

VICTOR SOUZA

PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DA  
CONFIANÇA  
no Direito Previdenciário

# SUMÁRIO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	15
INTRODUÇÃO .....	23
<b>Capítulo 1 – PREMISSAS ESTRUTURAIS E REFERENCIAIS HISTÓRICOS .....</b>	<b>29</b>
1.1 - Breve panorama estrutural do direito previdenciário brasileiro. Concessões e revisões de benefícios.....	29
1.2 - Síntese histórica do direito previdenciário brasileiro .....	35
<b>Capítulo 2 – BASE EMPÍRICA: A REALIDADE SOCIOLÓGICA DA DESCONFIANÇA.....</b>	<b>41</b>
2.1 - A desconfiança individualizada proveniente do Estado-Administração .....	44
2.1.1 - A acumulação de aposentadoria e auxílio-acidente.....	44
2.1.2 - O recebimento de pensão por morte sem divisão com outros dependentes que possuam o mesmo direito .....	49
2.1.3 - Descontos em pensão por morte decorrente de benefício anterior irregular ...	53
2.1.4 - A suspensão de uma aposentadoria supostamente irregular, sem aferir o culpado pela irregularidade e o direito a outro benefício .....	54
2.2 - A desconfiança, individualizada e desigualadora, proveniente do Estado-Juiz.....	57
2.2.1 - A obtenção da revisão judicial para inclusão de novos salários de contribuição, posteriores ao ato de concessão da aposentadoria (desaposentação)..	57
2.2.2 - A revogação de tutela antecipada de benefício previdenciário e a devolução dos valores recebidos .....	66
2.3 - A desconfiança desigualadora proveniente do Estado-Legislator .....	70
2.3.1 - A aplicação do princípio <i>tempus regit actum</i> nas causas previdenciárias, pelo Poder Judiciário, e a isonomia entre os cidadãos.....	70
2.3.2 - As medidas provisórias em direito previdenciário.....	79
2.3.3 - A primeira Reforma da Previdência: a EC 20/98 e seus consectários.....	86
2.3.4 - A proposta mais recente de Reforma da Previdência (PEC 287 - A/2016) ..	106
<b>Capítulo 3 – BASE CRONOLÓGICA: A CONFIANÇA E O TEMPO DOS ATOS .....</b>	<b>117</b>
3.1 - Irretroatividade.....	117
3.2 - Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada .....	121

3.3 - Prescrição e decadência .....	133
3.4 - A insuficiência das atuais medidas objetivas de proteção da eficácia de atos jurídicos em face do tempo .....	137
<b>Capítulo 4 – BASE DESCRITIVA: OS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA .....</b>	<b>139</b>
4.1 - Introdução. Origens. Definição e finalidades do princípio .....	139
4.2 - Condições para aplicação do princípio da proteção da confiança.....	146
4.3 - Beneficiários da aplicação do princípio da proteção da confiança: pessoas físicas, jurídicas e coletividades.....	154
4.4 - Estado de Direito, segurança jurídica e confiança .....	160
4.5 - Legalidade e democracia. Confiança e relações simétricas.....	162
4.6 - Juridicidade, igualdade e confiança .....	169
4.7 - Boa-fé objetiva, <i>venire contra factum proprium</i> , atos próprios e proteção da confiança .....	174
4.8 - Efetivação do princípio da proteção da confiança .....	177
<b>Capítulo 5 – BASE NORMATIVA: O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA NO DIREITO POSITIVO MODERNO.....</b>	<b>185</b>
5.1 - O novo CPC, a jurisprudência do STF e do STJ e o princípio da proteção da confiança em relação a atos jurisdicionais .....	187
5.2 - A proteção da confiança do novo CPC e seus reflexos nos atos e processos administrativos .....	199
5.3 - A proteção da confiança na União Europeia e o transconstitucionalismo .....	206
<b>Capítulo 6 – BASE PROGNÓSTICA: A PROMOÇÃO DA CONFIANÇA .....</b>	<b>221</b>
6.1 - Promoção subjetiva da confiança. Igualdade e direitos fundamentais processuais...	224
6.2 - Promoção objetiva da confiança. Publicidade, participação e direito de acesso à informação .....	226
6.3 - Confiança e acesso ao ato jurisdicional .....	230
6.3.1 - Acesso ao ato jurisdicional pela maior autocontenção de posturas normatizantes.....	230
6.3.2 - Acesso ao ato jurisdicional por meio da maior participação do jurisdicionado nos atos do processo .....	238
6.3.3 - Acesso ao ato jurisdicional por meio da coletivização das demandas .....	242
6.4 - Confiança e acesso ao ato administrativo .....	247
6.4.1 - Acesso ao ato administrativo por meio do processo administrativo .....	247
6.4.2 - Acesso ao ato administrativo pela oralidade e pelo processo eletrônico.....	252
6.5 - Confiança e acesso ao ato legislativo .....	256

<b>Capítulo 7 – PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS: O FUTURO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO .....</b>	<b>261</b>
7.1 - Avaliação do comportamento subjetivo do interessado (boa-fé X má-fé) e preservação do ato estatal .....	266
7.2 - A modulação dos efeitos das alterações de entendimento estatais .....	269
7.3 - Regras de transição prospectivas.....	279
7.4 - Regras de transição retroativas.....	288
7.5 - Do autoritarismo ao acesso, da proteção à promoção, da autarquia à agência.....	295
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	299
REFERÊNCIAS.....	307
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA .....	315
<b>Anexo – JURISPRUDÊNCIA SOBRE CONFIANÇA .....</b>	<b>317</b>
<b>Apêndice – O FUTURO DA PREVIDÊNCIA E DE SUA(S) REFORMA(S) .....</b>	<b>377</b>

## CAPÍTULO 4

# BASE DESCRITIVA: OS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

### 4.1 - INTRODUÇÃO. ORIGENS. DEFINIÇÃO E FINALIDADES DO PRINCÍPIO

No segundo capítulo, foram descritas algumas realidades sociológicas que demonstram o quanto as expectativas legítimas dos cidadãos, que muito esperam a concretização de seus direitos previdenciários, vêm sendo desrespeitadas por atos estatais de ambos os Poderes, havidos em situações de desconfiança individualizada e/ou desigualadora.

Já no capítulo antecedente, foi demonstrado que institutos como vedação à irretroatividade, direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prescrição e decadência são insuficientes à proteção das expectativas legítimas dos cidadãos, nas relações de Direito Previdenciário.

Neste capítulo, descrever-se-ão os contornos do princípio da proteção da confiança, suas condições, sua finalidade, e como ele pode ser efetivado nas situações concretas da vida em sociedade, demonstrando como pode representar uma adequada evolução das medidas de proteção da segurança jurídica do cidadão, em relação às medidas jurídicas protetivas do capítulo antecedente.

As pessoas, diante de sua inerente fragilidade, buscam proteger-se e estar livres e seguras perante ameaças externas e internas, como a violência em todas as suas formas, o simples medo, as doenças, a dor, a morte ou o crime. Confiam em outras pessoas e nos atos destas, além de confiar nas relações econômicas, comportamentais e políticas havidas em uma sociedade determinada. Não fosse essa confiança, reflexo da busca por maior segurança, e a vida em sociedade deteria muito maior grau de complexidade, pela baixa previsibilidade do futuro. A confiança, nestes termos, é a percepção individual

acerca da segurança mínima que o homem deve ter. Desta confiança é que advém a necessidade de segurança jurídica, entendida como a dimensão social e intersubjetiva do valor e princípio que é a confiança, proporcionada por um determinado ordenamento.

Desse modo, alguém pode estar seguro de ameaças externas, em plena saúde, em sua casa, protegido da violência, mas viver em um Estado em que não haja qualquer proteção às suas legítimas expectativas de planejar sua vida conforme o ordenamento vigente. Essa segurança, estritamente jurídica, é delineada preventivamente pelo Direito, e deve ser aplicada diariamente pela Administração e pelo Judiciário, na efetivação de direitos e solução de conflitos, respectivamente.

Na sociedade atual, em que a velocidade da comunicação e do acesso à informação demonstram a relativização integral dos conceitos de tempo e espaço e a ultracomplexidade das relações humanas e sociais, é de se esperar que o cidadão almeje a maior segurança jurídica possível. Nesse mundo de espaço e tempo relativizados, os órgãos de quaisquer dos Poderes, em seus relacionamentos com os cidadãos, assumem compromissos públicos das mais diversas formas, em relação aos quais os cidadãos criam expectativas legítimas em seus cumprimentos.

Por motivos diversos (mutação jurisprudencial, independência decisória, mudança de gestão, erros administrativos, erro judiciário, morosidade, discricionariedade administrativa consistente em motivação econômica, política, financeira, social, internacional, etc.), entretanto, estes mesmos órgãos de poder, passado um determinado lapso de tempo, dão novo direcionamento a estes compromissos (modificando, anulando ou revogando seus atos), deliberando, ou sendo impostos, a outras escolhas que afetam diretamente a boa-fé e a confiança das pessoas nos atos estatais.

Ocorre que esses novos direcionamentos por parte de agentes do Estado não podem descuidar da devida preocupação com o futuro, com as situações subjetivas e individuais geradas por suas próprias posturas e com a memória de seus próprios atos. Neste sentido, eis as reflexões do professor François Ost, a demonstrar como a excessiva flexibilidade das decisões estatais podem desestruturar sociedade e Estado:

Mas o tempo social só se conjuga no passado. O futuro insiste também, pois se nutre de expectativas e temores. Igualmente a sociedade lança pontes sobre o desconhecido, sacralizando a promessa que compromete. O juramento individual ou fé trocada, contratos e tratados bi ou multilaterais, ou mesmo leis e regulamentos: o mesmo número de figuras da promessa em nossas sociedades modernas, que só pensam o laço social nos termos do acordo de todos com cada um. O Estado de direito encontra aqui sua base, que faz voto de estabilidade e de segurança: os pactos privados serão garantidos e o poder público, ele mesmo, se compromete a respeitar as leis colocadas por ele. Mas, aqui, novamente ameaça o imobilismo ou o excesso de confiança: tal constituinte proíbe que algum dia se modificassem as disposições que ele adota; tal codificador pretende proteger

de qualquer interpretação posterior, judiciária ou doutrinal, nos termos da lei; tal contratante inflexível recusará qualquer renegociação das cláusulas do acordo mesmo que devessem, devido a um transtorno das circunstâncias, conduzir seu parceiro à ruína. Será que o próprio futuro deveria ser desligado? Mesmo que o direito dificilmente se decide a isso, contudo, consente-o, pelo menos a título excepcional. A urgência justifica, veremos, muitas conformações com os princípios, ao passo que a interpretação, que nada para, decididamente garante suavemente as transições. As leis de polícia acabam sempre por fazê-las prevalecer sobre os direitos adquiridos e as expectativas mais bem garantidas, ao passo que, levadas pela equidade ou pelo realismo econômico, os juízes chegam, mais cedo ou mais tarde, a abrir um caminho para a revisão dos contratos cujas previsões foram frustradas pelo transtorno das circunstâncias. É preciso dizer que ainda aqui o perigo ameaça: desligar o futuro não é acrescentar incerteza à incerteza? Exageradamente flexível, o tempo jurídico torna-se assim, aleatório; quando se multiplicam as 'mordomias' da urgência, a insegurança jurídica ameaça o laço social e este se decompõe. (OST, 2005, p. 40-41).

Assim, no estudo da segurança jurídica, especialmente no que atine à aferição da legalidade/constitucionalidade e legitimidade destas novas escolhas, se faz necessário o estudo do princípio da proteção da confiança, agregado ao cuidado de não se afetar o pleno exercício de qualquer das funções estatais, o que pode vir a prejudicar o interesse público primário.

O princípio da proteção da confiança não tem uma origem precisa. Não há uma decisão jurisdicional específica ou uma alteração legislativa que inaugure oficialmente sua prática. Todavia, como primeiro precedente jurisdicional em que se nota relevante publicidade internacional da utilização do princípio da proteção da confiança como principal argumento decisório, tem-se a decisão do tribunal administrativo de terceira instância de Berlim (OVG – *Oberverwaltungsgericht*), de 14.11.1956, DVBl, 1957, 503. Trata-se de situação em que uma viúva de um inspetor, com domicílio na antiga República Democrática da Alemanha (Alemanha Oriental), recebe uma comunicação pública afirmando que teria o direito ao restabelecimento de sua pensão por morte, caso mudasse seu domicílio para Berlim Ocidental, na República Federativa da Alemanha (Alemanha Ocidental). Ela o fez, guiada pelo comportamento estatal, alterando significativamente sua vida particular; no entanto, algum tempo depois, a Administração Pública alemã suspendeu seu benefício e determinou a devolução de todos os valores pagos. Este tribunal, após os trâmites processuais pertinentes do caso específico, determinou o retorno ao *status quo ante*, com base no referido princípio, mesmo confirmando a presença de irregularidade em sua concessão<sup>61</sup>.

61 Eis importante relato histórico acerca do caso: "As premissas do caso analisado eram as seguintes: a viúva de um inspetor com domicílio dentro da zona de ocupação da antiga União Soviética na Alemanha recebeu uma pensão da Oberjustizkasse de Berlim até 8 de maio de 1945. Em 11 de março de 1953, ela obteve uma declaração do Senator do Estado de Berlim de que teria, nos termos do que prevê o art. 131 da Constituição da República alemã, direito a voltar a receber sua pensão se mudasse seu domicílio para Berlim Ocidental. Por conta desse esclarecimento, a viúva mudou-se para o território da antiga Alemanha Ocidental e, como consequência, a pensão retornou a ser concedida, em 23 de

A prática jurisprudencial alemã, difusamente, foi uniformizando o entendimento a respeito, que se iniciou como um instituto jurídico voltado para proteger a iniciativa privada perante modificações estatais no planejamento econômico individual e para a limitação de efeitos retroativos provocados pelo desfazimento de atos administrativos ilegais que geraram efeitos favoráveis a seus destinatários. Destarte, o princípio tinha como origem o embate entre a segurança jurídica e o princípio da legalidade (alegado pela Administração para se permitir a invalidação de atos administrativos com efeitos *ex tunc*) até então prevalecente. Pelo princípio, passou-se a privilegiar a limitação da retratabilidade e invalidação de atos administrativos com efeitos benéficos a terceiros, respeitando-se a necessidade de proteção à confiança dos administrados, que teria assento axiológico tanto na certeza jurídica, quanto na boa-fé e na lealdade, que devem permear a ética do estado de direito social.

Já em 1963, Otto Bachof noticiava intenso debate a respeito do conflito entre a proteção da confiança e a legalidade (ARAÚJO, 2016, p. 25).

