁷. Desde que respeitados os marcos

²⁷ Na experiência alemã, por exemplo, REUTHER, Florian. *Verfassungsrechtliche Determinanten für die Bemessung in der sozialen Kranken- und Pflegeversiche-*

formais indicados no art. 154, I, da CR, nada a opor a tal procedimento no direito positivo brasileiro. Por isso, um dos *amicie curie* equivoca-se no apontar como inválida a substituição de contribuições por imposto nesse financiamento. Em si mesma e sem mais, a substituição aludida é, em princípio, tema do legislador ordinário.

Sucedem que o problema realmente posto pelo caso não tem que ver com a licitude da expansão do financiamento da seguridade social por pessoas que dela não se beneficiam, como logo se verá.

5.9.6. Do real problema posto pelo caso: a configuração legislativa da relação jurídica do aposentado de volta ao trabalho

Aqui está o ponto crucial do debate de mérito, a desaposentação não demanda saber se pessoas não beneficiadas por prestações previdenciárias podem ser chamadas a contribuir para o financiamento da seguridade social.

A pergunta a ser respondida neste processo é outra e consiste em determinar se os aposentados, que voltam a laborar e contribuem para a seguridade social em mesma proporção que os demais trabalhadores, podem ter menos direitos do que seus colegas que não percebem aposentadoria. Ao menos na configuração do caso, o debate não diz respeito à licitude de se exigir contribuição dos aposentados que voltem a trabalhar; ele versa sobre o conteúdo dessa relação jurídica tributária decorrente do adimplemento da contribuição. Não se trata de saber da licitude da contribuição, mas da validade do conteúdo dessa relação. Não é a existência da obrigação

rung. In: DEPENHEUER, Otto; HEINTZEN, Markus. JESTAEDT, Matthias; AXER, Peter. *Nomos und Ethos: Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002, p. 435-466 (p. 443), com indicações bibliográficas.

de contribuir que está em causa, mas o modo como estruturada na lei que se questiona.

5.9.7. As determinantes constitucionais para o exercício da competência impositiva de contribuições previdenciárias

Independentemente de saber se o direito comparado é o quinto elemento do cânone hermenêutico, ao lado da interpretação gramatical, histórica, sistemática e teleológica, a experiência estrangeira ajuda na decisão do caso, ao decompor as diversas determinantes constitucionais do conteúdo e dos limites das contribuições previdenciárias²⁸.

A sistematização alemã das determinantes constitucionais das contribuições previdenciárias facilita a solução do caso, em virtude de

²⁸ Os propósitos deste escrito dispensam a tomada de posição na polémica sobre o carácter do direito comparado, pois ambas as correntes advertem para seus perigos e importa estar ciente deles. HÄBERLE [Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – Zugleich zur Rechtsvergleichung als “fünfter Auslegungsmethode”. In: _____. *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*. Berlin: Duncker & Humblot, 1992, p. 27-44 (p. 36 e segs.)] defende a admissão da comparação, em especial dos direitos fundamentais, como o quinto método de interpretação do cânone hermenêutico fundado por SAVIGNY, como o desdobramento coerente da sedimentação das características do tipo do Estado constitucional. Contra, mesmo nos direitos fundamentais, por exemplo, KARL-PETER SOMMERMANN [Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung. In: MERTEN, Detlef; PAPIER, Hans-Jürgen. *Handbuch der Grundrechte*. Heidelberg: CF Müller, 2004, v. 1, § 16, p. 631-678 (p. 654 e 659-660, n. 39 e 51)], para quem a comparação careceria de “significado constitutivo” na interpretação. Funcionaria antes como “adjutora da interpretação”, por meio da consideração de experiências estrangeiras. Tal enriquecimento da argumentação do intérprete não alteraria o método de interpretação, quer por a comparação se inserir em algum dos quatro critérios do cânone – interpretação literal, sistemática, histórica e teleológica –, quer por representar “procedimento tópico”, isto é, orientado para o problema ou para o caso.

sua clareza conceitual e, por isso, será empregada como método de análise do direito nacional.

