



KELLY DANIELI LABANCA

**DEVOLUÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS
CONCEDIDOS POR ERRO ADMINISTRATIVO: ANÁLISE
DOS LIMITES DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA**

**LAVRAS – MG
2021**

KELLY DANIELI LABANCA

**DEVOLUÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS POR ERRO
ADMINISTRATIVO: ANÁLISE DOS LIMITES DA AUTOTELELA
ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof(a). Dr(a). Ana Luíza Garcia Campos
Orientadora

**LAVRAS – MG
2021**

KELLY DANIELI LABANCA

**DEVOLUÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS POR ERRO
ADMINISTRATIVO: ANÁLISE DOS LIMITES DA AUTOTELELA
ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

APROVADO em _____ de _____ de 2021.

Professora Doutora Ana Luíza Garcia Campos (Orientadora) – UFLA

Professor Mestre Daniel Teixeira Silva – UFLA

**LAVRAS – MG
2021**

*Aos meus pais, Altair e Mirian, por todo o amor, carinho e apoio durante o árduo caminho de minha graduação. Aos meus irmãos, por todo amor e companheirismo nessa caminhada.
Dedico.*

AGRADECIMENTOS

Reservo este pequeno espaço para tentar, de alguma forma, prestar meus agradecimentos àqueles que estiveram ao meu lado ao longo da graduação, etapa que concluo com este trabalho.

Agradeço aos meus pais, Altair Martinho Labanca e Mirian Ventura Labanca, que me deram total apoio desde o momento em que decidi cursar uma faculdade longe da minha cidade natal. Agradeço pelas incontáveis palavras de encorajamento, pelas orações, pela presença (ainda que virtual) nos momentos mais marcantes da minha trajetória acadêmica, pelo auxílio financeiro e pelo apoio incondicional nos piores e melhores momentos. Sem vocês, sem sombra de dúvidas, eu não teria chegado até aqui.

Aos meus irmãos, Hérika C. V. Labanca e Rafael Henrique Labanca, pelo companheirismo e pelo amor fraternal.

Às minhas amigas Paula Klein, Fernanda Rabelo, Luane Lima e Mayara Avelar, agradeço pelas risadas, pelos passeios e pelos momentos de descontração nessa jornada cansativa da minha graduação. Vocês são minha segunda família.

À Prof.(a) Ana Luíza Garcia Campos, minha orientadora, reservo especial agradecimento pelos ensinamentos, pela paciência e pelos inúmeros apontamentos na confecção desta monografia, sem os quais não teria logrado êxito na elaboração da mesma.

Devo especial agradecimento também ao meu namorado, Allison Bruno Zandomenighi, pelo carinho, afeto e apoio. Certo é que o destino reservou para o final da minha graduação o mais doce e amável dos presentes: você. Obrigada por tudo, meu amor.

Agradeço, por fim, às pessoas com quem tive o prazer de trabalhar e aprender o Direito na prática. Faço esse agradecimento na pessoa da Dra. Silvânia Aparecida Diniz, advogada atuante em Direito Previdenciário, na cidade de Lavras/MG, e na do Dr. Marcello Moraes Barros de Campos, promotor de justiça da Promotoria de Justiça Única de Cabo Verde/MG, com os quais tive a honra de colaborar enquanto estagiária.

Enfim, serei sempre muito grata a todos vocês!

RESUMO

Discute-se no presente trabalho se é possível a cobrança pela devolução dos benefícios previdenciários concedidos indevidamente por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração da Previdência Social – Tema Repetitivo nº 979, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob a ótica dos princípios que regem a atuação da Administração Pública e as relações jurídicas entre administração-administrado, especialmente os princípios da segurança jurídica e da boa-fé. Pois bem, pautando-se numa investigação do tipo jurídico-interpretativo, haja vista a natureza eminentemente teórica do trabalho, realizou-se um levantamento bibliográfico acerca da divergência em questão, concluindo-se que, em que pese a prerrogativa da Administração Pública de rever seus atos, anulando-os quando eivados de vícios que os tornam ilegais ou revogando-os por motivo de conveniência e oportunidade (Súmula nº 473 do Superior Tribunal Federal), na forma que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) vem procedendo na revisão dos benefícios ativos, esta atuação encontra limites nos princípios da segurança jurídica e da boa-fé, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário, em especial quando a ilegalidade decorre de erro do próprio ente público ou má interpretação e aplicação da legislação. Ainda que não se possa falar em direito adquirido do beneficiário a respeito das vantagens indevidas por se tratar de ato nulo, há que se tutelar a confiança legítima depositada pelo administrado de que o ato era legal e legítimo, conforme pressupõe o atributo da presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos. Nesse sentido, entende-se que os efeitos da decretação da invalidade do ato devem ser atenuados à luz de tais princípios, notadamente mediante decisão que, reconhecendo a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, decreta a irrepetibilidade das vantagens auferidas. Com isso, garante-se que o beneficiário não seja obrigado a restituir o erário pelos prejuízos causados em decorrência do benefício inquinado de vício, salvo diante de má-fé.

Palavras-chave: autotutela administrativa; segurança jurídica; boa-fé; irrepetibilidade; benefícios previdenciários.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO	10
1.1 Seguridade Social: evolução histórica.....	10
1.2 Regime Geral de Previdência Social (RGPS).....	17
2 ATO ADMINISTRATIVO E PODER DE AUTOTUTELA.....	21
2.1 Ato administrativo: conceito, atributos e elementos.....	21
2.2 Vícios do ato administrativo	27
2.3 Ato administrativo inválido: revogação e anulação.....	31
2.4 Análise crítica do princípio da supremacia do interesse público	33
2.4.1 O conceito de interesse público e a origem do Direito Administrativo	35
3 SEGURANÇA JURÍDICA E A TUTELA DA CONFIANÇA	42
3.1 O dever de proteção à confiança legítima e a presunção de legitimidade dos atos administrativos	43
3.2 Boa-fé como pressuposto à proteção da confiança legítima.....	47
3.3 Repercussões do princípio da segurança jurídica em matéria previdenciária ..	49
4 DEVOLUÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS INDEVIDOS POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO	53
4.1 O sistema de monitoramento operacional de benefícios (MOB)	53
4.2 A prescrição e a decadência no MOB	55
4.3 Relatórios de auditorias da CGU no âmbito do INSS	56
4.4 Análise do Tema nº 531 do STJ	60
4.5 Tema Repetitivo nº 979/STJ sob a perspectiva da proteção à confiança legítima e os novos contornos do princípio da supremacia do interesse público.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	67
REFERÊNCIAS	69

INTRODUÇÃO

Recentemente, no bojo das discussões da Reforma da Previdência, houve a edição da Medida Provisória nº 871/2019, convertida na Lei nº 13.846/2019, que instaurou o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o qual visa combater fraudes e erros nos benefícios previdenciários ativos. À época, estimava o governo uma economia de até 20 bilhões por ano aos cofres públicos.

Analisando sob o viés ordenamento jurídico brasileiro, esta medida encontra arrimo nos princípios que regem a atuação estatal, notadamente o princípio de autotutela administrativa, que permite ao ente administrativo a apuração de irregularidades mediante atuação *ex-officio*. O princípio da autotutela, por sua vez, encontra amparo no princípio da legalidade e fundamento nas Súmulas de nº 343 e nº 473, bem como no art. 53 e seguintes da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Ocorre que, desde então, esta medida tem afetado drasticamente a vida de muitos segurados do sistema previdenciário brasileiro, uma vez que vem colocando em xeque diversos benefícios irregulares e que, assim o são, por erro ou equívoco da própria Administração Pública na sua concessão ou manutenção. Ressalta-se, ademais, que da anulação do ato surge ainda a possibilidade do Estado cobrar as verbas indevidas – da forma como vem realizando –, o que gera ainda mais prejuízo ao administrado, que não terá apenas o seu benefício cessado, mas terá que repor todo o prejuízo causado ao erário.

Pela relevância da matéria, a discussão foi levada até o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual, através da afetação do REsp 1.381.734/RN, cadastrado como Repetitivo nº 979, julgou a seguinte questão: “devolução ou não de valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração da Previdência Social”. No julgamento, restou consignada a seguinte tese:

Com relação aos pagamentos indevidos aos segurados decorrentes de erro administrativo (material ou operacional), não embasado em interpretação errônea ou equivocada da lei pela Administração, são repetíveis, sendo legítimo o desconto no percentual de até 30% (trinta por cento) de valor do benefício pago ao segurado/beneficiário, ressalvada a hipótese em que o segurado, diante do caso concreto, comprova sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido¹.

¹ STJ. Recurso Especial: REsp 1381734 RS. Relator: Min. Benedito Gonçalves. DJ: 10/03/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=979&cod_tema_final=979. Acesso em 28/05/2021.

Nesse contexto, resta evidente a importância de se discutir quais são os limites da atuação administrativa na revisão dos seus atos, considerando as questões polêmicas que permeiam a matéria, como, por exemplo, a preponderância do interesse público sobre o privado. Além disso, discutir até que ponto é possível defender a tutela da boa-fé e proteção à confiança legítima (corolário da segurança jurídica) quando se trata de relações jurídicas travadas entre o ente estatal – com todas as suas prerrogativas e atribuições – e o administrado.

Sendo assim, consiste objetivo do presente trabalho definir os limites da autotutela administrativa, considerando, para tanto, as discussões que envolvem os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público. A partir disso, verificar a razoabilidade da cobrança dos valores recebidos indevidamente pelo segurado de boa-fé por força de atuação ilegal do ente público, considerando a natureza alimentar dos benefícios previdenciários.

Para tanto, no primeiro capítulo serão feitas breves considerações sobre a Seguridade Social, suas mudanças históricas e os aspectos gerais da Previdência Social no Brasil, em especial a estruturação do Regime Geral de Previdência Social.

No capítulo subsequente, discorre-se acerca do conceito, atributos e elementos caracterizadores do ato administrativo. Ainda neste capítulo, expõe-se acerca dos vícios ou defeitos aptos a desnaturá-los, maculando a sua legalidade, e como a administração reage diante dessa constatação, notadamente anulando-os com efeitos *ex tunc*, em regra. Essa reação é fundamentada nos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado. Contudo, alguns administrativistas criticam a aplicação destes princípios de forma absoluta, críticas estas que serão levantadas no último tópico do capítulo.

No terceiro capítulo, faz-se uma breve explicação sobre o princípio da segurança jurídica, em especial a sua face subjetiva, que se materializa no princípio da proteção da confiança legítima. Em tópico específico, analisar-se-á a sua aplicação em matéria previdenciária, especialmente no dever de proteger a confiança do segurado de que o seu benefício é legal, estando, pois, de boa-fé quanto à eventual irregularidade.

Por fim, explana-se acerca da obrigação imposta ao beneficiário de repor ao erário as vantagens recebidas indevidamente. Para tanto, será demonstrado o montante de benefícios irregulares que, assim o são, por falhas e erros da própria Previdência Social, especialmente do seu sistema corporativo, o que abrirá margem para se discutir a tese firmada no Repetitivo nº 979/STJ, levando em consideração o posicionamento do STJ em casos semelhantes, notadamente no julgamento do Repetitivo nº 531/STJ.

1 SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

De início, imperioso ressaltar que, no Brasil, a Previdência Social estrutura-se dentro de um sistema de proteção social bem mais amplo, a chamada Seguridade Social, termo genérico utilizado pelo legislador constituinte para se referir ao conjunto integrado de iniciativas do Poder Público, quais sejam, a Previdência Social, Saúde e Assistência Social, todas voltadas para a concretização dos objetivos fundamentais instituídos pela Carta Magna (art. 3º, CRFB/88).

Neste capítulo, para se chegar à atual conformação da Previdência no Brasil, são feitos breves comentários acerca da Seguridade Social, especialmente sobre sua estruturação ao longo dos anos nas Constituições brasileiras, para, posteriormente, analisar-se o desenho da Previdência Social na Constituição Federal de 1988.

1.1 Seguridade Social: evolução histórica

Ao longo dos séculos, vários foram os movimentos sociopolíticos que contribuíram para a atual conformação da Seguridade Social no Brasil, sendo que, entender o surgimento dos sistemas de proteção social pelo mundo é entender a construção histórica do Estado Contemporâneo, bem como os movimentos sociais em prol dos direitos que hoje atribuímos como fundamentais, notadamente os direitos sociais – direitos fundamentais de segunda geração, baseados na igualdade (*égalité*) da Revolução Francesa e afervorados pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais dela decorrentes.

Historicamente, antes da eclosão da Revolução Industrial, e, com ela, a necessidade de uma resposta do Estado aos problemas sociais provenientes da contradição “capital-trabalho” (TOMAZ, 2013, p. 2), considera-se a edição da *Poor Relief Act* (Lei dos Pobres) na Inglaterra, em 1601, como o marco do assistencialismo social enquanto medida de cunho estatal voltada ao amparo dos sujeitos socialmente vulneráveis.

Insta rememorar que a Lei dos Pobres foi editada numa época de intenso êxodo rural e de decadência do feudalismo pela Europa, o que ocasionou no crescimento populacional nos centros urbanos e, por conseguinte, a geração de uma massa de indigentes e mendigos nessas localidades. Assim sendo, ainda durante o reinado da Rainha Elizabeth I (1558 a 1603), fora reconhecido o fenômeno da pauperização que assolava a Inglaterra, sendo introduzidas medidas de apoio às classes pobres com a criação da referida lei (COSTA, C.; COSTA, S., 2017, p. 2).

Já no século seguinte, a Inglaterra é ainda palco da Primeira Revolução Industrial – meados do século XVIII e início do século XIX –, momento no qual, diante do grande contingente populacional nas cidades e expansão do sistema fabril, cresce também a exploração maciça da mão de obra operária, que se sujeitava a longas jornadas de trabalho, míseros salários e ausência de qualquer proteção no caso de doença, morte ou velhice:

A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, tem seus pressupostos desmontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar da Idade Moderna. Contudo, apenas mais à frente, no desenrolar do processo da Revolução Industrial, é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pelo modelo principal de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente. Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução Industrial do século XVII (e principalmente século XVIII), é que a relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea (DELGADO, 2017, p. 92).

Imperioso destacar que no compasso da crescente industrialização na Inglaterra, a França enfrentava grandes manifestações burguesas contra o Estado absolutista, o que culminou na conquista do regime das liberdades públicas negativas e a elevação da burguesia ao poder político. “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, estas foram as palavras de ordem do “Terceiro Estado” contra o Antigo Regime.

Nesse cenário, de modo geral, ao Estado foi imposto o dever de abstenção à interferência no âmbito privado, cabendo aos governantes deliberarem restritivamente sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo, firmando-se, aqui, direitos nos quais não se desponta preocupação com as desigualdades sociais. Pelo contrário, as Constituições desse tempo, marcadas pela ideologia do Estado Liberal, buscavam a proteção do indivíduo contra o Estado e vindicavam pela não interferência nas relações privadas (ALVIM NETTO, 2008, p. 1).

Dessa forma, até esse momento, não havia qualquer política de proteção social, tanto na regulação da relação empregador-empregado – que tinha como direitos apenas aqueles assegurados no respectivo contrato de trabalho –, como na questão relativa aos riscos da atividade laborativa no que diz respeito à eventual perda da capacidade de trabalho (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 41). Todavia, é patente que esse ideal absenteísta do Estado Liberal não respondia adequadamente às exigências do momento, conforme enfatiza Mendes (2018, p. 137), de modo que:

O descaso para com os problemas sociais, que veio a caracterizar o *État Gendarme* [Estado Polícia], associado às pressões decorrentes da industrialização em marcha, o impacto do crescimento demográfico e o agravamento das disparidades no interior da sociedade, tudo isso gerou novas reivindicações, impondo ao Estado um papel ativo na realização da justiça social (MENDES, 2018, p. 137).

Assim, nesse cenário de consolidação das relações empregatícias e de aumento dos impasses entre os proprietários dos meios de produção e o proletariado, não tardou para que eclodissem manifestações cobrando por soluções contra as mazelas e a precariedade que convulsionavam no seio social. Delgado (2017, p. 92) conclui, pois, que o Direito do Trabalho é produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas.

Merece destaque a iniciativa da Alemanha recém-unificada na criação de leis que assegurassem maior proteção à figura o trabalhador, notadamente: a Lei do Seguro Doença, em 1883, que se destinava à proteção dos operários da indústria a comércio; a Lei do Seguro contra Acidente de Trabalho, editada em 1884; e, por último, no ano de 1889, a Lei do Seguro Invalidez e Velhice. Tais medidas foram adotadas por Otto Von Bismarck, militar e político prussiano responsável pela condução da unificação da Alemanha no século XIX. Merece destaque a fala de Bismarck à época: “por mais caro que pareça o seguro social, resulta menos gravoso que os riscos de uma revolução” (MORENO, 2018, p. 42).

[...] Em 1883, Otto Von Bismarck, na Alemanha, inovou o sistema de proteção social até então existente que consistia no mútuo. Com as novas doutrinas instigando a participação estatal na proteção dos trabalhadores, ele editou uma lei, marco do seguro social no mundo, que determinava a criação de um sistema protetivo, compulsório e contributivo em favor dos operários da indústria (OLIVEIRA, 2006, p. 20).

Antes disso, os sistemas de proteção social eram pontuais e específicos a determinados grupos sociais. De modo geral, o amparo era prestado aos grupos mais vulneráveis por meio de iniciativas de natureza filantrópica e caritativa, de modo pouco estruturado, que independia de qualquer arrecadação ou contribuição pelo beneficiado – como se deu com a Lei dos Pobres em 1601 –, ou organizado no seio de alguma categoria específica, que arrecadava fundos para cobrir as necessidades daquele que viesse a se tornar incapaz para o labor – mutualismo. Até então, não se atribuía ao Estado o dever de prestar assistência aos necessitados (RUSSOMANO, 1981, p. 19).

Apenas a partir do final do século XIX que os Estados assumem uma postura mais interventiva nas questões sociais, adotando medidas destinadas a atender certas necessidades individuais. Sinal disso é o surgimento da doutrina do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), expressão cunhada no pós-Segunda Guerra Mundial diante da ascensão de um novo modelo de Estado, pautado no dever de solidariedade da sociedade, em que a coletividade é responsável pelo amparo e proteção dos indivíduos da Nação. Conforme enfatiza Castro e Lazzari (2018, p. 42), a evolução dos sistemas de proteção social pelo mundo “é o reflexo de três formas distintas de solução do problema: a da beneficência entre pessoas; a da assistência pública; e a da previdência social, que culminou no ideal de seguridade social”.

Passava-se a entender que a proteção social era dever da sociedade como um todo, apresentando o caráter de solidariedade até hoje presente, pelo qual todos contribuem para que os necessitados de amparo possam tê-lo. Este conceito é fundamental para a noção de seguro social, já que sem o caráter de proteção de todos por todos, mediante a cotização geral dos indivíduos, não se pode falar em previdência social (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 46).

No que se refere à constitucionalização de direitos sociais e políticos, citam-se como paradigmáticas a Constituição Mexicana de 1917, responsável por sistematizar, pela primeira vez, um conjunto de direitos sociais na lei maior, e a Constituição de Weimar, que dispõe acerca de um “sistema geral de segurança social” encarregado da proteção da saúde, da maternidade, prevenção de riscos de idade e invalidez.

