

Reflexões acerca da (ir)repetibilidade dos benefícios previdenciários concedidos em antecipação de tutela de urgência

Antônio Pereira Gaio Júnior¹

Alexandre de Serpa Pinto Fairbanks²

RESUMO

Trata-se o presente artigo da análise da irrepitibilidade, ou não, do benefício previdenciário quando de sua concessão com posterior revogação pela via da Tutela de Urgência Antecipada, levando-se em consideração a sua natureza jurídica alimentar, notadamente, muitas vezes apta a provir, enquanto seguro social, acesso aos básicos direitos de uma vida digna, ainda que com dificultosa qualidade de vida aos segurados e/ou dependentes. Assim, quando da concessão pela via da respectiva tutela de urgência e com o uso, gozo ou fruição do presente benefício, uma vez sendo ele revogado, analisa-se, amparado no princípio da boa-fé bem como no caráter de irrepitibilidade, que de sua natureza alimentar se extrai, somando-se, inclusive, aos requisitos específicos que oportunizam o deferimento de tal tutela, a obrigação de se devolver, ou não, mediante revogação da referida medida judicial.

Palavras-chave: Benefício previdenciário. Tutela antecipada. Irrepitibilidade.

¹Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – POR. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae*/Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – POR. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF). Mestre em Direito pela Universidade Gamam Filho (UGF)

Visiting Professor no *Ius Gentium Conimbrigae*/ Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - POR

Professor Associado de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Advogado, Consultor Jurídico e Parecerista. www.gaiojr.com. jgaio@terra.com.br

² Mestrando em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestrando em Direito Civil na Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Miguel Pereira-RJ. Advogado. alexandre.fairbanks@spfadvogados.com.br

REFLECTIONS ON THE UNREPEATABILITY OF SOCIAL SECURITY BENEFITS GRANTED IN ANTICIPATORY PROTECTION OF URGENCY

ABSTRACT

This article deals with the analysis of the non-repeatability, or not, of the social security benefit when it is granted with subsequent revocation via the anticipated judicial protection, taking into account its food legal nature, notably, often able to provide, as social insurance, access to the basic rights of a dignified life, even with a difficult quality of life for the insured and/or dependents. Thus, when granting through the respective emergency relief and with the use, enjoyment or enjoyment of this benefit, once it is revoked, it is analyzed, supported by the principle of good faith as well as the character of unrepeatability, that its food nature is extracted, including, in addition to the specific requirements that allow the granting of such protection, the obligation to return, or not, by revocation of the aforementioned judicial measure.

Keywords: Social security benefit. Anticipated judicial protection. Unrepeatability

1 NATUREZA ALIMENTAR DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Há de pontuar aqui, em sede preliminar e em um sentido macro, a característica essencial dos alimentos como um verdadeiro direito fundamental de quem lhe assiste.

Nestes termos é que referendamos o conceito de direitos fundamentais de Luigi Ferrajoli, ao frisar que:

[...] são 'direitos fundamentais' todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a "todos" os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa capaz de agir. Compreendo por "direito subjetivo" qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por status a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual

pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.³

A Previdência Social compõe o sistema da Seguridade Social, sendo acessível a todos mediante contribuição, objetivando proteger o segurado dos riscos presentes na vida em sociedade por meio da concessão de benefício de caráter pecuniário.

O segurado no desenvolvimento de sua atividade cotidiana está sujeito ao acometimento de desgaste ou infortúnios que podem ocorrer na atividade laboral. Desta forma, o indivíduo, mediante contribuição para a Previdência Social, terá como contraprestação o recebimento de benefício em situações de ausência de capacidade laborativa. Em caso de morte do segurado, o benefício poderá ser garantido aos seus dependentes. Além disso, destaca-se, ainda, que o segurado com idade avançada e com determinada carência contributiva terá garantida a sua aposentadoria.