Deve-se objetar aqui às manifestações da advocacia pública quanto ao uso do princípio da solidariedade da previdência social como argumento demasiado amplo de ataque à desaposentação. Vale aqui a crítica de Reuther da prática similar no direito comparado: “numa observação mais de perto, o princípio da solidariedade mostra-se como fórmula genérica pobre de conteúdo, sem esqueleto jurídico, que assinala, na melhor das hipóteses, a fixação das contribuições pelo valor dos ganhos dos trabalhadores e não do risco securitário, mas não auxilia em sua legitimação”²⁹. São necessários, portanto, critérios mais estritos de solução do caso.

Ao final da exposição, ver-se-á que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal coincide nos aspectos aqui discutidos com a do Tribunal Constitucional Federal alemão. A convergência de dois órgãos jurisdicionais na solução preconizada abaixo aumenta-lhe a possibilidade de acerto. Curioso notar que a convergência do entendimento do STF e do TCF alemão se deu com bases normativas de estrutura diferente. O STF extraiu suas conclusões a partir de nossa densa disciplina constitucional tributária, ao passo que o TCF alemão operou nesse domínio com base apenas em dois direitos fundamentais – a igualdade

²⁹ REUTHER, ob. cit. na nota 27, p. 460, embora em contexto diverso: “Bei näherer Betrachtung erweist sich das ‘Solidaritätsprinzip’ indes als inhaltsarme Großformel ohne rechtliches Skelett, welches allenfalls die Bemessung nach dem Arbeitseinkommen im Gegensatz zu der nach dem Versicherungsrisiko bezeichnet, nicht aber zu deren Rechtfertigung beiträgt”.

e a liberdade geral –, dada a escassez de normas na Lei Fundamental a respeito do tema³⁰.

A doutrina alemã catalogou as determinantes constitucionais das contribuições em dois grandes grupos. De um lado, tem-se o aspecto de quem pode ser chamado a financiar a seguridade social; de outro, há os aspectos relativos ao conteúdo dessa relação de financiamento e de contraprestações³¹. Ambas desdobram-se em elementos adiante considerados, na medida da necessidade do caso.

³⁰ REUTHER, ob. cit. na nota 27, p. 435-436: “a dimensão da contribuição é tema inicialmente do direito ordinário. A Lei Fundamental fornece, contudo, nos dispositivos específicos da seguridade social, [...], uma moldura; disciplina constitucional na densidade das normas financeiras do capítulo 10 não existem. São, contudo, em especial os direitos fundamentais, nomeadamente a liberdade geral [...] e a igualdade geral [...] da Lei Fundamental, que determinam a dimensão da contribuição. Seu âmbito de proteção está em causa: o dever de contribuir e seu pressuposto coativo de inserção no sistema de seguridade social representam interferências que carecem de justificação constitucional e que não de satisfazer as exigências da isonomia” (“Die Beitragsbemessung ist zunächst Gegenstand des einfachen Rechts. Das Grundgesetz gibt in den spezifischen Vorschriften zur Sozialversicherung, Art. 74 Abs 1 Nr. 12 GG, einschlußweise Art. 120 Abs 1 S. 4 – ‘soziale Versicherungsträger’, zwar einen Rahmen; verfassungrechtliche Regelungen in der Dichte der Finanzverfassung des zehnten Abschnitts bestehen indes nicht. Es sind jedoch insorderheit die Grundrechte, namentlich die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG sowie der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG, welche die Beitragsbemessung determinieren. Ihr Schutzbereich ist eröffnet: Die Beitragspflicht und die ihr vorausgehende, zwangsweise Einbeziehung in die Sozialversicherung bilden Eingriffe, die der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfen und den Anforderungen des Gleichheitssatzes Genüge tun müssen”).

³¹ REUTHER, ob. cit. na nota 27, p. 443 e 452.

5.9.8. A determinante constitucional relativa à eleição dos contribuintes para a previdência social

Embora não pareça o aspecto verdadeiramente em causa aqui³², inicie-se o exame do problema pelo aspecto posto em discussão pelas entidades de direito público: os aposentados podem ser chamados a contribuir para a previdência social.

Nem processualmente essa verdade parece ser impugnada no caso. O segurado nunca pede para se ver exonerado da contribuição. Ao contrário, pede que ela seja considerada para a melhora das condições de aposentadoria.