Abandonou o Estado, nestes últimos três quartos de século, o seu papel negativo, absenteísta, ausente, para se transformar em Estado positivo, procurando conscientemente equilibrar as forças econômicas da sociedade, mitigando as consequências do próprio princípio individualista de produção. [...] Interveio decididamente no domínio econômico e no mercado de mão de obra, com novos princípios de Estado de direito e de bem-estar (MORAES FILHO, 1993, p. 48).

No Brasil, em sede constitucional, a consolidação de um sistema de proteção social, mais especificamente com a finalidade de garantir amparo na ocorrência de infortúnios capazes de reduzir a capacidade laborativa, deu-se gradativa e paulatinamente. A Constituição Política do Império de 1824 cuidou da instituição dos “socorros públicos”, bem como o Montepio Geral dos Servidores do Estado (Mongeral), em 1835, o qual garantia ao membro o direito de, por morte, deixar uma pensão a um terceiro beneficiário.

A Constituição republicana de 1891, por sua vez, é a primeira a fazer referência ao termo “aposentadoria” (art. 75), benefício concedido aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação e independente de contribuição (TSUTIZA, 2013, p. 41).

Em 1923 tem-se a publicação da Lei Eloy Chaves (Decreto Legislativo nº 4.682/1923), considerada pelos especialistas como o marco da Previdência Social no Brasil. Decretava a criação da Caixa de Aposentadoria e Pensões nas empresas ferroviárias, que funcionava como uma espécie de fundo e tinha caráter essencialmente contributivo (art. 3º). Posteriormente, os benefícios foram estendidos para as empresas portuárias e marítimas (AMADO, 2017, p. 156).

A Constituição de 1934, no capítulo destinado aos Direitos e Garantias Individuais, prevê a instituição de previdência mediante contribuição igualitária entre a União, o empregado e o empregador, a favor da velhice, invalidez, maternidade, morte e acidente de trabalho (art. 121, §1º, ‘h’). Observa-se a positivação da forma tríplice de custeio para a manutenção do sistema previdenciário – já pensado no modelo bismarckiano –, mantendo-se, portanto, o caráter contributivo.

Já a Constituição de 1937 não trouxe mudanças significativas, assim como a Constituição de 1946, que cuidou apenas de adotar pela primeira vez a expressão “previdência social”, além de dispor acerca do necessário equilíbrio financeiro e atuarial da previdência, mediante correspondência entre a majoração dos benefícios e a necessária fonte de custeio. A Constituição de 1967, da mesma forma, não trouxe grandes alterações, mantendo grande parte das conquistas sociais já alcançadas até aquele momento.

Importante salientar que após a Lei Eloy Chaves, em 1923, várias normas infraconstitucionais cuidaram da regulamentação e implantação dos sistemas de proteção no âmbito de cada empresa. Foi apenas na Era Vargas que a estruturação por empresa foi substituída pela organização por categoria profissional, por meio da criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs) – dos marítimos, em 1933; dos comerciários, em 1934; dos industriários, em 1936; dentre outros (AMADO, 2017, p. 43).

Com a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), em 1960, houve a unificação desses sistemas protetivos a fim de facilitar a fiscalização. Para tanto, criou-se o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), em 1966, órgão embrionário do atual Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o qual foi criado pelo Decreto nº 99.350/1990.

Destarte, apenas com a Carta Magna de 1988 que o sistema de proteção social brasileiro consolidou-se. Nela temos a positivação da Seguridade Social, que está alicerçada na tríade Saúde, Assistência Social e Previdência Social – cada qual com seu regramento próprio.

No Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal, intitulado “Da Seguridade Social” (art. 194 ao 204), define-se a seguridade como “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (art. 194). A seguir, expõe um rol de princípios que norteiam a organização do sistema, dentre os quais se destacam a diversidade da base de financiamento, a gestão quadripartite e a seletividade e distributividade dos benefícios e serviços.

No que se refere aos seus fundamentos teóricos, depreende-se a natureza mista da Seguridade Social brasileira, uma vez que possui traços do modelo bismarckiano e do modelo beveridgiano². Adotou-se a expressão “Seguridade Social” (modelo beveridgiano), ainda que, no modelo brasileiro, os benefícios e serviços garantidos por um sistema público universal sejam de caráter contributivo e não contributivo. No nosso modelo de Previdência Social, um dos tripés da Seguridade e o que nos interessa por ora, há a universalidade a favor da participação nos planos previdenciários, ao passo que, para fazer jus aos benefícios, um rol de requisitos deve ser preenchido, inclusive um determinado número de contribuições. De outra banda, para ter acesso ao sistema público de saúde ou aos benefícios e serviços assistenciais, não há necessidade de prévia contribuição ao sistema.

Atualmente, o INSS é o responsável pelo gerenciamento dos benefícios da Previdência Social (auxílios, salários, aposentadorias e pensões), enquanto a arrecadação e a fiscalização das contribuições sociais encontram-se a cargo da Secretaria da Receita Federal do Brasil. A Saúde foi remanejada para o Ministério da Saúde, enquanto a Assistência Social encontra-se sob a responsabilidade do Ministério da Cidadania (TSUTIZA, 2013, p. 45). Vale frisar que INSS também atua na concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC) à pessoa com deficiência e ao idoso, benefício assistencial instituído pela Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS), de 1993.

² Conforme explica Borges (2003, p. 31-32), o sistema de proteção social baseado nas proposições de Bismarck (Alemanha, 1883) tinha uma conotação mais “securitária”, uma vez que era destinada apenas aos trabalhadores que, de forma compulsória, vertiam contribuições ao sistema, enquanto o Estado cuidava da normatização e fiscalização do sistema, com pequeno aporte de recursos – os maiores financiadores eram os empregados e empregadores. Já os sistemas baseados no modelo de Beveridge (Inglaterra, 1944), previam que proteção social deve se dar não apenas aos trabalhadores, mas de modo universal, a todo cidadão, independente de qualquer contribuição, cabendo ao Estado maior responsabilidade no financiamento do sistema. Depreende-se, pois, que o sistema beveridgiano se preocupa mais com a questão redistributiva e com a redução da pobreza. Ademais, quando analisados separadamente os sistemas de Saúde, Previdência Social e Assistência Social, é possível compreender que no Sistema de Seguridade Social brasileiro há traços de ambos os modelos.

Importante reflexão levantam Castro e Lazzari acerca de como a evolução do Estado Moderno até a sua atual sua conformação é responsável por trazer um aumento significativo dos gastos públicos com políticas sociais, ao passo que a receita pública tem diminuído proporcionalmente em decorrência, principalmente, da diminuição dos postos de trabalho (automação) e de fatores demográficos, como o envelhecimento populacional:

[...] Embora o Estado Contemporâneo tenha evoluído, até mesmo em maior escala que no período entre guerras, na dicção e proteção dos direitos sociais no período que se estende do fim da Segunda Guerra Mundial até a década de setenta do século XX, nos anos que se seguiram, as políticas sociais, em velocidades e escalas de grandezas diversas, de modo geral, sofreram retrações do ponto de vista protetivo, ou promocional. As razões que têm sido indicadas para esse processo são: o fim do ciclo de prosperidade econômica iniciado na década de cinquenta e o crescimento acentuado dos gastos públicos, aliado a fatores de diminuição dos postos de trabalho (automação) e demográficos (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 49).

Nesse ponto, surgem diversos questionamentos acerca da (in)sustentabilidade dos sistemas de Previdência Social baseados numa maior participação estatal no seu financiamento. Temas como o déficit da Previdência Social e a necessária reforma do sistema surgem num contexto em que as políticas de proteção social começam a ser repensadas no intuito de viabilizar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

Por esse motivo, a autarquia previdenciária, a partir de 2017, iniciou uma série de alterações estruturais a fim de que haja a economia de recursos públicos concomitantemente com maior eficiência na prestação dos serviços pelo ente público. Merece destaque a adoção de estratégias tecnológicas visando o aperfeiçoamento de operações internas e a melhoria do atendimento ao cidadão, como ocorreu com a implementação do INSS Digital, que pretendia dar maior fluidez e celeridade aos processos administrativos e, conseqüentemente, reduzir o dispêndio com a máquina estatal³.

Ademais, é nessa conjuntura de busca pelo “enxugamento” do aparelho estatal que se delimita a problemática do presente trabalho: já no primeiro semestre de 2019, o Governo Federal editou uma série de minirreformas tendentes a introduzir uma reforma previdenciária mais robusta, a qual foi encaminhada ao Congresso Nacional logo no início da sessão legislativa

³ Estimativa feita pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão aponta que o atendimento presencial unitário tem um custo médio de R\$ 43,68, enquanto o atendimento online pode chegar a R\$ 1,20. Ou seja, há uma economia de mais de 97% em recursos públicos por transação, conforme dispõe o documento Estratégia Brasileira para a Transformação Digital, resultado de uma iniciativa do Governo Federal em 2017.

de 2019 e que culminou na aprovação da EC nº 103/2019 – promulgada em novembro de 2019. Tais minirreformas já almejavam ao reajuste das contas públicas e à maior eficiência na prestação dos serviços públicos pelo INSS.

Interessa-nos, por ora, a Medida Provisória nº 871/2019, convertida na Lei nº 13.846 em junho de 2019 que, além de trazer uma série de alterações substanciais nos requisitos dos benefícios previdenciários em espécie, cuidou da instauração do Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, programa este que será detalhado posteriormente.

Vale frisar que, desde 2017, o INSS já vem realizando uma série de revisões nos benefícios ativos por meio do programa de Revisão dos Benefícios por Incapacidade, com vistas a reavaliar se os requisitos para a concessão dos auxílios e aposentadorias por incapacidade persistiam e, por conseguinte, proceder no corte dos benefícios considerados irregulares. A partir disso, é notório o aumento exponencial de demandas judiciais que versam sobre a matéria no âmbito da Justiça Federal⁴.

Contudo, com a Lei nº 13.846/2019, esse programa foi ampliado, de modo que se tornou válida a revisão para qualquer benefício. Em linhas gerais, o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade visa combater fraudes e erros nos atos concessórios de benefícios, suspendendo e cassando aqueles com indícios de irregularidade.

Depreende-se, portanto, que várias e significativas foram as alterações reformas implantadas no sistema previdenciário brasileiro no último ano, em especial no que se refere aos procedimentos revisionais de benefícios. Isso nos faz questionar quais os níveis de proteção social alcançados na sociedade brasileira e em que medida essa desesperada “caça às fraudes” não estaria “desacobertando” milhares de brasileiros injustamente.

Contudo, para que seja viável a compreensão dos capítulos que se seguem, passa-se a uma breve explanação acerca do atual Regime Geral de Previdência Social, principal regime previdenciário brasileiro, responsável pela cobertura de grande parte da classe trabalhadora atualmente.

1.2 Regime Geral de Previdência Social (RGPS)

⁴ Conforme artigo publicado pela AJUFE (Associação dos Juizes Federais do Brasil), “entre 2016 e 2017, houve um aumento de 20% nos processos judiciais que versam sobre benefícios por incapacidade”, e que, segundo dados do TCU, a matéria já a mais demandada na Justiça Federal Brasileira. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/imprensa/artigos/12165-a-operacao-pente-fino-e-seus-paradoxos>. Acesso em 23 de maio de 2020.

A Previdência Social brasileira pode ser definida como um seguro em regime jurídico especial – uma vez que é regida pelas normas de Direito Público –, necessariamente contributivo, e que disponibiliza benefícios e serviços aos segurados e seus dependentes, prestações essas que irão variar de acordo com o plano de cobertura.

No Brasil, os planos previdenciários são divididos em básicos e complementares: os planos básicos são de vinculação compulsória para aqueles que exercem atividade remunerada; já os complementares, facultativos, visam oferecer prestações complementares, a fim de manter o padrão de vida dos filiados na ocorrência do risco social (art. 9º, Lei nº 8.213/91) (AMADO, 2017, p. 180).

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS), objeto de estudo do presente trabalho, integra o chamado plano básico, sendo de filiação obrigatória e compulsória para os trabalhadores em geral, obrigação esta justificada no dever de solidariedade social. Os segurados obrigatórios subdividem-se em cinco categorias, quais sejam, a do empregado, do empregado doméstico, do contribuinte individual, do trabalhador avulso e do segurado especial, cada qual com requisitos específicos de enquadramento, alíquotas e formas de contribuição distintas.

Vale frisar que o Plano de Custeio (Lei nº 8.212/91) prevê que o financiamento da Seguridade Social se dará mediante recursos provenientes do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e das contribuições sociais. As contribuições sociais destinadas à seguridade social, por sua vez, possuem origens diversas, provenientes: das empresas, do empregador ou entidade equiparada, sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados ao seu serviço e sobre o seu lucro e faturamento; dos trabalhadores, sobre o seu salário de contribuição; do empregador doméstico; bem como as receitas de concursos de prognósticos.

Essa diversidade da base de financiamento que fundamenta o atual modelo de Seguridade Social parte da ideia de coparticipação entre a iniciativa privada e o Poder Público que, de forma solidária, arrecada fundos para cobrir eventuais riscos sociais capazes de diminuir a capacidade de subsistência do segurado ou de seus dependentes. Toda a sociedade deve suportar o encargo de prover o mínimo existencial aos mesmos para que possam viver dignamente, ainda que aquele que contribui não venha a gozar de qualquer contraprestação pelo fato de verter recursos ao sistema (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 138).

Ao contrário do que se tentou implantar à época dos debates sobre a Reforma da Previdência em 2019, no Brasil ainda vigora o regime de repartição simples (*pay as you go*), mediante filiação obrigatória dos trabalhadores (art. 201 da CRFB/88) e financiamento por toda a coletividade – diversidade das fontes.

Nesse sistema, a População Economicamente Ativa (PEA) é responsável por arcar com o pagamento dos benefícios previdenciários da População Economicamente Inativa (PEI), de forma que a geração vindoura será responsável pela atual população ativa, e assim por diante. Ou seja, o regime de repartição simples baseia-se no denominado “pacto intergeracional”, que encontra fundamento em um dos objetivos do Estado brasileiro, qual seja, a solidariedade (art. 3º, CRFB/88).

Na América latina, a principal referência de adoção do principal sistema oposto – regime de capitalização (*funding*) – é o Chile, o qual, ainda durante o governo militar ditatorial de Pinochet (1973-1990), adotou uma série de reformas estruturais de caráter neoliberal. Seguindo a lógica de seguro individual, por meio da criação de fundos financiados por cotizações individuais obrigatórias e voluntárias, ao Estado Chileno caberia a fiscalização e assistência ao sistema, sem o aporte direto de recursos – ainda que, conforme apontam estudos, a contribuição do Estado não tenha diminuído devido aos ônus assumidos do processo de privatização (OLIVEIRA; MACHADO; HEIN, 2019, p. 2). A principal crítica apontada por especialistas é quanto à baixa taxa de reposição dos benefícios (índice obtido pela razão entre o valor da aposentadoria em relação ao salário de contribuição):

[...] Segundo a OCDE, as taxas líquidas de reposição de pensões para os afiliados com menores rendimentos têm uma projeção de menos de 50%, o que resulta em pensões muito baixas, implicando a necessidade da população com menor salário buscar outras formas de aumentar a renda por intermédio do trabalho, ou recorrer ao Estado para adquirir pensões complementares [...] (OLIVEIRA; MACHADO; HEIN, 2019, p. 2).

No RGPS brasileiro isso não ocorre, já que há a garantia de ao menos um salário mínimo ao segurado. Vale, ademais, a universalidade de participação nos planos previdenciários (art. 2º, I, da Lei nº 8.213/91), de modo que aqueles que não exercem atividade remunerada (estagiário, dona de casa, etc.) poderão se filiar na qualidade de segurados facultativos, a fim de garantir a proteção pelo sistema previdenciário na ocorrência dos infortúnios previstos em lei.

A Lei Maior garante a cobertura diante dos seguintes eventos: incapacidade temporária ou permanente para o trabalho; idade avançada; maternidade; desemprego involuntário; salário-família e auxílio reclusão, pago aos dependentes de baixa renda; e pensão por morte do segurado, devido ao cônjuge ou companheiro e dependentes (art. 201, CRFB/88). Restam excluídos do RGPS os titulares de cargos públicos efetivos e os militares, que estão cobertos por Regime Próprio de Previdência Social (RPPS).

Neste ponto, cumpre-nos ressaltar a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, isso porque se destinam a assegurar o mínimo para a sobrevivência digna do segurado nas hipóteses em que este não é capaz, por si só, de prover a própria subsistência na ocorrência de tais eventos, aptos a causar a miserabilidade e intranquilidade social. Nesses casos, o Estado atua providenciando recursos para manter, ao menos, o mínimo existencial (AMADO, 2017, p. 27).

O INSS (autarquia federal criada pela Lei nº 8.029/90 e regulamentado pelo Decreto nº 99.350/90) é o ente responsável pelo gerenciamento dos benefícios e serviços previdenciários do RGPS, como já mencionado. Segundo dados do Boletim Estatístico da Previdência Social (BRASIL, 2020, p. 7) disponibilizado pelo Ministério da Economia em Março/2020, o RGPS engloba atualmente cerca de 52 milhões de filiados.

Assim, para que o segurado possa se valer dos referidos benefícios, torna-se necessário prévio requerimento administrativo perante o INSS. Os processos administrativos de concessão, revisão ou extinção de benefícios previdenciários seguem as normas gerais estabelecidas pela Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99), notadamente a necessidade de observância aos princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, do impulso oficial e da publicidade. Também seguem os regramentos das Leis nº 8.213/91 e 8.212/91, do Decreto nº 3.048/99 e da Instrução Normativa nº 77/2015.

Ocorre que esse sistema vem sofrendo uma série de reformas visando à contenção dos gastos públicos e ao enxugamento da máquina estatal. Nesse contexto, o chamado “Pente-Fino”, que ganha força com a Lei nº 13.846/2019, veio para tentar “organizar a casa”, ainda que, na prática, esse cenário de desordem seja consequência da fragilidade do próprio sistema corporativo do INSS e do mau gerenciamento da autarquia previdenciária. Nesse ínterim, é possível acompanhar o cancelamento de vários benefícios previdenciários concedidos por erro da própria administração pública e o desespero de muitos cidadãos, que acabam por arcar com as falhas de um sistema precário.

O propósito deste trabalho é perquirir justamente acerca dos limites da autotutela administrativa (cancelamento de benefícios), considerando, para tanto, o conflito de princípios que regem a atuação administrativa, quais sejam: o princípio da legalidade e da supremacia do interesse público – materializados anseio pela redução gastos públicos – frente à boa-fé do administrado e ao princípio da segurança jurídica.

2 ATO ADMINISTRATIVO E PODER DE AUTOTUTELA

A doutrina administrativista, ao tecer comentários acerca de um suposto conceito de ato administrativo, costuma, de antemão, trazer à luz a Teoria Geral dos Atos Jurídicos, a fim de demonstrar a qual categoria jurídica os atos administrativos pertencem e, por conseguinte, delimitar seus elementos essenciais: no exercício da função administrativa, o que pode ser considerado ato administrativo? Quais são os seus elementos identificadores, seus efeitos e seus atributos? O que justifica a anulação ou revogação de um ato administrativo?