A marcha triunfal do princípio da proteção da confiança atingiria seu ápice com a sua consagração no direito positivo alemão, por meio do §48 da Lei de Processo Administrativo Alemã de 1976 (*Verwaltungsverfahrensgesetz*). De acordo com esse dispositivo, a Administração não pode, em um processo de invalidação de ato dela emanado, sob o *argumentum ad verecundiam* da necessidade de se respeitar irrefletidamente a legalidade, desconsiderar a confiança do cidadão e os efeitos práticos do ato a ser invalidado, por mais invalidade que este detenha. Deve ser compatibilizada a proteção objetiva à segurança jurídica com a proteção da legalidade, evitando-se a permanência no ordenamento de um ato ilegal e nulo (par. 1º do art. 48 da VwVfg), mas com a proteção subjetiva da confiança legítima, que pode até ser vedada (par. 2º, 3º, 4º e 5º do art. 48 da VwVfg), como em situações em que o administrado induza a Administração a erro ou atue com dolo ou má-fé, ou não tenha qualquer atuação positiva a ser protegida. Como na vida real a participação do administrado no

---

*novembro de 1953, com efeitos a partir de 1º de setembro do referido ano. No entanto, em 10 de outubro de 1954, cerca de um ano após o início do recebimento do benefício, a Administração alemã editou um novo ato determinando que a pensão seria cancelada desde 31 de outubro do mesmo ano sob o fundamento de que a pensionista não teria preenchido todos os requisitos para a sua concessão. Além disso, a Administração alemã exigiu da pensionista a restituição de todas as quantias indevidamente já recebidas. Em razão do ajuizamento de uma ação pela viúva, o Tribunal Revisor de Berlim em matéria de Direito Administrativo invalidou o ato que havia cancelado a pensão. Nas razões da decisão, o Tribunal lembrou que não se pode extrair do princípio da legalidade uma obrigação irrestrita do Estado de anular atos ilegais. O benefício era efetivamente indevido, mas a pensão acabou sendo mantida judicialmente, uma vez que ela havia modificado a vida da pensionista, de forma incisiva, com base na confiança depositada no Estado. Ao reconhecer a existência de uma relação de tensão (*Spannungsverhältnis*) entre o interesse da Administração em cancelar o ato viciado e o da viúva na sua manutenção, o Tribunal Revisor de Berlim em matéria de Direito Administrativo decidiu que a anulação de um benefício ilegal apenas poderia ocorrer quando o interesse público prevalecesse. No caso específico, a viúva confiara na informação recebida da Administração alemã e, com base nela, tomou medidas drásticas e duradouras (*einschneidende und dauernde*) que reorganizaram todo o seu modo de vida. A confiança depositada por ela no Estado era tão digna de tutela que o seu benefício ilegal foi, inclusive, mantido para o futuro.” (ARAÚJO, 2016, p. 137-138).*



ato invalidado ocorre excepcionalmente, não há fundamentação adequada na regra que determina a nulidade e a não produção de quaisquer efeitos do ato administrativo nulo sem considerar a confiança incutida no administrado. A invalidação de um ato administrativo (permitida pela ótica objetiva da segurança jurídica) deve, portanto, ser diferenciada da invalidação dos efeitos por ele produzidos (permitida com efeitos *ex nunc* em regra, pela ótica subjetiva da segurança jurídica). Eis um essencial resumo da história do princípio, na sua terra de origem, feito pela professora Patrícia Baptista, adotando como ponto de partida o processo da viúva de Berlim supracitado:

Contrariando a jurisprudência anterior, que admitia a revisão dos atos administrativos ilegais a qualquer momento, a decisão prestigiou a proteção à confiança da viúva e determinou a manutenção da pensão. Seguiu-se a esse julgamento um expressivo número de decisões aplicando o princípio em causa com semelhante conteúdo. Há registros, porém, de que desde o final do século XIX o Tribunal Administrativo da Prússia já empregava o termo ‘proteção da confiança’. De todo modo, o que distingue a jurisprudência firmada no segundo pós-guerra desses julgados anteriores é a ‘perspectiva constitucional’ sob a qual o princípio passou a ser considerado. Para os tribunais alemães, o princípio da proteção da confiança tem status de princípio constitucional. Ostenta o mesmo nível e a mesma importância do princípio da legalidade e, inclusive, pode ser oposto ao legislador. No campo da revisão dos atos administrativos, o princípio da proteção da confiança passou a incidir como limite à retratação dos atos administrativos ilegais favoráveis e, em seguida, como limite à revogação dos atos administrativos lícitos. A maior parte da expressiva jurisprudência alemã acerca do tema até o início dos anos setenta, acrescida das exigências doutrinárias, acabou consolidada na Lei do processo administrativo federal (VwVfg) de 1976, especialmente nos §§48 e 49. Com o tempo, a esfera de incidência do princípio da proteção da confiança foi sendo substancialmente ampliada. Assim, passou-se a admitir a proteção da confiança também em face de promessas da Administração (§38.2 da Lei do Procedimento Administrativo Federal). Debateu-se igualmente a possibilidade de proteção da confiança depositada em precedentes administrativos, em práticas administrativas reiteradas e até mesmo em meras informações prestadas pela Administração. Mais adiante, o Tribunal Constitucional alemão estendeu a aplicação do princípio da proteção da confiança à esfera legislativa. De início, para alcançar as questões de retroatividade das leis. Em seguida, para impedir, de maneira geral, as alterações legislativas desvantajosas, bruscas ou inesperadas, capazes de frustrar a confiança do cidadão. Por último, a jurisprudência alemã considerou a extensão do princípio da proteção da confiança no que concerne também às decisões judiciais. (BAPTISTA, 2014, pos. 1657)

Após o início e consolidação de sua aplicação em terras alemãs, não demorou que o princípio da proteção da confiança fosse acolhido e disperso pelo direito comunitário europeu e pelos direitos nacionais dos países europeus (capítulo 5.3, *infra*), como bem nos relata o professor Ricardo Lodi Ribeiro:

A partir de sua consolidação no Direito positivo alemão, a ideia se universaliza com a adesão da Corte de Justiça das Comunidades Europeias ao princípio da proteção da confiança legítima, tomado como regra fundamental do Direito comunitário, em paulatino processo evolutivo que se completa em 1978. Se no passado, a previsibilidade da atuação estatal era garantida principalmente pela proibição da irretroatividade das leis, hoje, sua faceta mais sensível é revelada pela manutenção dos atos estatais, ainda que contrários ao Direito, em razão da proteção da segurança jurídica embasada na confiança legítima do cidadão, a partir do dever de boa-fé, que deve presidir as relações entre o Estado e seus administrados, como dever de agir com coerência e lógica, ainda que estes não tenham chegado a adquirir o direito originado nesses atos ilegais. (RIBEIRO, 2008, p. 228-229).

Mas, afinal, o que é a proteção da confiança?

A definição do princípio é assim descrita por Valter Shuenquener de Araújo:

Quanto ao conceito, é possível definir o princípio da proteção da confiança como uma norma com pretensão de complementaridade e com alcance determinável pelo caso concreto e impositiva ou atenuadora dos possíveis efeitos negativos decorrentes da frustração, pelo Estado, de uma expectativa legítima do administrado ou jurisdicionado. É um instituto extraído, essencialmente, do princípio da segurança jurídica e do Estado de Direito, e que tem como meta precípua defender, em caráter complementar aos direitos fundamentais, as expectativas legítimas dos administrados contra atos ou omissões estatais. A preocupação central do princípio da proteção da confiança não é a de impedir o progresso do Direito. Seu propósito não é o de criar obstáculos contra a evolução da ordem jurídica. Ele servirá, todavia, para assegurar uma proteção contra mudanças abruptas, injustas e frustradoras de expectativas tidas como legítimas. O princípio da proteção da confiança não pode servir para petrificar as normas jurídicas, mas para permitir sua contínua transformação. Nesse contexto, todos os poderes estatais devem, ainda que cada um com suas respectivas peculiaridades, se submeter ao princípio da proteção da confiança. (ARAÚJO, 2016, p. 295).

Outra precisa definição é extraída da letra precursora do professor Almiro do Couto e Silva:

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. Parece importante destacar, nesse contexto, que os atos do Poder Público gozam da aparência e da presunção de legitimidade, fatores que, no arco da história,

em diferentes situações, têm justificado sua conservação no mundo jurídico, mesmo quando aqueles atos se apresentem eivados de graves vícios. O exemplo mais antigo e talvez mais célebre do que acabamos de afirmar está no fragmento de Ulpiano, constante do Dígesto, sob o título ‘de ordo praetorum’ (D, 1.14.1), no qual o grande jurista clássico narra o caso do escravo Barbarius Philippus que foi nomeado pretor em Roma. [...] Não é outra a solução que tem sido dada, até hoje, para os atos praticados por ‘funcionário de fato’. Tais atos são considerados válidos, em razão – costuma-se dizer – da ‘aparência de legitimidade’ de que se revestem, apesar da incompetência absoluta de quem os exarou. Na verdade, o que o direito protege não é a ‘aparência de legitimidade’ daqueles atos, mas a confiança gerada nas pessoas em virtude ou por força da presunção de legalidade e da ‘aparência de legitimidade’ que têm os atos do Poder Público. (SILVA, 2015, p. 47-48).

Na Europa, uma boa definição pode ser delineada com a leitura do professor lusitano Luís Filipe Colaço Antunes:

[...] o princípio da proteção da confiança legítima deve ser visto como *topos* essencial dos princípios da justiça e da equidade, com uma função de guia hermenêutico na procura da melhor solução jurídica. Já de forma mais específica e setorial, em relação à Administração de prestações, o princípio da proteção da confiança legítima pode configurar-se como o reflexo de um *status positivus socialis*. Na Alemanha, o princípio desempenha constitucionalmente o papel de uma norma programática que exprime um objetivo essencial da ação do Estado (*Staatszielbestimmung*), como uma diretiva orientadora da ação dos poderes públicos. Trata-se, com efeito, de um princípio basilar do ordenamento administrativo que entronca nas fundações do direito administrativo e o seu princípio ontológico, o princípio da legalidade, no sentido da tipicidade e previsibilidade da atividade administrativa. O que o princípio veio trazer de novo é a tutela da constância no tempo (*Bestandsschutz*), num duplo sentido: imodificabilidade de situações jurídicas consolidadas e previsibilidade do agir (futuro) da Administração. Assim sendo, o princípio em apreço tutela o particular de alterações de rota (injustificadas) que poderiam prejudicá-lo. Em suma, o princípio da proteção da confiança protege o particular de possíveis intervenções da Administração suscetíveis de incidir desfavoravelmente na sua esfera jurídica. (ANTUNES, 2012, p. 463-464).

É fácil identificar, portanto, que a finalidade do princípio da proteção da confiança é assegurar ao cidadão a estabilidade de suas expectativas legítimas em face de mudanças de posturas estatais que surpreendam o cidadão e/ou retroajam em seu desfavor, pois normas e atos emanados do Estado não podem ter um olhar oblíquo e único para o presente e projetar um futuro que desconsidere inteiramente as consequências dos atos individuais realizados sob um contexto passado, até então autorizado. Como afirma Patrícia Baptista:

Embora o princípio em causa não se preste a garantir a permanência das normas revogadas, por seu intermédio se assegura ao menos que as novas regras não incidam abruptamente. Trata-se de dar, ao particular que confiou,

um tempo para que ele possa se adaptar às novas regras por meio da previsão de um regime transitório, minimizando seus prejuízos. (BAPTISTA, 2007, p. 12)

## 4.2 - CONDIÇÕES PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

O princípio da proteção da confiança é assim sintetizado por Hartmut Maurer, de acordo com o ordenamento alemão (onde surgiu), na forma como atualmente é utilizado:

O ato administrativo beneficente antijurídico somente pode ser retratado<sup>62</sup> quando o princípio da proteção à confiança não se opõe. Proteção à confiança deve ser então aceita, quando (1) o beneficiado confiou na existência do ato administrativo, (2) sua confiança é digna de proteção e (3) seu interesse de proteção perante o interesse público prepondera no restabelecimento da legalidade. A dignidade da proteção da confiança deve ser negada, (a) quando o beneficiado deixou o ato administrativo cair em desuso ou o obteve por outro meio desleal, (b) quando ele conhecia a antijuridicidade ou devesse conhecê-la ou (c) quando a antijuridicidade situa-se em seu âmbito de responsabilidade (por exemplo, porque ele deu declarações errôneas, em que é insignificante se nisso lhe toca uma culpa ou não). Ademais, em regra, proteção à confiança somente é concedida, quando o beneficiado “atuou” sua confiança, ao ele tomar medidas ou disposições correspondentes (BVerwGE 24, 294, 296; comparar, porém, também – ainda duvidadora – BVerwGE 48, 87, 93). A ponderação conduz, em atos administrativos com efeito de duração, regularmente a isto, que o ato administrativo, sem dúvida, pode ser retratado ex nunc, mas não ex tunc. Mas também excepcionalmente pode uma retratação ex nunc ser inadmissível, ou seja, então, quando o beneficiado, em confiança na existência do ato administrativo, alterou suas condições de vida incisiva e duradouramente e não mais corrigível [...]. Uma diferenciação correspondente entra em consideração junto a atos administrativos que, sem dúvida, têm como objeto uma prestação única, mas até agora somente em parte estão executados (retratação parcial, comparar BVerwGE 10, 308). Em decisões mais recentes, finalmente, ainda é direcionado a isto, se a retratação para o beneficiado é exigível (comparar BVerwGE 40, 147, 149). (sic) (MAURER, 2006, p. 324-325).

Dessa síntese, extraída da Lei de Processo Administrativo alemã de 1976, podemos concluir que o princípio da proteção da confiança possui quatro condições básicas para que possa ser empregado, visando aferir se a confiança depositada pelo cidadão no comportamento do Estado é legitimamente digna de proteção. São elas: a) base da confiança; b) existência da confiança no plano subjetivo; c) exercício da confiança por meio de atos concretos; e d) comportamento estatal que frustre a confiança.

62 Deve ser salientado que o conceito de retratação da doutrina alemã é correlato ao nosso conceito lato de invalidação, abarcando os institutos brasileiros da anulação e da revogação, mencionando a existência de retratação de atos administrativos jurídicos (revogação) e de atos administrativos antijurídicos (anulação).

O Estado, nas relações com os indivíduos, não poderá ser impedido de adotar posturas que não afetem a confiança do indivíduo. É natural, e às vezes até recomendável, que ocorram mudanças no mundo real dos atos estatais, em busca de alguma evolução para a sociedade. Com as mudanças, poderá haver a frustração da confiança, o que é representado pela alteração da base objetiva da confiança (itens a e d, supra). Trataremos e nominaremos os itens *base da confiança e frustração da confiança* como *base objetiva da confiança*, tendo em vista que são atos oriundos do próprio Estado, que não dependem de qualquer atitude do indivíduo.

Ainda, releva salientar que o princípio da proteção da confiança liga-se com atos de quaisquer agentes estatais, de quaisquer dos Poderes; contudo, deve ser aplicado de acordo as especificidades e o tempo de cada Poder. Não há sentido em afirmar-se, por exemplo, que o Poder Legislativo, como dirige seu trabalho em modificar, para o futuro, a legislação existente, não tem o dever de respeitar expectativas individuais por ele mesmo criadas. O objetivo do princípio, como vimos, é garantir continuidade e coerência da atividade do Estado em situações em que demande mudanças de entendimento, sem sobressaltos ao cidadão, não importando a origem específica do agente ou do ato estatal, se legislativo, administrativo ou jurisdicional. Acerca da necessidade de respeito à segurança jurídica, em atos provenientes de quaisquer dos poderes estatais:

O princípio da segurança jurídica determina a busca dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade no Direito. Esses ideais (porém, e com a permissão para o emprego de uma metáfora) compõem apenas a parte da segurança jurídica que pode ser vista acima do mar, tal qual um iceberg, cuja ponta esconde uma imensa, externa e profunda base submersa. Como o princípio da segurança jurídica delimita os contornos daquilo que é indispensável para que o cidadão possa, de acordo com o Direito, plasmar o seu presente e planejar, livre e autonomamente, sem engano ou injustificada surpresa, o seu futuro, inquiri-lo é, a um só tempo, investigar, de um lado, os direitos de liberdade, de igualdade e de dignidade, e de outro, os princípios relativos à atuação estatal. Mais do que isso: os ideais que o integram revelam, indiretamente, o tipo de sociedade que se visa a constituir, pelos tipos de Estado e de cidadão que resultam da sua configuração. A exigência de cognoscibilidade permite que o cidadão possa ‘saber’ aquilo que ‘pode ou não fazer’ de acordo com o Direito. Essa exigência, dentro de um estado de confiabilidade e de calculabilidade, capacita-o a, com autonomia e com liberdade, ‘fazer ou não fazer’, de modo que possa ‘ser ou não ser’ aquilo que deseja e que tem condições de ser. A segurança jurídica, em outras palavras, é um instrumento para que o cidadão possa saber, antes, e com seriedade, o que pode fazer, de modo que possa melhor ser o que pode e quer ser. Como pontifica Ataliba, seguros são os cidadãos que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele na discrepância. Em suma, a segurança jurídica é instrumento de realização da liberdade, e a liberdade é meio de realização da dignidade. (ÁVILA, 2016, p. 103).