Decorre até da própria letra do art. 195, II, da CR que os aposentados de retorno ao trabalho devam contribuir para o sustento da seguridade social. A qualificação de tais pessoas como aposentados gera alguma confusão. Para o fim da citada norma constitucional, quem volta à atividade laboral remunerada trabalhador é; assim, subsume-se ao inciso mencionado e se incluiu entre os contribuintes da previdência social. A pessoa pode ser considerada aposentada, em relação ao benefício oriundo de vínculos extintos, mas é trabalhador, no que diz com a relação jurídica nova.

Resta saber em qual qualidade o trabalhador passa a contribuir para a previdência social. Ao menos *prima facie*, duas possibilidades abrem-se aqui. Ele pode ser considerado um contribuinte em sentido estrito, decorrente do art. 195, II, ou pode ser tido como contribuinte no sentido amplo do art. 195, § 4º, da CR. É preciso saber se o aposentado que retoma o trabalho será devedor de contribuição de seu inte-

³² Cf. os tópicos 5.9.5 e 5.9.6.

resse ou será muito mais sujeito passivo de “imposto social”, de cujo pagamento não lhe decorrem vantagens pessoais.

Três motivos parecem concorrer para a definitiva assimilação do trabalhador à categoria dos contribuintes em sentido estrito da seguridade social. Em primeiro lugar, seria ilógico que a Constituição moldasse protetivamente toda a estrutura da contribuição dos trabalhadores e os apontasse como contribuintes, tal como se vê nos pormenores do art. 195, II, mas o legislador pudesse ulteriormente qualificá-los como contribuintes alheios aos benefícios, sujeitos ao tributo, por força do art. 195, § 4º. Além de ilógico, inserir os aposentados de volta ao trabalho na hipótese do § 4º seria inconstitucional, por atentar contra a parte final do art. 195, II, que imuniza de contribuição as quantias recebidas como benefício previdenciário do regime geral. A subsunção ao § 4º teria como consequência a tributabilidade também desses valores. Ademais, o próprio legislador, no art. 18, § 2º, da Lei 8.213 já o incluiu no rol dos contribuintes em sentido estrito, por lhe deferir alguns benefícios. Não se trata, nem na lei, de contribuinte alheio aos benefícios do sistema.

Segue-se daí a primeira consequência para o teste de constitucionalidade do art. 18, § 2º, da Lei 8.213. Após notar que a igualdade é o ponto de partida para a fixação de contribuições previdenciárias, Reuther sintetizou a jurisprudência de seu país: “integrantes contribuintes [da previdência social], em virtude da Constituição, também devem ser segurados com direitos a prestações”. A ementa de um dos principais julgados do TCF alemão consigna que “a contribuição só pode ser exigida como ônus adicional de um indivíduo, se se fundar em uma causa especial, capaz de resistir aos princípios financeiros constitucionais e

à exigência de igualdade de todos os cidadãos perante os ônus públicos”³³.

O primeiro passo – embora não decisivo, nem fundamental no caso³⁴ – do teste escalonado de validade do art. 18, § 2º, da Lei 8.213 diz com a licitude da tributação dos trabalhadores aposentados que retomam vínculos laborais. A resposta parece ser favorável ao poder público, porque tais pessoas recebem da previdência social duas espécies de contraprestação, a saber, o salário-família e a reabilitação profissional. Estabeleceu-se, assim, o nexo de proximidade entre o fato gerador do tributo e o contribuinte. Ele desembolsa valores em troca de alguma prestação de serviço estatal.

Superada a dificuldade da eleição dos trabalhadores outrora de todo aposentados como contribuintes, deve-se passar ao escrutínio da validade da norma legal, em face das demais determinantes constitucionais das contribuições relativas ao conteúdo da relação previdenciária.

5.9.9. Determinantes constitucionais no dimensionamento de contribuições previdenciárias

As determinantes constitucionais do dimensionamento em sentido estrito das contribuições previdenciárias podem decorrer de preceitos específicos dessa modalidade tributária, mas também da igualdade geral.

³³ BVerfGE 55, 274; confirmando a necessidade de proveito especial para o contribuinte como causa para a cobrança de contribuição o julgado BVerfG 93, 319, no qual declarada a constitucionalidade de exação imposta a quem se utiliza de águas públicas.