Esses são alguns questionamentos imprescindíveis para a resolução da questão proposta neste trabalho, uma vez que conhecer os contornos da Teoria do Ato Administrativo permite a compreensão da sistemática de atuação do INSS.

Por esse motivo, optou-se, neste capítulo, por fazer um breve resgate doutrinário, apresentando o debate que circunda a construção de um conceito jurídico de ato administrativo, além de explicar o poder que incumbe à Administração Pública de fiscalizar tais atos, revogando-os ou anulando-os quando presentes as condições para tanto – a chamada autotutela administrativa. Esses contornos serão analisado sob a ótica do interesse público, sendo que, ao final deste capítulo, pretende-se expor os argumentos dos administrativistas contemporâneos a favor (ou não) da supremacia deste princípio sobre os interesses privados. Esse último ponto é importante na medida em que abre espaço para discutir-se acerca da segurança jurídica e da tutela da confiança nas decisões administrativas.

2.1 Ato administrativo: conceito, atributos e elementos

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 379), o ato administrativo classifica-se como ato jurídico, uma vez que dele decorrem efeitos capazes de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas, nos moldes do estudado na Teoria Geral do Direito.

Todavia, há de se considerar que o conceito de ato administrativo vai além dessas considerações, uma vez que possui especificidades aptos à classificá-lo como uma espécie dos atos jurídicos (gênero). Para Bandeira de Mello (2015, p. 379), tais peculiaridades se resumem nas (i) condições de sua válida produção e (ii) no que atina à eficácia que lhe é própria.

Além disso, o jurista diverge quanto à classificação doutrinária tradicional dos fatos jurídicos. Para ele, “há atos jurídicos (administrativos) que não são necessariamente comportamentos humanos voluntários”, característica esta adotada pela doutrina civilista para diferenciar o ato jurídico *latu sensu* dos demais fatos jurídicos. Tais atos jurídicos

(administrativos) surgiriam “casualmente”, sem que o sujeito houvesse pretendido expedi-los – ou seja, na ausência de um “comportamento humano voluntário”. A título de ilustração, o jurista comenta:

Tomemos como exemplo a seguinte hipótese. Suponha-se que um agente público encarregado de interferir, quando necessário, em uma central controladora dos semáforos da cidade, dirigida normalmente por computador, inadvertidamente aperte um botão concernente a um dado sinal luminoso de trânsito. Disto decorre que em certa esquina o sinal verde, isto é, a ordem “siga”, ascende três, quatro ou cinco segundos antes do que estava programado e, correspondentemente, ilumina-se o sinal vermelho, isto é, a ordem “pare”, no outro ângulo do cruzamento. Por força disso haverá produzido, sem querer, as *ordens mencionadas, que são atos jurídicos administrativos*. E poderá, mesmo, jamais saber que o fez. É o que ocorreria se estivesse conversando com outro funcionário, de costas para o teclado, havendo nele tocado sem sequer se aperceber disto. Não houve qualquer manifestação volitiva e houve ato jurídico administrativo (MELLO, 2015, p. 380-381).

No que concerne à ausência de manifestação volitiva, o jurista lembra que, nos atos vinculados a vontade do agente que os produz é irrelevante, pois a decisão a ser tomada já está predefinida por completo na lei. Os atos vinculados, na descrição do jurista:

[...] são aqueles que a Administração pratica sob a égide de disposição legal que predetermina antecipadamente e de modo completo o comportamento único a ser obrigatoriamente adotado perante situação descrita em termos de objetividade absoluta. Destarte, o administrador não dispõe de margem de liberdade alguma para interferir com qualquer espécie de subjetivismo quando da prática do ato. Exemplo: aposentadoria, a pedido, de servidor que conte com 60 anos de idade e 35 anos de contribuição (Constituição, art. 40, §1º, III, “a”) (MELLO, 2015, p. 382).

Por esse motivo, é perceptível que os atos administrativos não se amoldam perfeitamente à tradicional concepção de atos jurídicos vista na Teoria Geral do Direito, vez que possuem particularidades que fogem à usual conceituação. Isso se deve porque nosso ordenamento reconhece a existência de um regime jurídico administrativo, regime ao qual a Administração Pública se sujeita, com normas jurídicas que lhe são próprias, exclusivas e diversas do regime de direito privado (DI PIETRO, 2018, p. 272):

[...] basta o exemplo do ato vinculado praticado por acaso ou o expedido por servidor louco – a quem o Direito não reconhece vontade – para verificar-se que os critérios mencionados para separar atos jurídicos de outras espécies de fatos jurídicos não resistem a uma crítica acurada e menos ainda resistirão na

medida em que comecem a proliferar atos produzidos por máquinas (MELLO, 2015, p. 382).

Assim, a partir de sua percepção, Bandeira de Mello faz outra conceituação dos atos e fatos jurídicos:

Atos jurídicos são declarações, vale dizer, são enunciados; são “falas” prescritivas. O ato jurídico é uma *pronúncia* sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela *deverá ser*. Fatos jurídicos não são declarações; portanto, não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele. Donde, a distinção entre ato jurídico e fato jurídico é simplicíssima (MELLO, 2015, p. 382).

Tecidos estes esclarecimentos iniciais acerca dos atos jurídicos, e estreitando para o que nos interessa por ora, ressalta-se que não há consenso acerca de uma da definição dos atos administrativos, vez que a legislação não cuidou de prescrever este conceito jurídico, ficando a cargo da própria doutrina delimitar os seus elementos caracterizadores:

Enquanto certos autores reputam suficiente uma dada quantidade de traços de similitude, outros requererão outra quantidade – maior ou menor – de aspectos comuns para, à vista deles, considerarem presente a figura tipológica que se propõe a balizar com o rótulo de “ato administrativo” (MELLO, 2015, p. 384).

Por este motivo, não há que se falar em um conceito “certo” ou “errado” de ato administrativo, motivo pelo qual optou-se pelo resgate de vários destes conceitos, resultados da composição de elementos eleitos por cada jurista como necessários e suficientes para a caracterização desta figura jurídica.

Tendo isso em vista, Celso Antônio Bandeira de Mello considera ato administrativo a:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário do serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas ao controle de legitimidade por órgão jurisdicional (MELLO, 2015, p. 393).

Do conceito de Bandeira de Mello extraem-se algumas características do ato administrativo, quais sejam: trata-se de uma declaração jurídica apta a criar, declarar, extinguir, ou modificar direitos; provém do Estado, ou de quem esteja incumbido das funções estatais; é exercida no uso de prerrogativas públicas – regidas, portanto, pelo Direito Público; visam dar cumprimento à uma lei; sujeita-se ao controle de legitimidade por órgão jurisdicional. Em

sentido estrito, o jurista acrescenta ao seu conceito as características de concreção e unilateralidade, no sentido de se tratar de uma declaração unilateral do Estado, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (MELLO, 2015, p. 394).

Odete Medauar, por sua vez, define ato administrativo como sendo um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, como a manifestação de vontade desta apta a produzir efeitos jurídicos no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, respeitando-se, para tanto, o princípio da legalidade. Contudo, a jurista faz uma ressalva quanto à adoção da locução “manifestação de vontade”, já que, nas decisões administrativas, essa ideia de vontade como um “fator subjetivo”, sob o enfoque particularizado, não condiz com o princípio da impessoalidade (MEDAUAR, 2018, p. 134).

Conceito semelhante é o de Hely Lopes Meirelles, para quem:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria (MEIRELLES, 2016, p. 174).

Já conceito do jurista José Cretella Jr. preleciona que o ato administrativo consiste:

[...] na manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer outra pessoa que o detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas substantivas, em matéria administrativa (CRETELLA JÚNIOR, 1977, p. 19).

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao analisar este conceito de Cretella Jr., interpreta que o jurista adota um conceito restrito de ato administrativo, na medida em que constitui elemento essencial à sua caracterização a manifestação de vontade estatal, ficando excluídos, por conseguinte, os atos que encerram opinião, juízo ou conhecimento, bem como aqueles que produzem efeitos imediatos, como os atos normativos do Poder Executivo – a exemplo dos regulamentos.

De outra banda, Di Pietro também ressalta que o conceito de Bandeira de Mello acima citado mostra-se demasiadamente amplo, ao abarcar atos individuais e normativos, unilaterais e bilaterais, bem como as declarações de juízo, de conhecimento, de opinião e de vontade como

atos administrativos, distinguindo-os dos demais atos apenas a referência ao “regime de direito público” (DI PIETRO, 2018, p. 275).

Feitas essas considerações, Di Pietro (2018, p. 276) declara preferir um conceito mais restrito. Define o ato administrativo, portanto, como a “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Nesse ponto, frisa-se que ainda que haja dissenso entre os administrativistas acerca de quais elementos compõem o conceito jurídico de ato administrativo, depreende-se algumas características em comum, como o fato do ato administrativo constituir-se enquanto uma declaração jurídica, que provém do Estado ou do ente que se incumbe das suas funções e ao qual se aplica o regime do Direito Público. Além disso, encontra-se sujeito ao controle jurisdicional de legalidade.

Ao transpor tais conclusões para o Direito Previdenciário temos que o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), enquanto uma autarquia integrante da administração indireta, é responsável por proferir decisões que criam, modificam ou suprimem direitos, as quais são resultado de longos processos administrativos. Tais decisões se revestem de atos de uma declaração jurídica do Estado, os quais devem respeito ao regime jurídico administrativo.

Todavia, “antes de a Administração impor seus atos de maneira unilateral, é necessário que ela assegure a efetiva participação dos administrados na formação da vontade estatal” (DI PIETRO, 2018, p. 173). A partir dessas orientações, temos, por exemplo, a criação das Leis de Processo Administrativo.

Adotar esses novos posicionamentos significa transcender um tipo de abordagem reducionista da supremacia do interesse público sobre o particular, a partir do condicionamento do direito público aos valores democráticos e do reforço das formas procedimentais comunicativas que possibilitam maior participação da sociedade no desempenho da função administrativa (DI PIETRO, 2018, p. 173).

Não de outro modo, utiliza-se como fontes as leis que regem o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, como a Lei nº 9.784/99 e as Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 1991, a fim de demonstrar toda a processualidade que envolve a edição dos atos concessórios de benefícios pela autarquia previdenciária.

Pois bem, dos conceitos apresentados infere-se que os atos administrativos possuem peculiaridades que os distinguem dos atos de direito privado, notadamente porque irradiam sobre eles as prerrogativas da Administração Pública, como a unilateralidade, a presunção de

veracidade (uma vez que se impõe a obediência estrita aos ditames legais), dentre outras. Desta forma, os atos administrativos possuem atributos que lhes são próprios e que os diferem dos demais atos jurídicos.

Considerando que a Administração Pública opera na persecução dos interesses da coletividade, sua atuação é regida por disciplina peculiar, que lhe impõe certos ônus, restrições, sujeições, além de lhe conferir prerrogativas, as quais os particulares não desfrutam (MELLO, 2015, p. 425). Extraem-se tais atributos dessa disciplina específica que rege a Administração no desempenho de suas atividades.

Comumente, a doutrina administrativista cita a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade e a autoexecutoriedade como principais atributos dos atos administrativos. Por ora, destaca-se a presunção de legitimidade e veracidade dos atos, na medida em que este atributo permite que o Estado dê execução ao ato de imediato, ainda que eivados de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Isso confere maior legitimidade e segurança na atuação da Administração Pública.

Dessa forma, enquanto não sobrevém decisão da Administração que reveja o ato, ou até que seja questionado em juízo, este continua válido e operante (MEIRELLES, 2016, p. 183): “[...] a impugnação pulveriza e elimina a presunção de validade, e daí em diante a questão será resolvida no sítio da teoria geral da prova” (FREITAS, 2007, p. 142).

Neste ponto, chamemos a atenção, novamente, para a importância do processo administrativo enquanto pressuposto de uma atividade administrativa transparente, capaz de dar ciência ao administrado da consecução dos atos necessários à formação do ato final. Ainda que aos atos administrativos se atribua a presunção de veracidade, Diogo de Figueiredo Moreira Neto elucida que o princípio da motivação impõe ao agente público o dever de “enunciar expressamente – portanto, explícita ou implicitamente – as razões de fato e de direito que autorizam ou determinam a prática do ato jurídico”, o que viabiliza o controle de legalidade e legitimidade da decisão da autoridade pública (MOREIRA NETO, 2009 apud ARAGÃO, 2012, p. 73).

Alexandre Santos de Aragão, citando o autor americano Richard H. Gaskins, resgata que:

[...] o devido processo legal, no âmbito das instâncias administrativas, traz, como critério de aferição de legitimidade, ônus probatórios para o Estado, que deve satisfazer os interessados e demais críticos da decisão, demonstrando que todas as fontes de erro, personalismos e preferências foram efetivamente afastados do processo (GASKINS, 1975 apud ARAGÃO, 2012, 73).

Isto posto, analisa-se os defeitos que maculam os atos administrativos, pulverizando a presunção de validade e veracidade.

2.2 Vícios do ato administrativo

A autoridade administrativa não pode agir em desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio, de modo que a legitimidade da sua atuação decorre do respeito à lei e aos princípios. Assim, pelos princípios que regem a Administração Pública, espera-se que seus atos sejam íntegros, ausentes de qualquer vício que os corrompa, aptos, assim, à produção dos efeitos jurídicos esperados.

Todavia, se “por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes, a atividade do Poder Público desgarrar-se da lei, divorciar-se dos princípios, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato” (MEIRELLES, 2016, p. 225). Isto é, na presença de qualquer vício que desnature o ato, cabe ao agente proceder na investigação da invalidade, a fim de que sejam tomadas as providências visando a restauração da legalidade (RESENDE, 2016, p. 110).

Nessa perspectiva, a doutrina é incisiva ao ressaltar que não há graus de invalidade, sendo que, ou o ato é válido ou inválido. Desse modo, o que irá variar é a intensidade da reação do Direito em face da invalidade, determinando, assim, as diferentes gradações dentro da teoria das invalidades (RESENDE, 2016, p. 111).

A doutrina, entretanto, não é uníssona ao tratar da matéria, principalmente no que se refere à aplicação da teoria das nulidades própria do direito privado. Conforme ressalta Bandeira de Mello:

[...] para alguns, no Direito Administrativo todo ato ilegítimo é nulo. Para outros, a distinção nulos e anuláveis, usual do Direito Privado, aplica-se, com as devidas adaptações ao Direito Administrativo. Outros, ainda, acrescentam aos atos nulos e anuláveis os simplesmente irregulares, e há também quem reconhece a categoria dos atos ‘inexistentes’ (MELLO, 2015, p. 473).

Em que pese as diferentes interpretações e rotulações dentro da teoria das invalidades no âmbito do direito público, certo é que os defeitos ou vícios dos atos administrativos são expressões utilizadas para se referir às ilegalidades que afetam os seus elementos formadores ou quando há inobservância de requisitos juridicamente determinados.

Assim, a fim de traçar algumas considerações acerca da matéria, tomaremos por base o art. 2º, parágrafo único da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), bem como os comentários

feitos pela doutrina administrativista acerca dos principais vícios que podem macular os atos administrativos, o que ensejaria, em tese, a sua retirada da esfera jurídica.

Pois bem, considerando que a competência para a edição dos atos é sempre definida em lei, no vício relativo ao sujeito o ato nasce defeituoso quando é praticado por agente público não detentor das atribuições fixadas em lei, ou mesmo quando o edita extrapolando as atribuições do cargo. É nesse sentido o previsto na alínea *a* da Lei nº 4.717/65: “a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou”.

Di Pietro explica que os principais vícios decorrentes da incompetência são: usurpação de função (exerce função a qual não foi investido no cargo); excesso de poder (excede às atribuições do cargo); e função de “fato” (irregularidade na investidura do agente, havendo apenas aparência de legalidade) (DI PIETRO, 2018, p. 321). Ainda que se trate de uma classificação doutrinária, fato é que em qualquer das hipóteses o agente público atua em dissonância com atribuições do cargo, seja porque nunca as deteve ou porque as exerceu em excesso. Nestas hipóteses, o ato administrativo é ilegal e passível de anulação, embora em alguns casos haja abrandamento dos efeitos da invalidação, como no caso do exercício de função de “fato”.

Já o vício decorrente da ilegalidade no objeto ocorre quando “o resultado do ato importa em violação da lei, regulamento ou outro ato normativo” (alínea *c*). Nesse aspecto, Di Pietro adota a concepção do direito privado para caracterizar o objeto como legal: deve ser lícito (não ser proibido pela lei), possível (de fato e de direito), moral e determinado (não deve ser incerto em relação aos destinatários, às coisas, ao tempo e ao lugar) (DI PIETRO, 2018, p. 322).

No que se refere ao vício na forma do ato, este ocorrerá quando da “omissão ou observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato” (alínea *b*). Assim, haverá defeito na forma quando a lei a exigir e esta for descumprida, ou quando a finalidade só pode ser alcançada por determinada forma (DI PIETRO, 2018, p. 323).

O motivo, por sua vez, será considerado insuficiente quando “a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido” (alínea *d*). Além destas hipóteses, Di Pietro chama a atenção para a falsidade do motivo, da qual, junto com a inexistência, decorrerá o vício no motivo e acarretará na ilegalidade do ato (DI PIETRO, 2018, p. 323).

Por fim, ressalta-se o vício no fim do ato, denominado também de “desvio do poder” ou “desvio de finalidade”, o qual se verifica “quando o agente pratica o ato visando o fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (alínea *e*).

Todos estes defeitos no ato administrativo podem acarretar a decretação da sua nulidade e na sua retirada do mundo jurídico. Ocorre que o tema das nulidades dos atos administrativos incita divergências entre os administrativistas, notadamente acerca da transposição da teoria das nulidades própria do direito privado e dos negócios jurídicos para o Direito Administrativo.

Odete Medauar é incisiva ao sustentar que parece inaplicável a teoria das nulidades da forma em que vigora no Direito Civil. A jurista ressalta que no direito privado o “tratamento das nulidades separa os defeitos referentes a normas imperativas e os defeitos decorrentes de normas protetoras de interesses de pessoas”. Dessa forma, os negócios jurídicos serão nulos, quando praticados com infração de uma norma de ordem pública ou de ordem imperativa, ou anuláveis, quando praticados por agente relativamente incapaz ou mediante vícios do consentimento. Neste último caso, a nulidade é “relativa, suscetível de ser sanada, por confirmação das partes, só podendo ser alegada pelos interessados” (MEDAUAR, 2018, 151):

É justamente neste último aspecto que a jurista entende não ser possível a adoção da concepção civilista dos efeitos da nulidade. No seu entendimento, “essa diferença não se sustenta [no Direito Público], pois todas as normas são, em princípio, de ordem pública e todos os atos administrativos são editados para o atendimento do interesse público” (MEDAUAR, 2018, p. 151). Da mesma forma entende Diogo de Figueiredo Moreira Neto, citado pela autora:

[...] não se aplica o instituto civil da anulabilidade. Esta modalidade, de nulidade relativa, tem cabimento nos ramos privados do direito porque consulta aos interesses individuais disponíveis, quanto à manutenção ou desfazimento de um ato; o ato administrativo, distintamente, não pode ter sua validade ou invalidade pendente de interesses privados (MOREIRA NETO *apud* MEDAUAR, 2018, p. 152).