Depreende-se que o benefício previdenciário alvitra ao segurado a concessão de medida positiva, proporcionando-lhe condições de amparo financeiro para desenvolvimento de sua vida ordinária com dignidade, bem como assegurando-lhe acesso a direitos essencialmente básicos garantidos, desde a própria capacidade de se prover com um mínimo de qualidade de vida⁴o que denota, indubitavelmente, o seu caráter alimentar.

A Previdência Social apresenta importante papel de amparo ao segurado que não possui condições de se manter por conta própria, seja pela incapacidade laboral ou mesmo por idade avançada. Não obstante, também pode servir de amparo à família do contribuinte, nos casos de pensão.

A manutenção deste seguro social é realizada, sobretudo, por meio de recursos do trabalhador assalariado, em caráter compulsório e de um modo geral, pela própria sociedade, destinado a propiciar a manutenção e subsistência

³ FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos Fundamentais e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.09.

⁴ Sobre a qualidade de vida como um atributo inerente ao desenvolvimento e à responsabilidade do Estado na condução das políticas públicas voltadas à sua edificação, ver GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Processo Civil, Direitos Fundamentais Processuais e Desenvolvimento. Flexos e reflexos de uma relação**. Londrina: Thoth, 2021.

do contribuinte e seus dependentes, na impossibilidade daquele o fazer, seja em razão de doença, acidente, maternidade, idade avançada e morte.⁵

Sendo assim, constata-se que os benefícios são valores devidos pela Previdência aos segurados ou seus dependentes, que por algum infortúnio encontram-se impedidos de perceberem, por seu próprio labor, verbas salariais necessárias para a sua própria subsistência. Trata-se, portanto, de benefício de natureza alimentar, advindo de um seguro compulsório realizado pelos obreiros para usufruto em momento de incapacidade ou ausência do trabalhador.

A Constituição Federal de 1988 classifica os salários, os vencimentos, os proventos, as pensões e as suas complementações, os benefícios previdenciários e as indenizações por morte ou por invalidez como verbas de natureza alimentar, atribuindo a eles proteção especial, como se observa pela leitura dos artigos 5º, inciso LXVII, 7º, inciso IV, e 100, §1º. Ainda em leitura ao texto constitucional, em seu artigo 194, inciso IV, elenca dentre os seus princípios a proteção do benefício previdenciário contra a redutibilidade em face de sua natureza alimentar, assim como fora feita ao salário no art. 7º, inciso VI.

Assim, conclui-se, com base na normativa disposta, bem como na principiologia que a orienta, que os benefícios previdenciários possuem natureza alimentícia, sendo devido aos trabalhadores e/ou aos seus dependentes em momentos de incapacidade laborativa provisória, permanente ou morte do segurado

2 DA (IR)REPETIBILIDADE DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

A Codificação de 1916, orientada pelos diplomas francês e alemão, deixou de tratar da boa-fé objetiva, com exceção a ser destacada ao antigo art. 1443 ao enfrentar o contrato de seguro. Apesar da ausência expressa no Código de Beviláqua, a doutrina e a jurisprudência nacional já se referiam, com frequência, ao instituto da boa-fé face ao contato com a jurisprudência alemã.⁶

⁵ ROCHA, Daniel Machado; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2006, p.31.

⁶ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé**. Curitiba: Juruá, 2007, p.19.

Com o advento do Código de 2002, que em seu art. 422 e outros abordou o instituto da boa-fé, os estudos e debates passaram a receber maior destaque teórico e reflexivo, apesar de ser ainda muito incipiente, havendo maior destaque para sua observação para as relações contratuais, com algumas variantes dentre responsabilidade pré e pós-contratação, relação consumerista, sendo pouco analisada na seara do direito público quando comparada com sua observação no ramo privado.⁷

O avanço do debate da boa-fé não está restrito ao campo do direito privado, sendo observado nas normas de direito processual a elevação de sua aceitação, dado ser da própria essência do Processo a noção de instrumento por meio do qual se busca a satisfação do direito material inadimplido, sendo naturalmente reflexo do anseio deste mesmo direito material. Ainda, leva o Processo consigo

