

# Tutela Revogada e Devolução dos Valores

Omar Chamon

## RESUMO

O presente artigo trata da polêmica questão da necessidade de se devolver os valores recebidos, de boa-fé, em face de revogação de tutela antecipada, em processos previdenciários. Após a verificação do posicionamento atual da jurisprudência são listados os principais argumentos favoráveis e contrários a tese da necessidade da devolução. Ao final, o autor conclui pela inconstitucionalidade da exigência, após analisar a matéria sob a ótica dos direitos fundamentais e do princípio da proporcionalidade. Alerta, de igual forma, para a possibilidade de se reverter a atual jurisprudência, em face de precedentes do E. Supremo Tribunal Federal, favoráveis aos segurados, citados no artigo. Palavras-chave: Devolução de valores. Benefícios previdenciários. Tutela provisória.

## ABSTRACT

The paper deals with the controversial judicial determination of returning the amount received, by the beneficiaries of National Institute of Social Security (INSS), as a social security benefit, granted by means of interim protection or an injunction issued in a motion for writ of mandamus. Besides the civil procedure aspects, this study aims to analyze the current jurisprudence (case law) on the Brazilian Superior Court of Justice considering the principles of dignity of the human person, the reserve of possible and the contributory character of social security. Key-words: Amount returning. Social security benefits. Interim protection.

## INTRODUÇÃO

A questão relativa à necessidade ou não de devolução dos valores recebidos a título de benefícios previdenciários, pagos em decorrência de concessão de qualquer modalidade de tutela provisória ou ainda de liminar em mandado de segurança, apesar de aparentemente simples, é das indagações mais controvertidas nos meios jurídicos. Inúmeros princípios constitucionais e mesmo o próprio conceito de previdência social, no texto constitucional, estão em jogo no posicionamento que adotarmos perante esse tema.

A matéria nunca foi objeto de maiores questionamentos tendo em vista que o pleito do INSS, nesse sentido, comumente era afastado em razão da natureza alimentícia do benefício previdenciário ou ainda em face de seu recebimento de boa-fé.

<sup>1</sup> Juiz Federal em São Paulo, mestre em direito previdenciário pela PUC/SP, professor e autor de obras jurídicas.

Porém, mais recentemente, houve significativa mudança na jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça. Posteriormente, referido posicionamento restou referendado pela E. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais e, também, pela maioria das Turmas Recursais dos Juizados Federais e Turmas dos Tribunais Regionais Federais. Nesse sentido, vale citar:

STJ- AgInt no REsp 1659472/RS - SEGUNDA TURMA - Relator Ministro Francisco Falcão - DJe 31/10/2017 (...) PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. TUTELA ANTECIPADA. REVOGAÇÃO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS EM RAZÃO DA MEDIDA ANTECIPATÓRIA. POSSIBILIDADE. RESP 1.401.560/MT, REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. A Primeira Seção desta Corte, em sede de recurso representativo da controvérsia, ao apreciar o mérito do REsp n. 1.401.560/MT, definiu que “a reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos”. II- A Corte Especial fixou, alinhada com o julgamento precitado da Primeira Seção, que, nas hipóteses em que a antecipação de tutela é confirmada pela primeira e segunda instância, é presumida a boa-fé do receptor da verba alimentar, não obstante a revogação da medida nas instâncias especial ou extraordinária, o que não é o caso dos presentes autos. A propósito: EREsp 1.086.154/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 19.3.2014. III- Agravo interno improvido<sup>2</sup>.

A devolução se daria por meio de ação autônoma de cobrança, execução nos próprios autos ou ainda desconto em benefício previdenciário, eventualmente recebido pelo autor da ação.