Assim, se o ato administrativo padece de vícios, é nulo, de modo que sua permanência na esfera jurídica apenas se dará mediante eventual ratificação ou convalidação e dependerá:

[...] da natureza do vício, do confronto do princípio da legalidade e de outros preceitos do ordenamento (por exemplo: segurança e certeza das relações jurídicas, consolidação de situações), do sopesamento das circunstâncias envolvendo o caso, da finalidade pretendida pela norma lesada (MEDAUAR, 2018, p. 152).

Dessa forma, enquanto no Direito Civil admite-se a convalidação do ato anulável uma vez que este envolve apenas o interesse das partes, no Direito Administrativo, em regra, isso não ocorre, considerando que envolve os direitos da coletividade (CIAMPAGLIA, 2014, p. 40).

Hely Lopes Meirelles (2016, p. 233) também se opõe à transposição da teoria para o Direito Público, e argumenta dizendo que qualquer ilegalidade é causa de nulidade, de modo que todo ato inválido é nulo, não se admitindo atos anuláveis. Ciampaglia (2014, p. 42) comenta que embora Meirelles tenha mudado de posicionamento ao longo das obras, “passando a reconhecer a possibilidade de convalidação dos atos administrativos inválidos, em face do art. 55 da Lei nº 9.784/99”, o qual prevê a possibilidade de convalidação que não atente contra o interesse público e não cause prejuízo a terceiros, “continua a não aceitar o ato administrativo anulável”.

Ocorre que, no levantamento bibliográfico realizado, este posicionamento não parece ser dominante na doutrina juspublicista. Vê-se que os juristas adotam a dicotomia entre nulidade absoluta e nulidade relativa (anulabilidade) no que se refere às consequências decorrentes dos defeitos nos atos administrativos, negando, entretanto, que deva ser feita uma transposição pura e simples.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello entende que o vício pode ocasionar a nulidade ou anulabilidade do ato:

[Será nulo] quanto à capacidade da pessoa se praticado o ato por pessoa jurídica sem atribuição, por órgão absolutamente incompetente ou por agente usurpador da função pública. Será nulo quanto ao objeto, se ilícito ou impossível por ofensa frontal à lei, ou nele se verifique o exercício de direito de modo abusivo. Será nulo, ainda, se deixar de respeitar forma externa prevista em lei ou preterir solenidade essencial para a sua validade. Ao contrário, será simplesmente anulável, quanto à capacidade da pessoa, se praticado por agente incompetente, dentro do mesmo órgão especializado, uma vez o ato caiba, na hierarquia, ao superior. Outrossim, será tão somente anulável o que padeça de vício de vontade decorrente de erro, dolo, coação moral ou simulação (MELLO, 2007 apud DI PIETRO, 2018, p. 326).

Já Di Pietro (2018, p. 326) adota a teoria das nulidades do Direito Civil com reservas. Para a jurista, “o que não pode ser transposto para o Direito Administrativo, sem atentar para as suas peculiaridades, são as hipóteses de nulidade e anulabilidade previstas nos arts. 166 e 171 do Código Civil”. Sustenta que nas duas hipóteses a Administração não pode ficar à mercê da provocação do interessado ou da atuação do juiz para que seja decretada a nulidade. Pelo poder de autotutela, cabe ao próprio ente público proceder na investigação de ofício.

Ademais, entende que o vício pode gerar a anulabilidade quando for sanável ou convalidável (nulidade relativa). Nestes casos, havendo possibilidade de saneamento do ato, este deve permanecer na esfera jurídica. Assim, “a convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado” (DI PIETRO, 2018, p. 326).

No mesmo sentido dispõe o art. 55 da Lei de Processo Administrativo da esfera federal (Lei nº 9.784/99), dispositivo que faz uma ressalva ao art. 53 do mesmo diploma e que prevê a manutenção do ato ilegal, dispondo que: “em decisão na qual se evidenciem não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. Nesses casos, caberá à Administração, diante do caso concreto, verificar o que atende melhor ao interesse público. Regis Fernandes de Oliveira, citado por Di Pietro, traz um exemplo interessante:

[...] imagine-se a seguinte hipótese: autorizou-se um loteamento em terras municipais. O interessado, valendo-se de documentos falsos, logrou obter aprovação do loteamento, seu registro e o competente deferimento do loteamento perante a própria Prefeitura Municipal a quem pertenciam as terras. O ato que determinou a expedição do alvará autorizando a realização do loteamento é nulo. E a nulidade advém do conteúdo do ato. O loteamento não poderia ser autorizado, uma vez que dentro do imóvel municipal. Inobstante, famílias adquiriram lotes, construíram casas, introduziram-se melhoramentos, cobrados foram tributos incidentes sobre eles, bem como tarifas de água etc. Enfim, onde era terreno municipal erigiu-se verdadeira cidade. Anos após, descobre-se que o terreno não pertencia ao loteador e que se trata de área municipal. Imagina-se, mais, que se tratava de verdadeiro paul, que foi sanado pelos adquirentes e, o que era um terreno totalmente inaproveitável, tornou-se valorizado (OLIVEIRA, 1978 apud DI PIETRO, 2018, p. 318).

Nesta situação hipotética, entende a autora que caberá ao poder público decidir qual a melhor solução, levando em conta os princípios do interesse público, da segurança jurídica e da boa-fé, para que assim proceda na anulação ou convalidação do ato.

Assim, determinadas condições devem ser analisadas para que a Administração proceda na convalidação, se esse for o caso. Ademais, na visão de Miguel Reale (1980 apud DI PIETRO, 2018, p. 318), somente será cabível a convalidação caso o ato “não se origine de dolo, não afete direitos ou interesses privados legítimos, nem cause dano ao erário”.

Chama-se a atenção para a última condição apontada pelo renomado jurista, na medida em que um dos fundamentos para a anulação do ato concessório de benefício previdenciário irregulares é, notadamente, a proteção do erário, motivo pelo qual defendemos, por ora, a impossibilidade de convalidação do ato inválido, conforme será explanado no tópico a seguir.

2.3 Ato administrativo inválido: revogação e anulação

Tecidos comentários acerca dos motivos que conduzem à invalidade do ato administrativo, resta-nos distinguir os modos de seu desfazimento, comumente divididos pela doutrina entre a revogação e a anulação, sendo que a diferença entre eles está no seu motivo: na revogação a supressão decorre da inconveniência ou inoportunidade do ato; já na anulação, o desfazimento decorre de ilegalidade na sua origem.

Assim, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, a revogação visa à “supressão de um ato discricionário legítimo e eficaz pela Administração”, de modo que “toda revogação pressupõe, portanto, um ato legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público” (MEIRELLES, 2016, p. 227). Ademais, ensina Seabra Fagundes (apud MEIRELLES, 2016, p. 228) que “a revogação opera da data em diante (*ex nunc*)”, de modo que os efeitos que a precederem são respeitados.

Conforme dito, a revogação funda-se no poder discricionário, vez que a Administração procederá num juízo de conveniência, oportunidade e razoabilidade: “costuma-se dizer que o objeto da revogação é o ato válido, porém, que não mais atende ao interesse público” (CIAMPAGLIA, 2014, p. 81). Assim, considerando que o ato não está maculado por qualquer vício de legalidade, Hely Lopes Meirelles enfatiza que apenas a Administração Pública pode proceder na sua revogação através do juízo discricionário.

A anulação, pelo contrário, “é a declaração de invalidação de um ato administrativo ilegítimo ou ilegal”, acarretando na sua retirada da esfera jurídica em razão da desconformidade com o ordenamento jurídico (CIAMPAGLIA, 2014, p. 89). O ato ilegal, ao contrário do inoportuno ou inconveniente, pode ser anulado tanto pela Administração quanto pelo Poder Judiciário. A Administração pode proceder na anulação mediante provocação do interessado, denúncia de terceiro ou espontaneamente, ao passo que o Poder Judiciário somente pode anular quando provocado.

Frisa-se que em matéria de anulação, surge a questão dos prazos para que o Poder Público proceda no desfazimento do ato. A lei que rege o processo administrativo na esfera federal (Lei nº 9.784/99) fixa no art. 54 que “o direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”.

Já em matéria previdenciária, aplica-se o prazo previsto no art. 103-A da Lei nº 8.213/91, o qual determina que o direito da Previdência Social de anular os atos administrativos decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. Assim, por se tratar de benefício de trato sucessivo, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

No que se refere à natureza jurídica da anulação, ressalta os administrativistas que a anulação é um ato declaratório, e não constitutivo, vez que apenas declara uma situação preexistente e que remete às origens do ato viciado: “a anulação é ato declaratório do estado patológico ou mesmo da inexistência do ato anteriormente editado” (ARAÚJO, 1999, p. 109). Por esse motivo, no que toca aos efeitos da anulação, estes são *ex tunc*, “desconstruindo todos os efeitos que o ato viciado já produziu” (CIAMPAGLIA, 2014, p. 90). Todavia, neste último aspecto, Ciampaglia ressalta que:

Há situações em que o ato ilegal amplia a esfera de direitos de seus destinatários de boa-fé e por razões de segurança jurídica e proteção à confiança admite-se a intangibilidade de alguns ou de todos os efeitos pretéritos do ato (CIAMPAGLIA, 2014, p. 90).

Este é o entendimento ao qual nos filiamos no que toca ao problema proposto neste trabalho. Ainda que o ato concessório de benefício possam ser acometidos dos mais variados vícios que os tornem ilegais, os quais serão demonstrados no último capítulo, e que isso permita que a Administração Pública proceda na sua anulação, entendemos que deve haver uma modulação dos efeitos para a declaração da invalidade, principalmente por se tratar de verbas de natureza alimentar.

2.4 Análise crítica do princípio da supremacia do interesse público

Feito esse resgate doutrinário acerca do poder de autotutela da Administração Pública sobre seus atos, adentra-se em uma questão que incita debates na doutrina juspublicista, a saber a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado enquanto um postulado de atuação da administração.

Essa questão mostra-se relevante na construção do presente trabalho uma vez que a possibilidade de revisão de um ato administrativo concessório de um benefício previdenciário abre margem para que o Estado proceda na declaração de nulidade do ato e, por conseguinte, no cancelamento do benefício, além de pleitear a restituição ao erário dos valores indevidos.

A partir disso tem-se como fio condutor do presente trabalho o seguinte questionamento: em que pese a prerrogativa da Administração Pública de rever seus atos, anulando-os quando eivados de vícios que os tornam ilegais ou revogando-os por motivo de conveniência e oportunidade (Súmula nº 473 do STF), quais são os limites desse poder quando confrontado

com os princípios da segurança jurídica e da boa-fé, e em especial quando a ilegalidade decorre de erro do próprio ente público?

Pontua-se, a propósito, que a cobrança dos valores pagos indevidamente encontra sustentáculo jurídico, basicamente, em três fundamentos, quais sejam: o poder (dever) de autotutela da Administração Pública, instrumento de realização do princípio da legalidade e que autoriza que o próprio órgão atue (de ofício) na verificação da existência de irregularidades no ato concessório; o respeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público, que faz necessária a observância do equilíbrio financeiro e atuarial, sob pena da inviabilização do sistema previdenciário; e a vedação do enriquecimento sem causa do segurado, princípio geral do direito⁵.

Ocorre que somos levados a questionar a razoabilidade da punição do administrado de boa-fé diante da atuação falha e equivocada da própria Administração Pública, e em que medida o interesse da coletividade se sobreporia o privado, nestas hipóteses.

Na tradicional lição de Celso Bandeira de Melo, a “supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade dos interesses públicos” são princípios considerados “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo (MELLO, 2015, p. 55).

Ademais, conforme tratado por Linhares (2017, p. 200), a supremacia do interesse público na visão de alguns administrativistas constitui um axioma, entendendo-se, por este, como uma premissa considerada necessariamente evidente e verdadeira, fundamento de uma demonstração, sendo ela mesma, porém, indemonstrável. Na literatura jurídica o autor assevera que:

[...] utiliza-se o vocábulo “axioma” para fazer referência a determinados tipos de raciocínio jurídico, em tese, aceitos por todos, e, por essa razão, não sujeitos a debates ou questionamentos. São, por assim dizer, autênticos dogmas.

Para Humberto Ávila “[...] a veracidade dos axiomas é demonstrada pela sua própria e mera afirmação, como se fossem autoevidentes” (ÁVILA, 2007, p. 176-177). Partindo dessa perspectiva, Bandeira de Mello define o “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado” como um axioma, pois, nas palavras do autor, “é pressuposto de uma ordem jurídica

⁵ Considerações realizadas pela relatora Maria Lígia Soria em Pedido de Uniformização da Jurisprudência, formulado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em face do Acórdão nº 999/2015 prolatado pela 1ª Composição Adjunta da 4ª Câmara de Julgamento, órgão julgador componente do Conselho de Recursos do Seguro Social (CRSS).

estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados” (MELLO, 2015, p. 70).

Ocorre que, hodiernamente, levantam-se posicionamentos contrários à defesa do princípio da supremacia do interesse público enquanto um axioma ou “dogma” do Direito Público, por entendê-los incompatíveis com as teorias dos princípios jurídicos edificadas à luz do constitucionalismo democrático contemporâneo, em especial diante da consagração dos direitos e garantias fundamentais erigidos pela Carta Cidadã de 1988 e que limitam a atuação estatal em face dos particulares.

Há autores, como é o caso de Humberto Ávila, Gustavo Binbenbujm e Daniel Sarmento, citados por Gabardo e Hachem (2005, p. 13), que atrelam tal princípio com a suposta origem autoritária do Direito Administrativo. Por esse motivo, alguns administrativistas defendem a sua desconstrução, superação ou reconstrução, sob as seguintes alegações: (i) o interesse público trata-se de um conceito indeterminado, cuja abstração necessária à sua aplicação justificaria qualquer ação ou inação, típica de atos autoritários – incompatível com o Estado Democrático de Direito e tutela dos direitos fundamentais; (ii) o “princípio da supremacia do interesse público”, a rigor, sequer pode ser considerado “norma-princípio”, por não preencher determinados requisitos estruturais básicos; e, por fim, que (iii) a prevalência do interesse público em detrimento do privado não é possível, por se tratarem de interesses inseparáveis e complementares (LINHARES, 2017, p. 199-201).

Considerando a discussão que envolve a gênese do Direito Administrativo, o que, na leitura de alguns juristas, deslegitimaria a aplicação hodierna de alguns de seus preceitos nos moldes da sua origem, torna-se válido o resgate das principais leituras desse princípio para fins de construção de um argumento válido que justifique (ou não) a cobrança pela Administração Pública de valores recebidos indevidamente.

2.4.1 O conceito de interesse público e a origem do Direito Administrativo

Bandeira de Mello, ao discorrer acerca do Direito Administrativo enquanto uma disciplina jurídica autônoma, diz que a autonomia é defensável quando a disciplina jurídica “corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e regras que lhes dão identidade, diferenciando-as das demais ramificações do Direito” (MELLO, 2015, p. 53), de modo que, só estaríamos autorizados a encarar o Direito Administrativo como um ramo autônomo se fosse possível extrair tais pressupostos.

Nesse sentido, retoma o sentido de princípio trabalhado em suas obras, a saber:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2015, p. 54).

Explica, por conseguinte, que ainda que haja a intensão da doutrina em sistematizar tais elementos que trazem independência a este ramo do Direito, faltam estudos que determinem quais são abstratamente os princípios básicos que norteiam o Direito Administrativo e como eles se relacionam entre si: “o que importa, sobretudo, é conhecer o Direito Administrativo como um sistema coerente e lógico, investigando liminarmente as noções que instrumentam sua compreensão sob uma perspectiva unitária” (MELLO, 2015, p. 55).

Nesse ponto, Bandeira de Mello apresenta, pois, que o Direito Administrativo se delinea em função da consagração de dois princípios, tidos pelo jurista como distintos: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. Enfatiza, todavia, que tais princípios não podem ser tomados em sentido absoluto, atribuindo-lhes, dessa forma, a importância de pontos fundamentais do Direito Administrativo enquanto “fonte-matriz” do sistema: “logo, não se lhes dá um valor intrínseco, perene e imutável. Dá-lhes importância fundamental porque se julga que foi o ordenamento jurídico que assim os qualificou” (MELLO, 2015, p. 56-57).

E é nesse ponto que suscitam-se as críticas ao princípio da supremacia do interesse público. Ora, é patente que as figuras jurídicas, ainda que remanescentes de determinado contexto histórico – fato que, muitas vezes, causa repulsa nos estudiosos –, sofrem mudanças de leitura a depender do momento histórico no qual são utilizados. Este é o caso do princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses privados, responsável por gerar divergências entre os estudiosos acerca dos seus limites na contemporaneidade. Entretanto, antes de adentrarmos nas críticas em questão, importa-nos definir um conceito de interesse público.

Gabardo e Rezende (2017, p. 269) reforça que as ideias de “vontade geral”, “interesse coletivo”, dentre outras expressões com sentido aproximado e usadas como sinônimo do interesse público, cotidianamente são usadas para legitimar e motivar a atuação política. Todavia, ainda que tão importante, sua definição é igualmente difícil:

[...] diversos autores, diante da “rebeldia” do conceito, vêm negar qualquer conteúdo definível *a priori*, seja para desmerecer o seu caráter legitimador do agir da administração – é o caso de Daniel Sarmento, Gustavo Binenbojm, Humberto Ávila, Paulo Schier, Marçal Justen Filho, dentre outros –; seja para exaltar a própria “indeterminabilidade” como qualidade positiva ao conceito, pois “fornece a flexibilidade necessária para a identificação, a partir dos princípios incidentes no sistema jurídico, das melhores respostas no caso concreto” – como nos casos de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Romeu Felipe Bacellar Filho, Daniel Wunder Hachem, Eduardo García de Enterría, Luís de La Morena y de la Morena e Fernando Sáinz Moreno (GABARDO; RESENDE, 2017, p. 272).

No que se refere à indeterminação apontada pela doutrina juspublicista, Eros Grau (apud GABARDO; RESENDE, 2017, p. 274) rebate afirmando que “interesse público”, “relevância”, “gravidade” são “expressões da história e indicam os ideais dos indivíduos e grupos, povos e países, [...] orientações filosóficas e concepções de mundo”, não constituindo conceitos jurídicos indeterminados, mas um conceito jurídico tipológico, que o jurista nomeia de *noção*:

[...] onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há um conceito indeterminado há, na verdade, *noção*. E a *noção* jurídica deve ser definida como ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas (GRAU, 2005 apud GABARDO; RESENDE, 2017, p. 275-276).

Assim, Gabardo e Rezende (2017, p. 276) ressaltam que a ideia de *noção* é “historicamente alocada, de acordo com valores e condições sociais de quando é aplicada – passível, assim, de interpretação”, argumentando que no caso do interesse público há uma *noção*, apresentando-se, assim, “como uma ideia sincrônica com a realidade de seu tempo com conteúdo mutável de situação em situação”.