³⁴ Cf. os tópicos 5.9.5 e 5.9.6.

“*Sedes materiae* para o dimensionamento em sentido estrito das contribuições é a regra da isonomia geral”, notou Reuther³⁵. Aplicada ao campo de estudo em causa, a igualdade impõe-se à disciplina das contribuições, em três aspectos: na relação entre a contribuição e a prestação securitária; na relação entre os contribuintes na perspectiva de sua participação no ônus de financiamento da seguridade social e na congruência sistemática³⁶. Os dois primeiros aspectos mostram-se decisivos no presente caso.

5.9.9.1. A determinante constitucional pertinente à relação entre o tributo prestado e a contraprestação auferida

A jurisprudência do STF parece mais avançada em relação à do TCF alemão, no que tange à identificação de situações em que verificado o desrespeito às diretivas constitucionais das dimensões das contribuições. O STF retirou mais consequências do caráter contributivo do tributo mencionado do que seu homólogo alemão, que controla a validade de leis sobretudo pelo respeito do padrão indireto da isonomia.

Em mais de uma oportunidade, o Supremo Tribunal Federal já asse-ntou o caráter contributivo e retributivo da espécie tributária discuti-da, de sorte que a cobrança deve ter causa a legitimá-la; na hipótese, uma prestação previdenciária:

³⁵ REUTHER, ob. cit. na nota 27, p. 452: “*Sedes materiae* für die Beitragsbemes-sung im engeren Sinne bildet der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs 1 GG”, com indicação de outros autores no mesmo sentido.

³⁶ REUTHER, ob. cit. na nota 27, p. 452.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - MAJORAÇÃO PERCENTUAL - CAUSA SUFICIENTE - DESAPARECIMENTO - CONSEQUÊNCIA - SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. O disposto no artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, segundo o qual “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio”, homenageia o equilíbrio atuarial, revelando princípio indicador da correlação entre, de um lado, contribuições e, de outro, benefícios e serviços. O desaparecimento da causa da majoração do percentual implica o conflito da lei que a impôs com o texto constitucional. [...] ³⁷.

O REGIME CONTRIBUTIVO É, POR ESSÊNCIA, UM REGIME DE CARÁTER EMINENTEMENTE RETRIBUTIVO. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL (CF, ART. 195, § 5º). CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOCIAL SOBRE PENSÕES E PROVENTOS: AUSÊNCIA DE CAUSA SUFICIENTE.

- Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou a majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver, necessariamente, correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, nem benefício sem contribuição. Doutrina. Precedente do STF ³⁸.

A transgressão a essa diretiva constitucional é o primeiro motivo da invalidade do art. 18, § 2º, da Lei 8.213, pois ali praticamente se su-

³⁷ ADI 790, rel. Min. MARCO AURÉLIO.

³⁸ ADMC 8 e a ADI 2.010, rel. Min. CELSO DE MELLO, com redações iguais, na parte aqui reproduzida.

primem as vantagens deferidas pelo sistema previdenciário em prol dos segurados, quando retornam ao trabalho após aposentadoria.

É certo que, no normal dos casos, é difícil aferir o desequilíbrio entre os aportes e os benefícios, dada a fluidez do parâmetro, a ponto de a doutrina comparada criticar a jurisprudência constitucional alemã, por não dar critérios de justiça comutativa para fixar a relação válida entre a contribuição e o benefício³⁹.

A objeção é, entretanto, inadequada ao caso, porque o legislador brasileiro parece ter, no ponto, ensaiado apenas um simulacro de retribuição previdenciária à contribuição dos desaposentados. O art. 18, § 2º, da Lei 8.213 garante-lhes dois benefícios de raríssima, se não nula, incidência em sua situação. Por força do art. 66 da Lei 8.213, o salário-família é pago apenas aos segurados que tenham filhos menores de 14 anos. Mas as pessoas aposentadas não costumam satisfazer tal condição, por óbvia razão etária. Algo similar passa-se com a reabilitação profissional, destinada a “proporcionar ao beneficiário incapacitado [...] os meios para participar do mercado de trabalho e do contexto em que vive”, nos termos do art. 89 da lei citada. O número de pessoas aposentadas que voltam a trabalhar, tornam-se incapaz e se reabilitam para continuar no mercado de trabalho é desprezível no contexto da previdência social, quando comparado com os ingressos auferidos pela tributação em causa. A razão é evidente: a pessoa tornada incapaz, mas detentora de aposentadoria, abandona para sempre o trabalho, não se reabilita e, assim, nada recebe da previdência.