Do mesmo modo, Valter Shuenquener de Araújo acentua algumas particularidades dos poderes estatais:

O princípio da proteção da confiança pode provocar sérias objeções quando manejado de uma forma que impeça o pleno exercício de qualquer das funções estatais. Quando empregado para proteger o particular diante de atos legislativos, o princípio acaba interferindo na liberdade de configuração política desse poder. Em face do administrador público, ele demanda uma revisão no exercício da sua discricionariedade. E, quando atua em relação aos atos jurisdicionais, a proteção da confiança pode ameaçar a independência do magistrado. Não é possível, do ponto de vista teórico e prático, estudar e aplicar o princípio da proteção da confiança uniformemente em relação a todos os tipos de manifestação do poder estatal. Cada uma das funções primordiais dos poderes republicanos é capaz de criar e frustrar a confiança do particular de uma maneira específica. Cada poder tem feições próprias. Aliás, isso tem relação direta com o fato de cada poder estatal dirigir sua atenção primordialmente para um determinado momento temporal. Usualmente, o Poder Legislativo se ocupa do futuro, o Executivo se volta para o presente, enquanto que o Judiciário se preocupa com o passado. (ARAÚJO, 2016, p. 211).

Para aplicação do princípio, portanto, é necessário um comportamento, omissão ou ato normativo estatal do qual se origina a confiança dos particulares (*base da confiança*), provas de que o(s) indivíduo(s) confiou(-aram) subjetivamente na permanência do comportamento estatal e de que não o desconhecia (*existência subjetiva da confiança*), provas de que o(s) indivíduo(s) realizou(-aram) atos concretos que confirmem sua confiança no comportamento estatal (*exercício da confiança por meio de atos concretos*) e a ocorrência de um comportamento estatal novo, desviante daquele primeiro no qual o cidadão depositou suas expectativas (*comportamento estatal que frustre a confiança*).

Diante desses requisitos, já podemos excluir alguns atos estatais do universo de atos a serem analisados para fins de avaliação da proteção da confiança. Assim, se não houver frustração da confiança, com a prova do gravame na vida do indivíduo, provocado por alguma alteração de entendimento do Estado, não é caso de aplicação do princípio da proteção da confiança. Em alguns casos específicos, por exemplo, é possível que haja a previsão de um direito em uma norma, constitucional ou infraconstitucional, que, no momento em que o indivíduo vem a pleitear esse direito, há o seu indeferimento, com base na fundamentação de ausência de preenchimento dos requisitos fáticos pertinentes. Nesses casos, não se está diante de uma frustração de confiança, mas sim de um único ato do Estado, consistente no indeferimento de um pleito determinado. Esse indeferimento inicial, portanto, pode ser combatido e controlado pela via interna do processo administrativo (pedidos de reconsideração ou recursos administrativos) ou pela via judicial, mas sem se utilizar do argumento da frustração da confiança, pois não há qualquer *alteração* de entendimento do Estado legislador (que previu o direito), nem do Estado administrador ou juiz, que apenas o indeferiu. Como exemplo, basta imaginar que o indeferimento

de um pedido de seguro-desemprego, por si só, não é causa de aplicação do princípio da proteção da confiança, mas, por outro lado, a suspensão desse benefício estatal, após o deferimento inicial, pode ensejar a sua aplicação.

A questão mais candente, contudo, é observar se há, subjetivamente, confiança a ser protegida (existência e exercício, itens *b* e *c* anteriormente mencionados), nessas relações entre o Estado e o particular. Neste caso, diferentemente do que foi feito em relação aos itens *a* e *d* então mencionados, trataremos e nominaremos os itens *existência da confiança* e *exercício da confiança* como *base subjetiva da confiança*, tendo em vista que dependem de manifestações e comportamentos do indivíduo.

O aspecto subjetivo do princípio da proteção da confiança, por conseguinte, determina que, para que haja uma confiança a ser protegida, é necessário restar comprovado que o indivíduo confiou na continuidade do ato estatal, depositando racionalmente suas expectativas em tal ato.

Dessa forma, poderemos excluir alguns atos estatais do âmbito de aplicação do princípio da proteção da confiança, caso não fique comprovado que: 1) o cidadão depositou, de algum modo, suas esperanças na manutenção do ato estatal (existência da confiança), e que 2) desenvolveu sua confiança por meio de atos concretos, nos quais há afetações em relações patrimoniais e extrapatrimoniais de sua vida (exercício da confiança).

Assim, por exemplo, se o particular desconhece totalmente o ato estatal de mudança (a frustração da sua confiança), ou mesmo o ato anterior (a base da sua confiança), não há confiança legítima a ser protegida. É até mesmo intuitivo que a confiança não pode ser cega, desconhedora do que estaria sendo objeto de confiança.

Além disso, os atos estatais são presididos pela aplicação do princípio da publicidade (v.g.: arts. 37, caput e art. 93, X, da Constituição Federal) e a ninguém é permitido alegar o desconhecimento da lei, para não cumpri-la (art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil). Nesse sentido, é necessária a aferição do princípio geral de direito *nemo turpitudinem suam allegare potest*, pelo qual se cunhou a expressão, aplicada em nossos fóruns: *“a ninguém é dado beneficiar-se de sua própria torpeza”*. Explicando melhor: ao se detectar que determinado ato estatal está eivado de ilegalidade *lato sensu* ou inconstitucionalidade e que deveria, por esse motivo, ser cancelado, revogado ou anulado, há que se investigar quem teria provocado, dolosa ou mesmo culposamente, tal ilegalidade *lato sensu*. Assim, se foi o particular quem provocou dolosamente o “erro”, ilegalidade ou inconstitucionalidade, ele não deterá qualquer proteção estatal de sua confiança, eis que esta não era legítima. Se o cidadão esteve protegido por um ato estatal que se embasou em informações falsas ou incompletas, prestadas por ele próprio, ainda que culposamente, também não merecerá proteção. Do mesmo modo, se o Estado comprovar que o particular conhecia a ilegalidade, inconstitucionalidade ou antijuridicidade ou que seu desconhecimento deriva de sua culpa ou de sua falta geral de cautela, não poderá pleitear proteção de sua confiança.

Assim Ricardo Villas-Boas Cueva, ministro do STJ, no artigo intitulado “Segurança jurídica e ‘incerteza jurisdicional’ no Brasil”, descreve a proteção da confiança:

A proteção da confiança é particularmente delicada nas relações verticais entre Estado e cidadão, pois no Direito Público prevalecem as noções de supremacia e de indisponibilidade do interesse público, que, em princípio, garantem à administração o direito de anular seus próprios atos. A questão que se põe, então, é como disciplinar os efeitos retroativos da anulação dos atos administrativos. Para tanto, a doutrina distingue a retroatividade autêntica da retroatividade aparente. Há retroatividade autêntica quando a lei nova retroage para alcançar as consequências legais passadas de ações pretéritas, produzindo efeitos em relação a período anterior à sua entrada em vigor, atingindo fatos e situações que se iniciaram e se concluíram no passado. Já na retroatividade aparente, a lei nova produz efeitos para o futuro, mas alcança atos ou relações jurídicas que começaram no passado e que ainda subsistem. O princípio da proteção da confiança legítima, reconhecido no Direito alemão e no Direito comunitário europeu, veda, em geral, a retroatividade autêntica, com algumas exceções, como quando a confiança do particular for adequadamente tutelada ou quando não houver confiança a proteger, quando a retroatividade for benéfica ou ainda quando houver interesse público preponderante. A retroatividade aparente, contudo, em regra, é admitida. Ainda assim, a confiança legítima pode ser protegida se ficar demonstrado que: a) a alteração normativa foi súbita e imprevisível; b) havia base objetiva que gerou expectativa de estabilidade normativa; c) houve prejuízo; e d) a confiança do particular deve preponderar sobre o interesse público subjacente. (*In* REGO (coord.), 2017, p. 912-913).

Mas, em geral, não é assim que o Estado brasileiro funciona. Na mínima percepção de que o ato estatal é falho, desconfia-se do cidadão e alega-se a fraude, o dolo, a má-fé, sem qualquer olhar investigativo simples e acurado sobre a possibilidade de um erro exclusivamente estatal. É como afirma Valter Shuenquener de Araújo:

Muito embora a Administração tenha o dever de avisar o particular acerca de seus direitos e obrigações, o que contribui para evitar o total desconhecimento do real alcance dos atos estatais pelos seus destinatários, isso nem sempre ocorre na prática. É muito comum um particular agir de boa-fé, mas contrariamente ao que o ordenamento permite, por simples desconhecimento do verdadeiro sentido de uma instrução estatal. O particular deve, a fim de evitar que sua conduta seja caracterizada como de má fé, “colocar todas as cartas na mesa” (*all cards face up on the table*). Sua omissão no fornecimento de uma informação relevante para a Administração pode, portanto, criar intransponíveis obstáculos para a invocação do princípio da proteção da confiança. (ARAÚJO, 2016, p. 92).

Dessa forma, não se pode defender que o particular tenha elevado grau de certeza da inalterabilidade de uma determinada situação jurídica, pois, nessa hipótese, estaríamos diante de uma mudança a termo certo, e não discutindo relações humanas de confiança. Ademais, como vivemos, neste século XXI,



na era da sociedade de risco, não é possível, a qualquer cidadão, ter conhecimento pleno dos atos estatais modificatórios, mormente diante da imensa vulgarização do texto constitucional, das leis infraconstitucionais<sup>63</sup> e outras normas infralegais<sup>64</sup>. Como afirma Sérgio Abranches:

[...] de fato, o mundo não para de mudar. Nunca mudou tanto e tão rapidamente. O fluxo histórico é ininterrupto e veloz. Do ‘lado de cá’ do tempo, o nosso presente, as instituições continuam respondendo a forças evanescentes ou decadentes. Do ‘lado de lá’ da história, depois da história já vivida, grandes transformações científicas e tecnológicas acontecem, novas forças emergem, e começam a se desenhar novos modos de organização societária. Essas são as forças que movemtnam o mundo. As ‘do lado de cá’ alimentam as crises. (ABRANCHES, 2017, p. 27).

Ou seja, é o presente que alimenta crises de insegurança e incerteza, e é o Estado que deve se responsabilizar por evitar estas crises. Destarte, o fato de haver a publicação de um ato estatal ou a mera utilização do brocardo *ignorantia legis non excusat* não são critérios seguros para aferir proteção da confiança, em tempos de profusão diária de normas jurídicas e administrativas, bem como de decisões judiciais, dos mais diversos níveis, muitas vezes altamente complexas, quando não são conflitantes e contraditórias entre si, e em relação às anteriores do mesmo grau, além da instabilidade da jurisprudência previdenciária, até mesmo por divergências internas dos próprios tribunais superiores, seja entre seus órgãos judiciários colegiados internos (turmas e seções) e/ou entre desembargadores e ministros relatores. Como exigir, portanto, que um indivíduo, desconhecedor do mundo jurídico, tenha, sozinho, pleno conhecimento dos atos estatais (e de suas alterações) que estão em vigor?

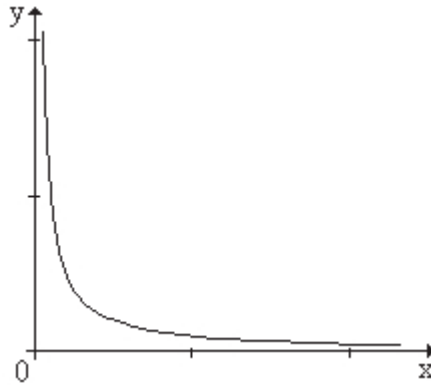
*Nesses casos, portanto, variando o grau de certeza da existência da base da confiança e de sua frustração, também variará o grau de proteção a ser concedida às ex-*

63 “Há atualmente uma proliferação de normas que colidem com a Constituição do Brasil. Seja por conta da vulgarização de textos infraconstitucionais, seja pela falta de preparo técnico dos agentes públicos, ou mesmo pelo fato de o Brasil possuir uma Constituição analítica que de tudo procura cuidar, estamos vivendo uma época da história de nosso país em que textos jurídicos são comumente declarados inconstitucionais. E o pior é que, em inúmeras situações, esse reconhecimento ocorre muitos anos após a entrada em vigor do dispositivo tido por inconstitucional. Quando isso acontece, é natural que o texto viciado, ainda que inconstitucional, possa ter criado expectativas legítimas nas mentes dos cidadãos. E, conforme adverte STEFAN MUCKEL, a confiança depositada num texto inconstitucional não é, em princípio, de valor inferior que a confiança baseada numa lei válida. Dessa maneira, o princípio da proteção da confiança também pode justificar a preservação de um ato praticado com esteio em um dispositivo inconstitucional.” (ARAÚJO, 2016, p. 95).

64 Nesse sentido, note-se que a Instrução Normativa 77/2015 do INSS, que regula e uniformiza o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal, possui um longo texto, composto por 806 artigos; mas, também, observamos que em nenhum desses artigos há qualquer menção às expressões “segurança jurídica” ou “confiança legítima”. A autarquia previdenciária optou por priorizar, portanto, apenas a legalidade estrita, como se não houvesse que proteger, preservar e promover a segurança jurídica e a confiança legítima das pessoas nos atos administrativos praticados pelo próprio INSS.

*pectativas dos indivíduos. Desse modo, quanto mais presente a certeza da existência da base da confiança e da possibilidade de sua frustração, menor será a possibilidade de se avocar a proteção do princípio da proteção da confiança. Deverá ser aferido, portanto, se o cidadão tinha condições de decidir suas escolhas considerando a possibilidade de frustração de uma base estatal que se demonstrasse tibia, potencialmente ilegítima, provisória, recente, fugaz. Se esta base de confiança assim se demonstrar, e for do conhecimento do cidadão, não haverá confiança a ser protegida, por ocasião de sua frustração.*

Ou seja, quanto maior é o conhecimento da base objetiva da confiança por parte do indivíduo, menor é a possibilidade de invocação do princípio da proteção da confiança, comportando-se ambos como grandezas inversamente proporcionais. O simples gráfico abaixo, no qual  $x$  é equivalente ao grau de conhecimento da base objetiva da confiança e  $y$  é o grau de possibilidade de invocação do princípio da proteção da confiança, pode colaborar a compreender as condicionantes afirmadas:



Humberto Ávila descreve situações hipotéticas, não tão raras, em que o grau de intensidade da confiança a ser protegida variará:

O grau de intensidade da confiança, porém, não é linear: às vezes é maior, às vezes, menor. A variabilidade da intensidade da confiança depende da relação entre a confiança e a sua base, mediante o exame daqueles critérios antes analisados, que dizem respeito à base da confiança, como grau de vinculatividade, grau de aparência de legitimidade, grau de permanência, grau de durabilidade e grau de individualidade. A confiança depende do peso normativo da base da confiança. Assim, por exemplo, o grau de confiança será menor: quanto mais livremente o cidadão puder atuar em face do ato normativo – como ocorre em grande medida com os atos normativos dispositivos; quanto mais o cidadão dever contar com a mudança – o que se verifica em elevado grau no caso dos atos normativos provisórios; quanto mais frágil for a aparência de legitimidade do ato – o que se constata em larga intensidade no caso dos atos praticados por autoridade manifestamente incompetente; quanto menor o tempo durante o qual o ato normativo produziu efeitos – como ocorre em grande medida no caso de atos editados há pouquíssimo tempo; quanto mais geral for o ato – o que se

constata no caso de leis gerais. Repita-se: esses critérios são apenas indícios para a construção da intensidade da confiança, especialmente porque eles podem colidir entre si e a falta de intensidade de um pode ser compensada pelo elevado grau de realização de outro(s). (ÁVILA, 2016, p. 417).