É neste ponto que Gabardo e Hachem defendem que a doutrina administrativista contemporânea ao estudar a conceito de interesse público peca ao desmerecer o seu caráter legitimador da atuação administrativa, afirmando que fazem uma leitura errônea da sua *noção* ao resgatar uma suposta gênese autoritária do Direito Administrativo, o que colocaria em xeque, atualmente, os seus fundamentos.

Para tanto, os juristas fazem um salto histórico e retomam o contexto do Iluminismo, no século XVIII, a fim de demonstrar que o conceito jurídico de interesse público à época se distancia da sua atual concepção, motivo pelo qual não assiste razão aqueles que sustentam seu viés autoritário.

Os críticos deste princípio argumentam que a *noção* de interesse público “traduziu uma reprodução de práticas autoritárias o regime próprio do Estado Absolutista” (GABARDO;

HACHEM, 2005, p. 14). Todavia, na perspectiva dos juristas, as ideias que dão origem ao Direito Administrativo produziram um efeito libertador ou emancipador, ainda que o regime que o precedeu não seja caracterizado da mesma forma. Seria, ainda, inconcebível afirmar que este ramo do Direito não sofreu alterações no pós-Revolução Francesa:

Querer igualar, como fazem os “novos críticos”, o momento pré-revolucionário francês com o momento pós-revolucionário, mediante a indicação simplista de uma origem do Direito Administrativo em práticas autoritárias, é promover um anacronismo (GABARDO; HACHEM, 2005, p. 17).

Não haveria como conceber que a realidade política era a mesma, motivo pelo qual seria ingênuo imaginar que seria arbitrária da mesma forma: “os modelos de normatização dessas realidades constituem ontologia radicalmente diversa, o que, por si só, resulta na existência de uma realidade distinta”. Por este motivo, consideram um equívoco metodológico afirmar que o Direito Administrativo não sofreu alterações decorrentes da “ilustração”.

Lembram que o reconhecimento formal de um novo Direito Administrativo que se submete à lei e não ao soberano “torna-o sem dúvida alguma um instrumento de libertação e não somente de dominação” (GABARDO; HACHEM, 2005, p. 17). Com o movimento da ilustração, no contexto do século XVIII, houve a derrubada do *Ancien Régime* e o soerguimento de um novo Estado, orientado à submissão à ordem jurídica.

Com o individualismo da ilustração em voga, a noção de interesse público à época confundia-se com os interesses individuais. O pensamento contratualista típico deste período histórico justifica a existência do Estado na necessidade de tutelar as liberdades dos indivíduos. Nesse regime, é o povo que exerce a soberania por meio da vontade geral, sendo que “a manifestação da vontade geral só poderia se instrumentalizar por intermédio da lei” (GABARDO; HACHEM, 2005, p. 25-26). Dessa forma, somente a lei, enquanto expressão da vontade geral, poderia restringir os direitos e liberdades dos indivíduos. Léon Duguit explica da seguinte forma:

(i) as liberdades individuais limitam a atuação do Estado às ações necessárias para protegê-las, e na exata medida necessária para salvaguardá-las; (ii) é necessário, no entanto, que essa própria liberdade seja limitada para possibilitar a vida social; (iii) logo, a restrição das liberdades só se justificaria se tivesse por objetivo assegurar a própria liberdade, e o único meio autorizado para proceder tal limitação seria a lei, expressão da vontade geral (DUGUIT, Léon, 1913 apud GABARDO; HACHEM, 2005, p. 27).

Ademais, entendia-se que a vontade geral, consagrada pela lei através dos representantes do povo (leia-se: pelo Poder Legislativo) expressava o interesse público. Assim, só haveria respeito à vontade geral, ao interesse público, se houvesse respeito às leis – à legalidade. A supremacia do interesse público, por sua vez, dizia respeito, assim, à proteção das liberdades individuais, na forma como coloca Léon Duguit.

Nessa época vigorava a defesa pelo direito à felicidade e à autorrealização, sendo que estas só viriam na medida que o Estado se abstinhasse de interferir no âmbito das relações privadas. Essa era a vontade geral, o interesse público no pós-revolução francesa: “o interesse público estava na proteção do desenvolvimento dos interesses privados” (GABARDO; HACHEM, 2005, p. 29).

Gabardo e Hachem dizem que essa é a primeira noção de interesse público ou interesse privado que se pode identificar na modernidade. Dessa forma, enfatizam os juristas que:

O Direito Administrativo não possui raízes autoritárias justamente por ser um contraponto axiológico ao regime anterior, somente tendo sido realmente cultivado depois que seus princípios passaram a ser deduzidos da natureza do homem e da sociedade e não do poder divino (GABARDO, HACHEM, 2005, p. 31).

E ainda provoca:

A assertiva de que o Direito Administrativo tem origem autoritária é tão anacrônica quanto inócua. Afinal, não teria também o Direito Privado uma origem autoritária? Ou realmente, em suas reminiscências originárias, foi o princípio da autonomia privada um baluarte da liberdade dos indivíduos? (GABARDO; HACHEM, 2005, p. 31).⁶

Afirma ser inadmissível, ainda, pretender igualar a noção de vontade geral do período de formação do Direito Administrativo, momento de consolidação do constitucionalismo moderno, com a concepção contemporânea de interesse público.

Assim, voltando ao que nos interessa por ora, isto é, ao conceito de interesse público, Gabardo e Hachem (2005, p. 33), citando o administrativista espanhol Jaime Rodríguez-Aranha Muñoz, ressalta que “o interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, admite diferentes entendimentos em função do módulo constitucional em que nos encontramos”, podendo haver distinção na sua concepção no Estado Liberal quando comparado no modelo de

⁶ Como resposta ao questionamento, o jurista afirma que não foi e, sobre o caráter autoritário do Direito privado, toma como referência: GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. Tradução de Arno Del Ri Junior. Florianópolis: Boiteux, 2006.

Estado Social e Democrático de Direito (MUNOZ, 2006 apud GABARDO; HACHEM, 2005, p. 33). Enquanto no primeiro estava vinculado à proteção de interesses dos particulares contra as arbitrariedades da Administração, no segundo suplanta-se essa noção individualista de interesse público, aproximando-se da ideia de bem comum. Assim, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] Nesse tipo de concepção [própria do Estado Social] o interesse público identifica-se como a ideia de bem-comum e reveste-se, mais uma vez, de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano (DI PIETRO, [ano] apud GABARDO; HACHEM, 2005, p. 37).

Gabardo e Hachem afirmam ainda que:

Desse modo, a significação do que vem a ser o interesse público será determinada de forma objetiva pelo ordenamento jurídico, particularmente na ordem de valores, fins, objetivos, e bens protegidos pela Constituição (GABARDO; HACHEM, 2005, p. 42).

Dessa forma, conclui o autor que “[...] o princípio da supremacia do interesse público no ordenamento pátrio nada mais faz do que evidenciar a imperatividade da observância dos mandamentos constitucionais e jurídicos em geral nas atividades de Estado”, havendo equívoco quando se fazem “simplificações excessivas quanto à sua história, marcada por complexidades, descontinuidades e peculiaridades” (GABARDO; HACHEM, 2005, p. 47).

Assim, ainda que se convença acerca das supostas raízes autoritárias do Direito Administrativo, há que se considerar que os seus alicerces sofreram – e ainda sofrem – diferentes leituras a depender do contexto em que se inserem, de modo que “qualquer relação de identidade de sentido entre o signo ‘interesse público’ do século XIX e aquele presente em realidades posteriores (como a pós-Constituição de 1988) configura um anacronismo historiográfico” (GABARDO; HACHEM, 2005, p. 55).

Gabardo e Rezende ressaltam que, ainda que consideremos o interesse público enquanto uma “noção” ou um “conceito jurídico indeterminado” – mutável e ligado aos valores sociais consagrados em cada ordenamento –, ainda assim “a análise do conceito jurídico de interesse público é extremamente delicada” (GABARDO; RESENDE, 2017, p. 278). Todavia, alerta que nem por isso há um problema.

Resta saber, assim, se à luz dos ditames estabelecidos na Carta Magna de 1988, os quais trazem um “guia” para a delimitação da concepção de interesse público para os dias atuais, é razoável a cobrança pela devolução dos valores recebidos indevidamente sob a justificativa da

supremacia do interesse público sobre o privado. Para tanto, será necessária a análise do conflito entre o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social e a segurança dos atos jurídicos, dois princípios erigidos a nível constitucional.

3 SEGURANÇA JURÍDICA E A TUTELA DA CONFIANÇA

Para que as pessoas possam viver com paz e tranquilidade, projetar a sua vida e desenvolver suas potencialidades, isto é, para que os indivíduos possam exercer autonomia individual com liberdade, é imprescindível que conheçam previamente as normas reguladoras da vida em sociedade (BINENBOJM, 2008, p. 180) e a tenham a garantia da estabilidade das relações jurídicas das quais participam. Em razão dessas necessidades humanas, impõe-se:

[...] a articulação de mecanismos jurídicos que confirmem previsibilidade à aplicação do direito e limitem o arbítrio do Estado, visando à proteção da confiança e das legítimas expectativas nutridas pelos cidadãos e agentes econômicos e sociais em relação às leis e atos da Administração Pública (BINENBOJM, 2008, p. 176).

Considerada uma viga-mestra da ordem jurídica, a segurança jurídica, na visão de Fernanda Marinela (2018, p. 113), objetiva “evitar alterações supervenientes que instabilizem a vida em sociedade”, trazendo mais certeza para as regras sociais. Dessa forma, em linhas gerais, o princípio da segurança jurídica objetiva preservar a estabilidade dos vínculos, para que haja maior previsibilidade nas relações firmadas.

De outra banda, J. J. Gomes Canotilho (1993, p. 380) afirma não ser fácil sintetizar o seu conteúdo básico. Sustenta que as ideias nucleares deste princípio desenvolvem-se em torno de dois conceitos, quais sejam, a estabilidade (eficácia *ex post* da segurança jurídica) e previsibilidade (eficácia *ex ante* da segurança jurídica). Nas palavras do renomado constitucionalista, a estabilidade pressupõe que “decisões estaduais não possam ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”. Já a previsibilidade se liga à “exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos” (CANOTILHO, 1993, p. 380):

O cidadão deve poder confiar que os seus atos ou as decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam a efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nas mesmas normas. Esses atos apontam basicamente para: (i) a proibição de leis retroativas; (ii) a inalterabilidade do caso julgado; (iii) a tendencial irrevogabilidade de atos administrativos constitutivos de direitos (CANOTILHO, 1993, p. 373).

Para Rafael R. A. Valim, o aspecto da certeza (ou previsibilidade) traz consigo a ideia de que os comandos jurídicos, a despeito de sua abstração, “estabelecem, para o futuro, a

ligação de dados fatos a certas consequências jurídicas”, sejam elas ampliativas ou restritivas de direitos, e que vão orientar o agir de todos os destinatários daquela norma jurídica, seja nas relações privadas ou reguladas pelo regime jurídico administrativo. À previsibilidade das consequências jurídicas soma-se a estabilidade do Direito, de modo a “assegurar os direitos subjetivos e as expectativas que os indivíduos de boa-fé depositam na ação do Estado” (VALIM, 2009, p. 42).

É a partir dessa díade que se alcançaria os fundamentos do princípio da segurança jurídica no ordenamento brasileiro: a previsibilidade sem estabilidade, e vice-versa, levam à insegurança jurídica, razão pela qual devem ser igualmente valorizadas para fins de proteção dos indivíduos frente à qualquer indício de arbitrariedade estatal (VALIM, 2009, p. 42). Odete Medauar faz um bom recorte das repercussões destas duas faces do princípio no âmbito do direito público:

Entre as suas consequências estão: proibição, em geral, de retroatividade dos atos administrativos; impedimento de aplicação de nova interpretação a situações pretéritas; proibição de anulação de atos administrativos de que decorrem efeitos favoráveis aos destinatários, após longo tempo; respeito aos direitos adquiridos; preservação de efeitos de atos e medidas praticados por servidores de fato (MEDAUAR, 2018, p. 131).

Os exemplos citados por Medauar dizem respeito, em especial, ao aspecto objetivo do princípio da segurança jurídica, ligados à proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF/88). Rafael R. A. Valim (2009, p. 16), entretanto, assevera que o princípio da segurança jurídica não se reduz a estes institutos “sem tentativas de reconhecimento da dimensão total que o aludido princípio assume na ordem jurídica nacional”.

No aspecto subjetivo deste valor constitucional, temos o conceito de proteção à confiança, sob a ótica da boa-fé do administrado, “valor que não pode ser ignorado em um Estado Democrático de Direito” (MARINELA, 2018, p. 113).

3.1 O dever de proteção à confiança legítima e a presunção de legitimidade dos atos administrativos

Um dos principais estudiosos do princípio da segurança jurídica no Brasil é o professor Almiro do Couto e Silva, o qual concebe este princípio sob duas vertentes, uma de natureza objetiva e outra subjetiva (BRUSTOLIN; ZILLOTTO, 2018, p. 109). Suas contribuições para a prática administrativa servirão de alicerce para a elaboração dos tópicos subseqüentes.

Por ora, deixaremos a discussão da estabilização do ato administrativo decorrente do direito adquirido, da coisa julgada, e do ato jurídico perfeito de lado. Nos interessa a face subjetiva do princípio da segurança jurídica, muitas vezes tida como um princípio distinto, a qual busca a proteção à confiança depositada pelos cidadãos nos atos estatais, ainda que ilegais, mas dotados de presunção de legitimidade, legalidade e veracidade.

Segundo este atributo, os atos administrativos presumem-se: legais, isto é, compatíveis com a lei; legítimos, pois coadunam com as regras da moral; e verdadeiros, haja vista que os fatos alegados estão condizentes com a realidade posta (MARINELA, 2018, p. 364). Tal presunção leva o administrado a confiar que o ato praticado está em conformidade com a lei, motivo pelo qual cria expectativas acerca da estabilidade do ato e da previsibilidade dos efeitos jurídicos da relação jurídica firmada com o Estado. Por isso afirma-se que “a proteção da confiança do destinatário, no tocante aos atos administrativos, resulta da presunção de legalidade que esses atos gozam” (COUTO E SILVA, 2004, p. 305).

A partir disso, discute-se se essa lógica poderia ser utilizada como argumento para a proteção do indivíduo que, de boa-fé, acreditou que o ato concessório de seu benefício previdenciário estava em conformidade com a lei, mas que, após determinado tempo fazendo jus ao proveito econômico, se depara com a cassação de seu benefício e com a cobrança pela restituição dos danos causados ao erário, em razão de falha operacional do INSS ou de má interpretação ou aplicação da lei.

Elucidou-se, em capítulos anteriores, que a prerrogativa da Administração de declarar a nulidade de seus atos decorre da obediência à legalidade, princípio basilar do Direito Administrativo, ramo este do Direito que encontrou no pós-Revolução Francesa a lei como obstáculo às arbitrariedades do Estado, impondo à Administração Pública o fiel cumprimento dos ditames legais – os quais representariam a vontade geral do povo.

Todavia, como bem explica Couto e Silva, no contexto do Estado Social (ou Estado-Providência) emergem discussões acerca do papel e da força da segurança jurídica nas relações entre administração-administrado, “em razão da situação de dependência em que, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal Burguês, ficaram as pessoas relativamente ao Poder Público, especialmente no tocante aos serviços e prestações por este realizados” (COUTO E SILVA, 2015, p. 48).

Isto é, enquanto no Estado Liberal não se atribuía ao Estado o poder de interferir na economia a fim de atenuar as desigualdades sociais, no Estado Social o poder público assume uma postura interveniente diante das mazelas e necessidades sociais, consolidando-se como um

Estado prestacional que se preocupa com políticas públicas voltadas à realização da igualdade material, de modo que a confiança depositada neste ente torna-se ainda mais relevante:

Com isso, não se quer dizer que a atuação do Estado é imutável ou que assim deve permanecer. Por outro lado, é preciso compreender que os administrados esperam que a atuação estatal não seja objeto de constantes oscilações e que, além disso, diante de uma eventual mudança, suas legítimas expectativas sejam devidamente consideradas (SILVA, 2018, p. 6).

Dessa forma, ainda que a obediência ao direito positivo vincule a atuação administrativa a fim de rechaçar as arbitrariedades típicas do *Ancien Régime*, resquício do Estado Liberal, fato é que a aplicação irrestrita do princípio da legalidade deixaria os administrados, em inúmeras situações, intranquilos, ou mesmo indignados, se sempre fosse dado ao Estado o poder de, em nome exclusivo do princípio da legalidade, “invalidar seus próprios atos sob o argumento de ter adotado uma nova interpretação e de haver finalmente percebido, após o transcurso de certo lapso de tempo, que eram ilegais” (COUTO E SILVA, 2015, p. 21).

Sendo assim, sob a égide do Estado de Direito consolidado no último século, questionava-se acerca das limitações do princípio da legalidade, vez que em determinados casos seria necessário resguardar como interesse público prevalecente a confiança dos indivíduos, a despeito de sua dissonância com a legislação vigente.

Observando o ordenamento pátrio atual, depreende-se que esse tem sido o posicionamento adotado pelo legislador e pelos tribunais, no sentido de relativização dos efeitos da ilegalidade dos atos jurídicos em determinadas situações à luz da segurança jurídica (proteção da confiança) e da boa-fé.

O princípio da confiança legítima tem sua origem no sistema jurídico europeu, sendo que, nos ensinamentos de Couto e Silva, tem sido tratado como um princípio apartado, com sentido próprio e distinto do princípio da segurança jurídica:

Modernamente, no direito comparado, a doutrina prefere admitir a existência de dois princípios distintos, apesar das estreitas correlações existentes entre eles. Falam os autores, assim, em princípio da segurança jurídica quando designam o que prestigia o aspecto objetivo da estabilidade das relações jurídicas, e em princípio da proteção à confiança, quando aludem ao que atenta para o aspecto subjetivo. Este último princípio (a) impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários, mesmo quando ilegais, ou (b) atribui-lhe consequências patrimoniais por essas alterações, sempre em virtude da crença gerada nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral de que aqueles atos eram legítimos, tudo fazendo razoavelmente supor que seriam mantidos (COUTO E SILVA, 2004, p. 274).

No direito brasileiro a proteção à confiança legítima ganhou especial atenção na última década do século XX e no início deste século pelo Supremo Tribunal Federal, em especial nos seguintes julgados: MC 2.900-RS, 2ª Turma, relator Min. Gilmar Mendes, 08/03/2003; MS 24.368-MG, relator Min. Gilmar Mendes, 15/03/2004; MS 22.357-DF, relator Min. Gilmar Mendes, 24/05/2004.

Em todos estes casos, conforme analisa Almiro Couto e Silva, o Supremo Tribunal Federal invocou o aspecto da proteção da confiança como limitador do poder-dever que tem a Administração Pública de anular seus atos viciados de legalidade e/ou inconstitucionalidade (COUTO E SILVA, 2015, p. 98), dando novos contornos a esse poder. Assevera o jurista ainda que tanto a Lei nº 9.868/99, que disciplina a ADI e a ADC (art. 27), bem como a Lei nº 9.888/99, que versa sobre a ADPF (art. 11):

[...] atribuíram ao STF a faculdade de, ‘ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (...) por maioria de 2/3 de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (COUTO E SILVA, 2015, p. 98).