³⁹ REUTHER, ob. cit. na nota 27, p. 453-454.

A particular configuração do caso dispensa o estabelecimento de padrão para a regência do problema, se é que tal intento pode ser alcançado. À rejeição da lei basta a verificação do enorme desequilíbrio entre o que a previdência social oferece aos desaposentados o que lhes cobra em troca.

5.9.9.2. A determinante constitucional da isonomia na distribuição dos ônus e bônus da previdência social

A norma legal questionada também desafia a determinante constitucional da isonomia na distribuição dos ônus e bônus da previdência social.

O poder público invoca em seu benefício o art. 194, v, da CR como fundamento para o atual estado de coisas legislativo: “a equidade na forma de participação no custeio” da seguridade social autorizaria o tratamento diferenciado dos segurados titulares de aposentadorias.

O primeiro problema a ser solvido nesse passo é o esclarecimento do que se há de entender por equidade, um étimo multívoco. Seu sentido variou ao longo da história.

Com Aristóteles, ganhou o sentido clássico. Após definir a equidade como “corretivo da justiça legal”, o filósofo prossegue: “a razão é que toda lei é de ordem geral, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nestes casos, então, em que é necessário estabelecer regras gerais, mas não é possível fazê-lo completamente, a lei leva em consideração a maioria dos casos, embora não ignore a possibilidade de falha decorrente desta circunstância”⁴⁰. A equidade serve para resolver os impasses resul-

⁴⁰ *Ética a Nicômacos*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, 1137b, p. 109.

tantes das situações em que “o legislador é omissor e falhou por excesso de simplificação”⁴¹.

A equidade a que alude o art. 194, V, da CR não tem que ver com a acepção clássica do termo de justiça do caso individual, por oposição aos critérios formais e rígidos da lei. Lidando com sociedade de massa, em tema afeto a milhões de pessoas, parece evidente que a Constituição não tenha optado pela disciplina tributária em termos de justiça particular do caso. Aqui se opera com base em ficções legais. Nesse contexto, equidade possui outro sentido, por acaso aristotélico.

A equidade do custeio do sistema previdenciário é uma das formas da igualdade, que se impõe ao sistema em virtude dos arts. 5º, *caput*, e 150, II, da CR. “Trata-se evidentemente da justiça distributiva entre os contribuintes, isto é, de padrões por meio dos quais os devedores de contribuições são postos em relações recíprocas”⁴². Não por acaso, *Aristóteles* exemplificava a igualdade proporcional com auxílio de subvenções estatais: “na distribuição de funções elevadas de governo, ou de dinheiro, ou das outras coisas que devem ser divididas entre os cidadãos que compartilham dos benefícios outorgados pela constituição da cidade, pois em tais coisas uma pessoa pode ter uma participação desigual ou igual à de outra pessoa”⁴³.

A dificuldade da justiça distributiva está na determinação do critério, por cujo meio se equipararão e diferenciarão as situações, pois não

⁴¹ Ob. e loc. cit. na nota 40.

⁴² REUTHER, ob. cit. na nota 27, p. 454: “Es geht folglich um Verteilungsgerechtigkeit zwischen den Beitragszahlern, d. h. um Maßstäbe, nach denen die einzelnen Beitragszahler im Verhältnis zueinander herangezogen werden – iustitia distributiva”.

⁴³ Ob. cit. na nota 40, II31a e segs., p. 95.

escapou ao gênio daquele filósofo que “todas as pessoas concordam em que o justo em termos de distribuição deve sê-lo ‘de acordo com o mérito de cada uma’; de fato, todas as pessoas concordam em que o que é justo em termos de distribuição deve sê-lo de acordo com o mérito em certo sentido, embora nem todos indiquem a mesma espécie de mérito”⁴⁴. E então se trata de verificar qual é o critério constitucional autorizador da criação de diferenças entre os segurados da previdência social.