Por outro lado, há uma presunção legal de que o particular conhece os atos estatais - o da base da confiança e o da frustração dessa base, de modo que será um dever e um ônus do Estado comprovar que o particular não poderia confiar na continuidade do primeiro ato, da base da confiança. É o caso, por exemplo, de atos de natureza precária, que podem ser revertidos repentinamente, como acontece com as permissões não onerosas de uso de bem público; ou de legislações naturalmente passíveis de mudança e ineficácia, como são as medidas provisórias; ou de atos administrativos temporários, com termo certo para o seu final. Apenas nesses casos, em que os atos estatais são, por sua natureza, provisórios e precários, não há como se permitir a tutela por parte do princípio da proteção da confiança, pelo simples fato de que o particular não poderia alegar que tinha expectativas legítimas na permanência e continuidade do ato de base da confiança. Não há o requisito da *existência da confiança*. Desta forma, comprovando-se que o particular sabia da possibilidade de reversão daquele ato estatal, não haveria confiança a ser protegida.

Já o *exercício da confiança*, por fim, é a realização de atos concretos, omissivos ou comissivos, por parte do interessado, nos quais há afetações em relações patrimoniais e extrapatrimoniais de sua vida, privando-o de algum direito ou prerrogativa (exercício da confiança), pecuniariamente calculável ou não. Ou seja, deverá o interessado comprovar que adotou posturas e atitudes, em sua situação pessoal, que tinham por fundamento a base inicial de sua confiança, e que estas posturas e atitudes seriam outras, se estivesse em vigor outra base de confiança, mais gravosa. Assim, não necessariamente deverá ser comprovada uma perda de caráter patrimonial, objetivamente definida em moeda<sup>65</sup>.

65 “Embora se exija a prática de atos concretos para que uma expectativa seja tutelada, isso não significa que o ato praticado sempre deva ter um conteúdo patrimonial. A ausência de uma medida específica de caráter patrimonial não parece ser um motivo suficiente para afastar a priori a proteção da confiança. A colocação da confiança em prática terá efetivamente um peso relevante na ponderação com o interesse estatal de alteração normativa. No entanto, não se pode invariavelmente exigir do cidadão a realização de atos de disposição patrimonial. Mesmo sem a prática de medidas de natureza patrimonial, a confiança pode vir a ser abalada por uma alteração normativa. [...] Existem circunstâncias que não envolvem disposições patrimoniais concretas, mas que exigem a proteção de uma expectativa privada. É possível que o particular não tenha efetuado qualquer medida patrimonial concreta, mas também mereça a tutela de sua expectativa por já ter orientado sua vida contando com a continuidade do ato estatal”. [...] Na realidade, não se deve exigir do particular que ele demonstre ter sofrido uma perda monetária (monetary loss). A proteção da confiança não deve ficar limitada às hipóteses em que há algum tipo de disposição patrimonial, de alguma perda financeira pelo particular. Basta ficar comprovado que o particular agiu concretamente em razão da confiança e que, posteriormente, sofreu algum tipo de privação (hardship). Inexistindo, por outro lado, qualquer espécie de prejuízo considerável para o particular, será difícil defender a plena adoção do princípio da proteção da confiança em seu favor.” (ARAÚJO, 2016, p. 99-103).

Não comprovada a exteriorização da privação à qual o indivíduo alega ter sido submetido, não há confiança a ser protegida, pois a confiança não é um fim em si e só tem sentido na medida em que há atos concretos de privação, patrimonial ou extrapatrimonial, a serem protegidos, com relação de causalidade entre a privação e a base inicial de confiança do indivíduo. Isto ocorre, por exemplo, com particulares que dedicam suas economias para a montagem de um empreendimento, certos de um determinado incentivo fiscal (afetação patrimonial) ou com cidadãos que optam entre um regime jurídico laboral pleno de deveres, vedações, ônus e impedimentos como é o funcionalismo público, certos de que o regime remuneratório e previdenciário lhes será garantido conforme a legislação em vigor na data de seu ingresso no serviço público (afetação extrapatrimonial).

#### **4.3 - BENEFICIÁRIOS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA: PESSOAS FÍSICAS, JURÍDICAS E COLETIVIDADES**

A obrigação de respeito à segurança jurídica por parte do Estado não engloba distinções quanto a seus beneficiários.

Pessoas físicas e pessoas jurídicas, e até mesmo coletividades sem precisa identificação civil, também podem exigir a observância do princípio da proteção da confiança, sendo irrelevante diferenciar o titular do direito à aplicação do princípio da proteção da confiança pela ótica de se tratar de pessoa física ou jurídica, ou pela técnica processual a ser adotada para a efetivação do princípio (se por ações individuais ou por ações coletivas).

Terceiros, inicialmente alheios à relação específica entre o indivíduo e o Estado, também podem alegar eventual afetação e necessidade de proteção de suas confianças. É o que ocorre, por exemplo, diante de atos administrativos multipolares ou poligonais (MAURER, 2006, p. 191), que podem ser encontrados em relações de direito econômico da concorrência, direitos de vizinhança e direito ambiental. Esses atos são praticados, em geral, quando, nas relações jurídicas administrativas, se confrontam dois ou mais interesses privados, que carecem de conformação. É possível, nestes atos, que uma alteração de entendimento do Estado possa ser mais gravosa para um terceiro interessado, participante desta relação multipolar, indireta ou reflexamente atingido por ela. Nesses casos, não se trata da confiança do indivíduo que tem contra si um ato administrativo desfavorável, que não pode alegar confiança a ser protegida, se tiver havido a impugnação por parte de outra pessoa envolvida na relação administrativa multipolar, mas sim da confiança de terceiros interessados, que passam a ter expectativas na concretização do ato administrativo multipolar que venha a ser gravosamente modificado. Estudioso sobre o tema, José Augusto Simonetti assim o exemplifica:

Imagine-se, por exemplo, uma licença para a construção de empreendimentos que atendam a uma função social, como um hospital ou uma escola. Ainda que seja detectado algum vício na concessão desta licença, que pode importar

em sua invalidação, o que seria de interesse do particular vizinho ao empreendimento, devido à falta de tranquilidade que este lhe causou. A simples anulação recíproca de interesses tuteláveis – um pela estabilização do ato e outro por sua invalidação – não atenderia ao interesse público no caso concreto e à correta aplicação dos princípios da proteção da confiança e da legalidade, que, devidamente ponderados, podem indicar a manutenção da licença como o melhor resultado. Não se deve esquecer, no entanto, que o particular participante da relação jurídica que se sinta prejudicado pode exigir – seja da Administração Pública, seja do outro particular beneficiado – a devida indenização pelos prejuízos que efetivamente venha a sofrer. No caso acima trazido como exemplo, tal prejuízo pode se consubstanciar em uma desvalorização de seu imóvel em função da atividade desempenhada pelo beneficiário na vizinhança. Portanto, se em um caso típico de anulação de ato administrativo uma confiança considerada medianamente tutelável já poderia ser capaz de justificar a permanência do ato administrativo no ordenamento jurídico; ao se adentrar nas relações multipolares necessita-se de uma confiança mais intensamente tutelável, a fim de justificar a manutenção deste ato em prejuízo do interesse também legítimo dos demais envolvidos. (SIMONETTI, 2017, p. 156-157).

A aplicação do princípio deve se pautar, portanto, pela eficácia direta do direito fundamental à segurança jurídica, exercitável também por pessoas jurídicas, nos limites de sua natureza. Nesse sentido, George Marmelstein:

Já que as pessoas jurídicas foram mencionadas, deve-se reconhecer que elas também podem ser titulares de direitos fundamentais, naquilo em que for compatível com a sua natureza. Não seria muito lógico dizer, por exemplo, que a cláusula constitucional que proíbe a tortura, a pena de morte ou a extradição deveria ser aplicada às pessoas jurídicas, pois esses direitos somente são compatíveis com a natureza das pessoas físicas. Igualmente, as empresas, embora sejam pessoas no sentido jurídico, não possuem o direito de votar nem de serem votadas, pois o exercício dos direitos políticos é restrito aos cidadãos. Também nesse sentido, a Súmula 365 do STF estabelece que ‘pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular’. Por outro lado, é possível reconhecer que as empresas são capazes de ser titulares de direitos ligados a sua atividade econômica, como o direito de propriedade, o direito à livre iniciativa e os direitos de caráter fiscal (garantias constitucionais do contribuinte). (MARMELESTEIN, 2018, p. 241).

Por outro lado, deve ser salientado que o dever de atuação conforme padrões de qualidade e de eficiência, conforme a segurança jurídica, por parte do Estado, não pode ser condicionado e variar de acordo com a natureza da pessoa envolvida.

Em verdade, é até bastante comum, na União Europeia, que empresas se utilizem do princípio para defender o direito a incentivos fiscais, subsídios ou para questionar os mesmos benefícios, quando indevidamente concedidos por autoridades estatais de controle e promoção da atividade empresarial. Eis

o que afirma o professor Luís Filipe Colaço Antunes, retratando essa interpretação pacífica a respeito do princípio:

Referindo-nos à possibilidade de anulação da subvenção administrativa, deve-se ter em conta o princípio da proteção da confiança legítima como principal limite à revisão do ato. Este princípio poderá impedir a anulação e, em casos excepcionais, a declaração de nulidade do ato administrativo de subvenção, sempre e quando se possa reconhecer ao particular ou entidade interessada uma situação de confiança legítima tutelável. (ANTUNES, 2012, p. 461).

Nesse sentido, são diversos os remansosos precedentes do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em que se processaram pedidos em que pessoas jurídicas questionavam a proteção de sua confiança legítima. Eis alguns exemplos<sup>66</sup>:

Acórdão do Tribunal Geral (Nona Secção), de 21/02/2018. Kreuzmayr GmbH contra Finanzamt Linz. [...] há que sublinhar que o direito de invocar o princípio da proteção da confiança legítima é extensivo a qualquer particular a quem uma autoridade administrativa criou expectativas fundadas devido a garantias precisas por ela fornecidas (Acórdão de 9 de julho de 2015, Salomie e Oltean, C-183/14, EU:C:2015:454, n.º 44 e jurisprudência referida). 47 Daqui resulta que, em circunstâncias como as que estão em causa no processo principal, um operador não pode invocar o princípio da proteção da confiança legítima contra o seu fornecedor para se prevalecer de um direito à dedução do IVA pago a montante. 48 Um operador na situação da Kreuzmayr no litígio em causa no processo principal pode, em contrapartida, pedir o reembolso do imposto indevidamente pago ao operador que apresentou uma fatura errada, em conformidade com o direito nacional (v., neste sentido, Acórdão de 26 de abril de 2017, Farkas, C-564/15, EU:C:2017:302, n.º 49 e jurisprudência referida). [...] Processo C-628/2016.

Acórdão do Tribunal Geral (Segunda Secção) de 27 de Março de 2014. Saint-Gobain Glass France SA e outra contra Comissão Europeia. Concorrência - Acordos, decisões ou práticas concertadas - Mercado europeu do vidro para automóveis - Decisão que declara a existência de uma infração ao artigo 81.º CE - Acordos de repartição de mercados e troca de informações comerciais sensíveis - Regulamento (CE) n.º 1/2003 - Exceção de ilegalidade - Coimas - Aplicação retroativa das orientações de 2006 para o cálculo do montante das coimas - Valor das vendas - Reincidência - Montante adicional - Imputabilidade da conduta infratora - Limite máximo da coima - Volume de negócios consolidado do grupo. Processos T-56/09 e T-73/09. [...] A — Processo T-56/09: 55. A Saint-Gobain invoca, no essencial, seis fundamentos, relativos, o primeiro, à ilegalidade do Regulamento n.º 1/2003, o segundo, à violação dos direitos de defesa, o terceiro,

66 Disponíveis em: <<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?pro=&nat=or&oqp=&lg=&d&ates=&language=pt&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&t&d=%3BALL&text=confian%25C3%25A7a.leg%25C3%25ADtima%2Bempresa&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=443166>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

à fundamentação insuficiente da decisão impugnada e a um erro no cálculo da coima, o quarto, a um erro de direito na imputação da responsabilidade pelo comportamento ilícito da Saint-Gobain à Compagnie, à violação dos princípios da individualidade das penas e da presunção de inocência e a um desvio de poder, o quinto, à violação dos princípios da irretroatividade das penas e da proteção da confiança legítima, e, por último, o sexto, ao caráter desproporcionado da coima aplicada à Saint-Gobain.

Acórdão do Tribunal Geral (Quinta Secção) de 1 de Julho de 2010. ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni SpA contra Comissão Europeia. Auxílios de Estado - Compensação de uma expropriação por motivo de utilidade pública - Prorrogação de uma tarifa preferencial para o fornecimento de electricidade - Decisão que declara o auxílio incompatível como mercado comum e ordena a sua recuperação - Conceito de vantagem - Princípio da protecção da confiança legítima - Execução do auxílio. Processo T-62/08.

Por outro lado, o Estado e as pessoas jurídicas por ele criadas, como o INSS, não podem alegar a proteção da confiança, para fins de buscarem a validação de entendimentos anteriores e não se aplicarem entendimentos posteriores, mais gravosos, da lavra desse mesmo Estado. Neste sentido, eis o que afirma Humberto Ávila:

Uma questão importantíssima é a de saber se o Estado pode ser beneficiário da segurança jurídica. Nesse aspecto, é preciso, antes, definir em que sentido se está tomando a ‘segurança jurídica’. Se segurança jurídica é empregada no sentido de princípio objetivo, obviamente a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade do ordenamento jurídico em geral também são imprescindíveis para o funcionamento do próprio ente estatal. [...] Se, em vez disso, a segurança jurídica é utilizada no sentido subjetivo, como a aplicação reflexiva do princípio da segurança jurídica relativamente a algum sujeito, já existem sérios obstáculos normativos à sua consideração em favor do Estado. Esses obstáculos são de duas ordens. De um lado, e em geral, a eficácia reflexiva e subjetiva do princípio da segurança jurídica, como proteção da confiança, é desenvolvida sob o influxo dos direitos fundamentais, e não, primordialmente, do princípio do Estado de Direito. E os direitos fundamentais, na sua eficácia defensiva e protetiva, só podem ser utilizados pelos cidadãos, não pelo Estado. Ao Estado falta o substrato pessoal, a vinculação com o exercício da liberdade, a relação com a dignidade humana e a posição de destinatário das normas: o Estado é uma instituição objetiva, não uma pessoa humana; não exerce liberdade, mas competência e poder; não tem dignidade; não é destinatário das normas, mas seu editor. Desse modo, o Estado não pode valer-se do princípio da proteção da confiança para tornar intangíveis determinados efeitos passados sob o argumento de que teria atuado confiando na permanência da norma posteriormente declarada inconstitucional, tendo em vista que esse princípio é construído com base nos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade. (ÁVILA, 2016, p. 172-174).

Ou seja, o Estado não pode alegar, por exemplo, que possui o direito fundamental a eventual direito adquirido ou à proteção da sua confiança, pois

se tratam de garantias jurídicas que existem para a proteção do indivíduo em relação aos atos estatais, e não para a proteção do Estado em relação ao indivíduo. Muito ao contrário, os representantes estatais deverão zelar pela adoção de comportamentos que não sejam contraditórios, perante os indivíduos que com eles se relacionem, pois uma alteração de entendimento estatal que, em tese, prejudique o Estado, pode nada mais ser que a realização do justo com a correção de um erro estatal anterior e/ou um comportamento *a priori* contraditório do próprio Estado, em vez de uma hipotética e juridicamente impossível “violação da confiança do Estado”.