Esta delimitação (ou abrandamento) dos efeitos da declaração da invalidade de um ato administrativo com fundamento na tutela da confiança legítima apresenta-se como argumento objeto de defesa neste trabalho. O que está em voga é a necessidade de sopesamento do princípio da segurança jurídica e da eficácia *ex tunc* da declaração de nulidade de um ato administrativo.

Conforme já mencionado, não se defende que o beneficiário, ainda que de boa-fé, continue a usufruir da vantagem patrimonial indevida pelo simples fato de haver depositado confiança acerca da legalidade do ato. Pelo contrário, na tentativa de impedir o enriquecimento ilícito, o ato, dentro do período decadencial previsto em legislação específica, pode ser declarado nulo e a vantagem cassada, à luz da Súmula nº 473 do STF, do art. 54 da Lei nº 9.784/99, e da legislação previdenciária adiante mencionada. Todavia, defende-se que os efeitos anteriores à cassação devem ser mantidos em respeito justamente à segurança jurídica e à boa-fé do beneficiário.

Couto e Silva melhor explica tal posicionamento:

[...] haverá hipóteses em que, pelas características da situação ilegal, o princípio da proteção da confiança resguarde o beneficiário apenas pelo ângulo patrimonial, mas não impeça a invalidação do ato administrativo. É a *Vermögensschutz* do direito alemão, expressão que se traduz, literalmente, por

‘proteção patrimonial’, em contraste com a *Bestandschutz*, que é a ‘proteção da permanência’, que implica, esta última, a manutenção do ato administrativo ilegal com todos os efeitos e as consequências (COUTO E SILVA, 2015, p. 102).

A título de exemplo, o autor cita o servidor público, de boa-fé, que acumula indevidamente cargos e empregos públicos. Nessa hipótese, não há *Bestandschutz* (‘proteção de permanência’), vale dizer, pois não tem direito o servidor a permanecer em regime de acúmulo, nem há decadência do direito da Administração Pública de desfazer a situação vedada constitucionalmente. Todavia, de outra banda, não poderá a Administração exigir que o servidor, configurada a boa-fé, restitua as vantagens pecuniárias que recebeu – haverá, portanto, a *Vermögenschutz* (ou ‘proteção patrimonial’) do direito alemão (COUTO E SILVA, 2015, p. 103)⁷.

3.2 Boa-fé como pressuposto à proteção da confiança legítima

Hely Lopes Meirelles (2016, p. 108), tecendo comentários sobre o princípio da segurança jurídica, afirma que esse princípio, além de preservar a dignidade da pessoa humana, “está ínsita no próprio princípio da moralidade administrativa”, a qual, nesse contexto, assemelha-se à boa-fé objetiva do direito privado, denotando “um estado de consciência ou convencimento individual de obrar em conformidade ao Direito” ou “a ideia de ignorância, de crença errônea, ainda que escusável, acerca da existência de uma situação regular” (COSTA apud MEIRELLES, 2016, p. 108).

A ideia da boa-fé enquanto regra de conduta que impõe às partes o dever de agirem de acordo com determinados padrões de correção e lealdade, conforme alude Fernando Noronha (1994, p. 125) em obra clássica sobre os princípios fundamentais do direito contratual, teve seu berço ainda no mundo romano e seus contornos delimitados, inicialmente, no âmbito do direito privado, “quer no sentido subjetivo, tal como aparece, por exemplo, na posse *ad usucapionem*, quer no sentido objetivo, (...) que diz respeito à lealdade, correção e lisura do comportamento das partes” (COUTO E SILVA, 2004, p. 272). Essa clássica divisão dicotômica entre *boa-fé subjetiva* e *objetiva* é excepcionalmente trabalhada na obra de Noronha, para quem, no primeiro

⁷ O jurista ressalta que consolidou-se, nesse sentido, a jurisprudência do STJ: REsp 488.905-RS, relator Min. José Arnaldo da Fonseca; AgRg-REsp 597.827-PR, relator Min. Paulo Gallotti; AgRg-REsp 641.235-PB, relator Min. Hamilton Carvalhido; REsp 711.995-RS, relator Min. Felix Fischer.

caso, está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica posta e, no segundo, quem tem motivos para confiar na contraparte (NORONHA, 1994, p. 132).

O professor Ingo Wolfgang Sarlet traça, por sua vez, a relação existente entre a proteção à confiança legítima e a boa-fé:

A proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tendo por corolário – notadamente no âmbito das relações negociais – o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma certa autovinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição de retrocesso (SARLET, 2010, p. 12).

Entretanto, é de conhecimento dos operadores do direito que hoje a concepção de boa-fé não se restringe à esfera das relações negociais, ainda que encontre maior incidência nesse âmbito. Salienta-se que seus fundamentos são igualmente importantes nos mais variados ramos do Direito, podendo, aliás, tomar contornos variados a depender da situação posta considerando a subjetividade que permeia sua aplicação.

No contexto ora abordado, a boa-fé toma outro sentido, qual seja, o de que o destinatário não tenha contribuído com a sua conduta para a prática do ato administrativo ilegal:

A doutrina alemã, neste ponto, fala numa "área de responsabilidade" (*Verantwortungsbereich*) do destinatário. Seria incoerente proteger a confiança de alguém que, intencionalmente, mediante dolo, coação ou suborno, ou mesmo por haver fornecido dados importantes falsos, inexatos ou incompletos, determinou ou influenciou na edição de ato administrativo em seu próprio benefício (COUTO E SILVA, 2004, p. 305).

Dessa forma, a boa-fé estará presente a partir da análise da confiança depositada pelo destinatário de que o ato era regular aliada com o fato de não tenha concorrido para a invalidade do mesmo. Salienta-se, ainda, que diante de atos ampliativos de direito, a boa-fé “ainda não é suficiente para afastar o dever de a Administração Pública anular seus próprios atos, eis que, antes, surge outro dever, o de avaliar a possibilidade de sua convalidação” (BRUSTOLIN; ZILLOTTO, 2018, p. 111).

No que se refere à possibilidade de convalidação do ato inválido, ressalta-se o que disciplina o artigo 55 da Lei Federal nº 9.784/99, dispositivo este que condiciona a convalidação do ato à inexistência de prejuízos a terceiros ou de lesão ao interesse público: “assim, sendo os defeitos sanáveis, não há por que anulá-los, sendo dever – e não poder – da Administração Pública convalidá-los” (BRUSTOLIN; ZILLOTTO, 2018, p. 112).

Na seara previdenciária, apresenta-se questionável a defesa pela convalidação do benefício previdenciário irregular, ainda que diante do caráter alimentar da verba. Isso, porque o próprio artigo 55 da LPAF condiciona a sanatória do vício à inexistência de lesão ao interesse público, o que não se verifica se o beneficiário continua a receber as mensalidades causando danos ao erário e impossibilitando o equilíbrio financeiro da Previdência Social. Diante disso, retomamos aqui o posicionamento anteriormente adotado, fundado nos dizeres de Miguel Reale (apud DI PIETRO, 2018, p. 318), de que somente será cabível a convalidação caso o ato “não se origine de dolo, não afete direitos ou interesses privados legítimos (leia-se, prejuízo a terceiros), nem cause danos ao erário”.

3.3 Repercussões do princípio da segurança jurídica em matéria previdenciária

Ressalta-se, inicialmente, que o princípio da segurança jurídica encontra sustentáculo em inúmeros dispositivos constitucionais, ainda que implicitamente: figura no rol dos direitos fundamentais individuais (art. 5º, *caput*) e sociais (art. 6º); pode ser extraído do princípio da legalidade (art. 5º, II), da proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI); bem como das garantias de irretroatividade da lei (BINENBOJM, 2008, p. 179).

Não de outra forma, e tendo em vista o exposto no capítulo anterior, poder-se afirmar que a preservação das relações jurídicas firmadas, seja no âmbito do direito público ou privado, também pode ser definido como legítimo *interesse público*, haja vista a necessidade de estabilidade e previsibilidade de um ordenamento para uma “convivência coletiva pacífica e, por conseguinte, de paz jurídica” (BRUSTOLIN; ZILLOTTO, 2018, p. 110).

Ademais, cumpre destacar que o princípio da segurança jurídica não é aplicado isoladamente na resolução de casos concretos, dialogando com outros princípios de envergadura constitucional, de forma que, não raramente, são conciliados segundo a exigência de proteção dos direitos dos cidadãos. A título de exemplo, colisões entre os princípios da segurança jurídica e da legalidade habitualmente ocorrem, de modo que cabe ao aplicador sopesar a prevalência de um frente ao outro (VALIM, 2009, p. 84).

Sobre o assunto, assevera Couto e Silva que ainda são raras as decisões da Suprema Corte que enfrentam a temática de que a segurança jurídica integra o rol de princípios do Estado de Direito no mesmo nível que o princípio da legalidade (COUTO E SILVA, 2004, p. 280) e que, por isso, estaria sujeito às técnicas de ponderação. Não obstante, o autor discorda que no âmbito do Direito Público a legalidade deva ser absoluta, afirmando que “segurança jurídica e

legalidade são, sabidamente, os dois pilares de sustentação do Estado de Direito” sendo igualmente importantes:

[...] no Direito Público, não constitui uma excrescência ou uma aberração admitir-se a sanatória ou o convalidamento do nulo. Ao contrário, em muitas hipóteses o interesse público prevalecente estará precisamente na conservação do ato que nasceu viciado mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato. Alterar esse estado de coisas, sob o pretexto de restabelecer a legalidade, causará mal maior do que preservar o *status quo*. Ou seja, em tais circunstâncias, no cotejo dos dois subprincípios do Estado de Direito, o da legalidade e o da segurança jurídica, este último prevalece sobre o outro, como imposição da justiça material. Pode-se dizer que é esta a solução que tem sido dada em todo mundo, com pequenas modificações de país para país (COUTO E SILVA, 1996, p. 25).

Além dos dispositivos constitucionais, há, ainda, o art. 2º, *caput* da Lei nº 9.784/99, diploma que regula processo administrativo federal e que impõe a observância deste princípio pelos entes estatais: “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, *segurança jurídica*, interesse público e eficiência”.

Ainda na Lei nº 9.784, o artigo 54 prescreve:

O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má fé.
 § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.
 § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato (BRASIL, 1999).

O artigo 55, por sua vez, abre margem para “a possibilidade de convalidação ou de validação dos efeitos pretéritos de atos administrativos geradores de benefícios eivados de legalidade” (BINENBOJM, 2008, p. 179).

Neste ponto, convém ressaltar a instituição pela LPAF do prazo decadencial de 5(cinco) anos para que a Administração Pública proceda na anulação dos atos que decorram efeitos favoráveis para os destinatários, contados da data em que foram praticados, prazo que não se aplica nas hipóteses de comprovação de má-fé do administrado, à luz do citado art. 54 da Lei 9.874/99.

Entretanto, com a Medida Provisória nº 138 de 19/11/2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.839/2004, foi instituído prazo específico em matéria previdenciária no que se refere ao exercício da autotutela pela autarquia previdenciária, acrescentando o art. 103-A à Lei 8.213/91, que dispõe que:

Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato (BRASIL, 1991).

Frisa-se que o exercício do poder-dever de desconstituir seus atos ilegais somente é possível mediante a abertura de processo administrativo próprio, no qual seja assegurado a ampla defesa e o contraditório do administrado, oportunizando-se que a parte produza provas e se manifeste antes de eventual cassação de seu benefício, sendo que, excetuados os casos de má-fé, dispõe o INSS de 10(dez) anos para que exerça esse direito de revisão de determinado ato – contados da data em que foi praticado, conforme redação do art. 103-A.

A Instrução Normativa nº 77/2015, no art. 569, também prevê a aplicação do prazo decadencial de dez anos para a revisão dos atos, esclarecendo, ademais, que para benefícios concedidos antes da lei que regula o processo administrativo federal, o marco inicial do prazo decadencial é 1º de fevereiro de 1999 e, para os posteriores, a data do primeiro pagamento.

Para tanto, nos últimos anos, o INSS criou mecanismos internos para que, de ofício, instaure procedimentos de apuração de irregularidade e proceda na análise de eventuais falhas porventura existentes no sistema da Previdência Social.

A redação original do art. 69 da Lei nº 8.212/91, dada pela Lei nº 8.902/94, já previa a instituição de programa de revisão de concessão e manutenção dos benefícios previdenciários, que deveriam iniciar em 60 dias após a entrada em vigor da lei, e conclui-se em 2 anos. Posteriormente, com a Lei nº 9.528/97, foi dada nova redação ao art. 69, que dispôs sobre a manutenção permanente do programa de revisão. Todavia, mudanças significativas no programa de revisão sobrevieram com a Medida Provisória nº 871/2019, convertida na Lei nº 13.846/2019, as quais serão analisadas no capítulo subsequente.

É importante notar que por meio dessa fiscalização permanente, a autarquia previdenciária tem corrigido falhas operacionais, além de promover a restauração da legalidade de seus atos, o que tem gerado um corte significativo de gastos do governo com o sistema previdenciário. Todavia, de outra banda, emergem-se discussões acerca dos limites dessa

autotutela à luz dos princípios da segurança jurídica e da tutela da proteção à confiança legítima, sendo que, sobre esse assunto, e de nossa parte, já houve a defesa de um posicionamento.

Dessa forma, como bem se percebe, o princípio da legalidade, que outrora tinha valor absoluto no sistema tradicional de invalidade dos atos administrativos – caráter esse que ainda encontra defesa entre alguns administrativistas citados no capítulo anterior –, passa a ter um valor “meramente relativo, pois, em determinados casos, é suplantado pelo princípio da segurança jurídica, sob o aspecto da proteção da confiança, ou pela consumação da decadência” (COUTO E SILVA, 2015, p. 102).

4 DEVOUÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS INDEVIDOS POR ERRO DA ADMINISTRAÇÃO

Por derradeiro, nesse capítulo será apresentado como, na prática, o INSS procede na verificação de possíveis ilegalidades na sua atuação, notadamente na concessão e manutenção de benefícios irregulares. Dessa forma, será analisado o processo administrativo que enseja essa verificação e como que a autarquia federal opera diante da constatação de erros capazes de eivar de vícios os benefícios concedidos, causando a nulidade dos atos concessórios.

Ao final, retomaremos a análise do Tema Repetitivo nº 979, decidido recentemente pelo STJ, além de levantar o comportamento dos tribunais em casos semelhantes ao ora discutido, notadamente a construção do entendimento do STJ no Tema nº 531 e sua ampliação com o Tema nº 1.009.

4.1 O sistema de monitoramento operacional de benefícios (MOB)

Desde 2005 o INSS tem implantado formas de gestão que garantam um maior controle interno dos processos de benefício e gestão dos recursos públicos aplicados à logística da autarquia (MAUSS; TRICHES, 2015, p. 312). Nessa linha, ressalta-se que em 2013 foi editada a Resolução INSS nº 276, a qual aprovou o Manual do Monitoramento Operacional dos Benefícios (MOB). Este trata-se de procedimento administrativo permanente que visa apurar indícios de irregularidades e fraudes na concessão e manutenção dos benefícios previdenciários, bem como inconsistências no sistema informatizado do INSS. Sobre o assunto, Mauss e Triches afirmam que:

Dos parâmetros e das diretrizes básicas do Controle Interno do INSS, observamos que, além de realizar trabalhos atinentes à melhoria da segurança dos processos internos a fim de prevenir erros e fraudes, também visa realizar controle ativo de indícios de irregularidades, tanto com relação aos erros administrativos causados pela atuação equivocada dos servidores quanto a fraudes realizadas por eles ou pelos segurados (MAUSS; TRICHES, 2015, p. 315).

Nesse sentido, a IN nº 77/2015, em capítulo destinado ao tratamento do MOB, destaca o modo como essa operação de controle interno ocorrerá:

Art. 601. O controle dos atos operacionais para prevenção de desvios de procedimentos normativos, a verificação da regularidade dos atos praticados na execução e a consequente garantia de qualidade do trabalho, serão operados por ações adotadas por amostragem pela Área de Benefícios no âmbito da

Gerência-Executiva, na forma do Regimento Interno, sendo competência da Auditoria verificar a qualidade desses controles.

Trazendo essa ideia para a discussão aqui proposta, é importante ressaltar que, após o procedimento de apuração, se for constatado que a irregularidade decorreu de mero erro administrativo causado por falha de interpretação da legislação, por equívoco na manipulação do sistema corporativo da autarquia ou por falhas no processamento de dados desse sistema, o procedimento concessório será revisado e serão cobrados os valores indevidamente recebidos, conforme dispõem os artigos 611 e 612 da IN nº 77/2015:

Art. 611. Ao finalizar o processo de apuração, se houver valores a serem ressarcidos ao erário, deverá ser formalizado processo de cobrança administrativa, conforme disciplinado em ato próprio.

Art. 612. Em se tratando de erro, o levantamento dos valores recebidos indevidamente será efetuado retroagindo cinco anos, contados da data do Despacho de Instauração do processo de apuração, incluindo-se os valores recebidos a partir dessa data até a cessação ou revisão do benefício, atualizado os valores correspondentes a esse período até a data da constituição do crédito, na forma do art. 175 do RPS.

Frisa-se que no decorrer do procedimento haverá a emissão do chamado Relatório Individual com a descrição do indício de irregularidade, bem como do montante passível de devolução, sendo oportunizado ao beneficiário o direito de apresentar, no prazo legal, defesa, em obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa que também se aplicam aos processos administrativos (art. 606, IN nº 77/2015). De outra banda, constatado que o processo está regular, deverá ser emitido o Relatório Individual de Regularidade, dando ciência ao segurado e, após, proceder no arquivamento do expediente.

Na constatação de eventual irregularidade, dispõe o art. 607 da IN nº 77/2015 que, após a apresentação da defesa escrita pelo segurado, esta será julgada (quanto à tempestividade e ao mérito) pelo INSS. Sobrevindo decisão desfavorável ao segurado, o benefício será imediatamente suspenso, cassado ou revisado, podendo o interessado interpor recurso à Junta de Recursos da Previdência Social (JRPS) no prazo de 30 (trinta) dias, contados da sua ciência da decisão. Ademais, “no que tange aos efeitos do recurso impetrado contra decisão do MOB que reconheceu a irregularidade inicialmente constatada, este não tem efeito suspensivo, apenas devolutivo” (MAUSS; TRICHES, 2015, p. 318).

Ressalta-se que se a irregularidade decorrer de fraude, o processo de apuração será encaminhado à Procuradoria Especializada do INSS (PFE) para análise das providências cabíveis e o encaminhamento aos órgãos competentes, também sendo enviada cópia à

Corregedoria para apuração de eventual envolvimento de servidor público (conforme artigos 615 e 616 da IN nº 77/2015).

Nesse ponto é importante ressaltar que, além da existência do próprio sistema de Monitoramento Operacional de Benefícios, o Governo Federal, a partir de 2017, criou uma força-tarefa dentro da autarquia federal com a finalidade de proceder na revisão em massa dos benefícios previdenciários, especialmente os por incapacidade laboral. Destaca-se a Medida Provisória nº 871/2019, convertida na Lei nº 13.846 em junho de 2019, que criou o Programa Especial para Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidade, instituído, inclusive, Bônus de Desempenho aos médicos peritos por perícia realizada.