Sobretudo quando contraposto à assistência social, franqueada “a quem dela necessitar, independentemente de contribuição”, patenteia-se que a igualdade no sistema de previdência social se afere, em princípio, com base no *discrímen* do aporte financeiro vertido pelo segurado para o fundo comum. Isso se comprova, ademais, pelo art. 201, § 5º, da Constituição, onde se prevê o ingresso na previdência social oficial de “contribuintes facultativos”.

A imagem negativa que o dinheiro pode sugerir neste contexto não deve obscurecer fato a merecer lembrança. “O peso específico do dinheiro não é outra coisa senão a expressão de valorações prévias gerais portadoras de consenso social”⁴⁵. No domínio em causa, ele traduz o esforço de pessoas na manutenção de sistema de solidariedade limitada entre pessoas que tentam, na medida de suas posses, minorar alguns dos infortúnios da vida. Cuida-se, sem dúvida, de solidariedade de raio limitado, mas ainda assim caracterizável como tal⁴⁶.

⁴⁴ Ob. cit. na nota 43, II 31a, p. 96.

⁴⁵ LEISNER, Walter. *Der Abwägungsstaat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 73: “... Geldwertigkeit nicht anderes ist als Ausdruck gemeinschafts-konsensgetragener allgemeinerer Vorbewertungen...”.

⁴⁶ TOYNBEE (*A humanidade e a Mãe-Terra: uma história narrativa do mundo*. 2. ed.,

Para o bem e para o mal, o critério na justiça distributiva dos ônus e dos bônus previdenciários é a medida da contribuição dos segurados para o sistema. É com base nesse critério, portanto, que se há de aferir a validade da discriminação feita em detrimento dos aposentados que voltaram a trabalhar.

A jurisprudência do STF, a estrangeira e as vozes mais autorizadas acordam em que a igualdade entre pessoas portadoras de características essencialmente iguais constitui a exigência básica das ordens jurídicas ocidentais, na tentativa de realização de seus projetos de justiça⁴⁷. Daí a vedação a que se dispense tratamento diversificado a duas pessoas iguais nos aspectos fundamentais a serem considerados em

Rio de Janeiro: Guanabara, 1987, p. 721) notou que, “felizmente, a sociabilidade humana não está confinada aos estritos limites das relações pessoais, limites que eram adequados às sociedades humanas pré-civilizadas. Um ser humano tem sentimento de compaixão por qualquer outro ser humano que se encontre em aflição, mesmo se, na linguagem tribal, este ser humano for um ‘estrangeiro’. Um ser humano se compadece de qualquer pessoa doente e de qualquer criança perdida e correrá em auxílio ao sofredor. [...]. O filósofo chinês Mo-Tzu sustentava que um ser humano deveria amar e servir todos os seus companheiros, com devoção imparcial. Mêncio, o intérprete de Confúcio com mais autoridade, rejeitou o preceito de Mo-Tzu como impraticável; batia-se pelo ideal confuciano de uma ordem gradativa de lealdades, porém a experiência mostra que o amor inspirado pelo conhecimento pessoal e o amor por todos os homens simplesmente em virtude de uma qualidade humana comum não são necessariamente expressões de sociabilidade mutuamente excludentes”. Ao lado da assistência social estatal, baseada nos ideais amplos de solidariedade humana, o direito constitucional brasileiro já abriu espaço para o reconhecimento de outra modalidade de assistência, mais restrita, é verdade, mas que nem por isso perde tal natureza. Ambas as concepções de solidariedade não são mutuamente excludentes. Em verdade, a Constituição de 1988 requer a harmonização de ambas as modalidades.

⁴⁷ Cf., por exemplo, FIKENTSCHER, ob. cit. na nota 1, vol. 4, p. 176 e segs., e LARENZ, ob. cit. na nota 1, p. 166, no tópico “acerca da discussão jusfilosófica sobre a Justiça”.

determinada situação, acolhida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que proclama a “oponibilidade ao legislador do princípio constitucional da igualdade, que, somado à consagração explícita do princípio do devido processo legal, se traduz na exigência da razoabilidade das disposições legais e na proscrição da lei arbitrária”⁴⁸.