Tal situação ocorre, por exemplo, quando há coisa julgada advinda de uma sentença de improcedência de benefício de aposentadoria especial, que não considerou determinado período como trabalhado em condições especiais, e, posteriormente, a própria autoridade administrativa do INSS defere um novo pedido de benefício idêntico, considerando o mesmo período como tempo especial, em face da alteração mais benéfica ao cidadão na interpretação da eficácia dos equipamentos de proteção individual para o ruído, feita pelo STF no ARE 664.335. Já nos defrontamos, por duas vezes, com suspensões administrativas de benefícios concedidos nessas condições, sob o argumento de que haveria coisa julgada e proteção da confiança do INSS a ser protegida, o que é um notório caso de direitos individuais mal interpretados. Há, sim, vedação a comportamentos contraditórios por parte da autarquia, que desrespeitou a necessidade de um comportamento coerente perante o cidadão, e, sem qualquer embasamento, entendeu que a interpretação mais benéfica do STF não poderia retroagir para afetar a coisa julgada desfavorável ao cidadão.

Por outro lado, indivíduos podem ter sua segurança jurídica e sua confiança protegidas perante outros indivíduos (pessoas físicas e/ou jurídicas), ou mesmo perante outros indivíduos, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Eis conceituação e exemplificação muito bem delineada a respeito da tese:

Também chamada de aplicabilidade ou vinculação dos direitos fundamentais nas relações privadas, diz respeito à viabilidade de se aplicarem, nas relações entre pessoas de direito privado (físicas e/ou jurídicas), normas de direitos fundamentais historicamente concebidas para regular somente relações jurídicas polarizadas por algum órgão ou agente do Estado. Trata-se de ideia segundo a qual os direitos fundamentais, além da eficácia ‘vertical’ típica do plano das relações entre particulares e órgãos do Estado, possuem ainda eficácia ‘horizontal’, i.e., surtem efeitos jurídicos no âmbito das relações entre os próprios particulares (particulares vs. Particulares), mesmo quando tais direitos não tivessem essa expressa finalidade, seja pela origem histórica, seja pela redação do dispositivo que os assegura. Determinados direitos fundamentais têm a exequibilidade (a) naturalmente excluída das relações privadas (v.g., a garantia de não-retroatividade da lei, o direito à não-extradução dos brasileiros natos) ou (b) necessariamente associada às relações privadas (direitos trabalhistas, por exemplo), ou, ainda, (c) eventualmente ligada às relações privadas (direitos oponíveis contra todos, como os direitos à propriedade, à intimidade etc.).



Logo, a teoria da eficácia horizontal está logicamente circunscrita aos direitos fundamentais que, se estritamente considerados, teriam como sujeitos passivos apenas órgãos estatais, mas que, conceitualmente, podem estender-se às relações privadas, tais como: o princípio da igualdade material (caput do art. 5º), a garantia do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º), a liberdade de crença (inciso VI do art. 5º) e o princípio da não-culpabilidade (inciso LVII do art. 5º). (BERNARDES; FERREIRA, 2012, p. 617-618).

Dessa forma, mesmo em relações entre sociedades e associações com seus sócios e associados, deve ser buscado o respeito à proteção da confiança desses sócios e associados, não sendo admitida, por exemplo, a anulação ou revogação de decisões anteriormente favoráveis a estas pessoas, sem avaliação de seu estado subjetivo, de sua confiança, sem o estabelecimento de um direito transicional, no seio dessas pessoas jurídicas.

Além disso, até mesmo coletividades inteiras, despersonalizadas juridicamente, estando adequadamente representadas, podem pugnar pela aplicação do princípio da proteção da confiança, perante atos estatais que representem alterações de entendimento mais gravosas, como se colhem de exemplos extraídos de ações envolvendo questões previdenciárias, com coletividade definida ou definível, ajuizadas pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou associações<sup>67</sup>.

Atos administrativos concretos que geram expectativas legítimas no cidadão, e nas coletividades de que faz parte, podem ser praticados no Direito Previdenciário, afetando populações inteiras, determinadas ou determináveis. Nessas ocasiões, o princípio da proteção da confiança é uma ferramenta eficiente e indispensável, na participação e no empoderamento de pessoas e coletividades inteiras, com o objetivo de aprimorar a cidadania e a democracia participativa, visto que a segurança jurídica é um aspecto indissociável de um Estado Democrático de Direito, como já vimos.

Conclui-se, portanto, que podem ser caracterizados como beneficiários da proteção da confiança tanto pessoas físicas como pessoas jurídicas.

Essa proteção ampla consagrará o tratamento coletivo e igualitário entre cidadãos que se enquadrem em um mesmo padrão de afetação estatal, o que também pode ocorrer no Direito Previdenciário, como, por exemplo, em atos administrativos de efeitos gerais, tais como as revisões administrativas, mais gravosas, de benefícios previdenciários.

67 Nesse ponto, indicamos a leitura do artigo "*Proteção da Confiança e Defensoria Pública em uma perspectiva socioambientalista*", apresentado em 2016, no V Encontro Internacional do CONPEDI Montevideu-Uruguaí, escrito por Victor Roberto Corrêa de Souza e Cleber Francisco Alves, disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/01g3h599/f10Z900kWThu5GnZ.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2018. Neste texto, tratamos das conexões entre o princípio da proteção da confiança e o socioambientalismo, especialmente em casos em que interesses e expectativas legítimas de uma coletividade de pessoas vulneráveis *lato sensu* são diretamente afetados por atos administrativos, sob a justificativa da necessidade de proteção ao meio ambiente. A hipótese investigada no presente texto era sobre como a assistência jurídica da Defensoria Pública poderia colaborar para a conexão entre proteção da confiança e o direito ambiental, na proteção de pessoas e coletividades vulneráveis.

#### 4.4 - ESTADO DE DIREITO, SEGURANÇA JURÍDICA E CONFIANÇA

Desde os primeiros passos no aprendizado do Direito, aprendemos que as instituições e as tecnologias jurídicas existem em torno de dois valores que balizam todo e qualquer ordenamento: justiça e segurança jurídica.

Cada Estado, de acordo com suas normas, pondera ambos os valores e busca equilibrar e racionalizar as relações sociais, distribuindo justiça entre as pessoas, mas deve estar sempre atento à estabilidade inerente à segurança jurídica.

Foi com esse ideário que surgiu o conceito de Estado de Direito. Não há Estado de Direito, se não forem sobrelevados conjuntamente esses dois valores; poderá até ser um Estado, mas não será um Estado de Direito. Nesse sentido:

O Estado de Direito é uma virtude crucial das sociedades civilizadas. Onde o Estado de Direito se estabelece, o governo de um Estado, ou de uma entidade não-estatal como a União Europeia, ou de entidades políticas dentro de um Estado, como a Inglaterra, a Escócia, o País de Gales ou a Irlanda do Norte, é sempre conduzido dentro de uma moldura ditada pelo Direito. Isso garante considerável segurança para a independência e dignidade de cada cidadão. Onde o Direito prevalece, as pessoas podem saber onde estão e o que são capazes de fazer sem se envolverem em processos civis ou terem que enfrentar o sistema de justiça penal. Não pode haver Estado de Direito sem regras de Direito. Estas podem tomar a forma de dispositivos em tratados ou em textos constitucionais, ou mesmo em leis ordinárias e precedentes judiciais. Valores como a segurança e a certeza jurídica somente podem ser realizados na medida em que um Estado seja governado de acordo com regras pré-anunciadas que sejam claras e inteligíveis em si mesmas. (MACCORMICK, 2008, p. 17).

É por meio do Estado de Direito, portanto, que se distribui justiça, sob a preponderância da segurança jurídica, por meio de um direito objetivo ordenado, sem descurar de um único direito subjetivo potencialmente atingido ou atingível por atos estatais. Inclusive, se preciso for, atos estatais que firmam essa segurança jurídica deverão ser corrigidos por estruturas constitucionalmente idealizadas para exercitar o controle dos atos estatais. Se não houver essa estrutura de controle, interno e externo, não há Estado de Direito.

O multicitado constitucionalista luso, J. J. Gomes Canotilho, já há mais de 20 anos, assevera que a base de todo e qualquer Estado de Direito é formada por basicamente dois princípios: de um lado, a legalidade; e de outro, a segurança jurídica e a proteção da confiança dos cidadãos, *in verbis*:

O homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideraram como elementos constitutivos do Estado de direito o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão. Estes princípios apontam sobretudo para a necessidade de uma conformação formal e material dos actos legislativos, postulando uma teoria da legislação, preocupada em

racionalizar e otimizar os princípios jurídicos de legislação, inerentes ao Estado de direito. A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos. (CANOTILHO, 1993, p. 371-372).

Ainda, há na doutrina vinculações da ideia de Estado de Direito a institutos já conhecidos como o devido processo legal, a separação de poderes, a independência do Poder Judiciário e outros direitos e garantias fundamentais.

Dessarte, conforme Canotilho, é possível concluir que segurança jurídica é algo distinto de confiança.

É indispensável diferenciar, na origem alemã, a segurança jurídica da proteção à confiança – confusão terminológica bastante comum no Brasil, pois enquanto a segurança jurídica (*Rechtssicherheit*) é de caráter objetivo, a proteção à confiança (*Vertrauensschutz*) é subjetiva. Ambos são institutos bastante distintos. Em verdade, a proteção da confiança nada mais é que uma derivação da segurança jurídica e do conceito clássico de Estado de Direito, podendo até mesmo conflitar com o Estado de Direito, afinal, quando estou mantendo um ato administrativo que é ilegal, estou violando a legalidade, que é parte do Estado de Direito.

O STF, todavia, já definiu que os temas da confiança e da segurança jurídica possuem assento constitucional na ideia de Estado de Direito (STF, MC 2.900, julgado em 27/05/2003, e MS 24.268, julgado em 05/02/2004, ambos de relatoria do Min. Gilmar Mendes). Ou seja, a violação à confiança legítima do cidadão e à sua segurança jurídica é a violação do próprio conceito de Estado de Direito.

A segurança jurídica, portanto, é obtida com a observância de alguns caracteres, na criação e aplicação do direito: a acessibilidade, a previsibilidade e a estabilidade das normas (BAPTISTA, 2014, pos. 982). Pela segurança jurídica, o Estado faz com que seus atos, seu ordenamento, sejam objetivamente acessíveis, previsíveis e confiáveis, inculcando na consciência do indivíduo as ideias a respeito das medidas de justo/injusto, correto/incorrecto, adotadas pela sociedade em geral. É a segurança jurídica, portanto, que permitirá genericamente afirmar, como se faz cotidianamente, que a ninguém é dado descumprir a lei, alegando que não a conhece. Entretanto, é exatamente nesse ponto em que a segurança jurídica se distancia da proteção da confiança, pois, enquanto aquela se dedica aprioristicamente, e, em tese, à construção e manutenção de um ordenamento confiável, a proteção da confiança atua em seguida, corrigindo a insegurança que é causada às pessoas, *in concreto*, por comportamentos estatais desestabilizadores mais gravosos, sejam eles provenientes de quaisquer de seus agentes. A proteção da confiança atua, embasada em princípios e regras constitucionais, visando à recuperação da confiabilidade perdida por um ato estatal que, no caso concreto, não respeitou a segurança jurídica. A pro-

teção da confiança é, portanto, a dimensão subjetiva da segurança jurídica, não devendo ser com ela confundida. A esse respeito, eis como Humberto Ávila muito bem diferencia segurança e confiança:

O princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzip, principe de protection de la confiance légitime, principle of protection of legitimate expectations*) é diferenciado do princípio da segurança jurídica pelos seguintes critérios: (a) âmbito normativo – enquanto o princípio da segurança jurídica diz respeito ao ordenamento jurídico como um todo, focando o âmbito macrojurídico, o princípio da confiança legítima relaciona-se com um aspecto normativo do ordenamento jurídico, enfatizando um âmbito microjurídico; (b) âmbito pessoal – enquanto o princípio da segurança jurídica representa uma norma objetiva, não necessariamente vinculada a um sujeito específico, o princípio da confiança legítima protege o interesse de uma pessoa específica; (c) nível de concretização – enquanto o princípio da segurança jurídica refere-se, primordialmente, ao plano abstrato, o princípio da confiança legítima pressupõe o nível concreto de aplicação; (d) amplitude subjetiva de proteção – enquanto o princípio da segurança jurídica serve de instrumento de proteção de interesses coletivos, o princípio da proteção da confiança legítima funciona como meio de proteção de interesse(s) individual(is); (e) protetividade individual – enquanto o princípio da proteção da segurança jurídica é neutro com relação ao interesse dos cidadãos, podendo tanto ser usado em seu favor quanto em seu desfavor, o princípio da proteção da confiança só é utilizado com a finalidade de proteger os interesses daqueles que se sentem prejudicados pelo exercício passado de liberdade juridicamente orientada. (ÁVILA, 2016, p. 381).

Os referidos princípios interligam-se, portanto, mas são essencialmente diferentes, seguindo uma espécie de cadeia de derivação: Estado de Direito > segurança jurídica > proteção da confiança.

#### **4.5 - LEGALIDADE E DEMOCRACIA. CONFIANÇA E RELAÇÕES SIMÉTRICAS**

Como visto, do Estado de Direito também se origina aquele que é um de seus maiores pilares e um dos maiores dogmas do Direito moderno, senão o maior: a legalidade.

É na legalidade que residem os principais conflitos interpretativos causados pelo princípio da proteção da confiança. Afinal, como é possível entender que um ato estatal, cujo desrespeito aos pressupostos legais seja posteriormente descoberto, possa continuar a produzir efeitos? O beneficiário deste ato estatal ilegal não estaria sendo injustamente aquinhoado?

Essa impressão equivocada do princípio da legalidade, contudo, aborda apenas uma de suas interpretações possíveis. Olvida o fato de que a legalidade iniciou-se como princípio intrinsecamente ligado à segurança jurídica. Conforme afirma Humberto Ávila, em relação à legalidade no direito tributário:

A exigência de lei é, por si só, instrumento de segurança jurídica, porque, ao demandar normas gerais e abstratas, dirigidas a um número indeterminado de pessoas e de situações, contribui, de um lado, para afastar a surpresa decorrente tanto da inexistência de normas escritas e públicas quanto do decisionismo e das decisões circunstanciais ad hoc; de outro, favorece a estabilidade do Direito, porque somente graças a determinados procedimentos é que a legislação vigente pode ser modificada. A exigência de legalidade, além de favorecer o ideal de participação democrática, ainda privilegia aos governados tranquilidade, confiança e certeza quanto à tributação. (ÁVILA, 2016, p. 252).

A legalidade não pode, portanto, servir como argumento para violações da segurança e da previsibilidade, indispensáveis nas relações do indivíduo com o Estado.

Parece-nos que, ao contrário do que se deseja, os agentes do Estado que se fundamentam na legalidade estrita para alterar seus entendimentos com base no texto frio da lei estão utilizando o princípio de modo incorreto.

A legalidade é o guia a conduzir o agente do Estado ao acerto de suas decisões, mas não permite que desconsidere as situações pessoais em que o agente estatal poderia estar prejudicando com seus atos. A legalidade existe para nortear e limitar o trabalho dos agentes do Estado, mas, sobretudo, para permitir o incremento da segurança daqueles que se relacionam com o Estado, eis que ela foi criada exatamente com base na busca por segurança jurídica. Não pode, portanto, ser utilizada em desfavor de um cidadão prejudicado pelos sobressaltos estatais.