Em 2020 foi instituído ainda o chamado “Novo Pente-Fino”, em que, além dos benefícios por incapacidade, tornaram-se alvo das revisões os benefícios de prestação continuada (BPC), os decorrentes de união estável (a exemplo das pensões por morte) e as aposentadorias rurais, todos benefícios sob administração do INSS.

4.2 A prescrição e a decadência no MOB

Os prazos relativos à prescrição e decadência no processo administrativo previdenciário, no que tange ao direito da Previdência Social de anular seus próprios atos, seguem as regras dispostas nos artigos 103-A da Lei nº 8.213/91 e 347-A do Decreto nº 3.048/99, já mencionados no capítulo anterior:

Art. 103-A. O direito da Previdência Social de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os seus beneficiários decai em dez anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo decadencial contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato (BRASIL, 1991).

Assim, considerando como marco inicial da contagem do prazo decadencial a data em que o ato foi praticado (no caso de benefícios ativos será o primeiro dia do mês seguinte ao primeiro recebimento), e respeitando-se os 10 (dez) anos para constatação do vício, o levantamento dos valores percebidos indevidamente será realizado retroagindo 5 (cinco) anos, conforme o supracitado art. 612 da IN nº 77/2015. Ademais, a suspensão do período prescricional somente ocorrerá com o despacho que determina a instauração do processo de irregularidade (§1º, art. 612, IN nº 77/2015).

Interessante notar que da redação do já mencionado art. 103-A, entende-se que os prazos decadencial e prescricional não se aplicam nas hipóteses de má-fé do beneficiário, caso em que haverá a ausência de limite temporal para a anulação e a cobrança dos valores indevidos abrangerá a integralidade do período, e não apenas os últimos cinco anos (art. 613, IN nº 77/2015).

4.3 Relatórios de auditorias da CGU no âmbito do INSS

A Controladoria-Geral da União (CGU), órgão de controle interno do Governo Federal responsável por trazer maior transparência à Gestão Pública e averiguar eventuais gastos indevidos da máquina estatal, anualmente, realiza auditoria de contas no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e publica Relatórios de Avaliação a fim de identificar possíveis fragilidades na atuação da autarquia, realizando, ainda, a elaboração de recomendações para a correção das falhas.

Analisando tais relatórios, verifica-se que uma quantidade significativa das irregularidades que oportunamente serão alvo do Monitoramento Operacional de Benefícios (MOB) deriva de eventuais problemas, erros e inconsistências do próprio sistema interno da autarquia federal, como falhas no CNIS, falhas na identificação e cruzamento de dados referentes ao NIT do segurado, falhas na identificação de concomitâncias de benefícios, falhas na codificação dos sistemas e na sua adequação à legislação previdenciária, etc. Apontaremos alguns desses relatórios no intuito de demonstrar que o recebimento indevido, muitas vezes, passa despercebido e longe de qualquer má-fé do beneficiário.

Mais recentemente a CGU publicou, em 23 de agosto de 2019, um relatório de avaliação da autarquia federal referente ao exercício do ano de 2018, no qual constatou e detalhou a origem de diversas dessas irregularidades presentes nos benefícios previdenciários.

Conforme aponta o relatório, verificou-se a existência de mais de 24 mil benefícios de aposentadoria por invalidez, com base na folha de pagamento de benefícios de 2018, sendo pagos mensalmente a beneficiários que já haviam recuperado a capacidade laborativa, resultando num prejuízo anual de R\$ 507 milhões aos cofres públicos. No que se refere aos fatores que influenciaram no resultado apurado, o relatório aponta:

[...] a falta de realização de perícias médicas de revisão e a ausência de sistemática de verificação periódica dos dados dos destinatários desses benefícios a partir de informações disponíveis em bases de dados da Administração Pública, dentre essas, o CNIS, cadastro que está sob a governança do INSS (CGU, 2019, p. 14).

Dessa forma, indica o relatório que a verificação periódica dos benefícios ativos tendo como fonte de dados o CNIS e outras bases, bem como a realização de perícias revisionais nos benefícios por incapacidade, minimizariam os riscos de pagamentos indevidos.

Sobre esse assunto, é importante ressaltar que, conforme dispõe o art. 71 da Lei nº 8.212/91, é dever do INSS convocar, periodicamente, o segurado em gozo de benefício por incapacidade para que se submeta à perícia revisional, a fim de comprovar a persistência, atenuação ou agravamento da incapacidade para o trabalho, não sendo responsabilidade do segurado se apresentar voluntariamente à agência ou proceder na sua autoavaliação. Não de outro modo, a simples apresentação de laudo médico pelo beneficiário não torna comprovada a incapacidade, sendo necessária a avaliação por perito da própria entidade, a qual dará a última palavra sobre a existência dessa incapacidade e seu grau. Portanto, a manutenção de benefícios de aposentadoria por invalidez ou auxílios-doença, por anos e anos, sem qualquer revisão periódica, além de desrespeitar o disposto no art. 71 da Lei nº 8.212/91, corrobora para o rombo nas contas públicas.

Verificou-se, ainda, a existência de quase 17 mil pensões por morte pagas em situações em que há possibilidade de que o instituidor do benefício esteja vivo, o que representaria um gasto mensal de aproximadamente R\$ 25 milhões aos cofres públicos e projeção de pagamento anual de R\$ 324 milhões. No período de 2013 a 2017, o pagamento realizado a esses benefícios totalizou o valor de R\$ 1.227.746.919,49 (CGU, 2019, p. 18). Tais inconsistências também seriam minimizadas se houvesse a verificação informatizada e periódica de tais benefícios, mediante o cruzamento de dados das bases de informações da Administração Pública.

Da mesma forma, no que se refere aos benefícios de aposentadoria por idade, identificou-se quase 10 mil benefícios supostamente indevidos, os quais estariam sendo pagos sem que segurado tivesse atingido a idade mínima para fazer jus ao benefício, o que gerou um prejuízo potencial de R\$ 344 milhões à previdência social (CGU, 2019, p. 19). Da mesma forma, conforme esclarece o relatório, o pagamento indevido se deve, muitas vezes, por inconsistência dos dados relacionada à fragilidade do próprio sistema corporativo do INSS.

Em outro relatório, referente ao exercício de 2017, publicado em junho de 2018, verificou-se a existência de “fragilidades na sistemática de concessão de benefícios que permitiram a manutenção concomitante de benefícios inacumuláveis entre si” (CGU, 2018, p. 32). Detalha o relatório que três são os sistemas para concessão de benefícios, quais sejam, o Prisma, o SIBE e o SABI. Além disso, há o Plenus, “utilizado para gerar relatórios contendo dados acerca dos benefícios concedidos” àquele segurado, o qual também é usado para executar

a função “liberação de duplicidade” (LIBDUP), ferramenta responsável por alertar acerca da existência de benefícios inacumuláveis entre si no caso concreto. Entretanto, conforme é apontado pelo relatório, essas ferramentas de bloqueio da concessão de benefícios inacumuláveis, em algumas hipóteses, apresentam falhas. Vejamos um hipótese relatada no relatório:

Não se identificou alerta, tampouco bloqueio, na concessão de auxílio reclusão para quem já recebe aposentadoria (item “e” mencionado anteriormente). No entanto, há alerta e bloqueio na situação inversa: para quem já recebe auxílio reclusão e pretende-se conceder aposentadoria. Nesse sentido, foram verificadas falhas relacionadas à não implementação de alerta e de bloqueio, nos Sistemas Prisma e SUB, na concessão de benefícios não acumuláveis entre si, conforme discriminado acima (CGU, 2018, p. 14).

Quanto ao uso da LIBDUP na verificação de eventuais concomitâncias ilegais:

Conforme a própria autarquia previdenciária informa no Ofício nº 78 GABPRE/INSS, de 29 de janeiro de 2018, onde são descritas as providências adotadas pelo INSS no sentido de retificar as falhas apontadas no Relatório de Auditoria nº 201701785, identificou-se diversas ocorrências de duplicidade de benefícios motivadas pelo uso indevido da ferramenta LIBDUP, a despeito de não detalhar os casos em concreto a que se referem. (...) Em suma, a partir dos testes e análises realizados observou-se que, embora tenham sido estabelecidos controles no sistema de concessão para evitar a manutenção concomitante de benefícios legalmente inacumuláveis, esses controles não são suficientes para impedir todas as acumulações identificadas no Relatório de Auditoria nº 201701785. Observaram-se falhas de controles relacionadas à identificação de inconsistências cadastrais na concessão de benefícios; ao uso indevido da ferramenta de liberação de duplicidade de benefícios, inclusive quanto à insuficiência de sua motivação; à não garantia de segregação de funções no seu uso; e à ausência de verificação de duplicidade irregular prévia à elaboração da folha de pagamento de benefícios (CGU, 2018, p. 15).

Um dos pontos apontados é que a ferramenta LIBDUP – utilizada como alerta de acumulações indevidas, até o ano de 2017, somente estava disponível para determinados servidores, sendo que nem sempre o servidor atuante na concessão de benefício inacumulável por lei estava apto pelo sistema para manipular essa ferramenta, o que pode ter contribuído para o gasto indevido anual de R\$ 336.285.355,77 para a Previdência Social.

Aliás, no que se refere a esse montante, torna-se imperioso demonstrar, em números, como falhas no processamento de informações, a exemplo da identificação de possíveis concomitâncias, pode gerar gastos elevados ao sistema previdenciário, o que nos leva a refletir como investimentos pelo Poder Público em recursos humanos e tecnológicos poderiam minimizar os gastos da Previdência Social no Brasil, alvo atualmente de inúmeras críticas. Para

tanto, extraindo os dados apontados no Relatório da Gestão nº 201701785, podemos identificar os seguintes gastos:

Tabela 1 – Quantitativo de benefícios acumulados indevidamente no exercício de 2017.

Benefícios acumulados indevidamente	Quantidades de benefício irregular⁸	Valor mensal indevido	Valor anual indevido
Aposentadoria x Abono	3	R\$ 2.205,60	R\$ 28.672,80
Aposentadoria x Aposentadoria	637	R\$ 880.639,74	R\$ 11.448.316,62
Aposentadoria x Auxílio-doença	173	R\$ 282.571,04	R\$ 3.673.423,52
Auxílio-acidente x Aposentadoria	12.809	R\$ 9.317.774,56	R\$ 121.131.069,28
Aposentadoria x Auxílio-reclusão	2	R\$ 2.022,01	R\$ 26.286,13
Auxílio-doença x Auxílio-doença	22	R\$ 41.566,28	R\$ 540.361,64
Auxílio-doença x Auxílio-acidente	8.347	R\$ 6.332.225,91	R\$ 82.318.936,83
Auxílio-doença x Auxílio-reclusão	6	R\$ 5.866,74	R\$ 76.267,62
Auxílio-acidente x Auxílio-acidente	13	R\$ 10.451,11	R\$ 135.864,43
Assistenciais x Benefícios previdenciários	244	R\$ 228.628,00	2.972.164,00
Assistenciais x Assistenciais	1.434	R\$ 1.384.886,00	R\$ 18.003.518,00
Pensão x Pensão	7.194	R\$ 7.058.258,85	R\$ 91.757.365,05
Pensão x Pensão mensal vitalícia seringueiro	169	R\$ 316.706,00	R\$ 4.117.178,00
Salário Maternidade x Auxílio-doença	3	R\$ 4.302,45	R\$ 55.931,85
Total	31.055	R\$ 25.868.104,29	R\$ 336.285.355,77

Fonte: Relatório de Avaliação dos Resultados da Gestão nº 201701785

Desse modo, ainda que o procedimento concessivo se guie pelos princípios que regem a função administrativa, é possível a existência de vício capaz de inquinar algum dos elementos

⁸ Os valores utilizados referem-se aos seguintes casos: (a) benefícios acumulados por pessoas de mesmo CPF ou NIT onde o nome cadastrado na Maciça é igual; (b) benefícios acumulados por pessoas de mesmo CPF ou NIT, entretanto o nome cadastrado na Maciça para cada benefício é diferente, podendo indicar benefícios concedidos a pessoas que não possuíam CPF ou NIT e usaram dados de cônjuge/parentes para receber o benefício; (c) benefícios acumulados por pessoas de mesmo CPF ou NIT, entretanto um desses benefícios possui o código de despacho 04, o que indica que pode ser um benefício concedido por determinação judicial.

do ato (CARVALHO FILHO, 2018, p. 212), seja por falha ou equívoco humano, ou mesmo por inadequação e inconsistência do sistema de gestão da própria autarquia.

Como é notório, muitos dos casos de irregularidades nos benefícios decorrem de falhas operacionais do próprio sistema da previdência social. Tais falhas ligam-se a problemas estruturais que há muito tempo assombram o funcionamento da autarquia previdenciária, como o déficit de servidores aptos a realizar as análises das incorreções, de médicos peritos para a realização das perícias revisionais, bem como a fragilidade e obsolescência das tecnologias utilizadas no gerenciamento dos benefícios e serviços.

Atualmente, com a implantação do INSS Digital e do Meu INSS, esforços têm sido empreendidos na tentativa de corrigir essas fragilidades e eventuais irregularidades. Podemos citar a possibilidade de concessão automática de aposentadoria por idade a partir da verificação do sistema (mediante cruzamento dos dados constantes no CNIS e outras bases de dados) do cumprimento dos requisitos legais. Além disso, observa-se nos relatórios anuais que o INSS tem buscado, ainda que lentamente, se adequar às recomendações da CGU. Contudo, tais imprecisões e incorreções ainda existem e têm gerado inúmeros transtornos na vida dos segurados, além de elevados gastos indevidos pelo Estado.

4.4 Análise do Tema nº 531 do STJ

Neste tópico, trataremos de importante julgamento do STJ em matéria semelhante, que versou sobre a impossibilidade de restituição ao erário de valores indevidamente recebidos por servidores públicos de boa-fé, em função de interpretação equivocada da lei.

O Recurso Especial nº 1.244.182/PB, afetado em 21/03/2012 para análise de recursos repetitivos, teve a relatoria do Min. Benedito Gonçalves, o qual votou pela irrepetibilidade dos valores indevidos.

O Min. Benedito Gonçalves fundamentou seu voto no Mandado de Segurança nº 25.641, de relatoria do Min. Eros Grau, julgado em 21/11/2007, que definiu quatro requisitos cumulativos para que seja desnecessária a reposição ao erário, quais sejam:

[...] (i) presença de boa-fé do servidor; (ii) ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; (iii) existência de dúvida plausível sobre a interpretação, validade ou incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento

da vantagem impugnada; (iv) interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração⁹.

Dito de outro modo, além da presença da boa-fé, o servidor público não pode ter contribuído para a concessão da vantagem indevida e o erro quanto à interpretação deve ser escusável e razoável – existência de margem para tal interpretação. Todavia, Min. Relator cita julgados mais recentes que determinaram a irrepetibilidade desde que, diante da interpretação errônea ou má aplicação da lei, esteja presente apenas a boa-fé do servidor público¹⁰. Ou seja, erros injustificáveis de interpretação não ensejariam a devolução diante da boa-fé.

Do julgamento, restou fixado a seguinte tese:

Tema nº 531/STJ: 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 público¹¹.

Nesse ponto, importante ressaltar que sobrevieram discussões no âmbito dos tribunais acerca da abrangência do Tema nº 531 do STJ, se abarcaria ou não a devolução de valores ao erário quando pagos indevidamente por erro operacional – e não apenas por má interpretação da lei) da Administração Pública, ainda diante da boa-fé do servidor público.

Dessa forma, o STJ afetou, em 02/05/2019, os Recursos Especiais nº 1.769.306/AL e 1.769.209/AL representativos dessa controvérsia, tendo como relator o Min. Benedito Gonçalves.

Assim, diante da jurisprudência que vem se firmando perante o STJ, especialmente perante as Turmas que compõem a Primeira Seção, enfatizou o Min. Benedito Gonçalves que, “no que tange à ampliação das hipóteses previstas no referido tema no sentido de que não se faz devida a repetição dos valores pagos a servidor público pela Administração Pública por erro

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança 25641/DF. Impetrante: Fernando Antônio Zorzenon da Silva e outros. Impetrado: Tribunal de Contas da União (TCU). Relator: Min. Eros Grau. Data de Julgamento: 22/11/2007. Data de Publicação: 17/11/2005.

¹⁰ Alguns dos julgados citados pelo Min. Relator Benedito Gonçalves: EDcl no RMS 32.706/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 09/11/2011; AgRg no Ag 1397671/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 15/08/2011; AgRg no REsp 1266592/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 13/9/2011; REsp 1190740/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/08/2010; AgRg no Ag 1030125/MA, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 12/06/2008, DJe 01/09/2008;

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Seção). Recurso Especial 1.244.182/PB. Recorrente: Universidade Federal da Paraíba. Recorrido: Marcos Jacome de Almeida. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Data de Julgamento: 19/10/2012

operacional”, e diante da multiplicidade de recursos sobre a matéria, tornava-se necessária a Proposta de Revisão do Entendimento firmado na tese relativa ao Tema nº 531, fixando a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. QUESTÃO DE ORDEM EM RECURSO ESPECIAL. RECURSOS REPETITIVOS. PROPOSTA DE REVISÃO DO TEMA REPETITIVO 531/STJ. A TESE FIRMADA NO REFERIDO TEMA ABRANGE A NÃO DEVOUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS POR SERVIDOR PÚBLICO, DE BOA-FÉ, QUANDO O ERRO OPERACIONAL FOI ATRIBUÍDO EXCLUSIVAMENTE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. ART. 927, § 4º, DO CPC/2015 E ARTS. 256-S, 256-T, 256-U E 256-V DO RISTJ. QUESTÃO DE ORDEM ACOLHIDA. 1. A questão da impossibilidade de devolução de valores recebidos por servidor público, quando a Administração interpreta equivocadamente comando legal, foi analisada pelo STJ no julgamento do Recurso Especial n. 1.244.182/PB, no qual se fixou entendimento de que "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" (REsp 1.244.182/PB, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 19/10/2012). 2. Ocorre que a jurisprudência do STJ, especialmente em precedentes firmados pelas Turmas que compõem a Primeira Seção, parece que vem se consolidando de forma a ampliar a hipótese prevista no Tema 531 do STJ. 3. O art. 927, § 4º, do CPC/2015, combinado com o art. 256-S do RISTJ, com a redação dada pela Emenda Regimental n. 24/2016, permite a revisão de entendimento firmado em tese repetitiva. 4. Dessa forma, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, a tese repetitiva de que trata o Tema 531/STJ merece ser revisitada a fim de que o STJ defina se "O Tema 531 do STJ abrange, ou não, a devolução ao Erário de valores recebidos de boa-fé pelo servidor público quando pagos indevidamente por erro operacional da Administração Pública.". 5. Questão de ordem acolhida.