[...] toda a carga tipicamente comandada pela sua exata noção de que, mais do que um meio estatal para a tentativa de realização prática do justo, é ele instrumento social e democrático eivado de direitos e garantias imperativas que devem ser respeitadas em sintonia com o Estado democrático que se presencia em dado tempo e espaço.⁸

Há de entender, por conseguinte, que a carga da boa-fé processual⁹ encontra contornos na norma, *ex vi* do art. 77 do Código de Processo Civil, dado que uma *actio* ajuizada com base em falsos argumentos, que por muitas vezes demoram anos a serem esclarecidos judicialmente, levará ao demandado a obrigação de suportar despesas incômodas e, eventualmente, danos à integridade moral dos partícipes da demanda – inclusive, dele próprio! – em grandes proporções.

⁷ DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé**. Curitiba: Juruá, 2007, 19.

⁸ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Tutela específica das obrigações de fazer**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2020, p.35.

⁹ Sobre a natureza da boa-fé processual, bem aponta Jaime Greif que “*el caso que El hecho de entarblarse entre dos partes de uma relación procesal pone de cargo de los litigantes una obligación especial más concreta que el deber genérico de no dañar a otros (neminem laedere). Existe um deber genérico de comportarse com La diligencia de um buen padre de familia. Este deber se tiene respecto de todos*”. GREIF, Jaime. El abuso del derecho y la responsabilidad civil emergente en el derecho uruguayo. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 157.

Nisto, a título de exemplo, conforme já aludido, merecem destaques os filtros existentes ao exercício ao direito subjetivo de ação elencados no CPC pátrio, mais precisamente em seu arts. 5º e 79, que determinam que as partes se comportem com lealdade e boa-fé, arbitrando como pena ao litigante de má-fé a responsabilização decorrente das perdas e danos geradas.

Nota-se, inegavelmente, a incidência do princípio de probidade processual encarnado em tal dispositivo. Nisto, não se pode perder de mira que o Processo Civil se pauta pela necessidade de observância do elemento ético da “probidade”, e daí que procurando difundi-lo para toda marcha processual, busca-se atender ao dever de comportamento leal e de boa-fé, fiel à verdade dos fatos, sem abusar de faculdades ou poderes, por parte de todos os partícipes da demanda em amplo sentido (partes, procuradores, serventuários, terceiros, testemunhas, Fazenda Pública, Ministério Público e mesmo o próprio juiz).¹⁰ Procura-se, na mesma toada, fortalecer a cooperação de todos para uma prestação jurisdicional qualitativa e efetiva, pressupostos desejáveis à oferta do serviço público da justiça.¹¹

Em sentido ainda mais amplo, há que se destacar que a cláusula geral da boa-fé deve pautar o direito de ingresso aos órgãos jurisdicionais e o seu exercício legítimo, de modo inexorável a harmonizar-se com o direito dos demais membros da sociedade, muitos destes que apelam para o Serviço Público da Justiça buscando, em sua boa maioria, pleitear lúdicas demandas em tempo razoável, como reza a Carta Maior (art. 5º, LXXVIII).

Por tais considerações a análise do instituto da boa-fé, inclusive a luz processual, torna-se cada vez tão importante, como já se faz nos contratos pactuados entre os particulares.

¹⁰ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p.162-163.

¹¹ Com relação a esta perspectiva de Cooperação Subjetiva (“Princípio da Cooperação”), mais precisamente, no direito luso, leciona Teixeira de Souza (SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o Novo Processo Civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 62), que “na condução e intervenção no processo, os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes devem cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. Este importante princípio da cooperação destina-se a transformar o processo civil numa ‘comunidade de trabalho’ e a responsabilizar a partes e o tribunal pelos seus resultados. Este dever de cooperação dirige-se quer às partes, quer ao tribunal, pelo que importa algumas consequências quanto à posição processual das partes perante o tribunal, deste órgão perante aquelas e entre todos os sujeitos processuais em comum.”