## TESES FAVORÁVEIS À DEVOLUÇÃO

Os principais argumentos utilizados pela jurisprudência majoritária, hoje objeto de representativo de controvérsia, e também pela autarquia previdenciária, podem ser resumidos da seguinte forma:

a) O Código de Processo Civil de 1939 não previa execução provisória da sentença, mas apenas cautelares típicas. Já no Código de 73, em seu texto original e, por mais de 10 anos, havia apenas a previsão de cautelares típicas e o poder geral de cautela dos juízes, objetivando garantir o resultado útil do processo. Em face do crescente número de ações em trâmite, mormente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, entendeu o legislador que seria necessário antecipar os efeitos da tutela, desde que, naturalmente, a decisão – sob a ótica fática – restasse reversível. Referido requisito para a concessão constou, expressamente, do artigo 273, parágrafo segundo, do Código de 73. Da mesma forma, consta do artigo 300, do CPC/15.

Portanto, a reversibilidade das tutelas de urgência é elemento essencial desse instituto. Não se trata da reversibilidade jurídica, ou seja, a possibilidade de revogação da tutela, pela via da impugnação recursal, mas a reversibilidade fática que garanta o retorno ao status quo ante. Portanto, quando da concessão da tutela já se admite, implicitamente, a devolução sob pena de não haver a reversibilidade prevista em lei.

<sup>2</sup> STJ - RESP 1.401.560/MT

- b) Aplica-se, ao caso, o princípio - da teoria geral do direito - da proibição de enriquecimento sem causa, mormente em face do dano ao erário público.
- c) Eventual argumento de que o jurisdicionado confiou no juiz ou no sistema judicial ignoraria o fato de' que o segurado, no processo previdenciário, está representado por advogado, o qual sabe que a antecipação de tutela possui natureza precária e, portanto, tem por obrigação, sempre, orientar o segurado sobre os riscos de eventual devolução dos valores percebidos, a título de tutela antecipatória.
- d) Existe previsão legal, que não pode ser ignorada, tendo em vista que não é inconstitucional, que expressamente regula a devolução dos valores recebidos indevidamente:

Lei 8213/91 Artigo 115. Podem ser descontados dos benefícios: (...) II - pagamento de benefício além do devido; (...) § 1o Na hipótese do inciso II, o desconto será feito em parcelas, conforme dispuser o regulamento, salvo má-fé.

- e) Não restam malferidos os direitos fundamentais, tais como princípio da dignidade da pessoa humana, ou ainda o mínimo existencial. O CPC/15, da mesma forma que o ora revogado CPC/73, protege o devedor contra a penhora de bens considerados essenciais para a sua sobrevivência, com um mínimo de dignidade (CPC/15 Artigo 833). Caso não possua bens passíveis de penhora não haverá o pagamento da dívida.

## OPINIÃO DO AUTOR

De início, não me parece adequado simplesmente afirmar que a devolução não é devida em face, por exemplo, de se tratar de verba de natureza alimentar. Nada impede que a legislação determine que específica verba de natureza alimentar seja devolvida. Ressalve-se que a legislação determina, e não há quem defenda tese contrária, que os benefícios recebidos por meio de fraudes ou outros artifícios ilegais devam ser devolvidos. A má-fé não retira o caráter alimentar do benefício, mas a ética prepondera.

Após breve introdução, passo a analisar os princípios em aparente conflito, a dignidade da pessoa humana, por um lado, e o respeito aos recursos públicos, do outro. Ademais, vale verificar a inconstitucionalidade, ou não, do artigo 115, inciso II da Lei nº 8.213/91, isto é, uma das formas que o INSS tem se utilizado para obter a devolução dos valores pagos.

## OS PRINCÍPIOS EM APARENTE CONFLITO

Não há princípios absolutos, pois a existência humana se caracteriza pela coexistência. Dessa forma, para que os homens possam coexistir de forma pacífica e harmoniosa é necessário que os direitos também coexistam e se autolimitem. No mais, os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos. Portanto, é natural e lógico que haja uma leitura evolutiva de cada princípio que será diversa em cada momento histórico. Não se trata de flexibilizar os direitos humanos, mas sim de afirmar certa relatividade no modo como a sociedade os enxerga<sup>3</sup>.

## O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III, estipula que a República Federativa do Brasil tem por fundamento, entre outros valores, a dignidade da pessoa humana.