Ana Paula de Barcellos coteja a legalidade com a segurança jurídica, de forma bastante arguta:

A segurança jurídica é um dos propósitos gerais do Direito, ao lado da justiça, e um princípio implícito da Constituição, manifestado em um conjunto de dispositivos, como os que preveem a proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI) e o princípio da anterioridade tributária (CF, art. 150, III), dentre outros. O princípio não consta do art. 37 de forma expressa, mas novamente a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que dispõe acerca dos processos administrativos em geral, cuidou de explicitar tanto o princípio da segurança como o da boa-fé, bem como a regra, deles derivada, que veda a aplicação de nova interpretação conferida à norma jurídica pela Administração. Somente para fins didáticos apresentam-se esses princípios em conjunto com o princípio da legalidade – embora, a rigor, eles tenham existência autônoma – apenas pela circunstância de que **um dos objetivos da legalidade é justamente garantir segurança jurídica**. Ademais, em um Estado Democrático de Direito, não se haverá de admitir que agentes delegados, como são legisladores e administradores, pudessem agir com menos do que boa-fé em relação àqueles que são os verdadeiros titulares do poder político que eles exercem: a população. (BARCELLOS, 2018, p. 375) (grifo nosso)

Por outro lado, a legalidade comporta uma análise crítica e constitucional das normas em discussão no caso concreto, especialmente diante de

uma realidade sociológica que não se pode negar: as crises da democracia e da credibilidade do Poder Legislativo e da legislação por ele criada. Paulo Bonavides deslinda essa crise de representatividade do Poder Legislativo e os excessos e fechamentos sistêmicos causados pela tecnocracia que comanda o Poder Executivo:

Em todo o século XX a evolução não foi outra senão esta: o estreitamento gradual das possibilidades de participação efetiva do povo no processo decisório. O sufrágio universal dera-lhe a alentadora ilusão do governo. Com essa forma de sufrágio vieram porém os partidos políticos e arrebatarem ao cidadão uma parte considerável daquela soberania eleitoral de que ele concretamente se julgava titular. [...] afinal a distância do cidadão se alargou de maneira estonteante com a formação do clube tecnocrático, que fechou ainda mais o círculo já estreito da intervenção democrática e levantou questões de aguda atualidade relativas à sobrevivência da democracia, onde o povo se sente frustrado e ausente do processo decisório, feito em seu nome mas sem a sua real participação. (BONAVIDES, 2011, p. 478).

Dessa forma, as constantes alterações da base da confiança podem, por si sós, consistir em confirmações da baixa credibilidade que é alusiva ao Estado-legislador.

Sabe-se que, de acordo com a legalidade, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Mas, o que fazer, por exemplo, se o Legislativo prefere não regular determinada matéria, omitindo-se propositadamente, e abrindo espaço para atuação supletiva do Poder Judiciário, sem lei *stricto sensu*? Tem sido notada, muito claramente, uma participação maior do Judiciário em questões que originariamente não seriam de sua competência constitucional, como no reconhecimento e garantia de direitos a grupos socialmente desorganizados, como homossexuais, negros, índios, consumidores, etc., por meio de ações coletivas, tudo decorrente da letargia e falta de representatividade que acomete o Poder Legislativo, e da hiperlativização do Poder Executivo (vide o presidencialismo extremo e o ímpar regime das medidas provisórias do Brasil), todos eles incapazes de responder aos anseios de uma sociedade que se faz cada vez mais carente e exigente, concomitantemente. Neste aspecto, perceba-se que o STF constantemente é instado a se pronunciar acerca da instalação de CPI's por requerimento da minoria parlamentar (STF, MS 24831 e ADI 3619) e da regularidade das decisões tomadas no seio destas (STF, MS 23576, HC 71039 e HC 71261), bem como acerca da constitucionalidade das recorrentes medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo (seja pelo controle concentrado, ou pelo controle difuso).

Ainda, o que fazer se a legalidade estiver sendo utilizada como fundamento para descumprir outros direitos e garantias constitucionais, afetando a base de confiança do cidadão? Se a interpretação desta legalidade paradoxalmente comportar antinomia direta com a interpretação de regras e princípios constitucionais que lhe subjazem, como deverá agir o representante do Estado nas tarefas diárias de interpretação desta normatividade, especialmente em se

tratando de normas que comportam uma base e uma frustração da confiança? Será que o legislador moderno cumpre a função social de redução de complexidades e agente estabilizador das relações sociais? Ou será que, na criação das leis, manipulam-se interesses públicos a fim de justificar interesses privados escusos, afetando e frustrando a base da confiança do indivíduo?

No modo como os agentes do Estado brasileiro vêm tratando o princípio da legalidade, este tem sido um argumento de autoridade, do qual se dispensa a análise da fundamentação e dos fatos e provas envolvidos, mormente no que atine aos efeitos de um ato que, em tese, é nulo. A Administração costuma então decretar:

*- [...] Assim, o ato Z que eu prolatei no momento X desrespeitou determinada lei, ou interpretação da lei (lei lato sensu, e produzida a qualquer tempo), e por isso é ilegal, e por ser ilegal é nulo, e por ser nulo não produz quaisquer efeitos, de modo que declaro nulo o ato Z, retornando ao momento X, e desconsiderando os efeitos de todos os atos que eu mesma, Administração, prolatei desde então.*

Será que é essa a solução acertada para todos os casos, mesmo para aqueles em que não se comprova qualquer conduta de má-fé do beneficiado? Será esse o entendimento que serve ao Estado de direito moderno e a todas as Constituições e direitos fundamentais nele representados?

Na relação política tradicional, representantes e administradores devem respeitar os seus mandantes e representados como sujeitos participantes do processo político, inserindo-os em uma pedagogia para o exercício da cidadania. Não são os representados um mero objeto, a ser manipulado pelos representantes em uma espécie de racionalidade instrumental meio-fim. Enfim, o cidadão não é apenas um sujeito passivo detentor dos direitos que a ideologia de momento lhe oferece. Ele tem, sim, papel ativo e intersubjetivo importante nas escolhas e decisões do Estado.

E esse aspecto tem sido bastante negligenciado, no cotidiano do Estado brasileiro, no qual os seus agentes têm pouca capacidade crítica em relação à legalidade exigida nos casos específicos que se encontram sob suas análises. Luiz Werneck Vianna pondera acerca da necessidade de uma pedagogia para o exercício das virtudes cívicas, abrindo um debate acerca do papel crucial dos representados politicamente, ao afirmar:

Fazer com que a efetividade dos direitos sociais seja subsumida ao campo do direito, por fora, portanto, do terreno livre da sociedade civil, conduziria a uma cidadania passiva de clientes, em nada propícia a uma cultura cívica e às instituições da democracia, na chave negativa com que Tocqueville registrou a possibilidade de que a igualdade pudesse trazer perda à dimensão da liberdade. A igualdade somente daria bons frutos quando acompanhada por uma cidadania ativa, cujas práticas levassem ao contínuo aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, pelos quais o direito deveria zelar, abrindo a todos a possibilidade de intervenção no processo de formação da vontade majoritária.

Designa-se, aqui, esse eixo analítico como procedimentalista, identificando-se a sua representação em obras como as de J. Habermas e de A. Garapon. Desse eixo viria a compreensão de que a invasão da política pelo direito, mesmo que reclamada em nome da igualdade, levaria à perda da liberdade, 'ao gozo passivo de direitos', 'à privatização da cidadania', ao paternalismo estatal, na caracterização de Habermas, e, na de Garapon, 'à clericalização da burocracia', 'a uma justiça de salvação', com a redução dos cidadãos ao estatuto de indivíduos-clientes de um Estado providencial. Em um outro pólo, compondo um eixo explicativo a que se pode denominar de substancialista, aqui associado às obras de M. Cappelletti e R. Dworkin, as novas relações entre direito e política, muito particularmente por meio da criação jurisprudencial do direito, seriam tomadas como, além de inevitáveis – diagnóstico mais forte em Cappelletti do que em Dworkin -, favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade. Especialmente nesse eixo, valoriza-se o juiz como personagem de uma *intelligentzia* especializada em declarar como direito princípios já admitidos socialmente – vale dizer, não arbitrários – e como intérprete do justo na prática social. Esse caminho, porém, de 'confiar ao terceiro poder, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela evolução do direito', longe de significar uma indicação ingênua de seus autores, é visto como 'arriscado e aventureiro', na medida em que, embora pleno de promessas, pode importar ameaças a uma cidadania ativa. Controvérsias à parte, esses dois eixos analíticos teriam em comum o reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais Poderes, como uma agência indutora de um efetivo checks and balances e da garantia da autonomia individual e cidadã. (VIANNA, 1999, pp. 23-24)

Ora, como impedir que ideologias objetivantes, traduzidas em uma perspectiva de racionalidade instrumental, exemplificadas no modelo de um Estado-babá, tutor do cidadão (mero detentor de direitos), predominem?

Uma das formas de se evitar esse perfil objetivante é analisar a racionalidade no processo de representação política, por meio de sua eticidade e moralidade. Neste sentido, por exemplo, sabe-se que representantes do povo são eleitos para cumprir os objetivos da Carta Política, que, no caso do Brasil, estão descritos sucintamente nos objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição: construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução de desigualdades e a promoção do bem de todos, sem preconceitos.

É comum que padrões éticos sejam compatíveis com padrões morais e presidam a escolha das pautas jurídicas e axiológicas da sociedade civil organizada na forma do Estado, mas também não é incomum que determinada conduta seja entendida como ética, por determinada coletividade, mas seja vista como imoral sob os olhos do conjunto da sociedade, ou ilícita sob os olhos do Estado organizado.

Ora, se os parlamentares representam os cidadãos que os elegeram, e manejam o poder em seu nome, os limites da atuação destes representantes são encontrados por meio da análise da inter-relação existente entre representantes



e representados. Uma vez encontrado algum descompasso entre as vontades manifestas dos dois polos desta relação política, de dois equívocos um deve restar: ou a soberania popular que elegeu os representantes estava equivocada ou os representantes não sabem captar a vontade de seus representados!

Analisando as relações entre representantes e representados, sabe-se que as atitudes (concretizadas ou não em normas) tomadas por estes atores sociais devem ter sua validade permanentemente colocada em debate, buscando a simetria intersubjetivante nestas relações. O Poder Legislativo, em sua função clássica de edição de normas gerais, por intermédio dos representantes eleitos pelo povo, deve respeitar postulados racionais em suas escolhas. Assim, quando edita uma norma jurídica qualquer, o legislador deve agir de acordo com aqueles que são por ele representados, pois somente assim as normas produzidas por estes representantes possuirão a legitimidade necessária à sua eficácia. Isto não quer dizer que o representante eleito apenas detém uma espécie de procuração de seus eleitores para trabalhar, nem que deva, a todo tempo, perquirir o que o seu eleitor faria ou decidiria se estivesse em seu lugar. Não obstante essa situação, na análise dos deveres atinentes a todo parlamentar, uma premissa deve restar clara: a sociedade que está ali sendo representada pelo parlamentar não deve ser tratada como um meio para atingir algum objetivo que não seja por ela pretendido e com ela acordado.

Não é possível, portanto, que entre representantes e representados se construam relações sociais assimétricas, em que um se utilize do outro apenas como um meio em si, sem qualquer finalidade. A lógica do utilitarismo não pode sobrepujar a lógica do acordo e do consenso comunicativo. O representado deve compreender a importância do trabalho dos parlamentares na condução de debates sociais de alta relevância democrática para a sociedade, e permitir-lhe um trabalho condizente com a dignidade do cargo que ocupa, valorizando as boas ações; enquanto o representante, em busca de sua legitimidade, deve estar conectado à realidade social que o cerca e à população que representa, sendo verdadeiro e leal em seus propósitos, com o fim de melhor representar os interesses da sociedade.

Ian Shapiro aborda essa temática:

Penso que o compromisso com a verdade na política é um elemento essencial da legitimidade, porque a maioria das pessoas reconhece que tem interesse em conhecê-la e em agir de acordo com ela. [...] uma das razões pelas quais as pessoas se sentem incomodadas com a identificação feita pelo utilitarismo clássico entre o bem viver e o prazer é que elas precisam acreditar que suas experiências são autênticas - isto é, têm suas raízes na realidade. (SHAPIRO, 2006, p. 260).

Dessa forma, é possível que uma norma, uma lei, um ato administrativo de efeitos gerais, seja proveniente de uma relação assimétrica entre seus idealizadores e os representados. Nestes casos, em se tratando de ato estatal mais gravoso, afetando a base da confiança do indivíduo, caso se comprove alguma

assimetria nessa relação, o controle deste ato não pode ser aferido apenas pela ótica do respeito à legalidade.

É possível que uma lei seja comprada, uma lei seja encomendada, uma lei seja destinada a um objetivo escuso<sup>68</sup>. E, avançando sobre outros campos normativos do Estado, também é possível que atos jurisdicionais ou administrativos, de efeitos gerais, tais quais uma lei, também estejam sendo prolatados com esses mesmos propósitos escusos. Nesse sentido, basta uma rápida pesquisa em sítios de notícias, para se ter conhecimento de processos criminais em que se constatou corrupção na prática de atos estatais que tinham o poder de afetar as pessoas difusamente, como por exemplo no caso da ‘compra’ das Medidas Provisórias 512/2010 e 627/2013 e da manipulação de resultados de recursos administrativos no CARF (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), na conhecida Operação Zelotes<sup>69</sup>, conduzida pela Polícia Federal do DF. Tratavam as medidas provisórias de incentivos fiscais gerais, e, por outro lado, as decisões do Conselho podem representar precedentes administrativos a serem adotados pelas demais autoridades hierarquicamente inferiores.

Não há, portanto, como defender a legalidade como substrato único para a validade dos atos estatais, especialmente quando um número indeterminado de pessoas pode ser afetado negativamente por essas decisões estatais de origem escusa e há alguma assimetria na relação Estado-indivíduo. Não há como defender e analisar esses atos estatais assimétricos, na forma única e exclusiva do princípio da legalidade. Não é possível entender que a legalidade se sobrepõe à segurança jurídica, sem afetar o Estado de Direito.

Na nossa opinião, antes de automaticamente se arvorar no princípio da legalidade, o agente estatal, atento ao Estado de Direito, deve observar com muito cuidado a origem da manifestação estatal, para se certificar de que está fazendo a coisa certa ao aplicar um entendimento mais prejudicial ao indivíduo, e de origem escusa.

Deve o agente estatal, inclusive, aferir com cuidado o estado subjetivo daqueles que teriam sido, em tese, beneficiados pelas normas moralmente escusas,

---

68 Nesse sentido, denotando uma descrição muito precisa a respeito dos tempos atuais no Brasil, eis o que afirma Zagrebelsky: *“En estos campos, en los que las leyes actúan sobre todo como medidas de apoyo a este o aquel sujeto social y vienen determinadas más por cambiantes relaciones de fuerza que por diseños generales y coherentes, la inestabilidad es máxima y se hace acuciante la exigencia de protección frente a la ocasionalidad de los acuerdos particulares que impulsan la legislación. La amplia ‘contractualización’ de la ley, de la que ya se ha hablado, da lugar a una situación en la que la mayoría legislativa política es sustituida, cada vez con más frecuencia, por cambiantes coaliciones legislativas de intereses que operan mediante sistemas de do ut des. La consecuencia es el carácter cada vez más compromisorio del producto legislativo, tanto más en la medida en que la negociación se extiende a fuerzas numerosas y con intereses heterogéneos. Las leyes pactadas, para poder conseguir el acuerdo político y social al que aspiran, son contradictorias, caóticas, oscuras y, sobre todo, expresan la idea de que – para conseguir el acuerdo – todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles.”* (ZAGREBELSKY, 2011, p. 38).