Questão que surge no direito processual é a reversibilidade da antecipação de tutela concedida a litigante de boa-fé.

Sendo assim, a discussão no universo previdenciário para determinar se os valores recebidos por segurado de boa-fé devem ser devolvidos ao INSS caso o benefício seja cancelado é de suma importância, sobretudo ao se analisar o caráter alimentar dos benefícios.

Em especial destaque passa-se a analisar a exigibilidade que os segurados agraciados com a concessão de benefícios precários mediante antecipação de tutela, caso não haja a confirmação da proteção precária, teriam que devolver ao órgão previdenciário os valores recebidos.

A concessão da tutela antecipada, por força de lei, deverá ocorrer em situações excepcionais, quais sejam naquelas em que o julgador identifique no comportamento do pleiteante boa-fé como litigante, decorrente da prova inequívoca carreada nos autos¹², bem como da verossimilhança nas alegações afirmadas traduzindo-se no *fumus boni iures*, somando-se ainda ao *periculum in mora*, isto em uma de suas hipóteses, consoante ao que dispõe o art. 300 do CPC, de aplicação ao processo previdenciário. Nisso:

“Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.”

Por conseguinte, nunca é demais frisar que por força do art. 100, §1º da Constituição Federal de 1988, os benefícios recebidos, ainda que por força judicial, são considerados alimentos para todos os fins, destinados para custeio de necessidades basilares e hodiernas do cidadão.

Nesta toada, então, necessário chamar à luz o que já se acostou em linhas atrás acerca do benefício previdenciário e sua inegável natureza jurídica alimentar, bem como do amparo que dele se obtém quando se faz *jus* para com

¹² “Prova inequívoca será aquela que se mostrar suficiente para suscitar no espírito do juiz a veracidade das alegações do autor, ou seja, aquela que convença o juiz de que existe bastante probabilidade, ou verossimilhança, de que as alegações do autor sejam verdadeiras, proporcionando a concessão fundamentada, de maneira clara e precisa (art. 273, § 1º, do CPC), da tutela antecipada requerida”. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 227.

o mesmo, possibilitando prover com um mínimo de qualidade de vida e dignidade ao segurado e/ou seus dependentes.

Em tal contexto é que debruça o questionamento sobre a característica da irrepetibilidade, ou não, dos benefícios previdenciários concedidos por tutela judicial. Isto porque, ao se receber benefício, a boa-fé deverá ser presumida, ainda que precariamente, por ocasião da tutela jurisdicional de urgência, pois que em face do temor do lapso moroso do Serviço Público da Justiça, não há pretensões referentes a alimentos que não tenham o colorido da urgência, os alimentos são voltados a prover conteúdos mínimos e ordinários da vida comum, o que, per si, já demonstrou seu uso, gozo, fruição premente.

De clareza verdadeira, bem sustenta Maria Berenice Dias¹³ que como os alimentos servem para garantir a vida e se destinam à aquisição de bens de consumo para assegurar a sobrevivência, é inimaginável pretender que sejam devolvidos, sendo esta uma verdade tão evidente que até é difícil sustentá-la. Não há como argumentar o óbvio e, provavelmente, por tal lógica ser inquestionável é que o legislador sequer preocupou-se em inseri-la na lei. Daí que o princípio da irrepetibilidade é por todos aceito, mesmo não constando do ordenamento jurídico.

Somando-se a tal apontamento e como proteção aos cofres públicos, além do filtro realizado pelo julgador quando da análise do pedido precário, há dispositivos da Lei nº 8.213/91, do Decreto nº 611/92, do Decreto nº 3.048/99, da Instrução Normativa nº 77/2015 e do Decreto nº 10.410/2020, que discorrem acerca das hipóteses as quais o INSS pode descontar valores da renda dos segurados por recebimento de benefício além do devido.