A definição de dignidade da pessoa humana não consta do texto constitucional. Cuida-se de construção filosófico-doutrinária, ao longo dos séculos. Vários filósofos já tratavam, antes do iluminismo, com profundidade do tema. É o caso de São Tomás de Aquino, no século XIII. Por outro lado, não há dúvidas que o iluminismo trouxe progressos para a construção e aplicação efetiva do referido princípio.

A dignidade do ser humano não nasce do direito positivo que apenas o reconhece e lhe dá maior juridicidade. Os denominados direitos fundamentais ou humanos estão inseridos na natureza humana e o legislador apenas atesta sua existência e os inclui no ordenamento jurídico.

Não há dúvidas que a desnecessidade de devolver verbas de natureza alimentar, recebidas indevidamente, mas de boa fé, possui correlação com o referido princípio. A irrepetibilidade da verba alimentar é razoável, pois se presume que referida verba é utilizada para garantir o extrato material mínimo para que uma pessoa viva com dignidade. A redução desse patamar significaria, em tese, privá-la de direitos sociais básicos, tais como a educação, a saúde, a alimentação, a moradia e o lazer.

A privação de parte desses recursos geraria grande sofrimento e preocupação, pois o beneficiário não teria como adimplir com seus compromissos. Aparentemente, sob esse olhar, a desnecessidade da devolução se apresenta adequada e razoável.

## O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O CARÁTER CONTRIBUTIVO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Não há dúvidas que o Estado não cria riquezas, ou seja, a disponibilidade de recursos públicos é limitada enquanto as necessidades são ilimitadas. Evidentemente, o dinheiro público que deixar de ser arrecadado faltará, no mais das vezes, no atendimento as pessoas mais pobres, pois são as que mais necessitam dos serviços estatais.

Da mesma forma, o constituinte afirma que a previdência social é um sistema contributivo e que devem ser previstos instrumentos que garantam seu equilíbrio econômico e atuarial. Ignorar as limitações orçamentárias da previdência social feriria de igual forma, o princípio da seletividade, insculpido no artigo 194 de nossa Carta Maior.

Sob essa ótica, a devolução dos valores também pode ser considerada como adequada e razoável.

Como resolver o conflito aparente de princípios?



O juiz federal Dirley da Cunha Júnior nos indica o itinerário, ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade:

Assim, tal princípio impõe que as entidades, órgãos e agentes públicos, no desempenho de suas atividades, adotem meios que, para a realização de seus fins, revelem-se adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se logra promover, com sucesso, o fim desejado; é necessário se, entre os meios regularmente adequados, apresenta-se como o menos restritivo a um direito fundamental; e, finalmente, é proporcional em sentido estrito se as vantagens que propicia superarem as desvantagens causadas<sup>3</sup>.

O constitucionalista, e ministro do E. Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso procura também trazer luzes a questão ao argumentar que:

O problema ganha em complexidade quando há confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental (...) Na solução desse tipo de colisão, o intérprete deverá observar, sobretudo, dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública. O uso da razão pública importa em afastar dogmas religiosos ou ideológicos – cuja validade é aceita apenas pelo grupo de seus seguidores. (...) O outro parâmetro fundamental para solucionar esse tipo de colisão é o princípio da dignidade humana. Como se sabe, a dimensão mais nuclear desse princípio se sintetiza na máxima kantiana segundo a qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo. Essa máxima, de corte antiutilitarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais<sup>4</sup>.

Observa-se que é necessário interpretar a norma de tal forma que os princípios sejam preservados, ou seja, a aplicação de um princípio não pode significar a negativa de vigência ao princípio em aparente conflito. É necessário ponderar, de forma racional, os valores conflituosos. Por exemplo, quais os prejuízos que haverá se o aplicador da lei optar por um ou outro princípio? Muitas vezes, a resposta a essa indagação é suficiente para solucionar o problema.

Após essa introdução, entendo que já é possível enfrentar diretamente a questão com os elementos trazidos ao debate.

Na busca da resposta por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, me parece interessante realizar comparações com realidades jurídicas semelhantes, cuja solução seja aceita, de forma pacífica, pela jurisprudência e pela doutrina.