Nota-se que o Min. Relator usou dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia com fundamentos para o alargamento das hipóteses em que não é devida a reposição ao erário. Destaca-se que estes princípios têm sido usados como fundamentos pelos tribunais superiores em diversas decisões, senão vejamos alguns julgados que refletem esse entendimento:

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR. GRATIFICAÇÃO POR CONDIÇÕES ESPECIAIS DE TRABALHO (GCET). RECEBIMENTO DE VALORES. REPOSIÇÃO AO ERÁRIO. ERRO EXCLUSIVO DA ADMINISTRAÇÃO. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. VERBA ALIMENTAR. 1 – O servidor público não é obrigado a devolver ao erário o importe recebido por erro exclusivo da Administração Pública, seja em decorrência de errônea aplicação da lei ou de erro operacional, se procedeu de boa-fé. 2 – O exercício da autotutela destinado a retirar do ordenamento jurídico ato ilegal e corrigir os efeitos produzidos pela aparência de legalidade do aludido ato encontra seu limite nos princípios da boa-fé, segurança jurídica,

proteção à confiança e irrepetibilidade de alimentos. (...). 4 – Negou-se provimento ao recurso¹².

MANDADO DE SEGURANÇA - DIREITO ADMINISTRATIVO - DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS ERRONEAMENTE PELO SERVIDOR - DESCONTOS A SEREM EFETUADOS NO CONTRACHEQUE - BOA-FÉ DO SERVIDOR - INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO DE CORREÇÃO DOS VALORES PAGOS - IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO - PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1 - O direito da administração de revisão de seus atos não é absoluto e encontra limites no ordenamento jurídico. 2 - Configurada a boa-fé, mormente pelo fato de ter a administração pública contribuído exclusivamente para o pagamento de verbas a maior, o servidor não poderá ser compelido a restituir os valores percebidos erroneamente, em virtude do princípio da segurança jurídica e para preservar a estabilidade das relações jurídicas¹³.

DIREITO ADMINISTRATIVO - DETERMINAÇÃO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS ERRONEAMENTE PELO SERVIDOR - DESCONTOS EFETUADOS NO CONTRACHEQUE ABRUPTAMENTE - DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E A AMPLA DEFESA - BOA-FÉ DO SERVIDOR - INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO DE CORREÇÃO DOS VALORES PAGOS - IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. O direito da administração de revisão de seus atos não é absoluto e encontra limites no ordenamento jurídico, mormente na Constituição da República, sendo certo que, quanto aos atos que impliquem supressão de direitos do servidor, incabível a revisão de forma unilateral pela administração, sem prévio procedimento administrativo a possibilitar efetivamente o contraditório e a ampla defesa. Configurada a boa-fé, mormente pelo fato de ter a administração pública contribuído exclusivamente para o pagamento de verbas no decorrer do gozo de licença médica à servidora, essa não poderá ser compelida a restituir os valores percebidos a maior, em virtude do princípio da segurança jurídica e para preservar a estabilidade das relações jurídicas¹⁴.

Sendo assim, é notório que em casos que envolvem a reposição ao erário de prejuízos causados pelo recebimento indevido de vantagens pecuniárias, a jurisprudência dos tribunais e do STJ, em casos semelhantes, especialmente estes levantados que envolvem o recebimento a maior por servidores públicos, é harmônica no sentido de que o indivíduo não deve ser compelido a devolver o montante por erro operacional da própria Administração Pública ou por má interpretação da lei.

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça – DF (6ª Turma Cível). Apelação Cível 0702150-23.2019.8.07.0018. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Rita de Cássia Alves da Silva. Relator: Des. José Divino. Data de julgamento: 04/03/2020. Data de Publicação: 19/03/2020.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça – MG (6ª Câmara Cível). Apelação Cível (Reex. Necessário) 1.0024.10.112966-6/001. Recorrente: Município de Belo Horizonte. Recorrido: Gedelias de Lima. Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca. Data de julgamento: 07/02/2012. Data de publicação da súmula: 17/02/2012.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça – MG (6ª Câmara Cível). Apelação Cível 1.0024.10.114339-4/001. Recorrente: Município de Belo Horizonte. Recorrido: Eva do Carmo de Oliveira. Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca. Data de julgamento: 07/06/2011. Data de publicação da súmula: 08/07/2011.

4.5 Tema Repetitivo nº 979/STJ sob a perspectiva da proteção à confiança legítima e os novos contornos do princípio da supremacia do interesse público

Diante de todo o exposto, retomemos o Tema Repetitivo nº 979. O STJ, recentemente, julgou o referido tema, no qual se discutia acerca da “devolução ou não de valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da administração da Previdência Social”.

Pois bem, fato é que a defesa pela devolução das vantagens indevidamente recebidas encontra sustentáculo, muitas vezes, na defesa da supremacia do interesse público sobre o privado, no sentido de que a proteção ao erário sobreleva-se frente aos interesses do particular, uma vez o que estaria em jogo o interesse de toda a sociedade de ver protegido o patrimônio público.

Contudo, como foi demonstrado no decorrer deste trabalho, a própria concepção de interesse público, nas últimas décadas, tem ganhado novos contornos, não se resumindo apenas à ideia de defesa da *res* pública. Muitas vezes, a proteção do interesse público revela-se como a proteção de algum interesse particular, no sentido de manutenção de alguma situação jurídica posta a fim de que não haja instabilidade social. Por conseguinte, a proteção do interesse público pode se confundir com a garantia de outros princípios, a exemplo da segurança jurídica.

Há ainda, no que se refere às prerrogativas da Administração Pública, o atributo da presunção de legalidade dos atos administrativos, uma vez que se reputam válidos até que haja decisão em contrário que os invalide. Por conseguinte, além da própria preservação da segurança jurídica, há a necessária proteção à confiança depositada pelos segurados de que aqueles atos são válidos, elaborados em consonância com a legislação vigente, confiança essa que decorre de atributo que é inerente aos atos administrativos.

Dito isso, uma vez respeitado o prazo decadencial para a revisão do ato concessório, entendemos que é perfeitamente defensável que a Administração proceda no corte do benefício, a fim de que não haja o enriquecimento ilícito pelo segurado, vez que não se encontrariam preenchidos os requisitos para que se faça jus aos proveitos econômicos.

Contudo, estando o beneficiário de boa-fé, notadamente nas hipóteses em que o vício decorre de erro ou falha do próprio sistema da autarquia previdenciária, entendemos pela inoperabilidade de alguns dos efeitos da anulação, especialmente no que diz respeito à necessária obrigação de devolução dos valores indevidos – a fim de que haja uma restituição do erário, numa tentativa de retornar ao *status quo* antes da concessão ilegal, sob o manto da

proteção do interesse público. Esse posicionamento tem sido o adotado pelos nossos tribunais, conforme foi demonstrado no tópico anterior, e foi ratificado pelo STJ no julgamento do Tema nº 979.

O Min. Benedito Gonçalves, relator do recurso repetitivo, enfatizou que até 2011 as turmas que compõem a Terceira Seção do STJ, as quais eram competentes para julgar as ações previdenciárias naquela época, se posicionavam pela irrepetibilidade dos valores recebidos indevidamente em razão do caráter alimentar e da presença da boa-fé. Afirmou que esse entendimento vigorou até mesmo depois da reestruturação interna da Corte promovida pela Emenda Regimental nº 14/2011, uma vez que a Primeira Sessão, competente para julgar desde então, manteve tal posicionamento.

Nesse sentido, em seu voto o ministro entendeu que nos casos em que há errônea interpretação e/ou má aplicação da lei, a boa-fé do segurado deve ser presumida, pois, nas suas palavras, ainda que seja:

(...) regra geral do direito que ao administrado não é permitido alegar o desconhecimento da legislação, no entanto, não é dado exigir daquele que recebe o valor acima do devido pela Previdência Social a percepção da interpretação de todo o complexo legislativo, legal e infralegal utilizado pela Administração para o pagamento do benefício. Dentro dessa perspectiva, esta Corte Superior evoluiu a sua jurisprudência passando a adotar o entendimento no sentido de que, para a não devolução dos valores recebidos indevidamente pelo beneficiário da Previdência Social, é imprescindível, além do caráter alimentar da verba e do princípio da irrepetibilidade do benefício, a presença da boa-fé objetiva daquele que recebe parcelas tidas por indevidas pela administração. Essas situações não refletem qualquer condição para que o cidadão compreenda de forma inequívoca que recebeu a maior o que não lhe era devido. Assim, nessas circunstâncias, evidencia-se não ser possível exigir-se do beneficiário a devolução de valores pagos pelo INSS, ainda que indevidamente¹⁵.

Contudo, no que se refere à irrepetibilidade dos valores indevidamente por erro operacional do INSS, o ministro relator entendeu que, nessas hipóteses:

(...) deve ser analisado caso a caso, de modo a averiguar se o beneficiário/segurado tinha condições de compreender a respeito do não pertencimento dos valores recebidos, de modo a se lhe exigir comportamento diverso, diante do seu dever de lealdade para com a Administração Previdenciária¹⁶.

¹⁵ STJ. Recurso Especial: REsp 1381734 RS. Relator: Min. Benedito Gonçalves. DJ: 10/03/2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=979&cod_tema_final=979. Acesso em 29/05/2021.

¹⁶ *Ibidem*.

Quanto à averiguação da presença da boa-fé diante de erro da Administração Previdenciária, assentou a Corte que caberá ao segurado, no caso concreto, comprová-la, e, se não for comprovada, as verbas indevidas serão repetíveis. Ou seja, o ônus de provar boa-fé passa a ser de incumbência do próprio beneficiário. Nesse ponto, cumpre-nos discordar do posicionamento adotado pelo STJ, pois o segurado, enquanto parte hipossuficiente frente ao INSS na relação processual, inegavelmente terá dificuldades de comprovar sua boa-fé quando o erro operacional decorre de uma falha do sistema corporativo da própria autarquia. Dessa forma, caberá ao magistrado, também no caso concreto, ser razoável no momento de avaliar a presença (ou não) da boa-fé do beneficiário, de modo a não incorrer em injustiças.

Pois bem, pelo que foi exposto no presente trabalho, podemos chegar às seguintes conclusões: não se sustenta a defesa pela convalidação do ato ilegal em matéria previdenciária, uma vez que ocasionaria o enriquecimento ilícito do beneficiário e constituiria uma afronta ao disposto no art. 55 da Lei nº 9.784/90, que veda a convalidação de ato que cause prejuízo ao erário ou a terceiros; de outra banda, o interesse público tem ganhados novos contornos a partir da Carta Magna de 1988, o que nos permite sustentar a atenuação dos efeitos da anulação dos atos administrativos, tendo em vista os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da proteção à confiança.

Portanto, temos que os tribunais, diante da tese firmada pelo STJ, devem, necessariamente, levar em consideração todos esses princípios, a fim de que, além de garantida a proteção dos cofres públicos, haja também a proteção da figura do beneficiário, para que ele não seja penalizado por equívocos e falhas de atuação da própria Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo teve por objetivo traçar possíveis limites ao poder de da Administração Pública, levando em consideração princípios como o da legalidade, supremacia do interesse público sobre o privado e a segurança jurídica das relações entre administração-administrado

A partir disso, discutiu-se a razoabilidade da cobrança pela devolução dos benefícios previdenciários concedidos indevidamente por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração da Previdência Social – Tema Repetitivo nº 979 do STJ.

O primeiro capítulo teve o condão de fornecer as bases teóricas do atual sistema de Seguridade Social adotado pelo Brasil, desde os primeiros indícios de uma proteção aos direitos sociais conferida pelo Estado, até a sua estruturação detalhada e ampla na Carta Magna de 1998. Após esse esboço da Seguridade Social no Brasil, foram feitos breves comentários acerca do nosso regime básico de previdência, o Regime Geral de Previdência Social (RGPS).

Após, cuidou-se de demonstrar a natureza dos atos proferidos pela entidade da Administração Pública indireta responsável pela concessão e manutenção dos benefícios previstos nesse regime básico de previdência, a saber, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Demonstrou-se que os atos editados pelo INSS sujeitam-se ao regime jurídico de Direito Público, devendo obediência, especialmente, ao princípio da legalidade, de modo que, no desrespeito deste, surge o direito-dever do INSS de anular seu próprio ato – desde que respeitados os prazos prescricionais e decadenciais.

Todavia, no capítulo subsequente, verificou-se que o interesse público (ou vontade geral), muitas vezes, apresenta-se como a necessidade de permanência do ato ilegal no mundo jurídico (convalidação), desde que a convalidação não gere prejuízos a terceiro ou ao interesse público, especialmente ao erário.

Ao que se logrou verificar, a manutenção de benefícios irregulares esbarra nesse último caso, de modo torna-se difícil a defesa pela manutenção do benefício indevido se a irregularidade não for sanada pelo beneficiário, sob pena de seu enriquecimento ilícito. Restou saber, assim, qual o caminho a ser adotado quanto aos valores que a parte já havia recebido.

Nessa ordem de ideias, e analisando os contornos conceituais tradicionalmente conferidos pela doutrina juspublicista ao atributo da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, bem como do princípio da proteção à confiança legítima, corolário da segurança jurídica, e da boa-fé, resta evidente que a confiança depositada pelo administrado de que o ato é legal é um argumento válido a fim de amenizar os efeitos da decretação de invalidez

de um ato administrativo, sendo possível discutir, a partir dessas concepções, a inviabilidade da devolução das vantagens recebidas erroneamente.

Por fim, vale enfatizar que, no âmbito do serviço público, já se encontrava pacífico o entendimento acerca da impossibilidade de devolução das verbas de caráter alimentar pagas a mais ou indevidamente por má aplicação da lei quando recebidas de boa-fé pelo servidor (Tema 531), o serviu de fundamento para a tese firmada no julgamento do Tema Repetitivo nº 979 pelo Superior Tribunal de Justiça, julgamento este que foi ao encontro do posicionamento que há tempos vinha se firmando nos tribunais brasileiros, a favor da irrepetibilidade dos benefícios recebidos indevidamente quando presente a boa-fé e em razão do caráter alimentar das verbas previdenciárias.

REFERÊNCIAS

- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. **A Consolidação das Instituições**. In: Constituição de 1988 – O Brasil 20 anos depois, Vol. III. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro (Senado Federal), 2008.
- AMADO, Frederico. **Curso de Direito e Processo Previdenciário**. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos**. Revista de Direito Administrativo (RDA), Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012.
- ARAÚJO, Edimir Netto de. **Convalidação do ato administrativo**. São Paulo: LTr, 1999.
- ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”**. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BORGES, Mauro Ribeiro. **Previdência Funcional e Regimes Próprios de Previdência**. Curitiba: Juruá, 2003.
- BRASIL, Lei n 8.213, de 24 de julho de 1991. Plano de Benefícios da Previdência Social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm> Acesso em 03 de jan. de 2020.
- BRASIL, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Lei do Processo Administrativo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm> Acesso em 03 de jan. de 2020.
- BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. **Boletim Estatístico da Previdência Social – Vol. 25 nº 03**. Brasília: SPREV, 2020, p.7. Disponível em: http://sa.previdencia.gov.br/site/2020/05/Beps032020_trab_Final_Portal.pdf. Acesso em 09 de maio de 2020.
- BRUSTOLIN, Rafaella; ZILIOOTTO, Mirela Miró. **O Direito Fundamental à Segurança Jurídica e o controle dos atos administrativos pela Administração Pública: uma análise do tema de Repercussão Geral nº 839**. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) – v. 12, n. 1, p. 104-116, jun., 2018.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 380.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 21. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CGU. Controladoria-Geral da União. **Relatório de Avaliação: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) – Exercício de 2017**. Brasília, DF: Controladoria-Geral da União, 2018, p. 32.

CGU. Controladoria-Geral da União. **Relatório de Avaliação: Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) - Exercício de 2018**. Brasília, DF: Controladoria-Geral da União, 2019, p. 14.

CIAMPAGLIA, M. C. N. **Ato administrativo inválido e a restauração da legalidade**. 2014. 171 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

COSTA, Carlos Roberto Marinho da; COSTA, Silvana do Rosário Menino da. **A proteção social estatal: das leis elizabetanas ao Welfare State**. In: Jornada Internacional de Políticas Públicas, 8, 2017, Maranhão. Anais eletrônicos do evento. Maranhão. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2017/pdfs/eixo3/aprotecaosocialestadaldasleiselizabetanasaowelfarestate.pdf>. Acesso em: 18 de dezembro de 2020.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da Administração Pública com relação aos seus atos administrativos**. Revista de Direito Administrativo (RDA): Rio de Janeiro, v. 204, p. 21-31, abr./jun., 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46751/46377>>. Acesso em 02 de jan. de 2021.

COUTO E SILVA, Almiro do. **O Princípio da Segurança Jurídica (proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)**. Revista de Direito Administrativo (RDA): Rio de Janeiro, v. 237, jul./set, 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>>. Acesso em 28 de dez. de 2020.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Conceitos fundamentais do Direito no Estado Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do ato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1977.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FREITAS, Ney José de. **Ato administrativo: presunção de Validade e a Questão do ônus da Prova**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. **O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo: uma crítica da**

crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Coor.). *Supremacia do interesse público*. São Paulo: Atlas, 2010.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. **O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro**. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 115, 2017, pp. 267-318, jul./dez. 2017.

GASKINS, Richard H. *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Algumas notas críticas sobre o princípio da presunção de veracidade dos atos administrativos**. Revista de Direito Administrativo (RDA), Rio de Janeiro, v. 259, p. 73-87, jan./abr. 2012.

LINHARES, Emanuel Andrade. **Crítica à supremacia do interesse público como postulado de interpretação do Direito Administrativo**. Revista Direito Público, Porto Alegre, Vol. 14, n. 76, 2017, 198-219, jul-ago 2017.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAUSS, Adriano; TRICHES, Alexandre Schumacher. **Processo Administrativo Previdenciário**. 3. ed. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 174.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo Saraiva 2018.

MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antônio Carlos Flores. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: LTr, 1993.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Lamartino França de. **Direito previdenciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Suelen Carlos de; MACHADO, Cristiani Vieira; HEIN, Aléx Alarcón. **Reformas da Previdência Social no Chile: lições para o Brasil**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 35, n. 5, 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/csp/v35n5/1678-4464-csp-35-05-e00045219.pdf>>. Acesso em 10 de maio de 2019.

RESENDE, M. L. R. G. A. **Limites à aplicação da teoria dos motivos determinantes do ato administrativo**. 2016. 170 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Belo Horizonte, 2016.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis da Previdência Social**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 21, mar./abr./mai., 2010. p. 12-13. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=629>>. Acesso em 30 de dez. de 2020.

SILVA, Joadson Borges da. **O princípio da proteção da confiança e a manutenção dos efeitos dos atos administrativos inválidos**. 2018. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador. 2018.

TOMAZ, Mariana Andrade. **A questão social no capitalismo: uma análise do seu conceito na contemporaneidade**. In: Jornada Internacional de Políticas Públicas: o desenvolvimento da crise capitalista e a atualização das lutas contra a exploração, a dominação e a humilhação, 6., 2013, São Luís. Anais eletrônicos do evento. São Luís: UFMA, 2013. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2013/JornadaEixo2013/anais-eixo5-pobrezaepoliticaspUBLICAS/aquestaosocialnocapitalismo-umaanalisedoseuconceitonacontemporaneidade.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2020.

TSUTIZA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. 4 ed. São Paulo Saraiva 2013.

VALIM, R. R. A. **O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro**. 2009. 142 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), São Paulo. 2009.