69 Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/mpf-denuncia-14-por-compra-de-medida-provisoria-e-de-decisao-no-carf/> > Acesso em: 14 jan. 2018.

tendo em vista que esses beneficiados poderão até alegar a ofensa a suas confianças. Todavia, nesses casos, seriam suas confianças legítimas, autorizadas?

Nesse diapasão, a fim de que se evitem eventuais *abusos de poder* por parte da Administração Pública Previdenciária, na cotidiana autotutela invocada como fundamento para a invalidação de atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis ao cidadão, em um primeiro momento, deve ser investigado se o princípio da proporcionalidade exerceria alguma correlação epistêmica entre o poder-dever de autotutela e o tríplice fundamento da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Em outras palavras: o meio empregado para a invalidação do ato administrativo favorável ao cidadão foi adequado a este fim? Não havia um outro meio menos gravoso ou oneroso ao cidadão para a invalidação do ato administrativo que lhe era favorável? As vantagens ao patrimônio público e às instituições estatais, no caso concreto, eram superiores às desvantagens de uma invalidação do ato administrativo que tivesse sido feita de um outro modo? O tempo do processo e a isonomia foram propiciados em níveis adequados, necessários e proporcionais, em momento anterior à invalidação de um ato administrativo de efeitos favoráveis?

É imperativa, portanto, a simetria, e é pela comunicação e participação que ela é obtida. Tal simetria propiciará maior confiança do cidadão no Estado que, por sua vez, atuará com maior legitimidade, na defesa do interesse público.

A legalidade, nesse panorama de viés participativo-legitimatório, certamente acarretaria maior proteção e promoção da confiança do cidadão, exigindo um apurado aprofundamento argumentativo dos agentes públicos.

Haveria, portanto, algo a se sobrepor em relação à legalidade, demonstrando a relevância de uma análise crítica de normas estatais utilizadas como escudo protetivo das decisões em relação à sociedade?

Sim, é possível encontrar algo que se sobrepõe à legalidade, fiscalizando a existência da simetria na relação Estado-cidadão.

Esse 'algo' está na própria origem da legalidade: o Estado de Direito, a juridicidade.

#### 4.6 - JURIDICIDADE, IGUALDADE E CONFIANÇA

Chegamos, portanto, a uma fonte mais adequada para a origem e avaliação, *in concreto*, do princípio da proteção da confiança: o Estado de Direito, de onde provém a necessidade de defesa da juridicidade, do bloco de legalidade.

Não cabe mais analisar atos administrativos apenas sob o prisma da lei. É como descreveu Patrícia Baptista, em sua tese de doutorado, publicada em formato de livro eletrônico:

A rigor, a hipótese de um conflito entre o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica não deixa de causar certa perplexidade. Uma vez que a legalidade representa uma densificação da segurança jurídica construída no

Estado de Direito, simplesmente não poderia haver, na origem, conflito entre uma e outra. Ambas operam como instrumentos destinados a assegurar a estabilidade e a previsibilidade da ordem jurídica. [...] Sucede, porém, que houve, historicamente, um esgarçamento da legalidade como parâmetro da segurança jurídica. A inflação legislativa, a instabilidade das leis e a imprecisão do seu conteúdo são fatores que contribuíram para que a legalidade deixasse de ser a única expressão da segurança jurídica. (BAPTISTA, 2014, pos. 1152).

O Direito e a segurança por ele buscados não estão mais apenas na lei, naquilo que dizem e determinam os legisladores. Há que se buscar fundamentos mais profundos que a legalidade, especialmente em se tratando de alterações legislativas que demandem atenção à previsibilidade do conteúdo mínimo de todo e qualquer direito fundamental. Neste sentido, eis como nos ensina o catedrático administrativista espanhol, David Blanquer:

[...] en el Estado Democrático de Derecho aparecen nuevos cauces de control que tienen como finalidad primordial que determinadas materias (por su importancia y trascendencia en la vida de la comunidad política) deben ser debatidas y resueltas en sede parlamentaria. Es decir, no basta la previa intervención de Legislativo, sino que se exige que esa intervención previa tenga un 'contenido mínimo'; no basta la previa habilitación legislativa cualquiera que sea su 'densidad normativa', sino que el 'núcleo esencial' de la materia debe ser decidido en sede parlamentaria y con participación de los grupos minoritarios en el debate sobre ese núcleo esencial. Según la jurisprudencia constitucional alemana e italiana, la intervención parlamentaria debe ser de una intensidad tal que la posterior actividad administrativa sea 'previsible' y 'mensurable' con el sólo examen del texto de la ley. Sin necesidad de esperar al desarrollo reglamentario la densidade normativa debe permitir al ciudadano hacer una 'previsión' mínimamente certa y segura sobre el contenido de la habilitación en favor de la Administración Pública (el alcance y limite de las potestades que la ley confiere a la Administración, en especial la potestad reglamentaria), y además deve permitir a los tribunales 'medir' el grado de sometimiento de esa actividad administrativa al marco de ejercicio de las potestades contenido de la ley. (BLANQUER, 2010, p. 1.214).

O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em seu ensaio '*Novas funções constitucionais no Estado Democrático de Direito*', bem expõe essa nova realidade, de superação da legalidade:

Assim é que, com o objetivo de maximizar a efetivação destes direitos fundamentais da cidadania, como auspicioso rebento que veio a florescer nos Estados Democráticos de Direito, conheceram extraordinário desenvolvimento contemporâneo as funções neutras, sobrevindas para ampliar e processualizar os canais participativos, concorrendo para possibilitar cada vez maior visibilidade e controle sobre as funções de governança, com o que, atendem à sua primária destinação societal, tudo com ampliados ganhos, tanto de legitimidade corrente como da legitimidade finalística, que, com as novas funções, lograram destaque. É razoável, portanto, afirmar que a renovação juspolítica sistemática

proporcionada por esta expansão da juridicidade, ultrapassando o tradicional e concentrado, quando não autocrático e elitista, sistema moderno de produção da lei, veio possibilitar o surgimento e a multiplicação de novos, variados e ampliados sistemas pós-modernos de produção do Direito. (MOREIRA NETO, 2011, p. 88).

Assim, nota-se que a legalidade, em se tratando de Administração Pública, sempre foi um dogma, seja ele de ordem legislativa, administrativa ou jurisdicional. Esse dogma cerceava a atuação eficiente da Administração, em qualquer de seus aspectos, ora permitindo-se que o administrador, aplicador da lei *"in concreto"*, escolhesse a interpretação da lei que melhor lhe aprouvesse (ou melhor aprouvesse aos interesses políticos de seus superiores hierárquicos), o que poderia lesar direitos fundamentais dos cidadãos, como a segurança jurídica; ora sendo a legalidade utilizada como um escudo protetivo da Administração para justificar indeferimentos e tratamentos diferenciados entre situações jurídicas pessoais idênticas, o que poderia lesar outros direitos fundamentais dos cidadãos, como a isonomia. É a aplicação do velho ditado, conhecido amplamente na sociedade brasileira: 'aos amigos, tudo, aos inimigos, a lei'.

Nunca deveria, contudo, ter sido assim.

A ofensa à segurança jurídica, por vezes, também representa uma ofensa ao postulado da igualdade. Nesses termos:

O comportamento estatal que decepciona uma expectativa legítima também pode violar simultaneamente o princípio da igualdade. A expectativa do cidadão de receber, do Estado, um tratamento isonômico em relação àqueles que se encontram numa mesma situação que a sua é legítima e deve merecer respeito. Dentro da ideia de segurança jurídica, de certeza e de previsibilidade está, consoante adverte Luís Roberto Barroso, a necessidade de adoção de soluções isonômicas. Nesse contexto, a desconsideração da situação específica do indivíduo titular de uma expectativa, e que o singulariza em relação aos demais cidadãos, representaria, em princípio, uma agressão ao princípio da igualdade. [...] **Uma vez que existe uma nítida diferença entre os particulares detentores de uma expectativa legítima e aqueles que não a possuem, o princípio da igualdade pode desempenhar um papel relevante na concretização do princípio da proteção da confiança. Ele exigirá a proteção da expectativa legítima do particular, a fim de que a diferenciação fática seja respeitada e, com isso, que o princípio da igualdade se torne uma realidade. Desigualdades não podem ser tratadas de forma igual.** (ARAÚJO, 2016, p. 167-168). (grifo nosso)

A legalidade, portanto, pode estar patrocinando desigualdades odiosas, o que deve ser evitado.

Ainda – e o que nos parece bem grave e corriqueiro na realidade em que vivemos, a própria ideia de segurança jurídica pode servir de mote para a manutenção de um único caso isolado, ilegal ou inconstitucional, de um único indivíduo, em detrimento de vários outros em tudo similares, sem respeito à

igualdade e à segurança jurídica *lato sensu*. Nesses casos, promove-se a segurança isoladamente, tanto em relação à pessoa quanto em relação ao momento a ser considerado; promove-se a segurança de um, em detrimento da insegurança dos desiguais, o que notoriamente não está correto. Nesse sentido, Humberto Ávila:

O 'estado de segurança', embora possa e deva ser desmembrado analiticamente em unidades conceitualmente autônomas de tempo, só pode ter a sua realização examinada em seu conjunto. Para o Direito Tributário - como será analisado na parte deste trabalho relativa ao conteúdo da segurança jurídica - essa constatação é decisiva, porque a manutenção dos efeitos de leis tributárias inconstitucionais, a pretexto de promover a segurança jurídica, pode causar, na verdade, e em maior medida, sua restrição. Essas considerações justificam a tese, sustentada neste trabalho, no sentido de que a segurança jurídica precisa ser analisada em todos os seus aspectos e, no aspecto temporal, na sua dimensão global 'passado-presente-futuro'. A 'natureza ambivalente' do princípio da segurança, que exige, a um só tempo, manutenção e inovação, rigidez e flexibilidade, não pode, pois, ser desconsiderada. (ÁVILA, 2016, p. 183).

Além disso, a lei *stricto sensu* não é a única norma administrativa possível. Antes, a Constituição e seus paradigmas axiológicos devem ser preconizados, em detrimento de interpretações mecanicistas e literais de dispositivos legislativos. Não se quer dizer que o administrador possa dispensar autorização legislativa para realizar determinadas despesas ou adotar alguma política pública específica. Todavia, uma vez delimitado o campo de atuação do administrador, por parte do legislador, aquele não pode desempenhar seu mister sem observar que a sua função deve concretizar direitos fundamentais dispostos na Constituição e formatar o comportamento do Estado-Administração de acordo com os deveres do moderno Estado de Bem-Estar Social, sem meras amarras literais, descompromissadas com a realidade dos fatos sociais envolvidos.

Desse modo, o administrador deve estar atento ao fato de que a complexidade da vida cotidiana cobra pronta intervenção do Estado, cujo cidadão não pode aguardar a conclusão de processos legislativos autorizativos por tempo indeterminado, especialmente quando estiverem em jogo direitos das minorias ou questões polêmicas não totalmente solucionadas pelo Estado. A lei *stricto sensu* é um instrumento jurídico de crucial importância no processo de definição de políticas públicas, mas não é o único, especialmente diante de uma conjuntura de enfraquecimento do Estado-legislador, cuja legitimidade se põe diariamente à prova, e do fortalecimento de estruturas estatais autônomas e regulamentadoras, como as agências reguladoras.

Assim, tal qual ocorreu com o Direito Civil, deve ser buscada também a constitucionalização do Direito Administrativo, de modo que todo administrador passe a analisar suas condutas e decisões sob a ótica de princípios e regras constitucionais, e não apenas por meio de determinações legais ou infralegais. O Estado Democrático de Direito seria aperfeiçoado, em detrimento de uma base axiológica autoritária, de modo que todo um conjunto de procedimentos

legitimatórios de abertura e participação poderia permear o direito administrativo moderno, exigindo do administrador uma atenção dedicada aos princípios e regras constitucionais, antes de qualquer lei. Segundo BINENBOJM:

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição). (BINENBOJM, 2014, p. 37-38).

A doutrina lusitana, por sua vez, menciona a juridicidade como um “*bloco de legalidade*”, para que seja diferenciado da legalidade “*stricto sensu*”, entendendo que esta é espécie inserida no gênero “*juridicidade*”. Eis como os distingue, Pedro Moniz Lopes:

Não existe, portanto, qualquer confusão possível entre (i) princípio da legalidade e (ii) (bloco de) legalidade, na medida em que, enquanto a segunda realidade expressa as normas do ordenamento jurídico, a primeira consubstancia uma norma, ou comando deôntico regulador do exercício da função, que impõe um relacionamento de conformidade e respeito pelo objecto da segunda (o bloco de legalidade). Como também já se referiu, a natureza de princípio da norma de legalidade administrativa subordina-se a todas as características assacadas às normas de princípio, designadamente, a (i) optimização de um efeito normativo de conformidade de condutas às regras do ordenamento inerente à típica expansibilidade da previsão da norma de princípio e, conseqüentemente, (ii) a cedência condicional, em casos concretos, face a normas de princípio de sinal contrário. Nestes termos, o princípio da legalidade, aqui analisado sob o ponto de vista exclusivamente normativo-princípioal, é também ele uma norma que ordena prima facie na medida em que se limita a incluir na sua previsão, sob o já relatado modo indutivo, todas as formas hipotizáveis do exercício da função administrativa, subordinando aquelas a uma imposição de relacionamento de conformidade com o determinado em normas jurídicas vigentes e aprovadas por órgãos com competência e no respeito pelo procedimento legislativo adequado para o efeito. Os pressupostos de acção da norma, que determinam o efeito normativo de conformidade (ou compatibilidade) não são, portanto, conhecidos a priori, na medida em que não se concebem todas e cada uma das formas de actuação administrativa. (LOPES, 2011, p. 148)

A juridicidade, portanto, vai permitir, e por vezes indicar, a superação do dogma da legalidade estrita, demandando do administrador a fundamentação adequada de seus atos, com base em valores constitucionais que melhor ajustem a proteção de direitos fundamentais, tais como a igualdade. Nessa perspectiva,

se insere a confiança do administrado, pois a sua proteção, excluindo a eficácia de alguns atos administrativos ilegais, poderá, às vezes, parecer ofensiva à legalidade, mas nestas ocasiões tem por substrato a necessidade de se proteger a segurança jurídica, que é base do Estado Democrático de Direito.

#### **4.7 - BOA-FÉ OBJETIVA, *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*, ATOS PRÓPRIOS E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA**

Já percebemos, portanto, que o princípio da proteção da confiança não se confunde com conceitos como Estado de Direito, legalidade, juridicidade e segurança jurídica. A origem do princípio advém do Estado de Direito, juntamente com a segurança jurídica, e com esses princípios não se confundem.

Mas, há, ainda, alguns outros institutos jurídicos que também precisam ser diferenciados, para se identificar o campo preciso de atuação do princípio da proteção da confiança.

A proteção da confiança (*Vertrauensschutz*), por exemplo, não se confunde com a boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*).

Por meio da boa-fé objetiva, delineada como norma fundamental do direito civil (arts. 113, 187 e 422 do Código Civil) e do direito processual civil (orientando a elaboração de exórdias e de sentenças - arts. 5º, 322, §2º e 489, §3º, do CPC), reprimem-se abusos de direitos e condutas dolosas, omissivas ou comissivas, dos sujeitos de uma relação jurídica, processual ou material, vedando-se comportamentos contraditórios e buscando-se lealdade e lisura entre as pessoas e partes.