Portanto, foi desrespeitada a diretiva da igualdade na distribuição do ônus de financiamento da previdência. Apesar de tributados nas mesmas bases que os demais segurados contribuintes, demonstrou-se acima que os aposentados que retomam o labor só desfrutam nominalmente de uns poucos benefícios, de raras incidência e utilidade em sua situação. Isso configura afronta à ideia de igualdade que há de presidir o dimensionamento das contribuições previdenciárias, segundo o critério dos aportes trazidos ao sistema.

A jurisprudência comparada registra exemplos de repúdio a situações similares à presente. O TCF alemão reputou inválida lei que impunha contribuição mais elevada a contribuintes com remunerações concentradas, embora a intervalos irregulares, em relação aos que tinham remuneração regular, em menor escala⁴⁹. Também reputou inconstitucional outra lei que exigia maiores contribuições de segurados que reingressaram no sistema previdenciário após lapso de contribuição, embora o tenham feito em parte considerável de sua vida laboral⁵⁰. A semelhança do último caso com o presente é clara: a decisão estrangeira vedou que pessoas pagassem mais pelo mesmo benefício; aqui se deve impedir que pessoas paguem o mesmo que seus paradigmas, em troca de benefício quase nenhum.

⁴⁸ ADI 1.076, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE.

⁴⁹ BVerfGE 102, p. 127.

⁵⁰ BVerfGE 102, p. 68.

Apenas o deferimento de vantagem ao segurado se mostra capaz de legitimar a interferência estatal na liberdade do contribuinte de dispor de seu patrimônio, pois a relação de seguridade social assim estabelecida traz benefícios jurídicos para fases posteriores de sua vida⁵¹.

Assim, a necessidade de instituição da medida por intermédio de emenda constitucional pesa contra o interesse da autarquia no caso, pois a cobrança de contribuição dos aposentados, sem a contrapartida natural, somente se apoia em lei ordinária.

5.9.10. A extrapolação da ratio da decisão da ADI 3.105

O recorrente extrapolou ou não identificou corretamente a *ratio* da decisão proferida na ADI 3.105 e, por isso, dela extrai suposto apoio à sua tese.

A decisão do STF afirmou que os aposentados não são imunes à tributação. Podem ser tributados. Não que haja o dever de sê-lo; muito menos, com base em critérios atentatórios à isonomia. Nem o autor quer ver-se livre da tributação. Deseja, antes, que os efeitos dela em sua vida previdenciária não sejam subtraídos, ao contrário do que ocorre com seus paradigmas.

Ademais, a exação aludida foi imposta aos aposentados após emenda à Constituição para permiti-la. Lê-se, aliás, na ementa de julgado do STF ajustado a este caso, por se referir a lei, e não a emenda constitucional: “tratando-se de contribuição incidente sobre servidores públicos federais em atividade – a cujo respeito existe expressa previsão inscrita no art. 40, *caput*, e § 12, *c/c* o art. 195, II, da Constituição,

⁵¹ REUTHER, *ob. cit.*, sumariando o pensamento de HASE.

na redação dada pela EC 20/98 – revela-se legítima a disciplina do tema mediante simples lei ordinária”⁵². Ainda que questionável a extensão do dever de contribuir por regra constitucional mitigadora da igualdade, é inquestionável que lei não o pode fazer, pelos motivos indicados.

6. Do recurso extraordinário interposto contra o acórdão do STJ sobre a desnecessidade de se restituírem os valores auferidos em decorrência da primeira aposentação

O segundo recurso extraordinário tem como objeto apenas a dispensa da restituição de quantias auferidas em decorrência da aposentação menos favorável ao autor para que possam valer-se da segunda delas, em condições melhores.