No âmbito judicial, percebe-se a alteração do entendimento acerca da devolução de benefícios previdenciários recebidos por decisão judicial liminar posteriormente revogada. Nesse sentido, em 15 de março de 2012 a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) editou Súmula de nº 51, de cujo teor se expressa o seguinte:

¹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009, p.463.

Os valores recebidos por força de antecipação dos efeitos de tutela, posteriormente revogada em demanda previdenciária, são irrepetíveis em razão da natureza alimentar e da boa-fé no seu recebimento. Precedentes: Pedilef nº 2009.71.95.000971-0 (julgamento 29/02/2012), Pedilef nº 2008.83.20.000013-4 (julgamento 13/09/2010), Pedilef nº 2008.83.20.000010-9 (julgamento 16/11/2009).

De acordo com a TNU, observa-se, pontualmente, que o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) não poderia exigir a devolução de valores relativos a benefícios previdenciários recebidos de boa-fé por efeito de decisão judicial provisória, posteriormente reformada. A súmula da TNU caminhava de encontro ao entendimento firmado na jurisprudência, dispondo que nas hipóteses em que o beneficiário recebeu o valor de boa-fé, não poderia haver decisão determinando a devolução ao INSS, seja na via judicial ou administrativa.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça acabou por decidir de maneira contrária ao estabelecido pela TNU, no sentido de ser possível a repetibilidade, mas com limitações quanto a sua exigibilidade econômica mensal, vinculada a valores da renda do beneficiário, consoante REsp 1.384.418-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, *in verbis*:

[...] Na devolução de benefício previdenciário recebido em antecipação dos efeitos da tutela (art. 273 do CPC) a qual tenha sido posteriormente revogada, devem ser observados os seguintes parâmetros: a) a execução de sentença declaratória do direito deverá ser promovida; e b) liquidado e incontroverso o crédito executado, o INSS poderá fazer o desconto em folha de até 10% da remuneração dos benefícios previdenciários em manutenção até a satisfação do crédito. Isso porque o caráter alimentar dos benefícios previdenciários está ligado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, de forma que as imposições obrigacionais sobre os respectivos proventos não podem comprometer o sustento do segurado. (REsp 1.384.418-SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 12/6/2013).

No mesmo sentido, a partir do REsp 1.401.560-MT, publicado em 13/10/2015, o Superior Tribunal de Justiça fixou a tese do Tema 692/STJ: “A reforma da decisão que antecipa a tutela obriga o autor da ação a devolver os benefícios previdenciários indevidamente recebidos”.

A jurisprudência, então, passou a determinar que, devido ao caráter precário da decisão antecipatória de tutela, e, em respeito à vedação ao enriquecimento sem causa, a não devolução dos valores representaria lesão injustificada ao patrimônio público, assentando, portanto, que os autores das demandas em face do INSS que recebam quaisquer valores por meio de tutela provisória são obrigados a devolvê-los, posteriormente, em caso de revogação da liminar.

A discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) que, ao enfrentar o assunto pela primeira vez no dia 17/06/2011, proferiu decisão no Tema 425/STF no sentido de que a questão da restituição de verbas de natureza alimentar pagas indevidamente pela Administração Pública aos beneficiários de boa-fé é questão infraconstitucional.

Em nova oportunidade quatro anos mais tarde, no dia 20/03/2015, o STF manteve o mesmo posicionamento ao decidir o Tema 799/STF, julgando pelo caráter infraconstitucional da matéria que versa sobre a devolução de valores recebidos em virtude de tutela antecipada com revogação ulterior. Deste modo, a priori, o posicionamento do STF é pela própria incompetência.

Somando-se ao raciocínio inferido, destaca-se ainda que o Código de Processo Civil, em vigor desde 18/03/2016, não apenas adotou a tese fixada no Tema nº 692 do STJ, como ampliou e passou atribuir, como regra geral, a responsabilidade objetiva da parte que causar prejuízo à outra em decorrência dos danos derivados de tutela provisória de urgência, uma vez que o risco da reversão da tutela provisória seria de quem a requereu, sob pena de enriquecimento sem causa.