Por hipótese, uma empresa sonega, ou seja, deixa de oferecer à tributação, contribuições previdenciárias patronais, no valor correspondente a um milhão de reais. A Procuradoria da Fazenda Nacional, após processo administrativo no qual houve pleno respeito à ampla defesa e ao contraditório, em mais de uma instância, inscreve em dívida ativa o crédito tributário.

A Procuradoria da Fazenda Nacional ajuíza a competente execução fiscal. Após a citação, verifica-se que a empresa não possui bens passíveis de garantir o juízo da execução. Tendo em vista o disposto no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional<sup>5</sup>, a execução fiscal é redirecionada para a pessoa do sócio, tendo em vista que a sonegação fiscal caracteriza fraude e, por consequência, autoriza a responsabilidade pessoal do sócio-gerente.

Digamos que o sócio-gerente reside em uma casa - caracterizada como bem de família - avaliada em cerca de cinco milhões de reais. Não possui nenhum outro bem em seu nome, mas apenas salário mensal, correspondente a trinta mil reais. Tendo em vista que o imóvel e o salário são bens absolutamente impenhoráveis<sup>6</sup> a execução fiscal será arquivada por ausência de bens, no aguardo da prescrição intercorrente. O autor desse artigo, por cerca de seis anos foi juiz de uma das varas de execução fiscal em São Paulo e se deparou, de forma cotidiana, com situações semelhantes a essa.

Vale observar que o devedor, no caso em análise, agiu de má-fé tendo em vista não se tratar de mero inadimplemento no dever de recolher tributos, mas efetiva sonegação de tributos. Interessante notar que restaria caracterizado, em tese, o cometimento do crime previsto no artigo 337-A do Código Penal Brasileiro<sup>7</sup>.

Aparentemente, em face da comparação em foco, retirada do cotidiano dos executivos fiscais, há tratamento fortemente desigual entre o beneficiário da previdenciária social, devedor de boa-fé e o devedor de má-fé das contribuições previdenciárias. Interessante notar que o tratamento discriminatório previsto em lei e aceito pela comunidade jurídica, não é a concretização de políticas discriminatórias positivas que objetivam reduzir, por exemplo, as desigualdades sociais. O artigo 115, inciso II, discrimina as avessas. A parte mais fraca, em regra, o beneficiário da previdência social que tenha agido de boa-fé terá reduzido, mensalmente, em trinta por cento os valores que receberá a título de benefício previdenciário. Por outro lado, o sonegador terá respeitado seu direito de propriedade, embora tenha agido claramente de má-fé.

Ainda nessa comparação importa verificar como são tratados, pela legislação, o sócio-gerente que efetivamente tenha sonegado contribuições e o beneficiário da previdência social, em relação à possibilidade de pagar, de forma parcelada, suas dívidas.

O sonegador, caso queira pagar, poderá aguardar parcelamentos especiais, geralmente denominados REFIS, que lhe permitam pagar suas dívidas, na pior das hipóteses, em 180 meses, com direito a suspensão de eventual ação penal. De outra banda, o beneficiário da previdência terá descontado o percentual de 30% de seu benefício, independentemente das dificuldades econômicas pelas quais venha a passar e sem opção de parcelamento mais suave.

Outra diferença no tratamento diz respeito ao fato de que o sonegador não sofrerá execução fiscal caso sua dívida seja inferior a R\$. 20.000,00, em face de política de cobrança adotada, há vários anos, pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Por outro lado, o aposentado sofrerá o desconto independentemente do valor de sua dívida.

Talvez o modo mais adequado para verificarmos se referido percentual fere ou não o princípio da proporcionalidade, seja colocar-se no lugar do beneficiário. Caso tivéssemos reduzido, sem nenhuma espécie de aviso prévio, nossas receitas mensais em trinta por cento, sem termos cometido ato ilícito ou mesmo imoral, com certeza, nos sentiríamos injustiçados. Por outro lado, é o que determina a legislação previdenciária, sem que se conheçam muitas vezes pedindo a alteração da legislação ou mesmo ajuizando qualquer medida judicial, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, para obter, com efeito vinculante, uma resposta de nossa Corte Suprema.