⁵² ADCMC 8, rel. Min. CELSO DE MELLO: “A Constituição da República não admite a instituição da contribuição de seguridade social sobre inativos e pensionistas da União. - A Lei nº 9.783/99, ao dispor sobre a contribuição de seguridade social relativamente a pensionistas e a servidores inativos da União, regulou, indevidamente, matéria não autorizada pelo texto da Carta Política, eis que, não obstante as substanciais modificações introduzidas pela EC 20/98 no regime de previdência dos servidores públicos, o Congresso Nacional absteve-se, conscientemente, no contexto da reforma do modelo previdenciário, de fixar a necessária matriz constitucional, cuja instituição se revelava indispensável para legitimar, em bases válidas, a criação e a incidência dessa exação tributária sobre o valor das aposentadorias e das pensões. O regime de previdência de caráter contributivo, a que se refere o art. 40, *caput*, da Constituição, na redação dada pela EC 20/98, foi instituído, unicamente, em relação ‘Aos servidores titulares de cargos efetivos...’, inexistindo, desse modo, qualquer possibilidade jurídico-constitucional de se atribuir, a inativos e a pensionistas da União, a condição de contribuintes da exação prevista na Lei nº 9.783/99. Interpretação do art. 40, §§ 8º e 12, c/c o art. 195, II, da Constituição, todos com a redação que lhes deu a EC 20/98. Precedente: ADI 2.010-MC/DF...”.

6.1. Da ofensa ao art. 97 da Constituição

A questão da ofensa à reserva de plenário no julgado do STJ é substancialmente igual à relativa ao TRF4. Assim como não se pode conceder a nova aposentação sem declarar a inconstitucionalidade da lei, tampouco se tem como deferir o benefício aludido, com ou sem a devolução de quantias, sem afastar a lei. O benefício adicional de não repor o INSS depende evidentemente da licitude do pedido principal. Assim, o STJ poderia ter indeferido a vantagem parcial, ao argumento, por exemplo, da constitucionalidade da vedação legal.

Valem aqui, por identidade de motivos, as razões acima declinadas para reconhecer no julgado do Superior Tribunal de Justiça ofensa ao art. 97 da Constituição e da SV 10 do Supremo Tribunal Federal. Indica-se assim, *brevitatis causa*, o tópico acima como razão para se opinar pelo provimento do segundo recurso extraordinário.

O efeito do provimento do recurso deve, todavia, limitar-se à declaração da nulidade do julgado do STJ, prejudicando todo o restante da matéria nele tratada.

Anulado o direito à percepção da vantagem referida, decorrente do julgamento do TRF4 nulo, não deve subsistir o acórdão do STJ, que cuida apenas de aspecto parcial e acessório da condenação de segundo grau, a saber, se o direito à aposentação implica a restituição ao INSS dos valores auferidos no curso da aposentadoria menos favorável. Revogada a ordem judicial para o pagamento da nova aposentadoria, perde sentido examinar a validade da decisão do STJ, quanto à questão de fundo, porque dependente da anterior.

Tampouco parece adequado manter-se o julgado do STJ numa espécie de hibernação condicional, de sorte que apenas voltará a ter suas

validade e eficácia apreciadas, acaso o TRF4 afaste a proibição legal pela via da SV 10. A depender do novo julgamento do TRF4, a discussão a da necessidade da reposição de valores ao poder público federal pode nem se por.

O provimento do recurso extraordinário do julgado do TRF4 prejudica o recurso extraordinário contra a decisão do STJ.

6.2. Da desnecessidade da repetição de quantias

Cogitou-se ainda da necessidade de restituição das quantias percebidas pelo autor a título de aposentadoria, pois o cancelamento da aposentação haveria de ser desconstituído *ex tunc*.

Parece registrar-se aqui engano do recorrente. A necessidade de devolução das quantias percebidas a título da aposentadoria só estaria em causa, se auferidas em razão de ato nulo. Aí, sim, faria sentido re-porem-se as partes a seu estado original, anterior à prática maculado pela nulidade. Não é o que se passa no caso, pois o segurado adquiriu legitimamente o direito a se aposentar. Se, a partir de determinado momento, incorporou direito a se aposentar em melhores condições, não parece haver motivo para restituir as quantias lícitamente auferidas a título de aposentadoria.

7. Da conclusão

O Ministério Público Federal opina pelo:

1 - provimento de ambos os recursos extraordinários, de modo a se anularem o acórdão do TRF4, que concedeu a melhora da aposentadoria aos autores, e o julgado do STJ, que os dispensou de restituir

ao poder público federal as quantias auferidas em razão da aposentadoria menos vantajosa ou

2 - desprovimento de ambos os recursos.

Brasília, 3 de abril de 2014.

Odim Brandão Ferreira
Subprocurador-Geral da República