Contudo, no dia 03/12/2018, o STJ afetou a matéria relativa ao Tema 692/STJ para a possível revisão do entendimento quanto à devolução dos valores recebidos pelo litigante beneficiário em virtude de decisão judiciária precária que venha a ser posteriormente revogada. Instaurou-se, então, a Controvérsia 51/STJ (Pet 12485-DF) quanto à aplicação, revisão ou distinção do Tema 692/STJ.

O Ministro Relator Og Fernandes, em seu voto, ressaltou a necessidade de ampliação do debate das variações a respeito da questão, de modo a elencar pontos que não foram discutidos quando da fixação do Tema 692/STJ:

a) tutela de urgência concedida de ofício e não recorrida; b) tutela de urgência concedida a pedido e não recorrida; c) tutela de urgência concedida na sentença e não recorrida, seja por agravo de instrumento, na sistemática processual anterior do CPC/1973, seja por pedido de suspensão, conforme o CPC/2015; d) tutela de urgência concedida *initio litis* e não recorrida; e) tutela de urgência concedida *initio litis*, cujo recurso não foi provido pela segunda instância; f) tutela de urgência concedida em agravo de instrumento pela segunda instância; g) tutela de urgência concedida em primeiro e segundo grau, cuja revogação se dá em razão de mudança superveniente da jurisprudência então existente; h) tutela de urgência concedida e cassada, a seguir, seja em juízo de reconsideração pelo próprio juízo de primeiro grau, ou pela segunda instância em agravo de instrumento ou mediante pedido de suspensão; i) tutela de urgência cassada, mesmo nas situações retratadas anteriormente, mas com fundamento exposto na decisão de que houve má-fé da parte ou afronta clara a texto de lei, como no caso das vedações expressas de concessão de medida liminar ou tutela antecipada.

Destacou, também, que as hipóteses acima retratadas, mesmo quando a tutela de urgência é posteriormente revogada, diferem-se das seguintes situações:

a) tutela de urgência concedida e cassada, a seguir, seja em juízo de reconsideração pelo próprio juízo de primeiro grau, ou pela segunda instância em agravo de instrumento ou mediante pedido de suspensão; b) tutela de urgência cassada, mesmo nas situações retratadas anteriormente, mas com fundamento exposto na decisão de que houve má-fé da parte ou afronta clara a texto de lei, como no caso das vedações expressas de concessão de medida liminar ou tutela antecipada.

Indo além, em análise comparativa, o sobredito ministro densificou o âmbito da controvérsia ao indicar jurisprudência contrária do STF, a exemplo dos julgados: ARE 734.242-AgR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma; MS 28.165-AgR/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma; MS 25.921-AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma; MS 27.467-AgR/DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma.

Em voto-vista, o Ministro Gurgel de Faria suscitou duas questões, a primeira, é que, o órgão STF manteve a irrepetibilidade dos valores nos julgados, apesar da manifestação quanto ao não reconhecimento de repercussão geral por tratar de matéria infraconstitucional. A segunda, foi a advertência em relação à violação do sistema de precedentes e, por conseguinte, à normativa dele derivada.

A questão de ordem suscitada foi autuada nos Recursos Especiais, 1.734.627-SP¹⁴, 1.734.641-SP¹⁵, 1.734.647-SP¹⁶, 1.734.656-SP¹⁷, 1.734.685-SP¹⁸e 1.734.698¹⁹, de modo que há ampliação da discussão, alcançando tanto a possibilidade de restituição em casos específicos, quanto se o eventual procedimento de cobrança terá cabimento apenas mediante o ajuizamento de demanda própria ou por requerimento direto nos próprios autos.