Outra comparação também possibilita a reflexão sobre a aplicação, ao tema em foco, do princípio da razoabilidade e, principalmente, da proporcionalidade.

Não é incomum que os servidores públicos recebam, administrativamente, parcelas salariais ou gratificações que, a posteriori, se mostrem ilegais.

Vale frisar que a legislação de regência sempre prevê devolução dos valores indevidamente percebidos. Especificamente no caso dos servidores públicos federais, a Lei nº 8.112/90, em seu artigo 46, parágrafo primeiro, prevê desconto de dez por cento nos vencimentos ou proventos do servidor.

O recebimento, no caso em tela, seria de boa-fé tendo em vista que se efetivou a partir de interpretação do direito objetivo pela Administração.

No caso de concessão administrativa, não apenas há jurisprudência pacífica, mas também súmula administrativa da Advocacia Geral da União que afasta a cobrança. Nesse sentido vale citar:

STJ REsp 1244182/PB (...) O art. 46, caput, da Lei n. 8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. 3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público. 4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

Enunciado AGU nº 34: Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública.

Interessante notar que a Advocacia Geral da União está autorizada a não contestar e não recorrer de valores recebidos indevidamente, mas de boa-fé, por servidores públicos federais, mas não possui a mesma autorização no momento em que a questão se aplica aos beneficiários do Regime Geral de Previdência Social.

Resta uma indagação. Qual o motivo para tratamento diferenciado entre os servidores federais e os beneficiários da previdência social? Não nos parece que seja o menor poder econômico dos servidores, pois uma quantidade bastante grande de servidores federais tem, de forma merecida, vencimentos superiores ao teto do regime geral de previdência social. No mais, cerca de 17 milhões de beneficiários da previdência social recebem seus benefícios no piso de um salário mínimo. No âmbito do serviço público federal, embora haja servidores com vencimentos bastante baixos, não nos parece que haja muitos que recebam um salário mínimo por mês. Portanto, não é correto o tratamento diferenciado entre os servidores e os beneficiários, pois mais uma vez se aplica, às avessas, o princípio da isonomia material, ou seja, segue-se privilegiando os mais fortes sob a ótica econômica, em detrimento dos mais pobres.

É verdade que a concessão administrativa não se confunde com a concessão judicial provisória. Existe a presunção de legitimidade do ato administrativo. Porém, o recebimento, pela via administrativa, de gratificação ou verba remuneratória também possui caráter precário, tendo em vista que não existe coisa julgada administrativa, em nosso ordenamento jurídico.

Vale observar que a perversa lógica demonstrada em duas situações do cotidiano jurisdicional aplicada em grande escala resta por dificultar um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais<sup>8</sup>.

Portanto, parece-nos necessário realizar interpretação conforme a Constituição, quanto ao conteúdo do artigo 115 da Lei 8213/91.

Parece-me que é possível preservar os princípios em conflito, com a aplicação da proporcionalidade. Não vejo necessidade de declarar inconstitucional o referido dispositivo. Sem dúvida, as parcelas recebidas de má-fé devem ser devolvidas ou por meio de ação autônoma ou por intermédio de desconto no valor dos benefícios, caso o segurado seja titular de algum benefício.

Porém, as parcelas recebidas de boa-fé, mormente com autorização judicial, não devem ser devolvidas. Não se apresenta absurda a referida interpretação, pois é a que prevalece no Código de Processo Civil em face da impenhorabilidade absoluta de verbas de natureza salarial, incluindo nelas os benefícios da previdência social.

Resta privilegiado o princípio da boa-fé e da dignidade da pessoa humana sem desprezar ou tornar letra morta o princípio da reserva do possível ou ainda a necessidade de garantir o equilíbrio das contas públicas. Há evidente ponderação de valores constitucionais ao se aceitar a desnecessidade de devolução dos valores recebidos de boa-fé, em face de concessão de tutela, e a necessidade de devolução dos valores recebidos em face de fraude, por exemplo.

Referida leitura do artigo 115 da lei de benefícios valoriza de igual forma, o princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios. Afinal, como lembra o festejado professor e jurista Marco Aurélio Serau Jr., referido primado busca garantir o valor real do benefício, isto é, o poder aquisitivo da renda mensal de cada prestação<sup>9</sup>.



Da mesma forma, resta igualmente atendida a regra segundo a qual é vedado o pagamento de benefício da previdência social, substitutivo do salário-de-contribuição do segurado, em patamar inferior a um salário mínimo. Não é incomum acontecer que eventual desconto administrativo autorize pagamento, por longo tempo, inferior ao piso salarial.

Por derradeiro, vale lembrar que a análise de qualquer matéria relativa a benefícios previdenciários exige do juiz-estado mais que um olhar meramente matemático e frio, com utilização de instrumental trazido pelo positivismo jurídico:

O direito a concessão de benefícios da seguridade social não pode ser aferido a partir dos critérios milimétricos estabelecidos a partir da legislação previdenciária<sup>10</sup>.

Está em jogo a sobrevivência, com um mínimo de dignidade, de pessoas fragilizadas pela idade ou pela doença e quase sempre pela ausência de bens materiais, razão pela qual nos parece que caminha bem a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, em várias oportunidades, optou pela desnecessidade da devolução na hipótese em foco.

Encerramos essas breves reflexões com os principais trechos de acórdão do E. Supremo Tribunal Federal, no sentido que nos parece o mais justo para questão<sup>11</sup>:

**STF Agravo regimental no Agravo de instrumento nº 746.442-0** - Relatora: Min. Cármen Lúcia.

**EMENTA:** AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. 1. DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ PELA PARTE BENEFICIÁRIA EM RAZÃO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. 2. O JULGAMENTO PELA ILEGALIDADE DO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO NÃO IMPORTA NA OBRIGATORIEDADE DA DEVOLUÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS RECEBIDAS DE BOA-FÉ. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL NO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

#### Relatório

1. Em 15.4.2009, neguei seguimento ao agravo de instrumento interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual decidira que os valores previdenciários recebidos de boa-fé, em razão de antecipação de tutela, não deveriam ser devolvidos pela parte beneficiária.

(...) 2. Como assentado na decisão agravada, quanto a alegada afronta ao art. 97 da Constituição da República, o Tribunal a quo não declarou a inconstitucionalidade ou afastou a incidência das normas contidas no art. 115 da Lei n. 8213/91 e no artigo 475-O do Código de Processo Civil, apenas assentou que, na espécie vertente, não seria devida a restituição dos valores pagos, em razão da jurisprudência ora dominante e da boa-fé da parte beneficiária.

Para se concluir de forma diversa do que foi decidido pelas instâncias originárias, seria necessária a análise prévia da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (código de processo civil e Lei n.8.213/91). Assim, a alegada contrariedade à Constituição da República, se tivesse ocorrido, seria indireta, o que não viabiliza o processamento do recurso extraordinário.

(...) 3. Ademais, no julgamento do Mandado de Segurança n. 26.085, de minha relatoria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que os valores recebidos indevidamente devem ser restituídos ao Poder Público somente quando demonstrada a má-fé da parte beneficiária. Confira-se excerto do julgado:

“Não se há de desprezar que o princípio da legalidade conjuga-se, sistematicamente, com os princípios da boa-fé e da segurança jurídica. Nesse sentido, ao tratar da anulação dos atos administrativos, Juarez Freitas pondera que:

‘O problema da anulação do ato administrativo, especialmente, o gerador de direitos, apresenta-se dominado, no mais das vezes, por dois princípios aparentemente antagônicos. De um lado, o princípio da legalidade que reclama a anulação dos atos viciados. De outro, e em contraposição de superfície, localizam-se o princípio da proteção da confiança, que exige a consideração da boa-fé do destinatário do ato concessivo de direitos e advoga a estabilidade do ato decretado pela autoridade pública, determinando sua convalidação. Destarte, parece claro (...) que o princípio da confiança ou da boa-fé estatui o poder-dever, em casos de longo curso temporal, de não anular senão de sanar ou convalidar determinados atos inquinados de vícios formais, no justo resguardo da própria estabilidade das relações jurídicas (E conclui:) b) a respeitabilidade do princípio da boa-fé, do princípio da segurança jurídica e a relativização do princípio da legalidade, conjugadamente, implicam a fixação de limites substanciais à cogência da anulação dos atos administrativos, tanto à Administração, quanto ao Poder Judiciário; (...) d) os atos administrativos, uma vez incontrastável a boa-fé do administrado, devem ser anulado excepcionalmente com efeitos atenuados, quando da passagem de um médio lapso temporal, a critério da prudência pretoriana, sem que se trate de convalidação parcial. (FREITAS, Juarez. A anulação dos atos administrativos em face do princípio da boa-fé. São Paulo: Boletim de Direito Administrativo, n. 2, ano XI, fevereiro de 1995, p. 97).

Na mesma linha, Luisa Cristina Pinto Netto afirma:

‘(É) possível sustentar que o princípio da legalidade (estrita) deve ceder, em determinados casos, diante de outros princípios, como o da segurança jurídica e da proteção à boa-fé. Pode-se, talvez com mais acerto, conceber a legalidade em sentido mais amplo, matizada pela segurança jurídica e pela proteção da boa-fé, admitindo preterir artigos de lei – ou melhor, regras jurídicas – para considerar uma situação nascida em confronto com tais artigos – rectius, regras – consolidada em virtude do decurso de tempo e da necessidade de estabilidade das relações sociais (PINTO NETTO, Luisa Cristina. Ato de aposentadoria. Natureza jurídica, registro pelo Tribunal de Contas e decadência. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 13, abr/jun. 2006, p. 127); (...) “

## CONCLUSÃO

A questão, apesar do respeitável entendimento do E. Superior Tribunal de Justiça e da E. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais não se encontra, totalmente, pacificada. Há precedentes de nossa Corte Constitucional que demonstram haver matéria constitucional que possibilita a revisão da jurisprudência, ora majoritária.

Caso prevaleça a atual orientação jurisprudencial, me parece que haveria a necessidade de devolver os valores recebidos, apenas, nos casos em que era evidente o risco de reversibilidade da tutela, tal como em novas teses sem respaldo jurisprudencial ou ainda em face de concessão de tutela totalmente divorciada do entendimento dominante. Nessas hipóteses seria possível afirmar que o segurado teria condições de saber o risco da reversibilidade da decisão. Nas demais hipóteses, a boa-fé restaria demonstrada. Por fim, nesse caso, entendo que o INSS deveria efetivar a cobrança por meio de ação autônoma, em respeito aos princípios do contraditório e do devido processo legal e não por meio de descontos no benefício eventualmente recebido pelo segurado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional, 2. ed. Saraiva, São Paulo, 2010.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 5. ed. Podium, Salvador, 2011.
- SAVARIS, José Antônio. Direito Processual Previdenciário. 3. ed. Juruá. Curitiba, 2011.
- SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. Desaposentação. Conceito. São Paulo, 2011.
- SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 21. ed. Malheiros, São Paulo, 2002.
- STELNMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

<sup>1</sup> STJ-AgInt no REsp 1659472/RS

<sup>2</sup> STELNMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. 1ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001. p. 17/19).

<sup>3</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 5ª ed. Podium, Salvador, 2011 - p. 228.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional, 2ª ed. Saraiva, São Paulo, 2010 - p. 72-73.

<sup>5</sup> CTN Artigo 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: I - as pessoas referidas no artigo anterior; II - os mandatários, prepostos e empregados; III- os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

<sup>6</sup> CPC Artigo 833, IV c/c a Lei 8009/90, artigo 1º.

<sup>7</sup> CPB Artigo 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; (...) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

<sup>8</sup> CF/88 Artigo 3º, III.

<sup>9</sup> SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. Desaposentação. 1ª ed. Conceito. São Paulo, 2011 - p. 25.

<sup>10</sup> SAVARIS, José Antônio. Direito Processual Previdenciário. 3ª ed. Juruá. Curitiba, 2011- p. 47

<sup>11</sup> STF Agravo regimental no Agravo de instrumento nº 746.442-0