Em meio à controvérsia, no dia 03/02/2018, foi determinada a suspensão de todos os processos ainda sem trânsito em julgado, individuais ou coletivos, que tratem da questão submetida à revisão do Tema 692/STJ, este que, por conseguinte, poderá ser reduzido, ampliado e/ou modificado, por completo ou parcialmente, adentrando em hipóteses que poderão servir de exemplo para deslinde da controvérsia.

Convém destacar ainda que o Tema 979/STJ, firmado a após o Acórdão no REsp 1.381.734-RN, publicado em 23/04/2021, guarda similaridade com o objeto deste artigo, já que versa sobre a devolução, ou não, de valores recebidos

¹⁴ Ação proposta pelo segurado em decorrência de caso de tutela concedida na sentença, somente cassada quando reformada a sentença em grau de apelo.

¹⁵ Ação proposta pelo segurado com a finalidade de cessar descontos sob o argumento de que recebeu benefício por incapacidade em tutela provisória concedida inicialmente e revogada por sentença.

¹⁶ Mandado de segurança proposto por segurada para cancelar desconto decorrente de demanda na qual percebeu benefício por incapacidade, argumentando o benefício devido enquanto perdurou sua percepção.

¹⁷ Ação proposta pelo segurado para cancelar descontos em caso de tutela concedida em sentença, na qual não houve recurso de agravo de instrumento e somente cassada quando reformada a sentença em segundo grau.

¹⁸ Ação proposta pelo segurado com a finalidade de discutir o cabimento de pedido de restituição nos próprios autos ou se deve ser interposta ação própria, bem como acerca da boa-fé do segurado.

¹⁹ Ação proposta pelo segurado com finalidade de discutir a possibilidade de pedido de restituição de valores recebidos nos próprios autos ou se deve ser interposta ação própria, assim como da boa-fé do segurado na percepção do benefício pago.

de boa-fé decorrentes de erro administrativo, material ou operacional da Administração da Previdência Social. Nesse sentido:

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 indevido.

Nesses casos, o posicionamento do STJ indica que o segurado deve devolver os valores anteriormente recebidos em caso de erro do INSS, desde que não vinculado à interpretação da legislação, aduzindo, inclusive, a legitimidade para o desconto de até 30% do valor de benefício mensal até a quitação do que fora recebido por enriquecimento sem causa.

Contudo, em respeito aos primados da boa-fé objetiva, o entendimento do STJ é que o beneficiário não será obrigado a devolver quaisquer valores nas hipóteses as quais conseguir comprovar, objetivamente no caso concreto, a impossibilidade de constatação de que o pagamento feito pelo INSS era indevido, excluindo-se, por conseguinte, a responsabilidade ante a não configuração do enriquecimento sem causa, ainda que as dificuldades inerentes a este ônus da prova estejam com o recebedor.

O Relator destacou, ainda, que a Administração Pública tem o dever-poder de rever seus próprios atos, razão pela qual deverá corrigir e suspender o procedimento em caso de constatação do erro na concessão. E, ainda, enfatizou, por outro lado, que há dois elementos nucleares de análise indispensável, quais sejam: o caráter alimentar da verba e a verificação da boa-fé objetiva – imprescindível à escolha pela devolução, ou não, dos valores pagos indevidamente pela Previdência Social-.

Sendo assim, o julgado enfatiza a importância da análise do caso concreto a fim de se verificar se o beneficiário seria capaz de compreender que o valor não lhe era devido e se seria possível exigir comportamento diverso, a partir do diálogo das fontes, em que a boa-fé objetiva passa a ser protagonista, em que

pese as dificuldades inerentes à produção probatória. Exemplo eloquente do não agir em conformidade aos ditames da boa-fé objetiva, é a hipótese em que determinada pessoa recebeu o auxílio natalidade sem ter filho.

Em tom comparativo, importa realçar uma diferença singular entre o Tema 692/STJ e o Tema 979/STJ, pois, enquanto o primeiro trata de ações judiciais em que há tutela antecipada revogada, o segundo versa sobre casos de cancelamento administrativo, isto é, no âmbito de revisão interna do próprio INSS.

Fato é que, a posição futuramente adotada pelo STJ, independente de traçar o caminho pela devolução dos valores ou não, acarretará enorme impacto no erário, mediante aumento substancial ou frustração da expectativa de restituição dos valores já dispensados.

Em que pese o desafio de lidar com temática que afeta, significativamente, o patrimônio público, o STJ, ao confirmar o caráter alimentar dos valores, assume em conjunto toda a carga constitucional da conclusão, materializada no reconhecimento de que o valor é necessário à subsistência e à vida digna de seu destinatário.

Não obstante, a presunção da boa-fé objetiva se liga ao caráter alimentar, razão pela qual a eleição do ônus da prova merece olhar atendo dos julgadores, tendo em vista que, em um primeiro momento, os ditames valorativos da Constituição vedariam a atribuição ao beneficiário de verbas alimentares o ônus objetivo de demonstrar em concreto, aspectos fáticos de inegável dificuldade comprobatória, o poderia conduzir à subversão do ordenamento, ao passo que imputaria à parte vulnerada as demonstrações que assegurariam sua própria subsistência, sob pena de restarem prejudicadas no seu desenvolvimento de vida.

De qualquer sorte, a temática está aberta, sem perder de vista que, em meio ao inegável desafio do STJ de encontrar os sentidos da interpretação legislativa, há inúmeros brasileiros na plateia, litigantes ou não - como interessados diretos ou indiretos, pois envolve o erário público -, que aguardam e tem direito à solução condizente com a normativa extraída da unidade do sistema jurídico, mormente com respeito aos primados constitucionais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo exposto nas presentes letras e diante dos julgados mencionados é de sopesar não somente o entendimento acerca da irrepetibilidade da verba tida como alimentar, no caso o benefício previdenciário, somado ao caráter da boa-fé do segurado que o pleiteia, dado seu caráter subjetivo, mas que certamente, não contaminará o próprio uso, gozo e fruição, ainda que pese o seu recebimento de modo precário, pois que pela via da tutela provisória de urgência antecipada, o que inegavelmente, não retira o caráter de necessidade garantista para os mínimos bens da vida do segurado e/ou de seus dependentes, traduzido no sublime princípio constitucional da dignidade humana, argumento devidamente reconhecido pelo acórdão.

É de se notar, contudo, algo que talvez nos chame maior atenção e que se relaciona com o fato de que para concessão da medida de urgência, por dotar-se de excepcional caráter de inequívoco conteúdo probante e verossimilhança, há de se ter confiança e responsabilidades também no órgão julgante que a concede, pois que também dele “presume” do fator cognitivo, e bem por isso é que o próprio legislador ordinário tomou cuidado e deu a devida ciência quanto à impossibilidade de concessão de Tutela Antecipada quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado (§3º do art. 300 do CPC).

Mas não! Alimentos... Benefício Previdenciário... Não há irreversibilidade ou irrepetição... “Que se desconte no erário do trabalhador aquilo concedido para a sua dignidade, ainda que por medida concedida com todos os pressupostos acautelatórios que fazem exigir um provimento urgente e excepcional”²⁰. É o que se vê como tendência da Corte Superior e que, por ora, SMJ, lamentamos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-Fé**. Curitiba: Juruá, 2007.

²⁰ REsp 1.384.418-SC.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos Fundamentais e dos Bens Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Processo Civil, Direitos Fundamentais Processuais e Desenvolvimento. Flexos e reflexos de uma relação**. Londrina: Thoth, 2021.

_____. **Tutela Específica das Obrigações de Fazer**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

GREIF, Jaime. El abuso del derecho y la responsabilidad civil emergente en el derecho uruguayo. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa (Coord.). **Abuso dos Direitos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 153-170.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ROCHA, Daniel Machado; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ESMAFE, 2006.

SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o Novo Processo Civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.