Por conseguinte, tanto a proteção da confiança quanto a boa-fé objetiva exteriorizam uma busca permanente de segurança, confiabilidade e continuidade das relações jurídicas, com a preservação de direitos e posições jurídicas dos indivíduos. Porém, a boa-fé objetiva, instituto cuja origem se assenta no direito privado, atua em face de comportamentos desleais e desonestos; mas essa avaliação do estado subjetivo do agente estatal, de sua lealdade ou honestidade, por outro lado, é dispensável, por ocasião da análise de seu comportamento. Ainda que não tenha havido deslealdade ou desonestidade por parte do agente estatal, as expectativas legítimas do cidadão, do indivíduo, precisam ser respeitadas.

A boa-fé objetiva, ainda, pode ser suscitada por qualquer das partes em uma relação jurídica, diferentemente da proteção da confiança, na qual o Estado não pode pugnar por sua aplicação, em detrimento do cidadão.

Por outro lado, é irrelevante o grau de proximidade entre os envolvidos em uma relação em que esteja sendo avaliada a proteção da confiança, diferentemente da boa-fé objetiva, em que se exige tal proximidade.

Nesse sentido:

O princípio da proteção da confiança volta sua atenção para a proteção de expectativas legítimas de um particular, mesmo que não haja desonestidade ou



deslealdade por parte do Estado. A preocupação ética inerente à boa-fé objetiva não está presente, necessariamente, nas situações que merecem uma tutela com amparo no princípio da proteção da confiança. Nem sempre uma mudança de comportamento estatal ou a alteração de regras modificadoras do status jurídico de um indivíduo ocorrem por conta de uma desonestidade ou deslealdade do Estado. Ao contrário. Na maioria dos casos, isso decorre de uma necessidade justificável – e não de um ato desonesto – da sociedade. Esse raciocínio dificulta, inclusive, a aceitação da tese de que o princípio da proteção da confiança teria seu fundamento na boa-fé objetiva. A maior amplitude das hipóteses de aplicação daquele primeiro impossibilita sua derivação deste último. Uma outra diferença entre os dois institutos tem relação com a noção de que o princípio da boa-fé objetiva apenas pode ser utilizado nas situações em que há um vínculo específico entre as partes. (ARAÚJO, 2016, p. 154).

Outro instituto que deve ser diferenciado, em relação à proteção da confiança, é a proibição do *venire contra factum proprium*<sup>70</sup>. Instituto de origem romana, também proveniente do direito privado, o *venire* também se aplica no direito público<sup>71</sup>. Trata-se da vedação de comportamento contraditório, protegendo, da mesma forma, as posições jurídicas pessoais constituídas. Segundo Antonio do Passo Cabral, aplica-se o *venire*, quando encontrarmos:

70 Eis alguns precedentes paradigmáticos do STJ a respeito: “[...] Ressalte-se que a ninguém é dado criar e valer-se de situação enganosa, quando lhe for conveniente e vantajoso, e posteriormente voltar-se contra ela quando não mais lhe convier, objetivando que seu direito prevaleça sobre o de quem confiou na expectativa gerada, ante o princípio do *nemo potest venire contra factum proprium*.” (STJ, 4ª Turma, REsp 1.154.737/MT, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 21/10/2010, DJe 07/02/2011) e “Os princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, bem como a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), impedem que a parte, após praticar ato em determinado sentido, venha a adotar comportamento posterior e contraditório.” (STJ, 5ª Turma, AgRg no REsp 1.099.550/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 02.03.2010, DJe 29.03.2010).

71 “[...] Com efeito, mostra-se desarrazoado por parte da Administração Pública após a edição do ato conferindo aos servidores o não comparecimento ao trabalho em razão do ponto facultativo, a reposição dos dias 20, 23 e 26 de junho de 2014, revelando-se em comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), porquanto, a situação encontrava-se consolidada no tempo.” (STJ, REsp 1.629.888, Min. Mauro Campbell, 2ª Turma, DJe:21/02/2018); “DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONSTATAÇÃO DE ERRO DE PREMISSE FÁTICA - EMBARGOS ACOLHIDOS - POLICIAL FEDERAL “SUB-JUDICE” - APOSTILAMENTO - ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO DESPACHO MINISTERIAL Nº 312/2003 - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA BOA-FÉ - “VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM” - SEGURANÇA CONCEDIDA. [...] 3. A Administração Pública fere os Princípios da Razoabilidade e da Boa-fé quando exige a desistência de todas as ações promovidas contra a União ao mesmo tempo em que estabelece exigências não previstas expressamente no Despacho Ministerial nº 312/2003, regulamentado pela Portaria nº 2.369/2003-DGP/DPF para a concessão do apostilamento. 4. “*Nemo potest venire contra factum proprium*”. 5. Embargos de declaração acolhidos para, reconhecendo o erro de premissa fática, conceder a segurança para os fins especificados.” (STJ, EDMS 200901840922, Min. Moura Ribeiro, 3ª Seção, DJe:06/03/2014) e “[...] No campo ético, a concessão do pleito importa grave violação ao princípio da boa-fé, e ao subprincípio do *venire contra factum proprium*, o qual veda o comportamento sinuoso, contraditório, inclusive nas relações entre a Administração Pública e o particular.”. (STJ, ROMS 201303022015, Min. Mauro Campbell, 2ª Turma, DJe: 07/05/2015).

[...] (1) A existência de dois atos sucessivos no tempo (o *factum proprium* e um segundo comportamento) praticados com identidade subjetiva do agente; (2) a incompatibilidade da segunda conduta com o comportamento anterior; (3) a verificação de uma legítima confiança na conservação da primeira conduta; e (4) a quebra da confiança pela contradição comportamental. O primeiro requisito é a adoção de dois comportamentos por um mesmo sujeito: o *factum* (primeiro comportamento), que é aquele que vai gerar confiança; e a segunda conduta, questionada por ser incompatível com a anterior. Além disso, é peremptório existir identidade subjetiva na prática de ambas as condutas: o agente que praticou o *factum* deve ser o mesmo a praticar o ato incompatível, e daí dizer-se que o segundo ato deve ser *proprium*. (CABRAL, 2013, p. 132)

Do mesmo modo ocorre com a teoria dos atos próprios, que nada mais são que atos jurídicos praticados de modo potestativo, emulativo, abusivo, que, embora possíveis, violam a boa-fé, na situação concreta. Assim, pela teoria dos atos próprios, devem ser vedados os atos jurídicos e condutas abusivas que ponham em risco expectativas legítimas, tais como: as condutas inesperadas e surpreendentes de uma parte da relação jurídica, que almejam modificações fáticas na relação, desprezando a confiança da outra parte (*tu quoque*), as condutas de se abandonar uma posição jurídica por um lapso de tempo razoável, para exercê-la repentinamente, apenas para atingir uma determinada pessoa ou objetivo (*supressio*), as condutas de se buscar o rompimento de uma inércia por um lapso de tempo razoável afetando, de modo surpreendente, uma posição jurídica adquirida e consolidada por essa mesma inércia (*surrectio*), as condutas que não mitiguem perdas próprias<sup>72</sup> (*duty to mitigate the loss*), as condutas de induzir alguém a acreditar em uma informação, ainda que produzida por outrem, e se beneficiar do erro ou da falsidade desta (*estoppel*) e as condutas que desprezem o adimplemento substancial da obrigação, buscando a retomada de um patrimônio pelo credor, quando boa parte do contrato já foi cumprido pelo devedor (*substancial performance*).

Tanto a proibição do *venire* quanto a teoria dos atos próprios, todavia, são normas de aplicação subsidiária, sendo utilizáveis apenas quando não houver uma norma específica autorizativa ou proibitiva. Ou seja, são normas utilizáveis apenas quando, no caso específico, não for possível identificar a regra a ser utilizada para solucionar a situação litigiosa, diferentemente do princípio da proteção da confiança, cujo respeito pode e deve ser avaliado, sempre que se observar alteração de entendimento estatal mais gravosa.

Além disso, também o Estado pode cobrar do cidadão comportamentos que respeitem a proibição de *venire contra factum proprium*, assim como na boa-fé objetiva.

Por fim, pode haver confiança a ser protegida, mesmo que o comportamento do Estado não seja contraditório, visto que o princípio da proteção da confiança está muito mais preocupado com o estado subjetivo do cidadão ao

72 Enunciado 169 das Jornadas de Direito Civil: "O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo."

qual se dirige uma alteração mais gravosa do comportamento estatal, enquanto o *venire* se destina mais a investigar o estado subjetivo daquele que pratica, em tese, um ato contraditório. Mais uma vez, Valter Shuenquener nos auxilia:

Primeiramente, vale rememorar que o objetivo primário do *venire contra factum proprium* não é o de proteger as expectativas de particulares. Seu principal propósito é, por outro lado, o de efetivamente impedir que uma pessoa possa, com o objetivo de se beneficiar indevidamente, agir contrariamente a um comportamento anterior. É, dessa maneira, um instituto que volta sua atenção, essencialmente, para aquele que age. Apenas reflexamente é que existirá uma preocupação com o destinatário do comportamento contraditório. O *venire contra factum proprium* não pode, portanto, ser confundido com o princípio da proteção da confiança. Há, ainda, uma adicional distinção no que concerne aos sujeitos que podem invocar os dois institutos. Enquanto o primeiro pode ser empregado tanto pelo particular quanto pelo Estado, o princípio da proteção da confiança não poderá ser manuseado por este último. Uma outra diferença entre os dois princípios decorre das características do ato estatal que vem a causar efeitos prejudiciais a uma expectativa. Diversamente do que ocorre com o *venire contra factum proprium*, a adoção do princípio da proteção da confiança independe da existência de um comportamento estatal contraditório praticado com abuso do direito. A expectativa de um particular pode merecer proteção com amparo no princípio da proteção da confiança, ainda que o ato estatal não seja qualificado como um abuso de direito típico do *venire contra factum proprium*. (ARAÚJO, 2016, p. 178-179).

Delimitados os espaços de atuação do princípio da proteção da confiança, é preciso, nessa avaliação de seus contornos, identificar quais são os meios de sua efetivação, nos casos concretos.

#### 4.8 - EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

Não adianta conhecer o princípio da proteção da confiança, se não se souber como efetivá-lo, quando é desrespeitado no caso concreto, como nas situações delineadas anteriormente.

Como veremos no capítulo 6 *infra*, analisando a base prognóstica da confiança, uma forma de proteger a confiança do cidadão é por meio da promoção da confiança, enquanto rotina procedimental interna dos atos e processos estatais.

Não é dessa forma de efetivação, todavia, que estamos tratando, nesse momento, mas sim de medidas protetivas diretas.

Também não se está a tratar, nesse momento, da eficácia de outros institutos jurídicos voltados para a proteção da segurança, e que já analisamos nos capítulos 3 e 4, em seu subtítulo 4.7. O ordenamento já prevê a consolidação eficaz de atos jurídicos nulos ou anuláveis, se estivermos diante de situações onde a prescrição, a decadência, a coisa julgada, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a boa-fé objetiva, o *venire* e a teoria dos atos próprios possam

proteger a pessoa afetada pela gravosidade de uma nova medida estatal. Trato, portanto, das hipóteses em que não se possa afirmar a incidência de nenhuma das hipóteses dos capítulos 3 e 4, subtítulo 4.7. Como propiciar eficácia direta, portanto, ao princípio da proteção da confiança?

Em relação a estas proteções diretas do princípio da proteção da confiança, notam-se algumas formas de tutela que podem ser buscadas, a fim de dirimir lides em que se questione o respeito à segurança jurídica.

As tutelas são, basicamente, três: para casos concretos e individualizados, a preservação do ato estatal írrito ou a modulação da anulação do ato estatal nos casos específicos; e, para situações genéricas ou coletivamente, a criação de regras de transição, determinadas em dispositivo de decisão/sentença judicial, por norma jurídica ou por ato administrativo, que suavizem a alteração estatal desfavorável.

Almiro do Couto e Silva assim resume as consequências do descumprimento do princípio:

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. (SILVA, 2015, p. 47).

Por sua vez, Rafael Valim também minudencia formas de efetivação do princípio da proteção da confiança, no texto 'O princípio da segurança jurídica no direito administrativo':

No Direito Brasileiro, os mecanismos preordenados a assegurar a confiança do administrado podem ser assim reconduzidos: concessão de efeitos ex nunc à invalidação de atos ampliativos; convalidação de atos ampliativos; estabilização de atos administrativos ampliativos; dever de adoção de regras transitórias para mudanças radicais de regime jurídico; invalidação de normas atentatórias à confiança legítima; responsabilização do Estado por mudanças de regime jurídico; e, finalmente, a chamada 'coisa julgada administrativa'. (In VALIM; OLIVEIRA; DAL POZZO, 2013, p. 89).

Antônio do Passo Cabral, também embasado na experiência alemã sobre o tema da proteção à segurança jurídica e à confiança depositadas nos atos estatais, aborda a aplicação de regras de transição por parte do Poder Judiciário como uma das soluções equilibrantes possíveis:

Sempre que se concluir pela necessidade da mudança, deve-se procurar atenuar o impacto da modificação. Nesse contexto, imperioso é indagar a respeito de mecanismos compensatórios para a superação da estabilidade, que funcionarão como regra de fechamento sistêmico para o formato da segurança-continuidade. Técnica compensatória interessante, que permite a mudança do ato processual e combate os efeitos deletérios que a alteração pudesse trazer, corresponde à edição de regras de transição. O estabelecimento de regras de transição vem sendo, na última década, referido como uma grande característica do Estado contemporâneo. No quadro das atuais atribuições estatais, a mudança e a adaptação de posições jurídicas passaram a ser aspectos essenciais. Todavia, ao mesmo tempo, deve-se garantir segurança jurídica, e é a procura pelo ponto ótimo entre mudança e estabilidade que justifica a formulação de regras transicionais. Conhecidas na prática legislativa, as regras de transição começam a ser estudadas no campo das decisões da jurisdição constitucional e administrativa, e pensamos que possam ser aplicadas à atividade jurisdicional em geral e, portanto, ao processo civil. (CABRAL, 2013, p. 535).

Mas, é bom registrar que a manutenção de um ato estatal, cuja ilegalidade restou posteriormente comprovada, é medida excepcional, e não costuma ser a regra. Em geral, deve-se respeitar a necessidade de anulação do ato estatal ilegal, se não se aplicar nenhuma das medidas dos capítulos 3 e 4, subtítulo 4.7; mas, por outro lado, segundo a ótica da proteção da confiança, permite-se a modulação dos efeitos de tal anulação, caso o representante estatal compreenda que a decisão anulatória pode afetar a segurança jurídica (do indivíduo diretamente interessado e também de terceiros) e excepcional interesse social.

Essa possibilidade de modulação já é uma referência nos processos de competência do STF, à luz do que dispõe o art. 27 da Lei 9.868/99, como bem expôs o ministro Carlos Ayres Britto, ao julgar os embargos declaratórios na ADI 2797, em 16/05/2012:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA DECISÃO DE MÉRITO. POSSIBILIDADE. AÇÕES PENAIIS E DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTRA OCUPANTES E EX-OCUPANTES DE CARGOS COM PRERROGATIVA DE FORO. PRESERVAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS ATÉ 15 DE SETEMBRO DE 2005. 1. A proposição nuclear, em sede de fiscalização de constitucionalidade, é a da nulidade das leis e demais atos do Poder Público, eventualmente contrários à normatividade constitucional. Todavia, situações há que demandam uma decisão judicial excepcional ou de efeitos limitados ou restritos, porque somente assim é que se preservam princípios constitucionais outros, também revestidos de superlativa importância sistêmica. 2. **Quando, no julgamento de mérito dessa ou daquela controvérsia, o STF deixa de se pronunciar acerca da eficácia temporal do julgado, é de se presumir que o Tribunal deu pela ausência de razões de segurança jurídica ou de interesse social. Presunção, porém, que apenas se torna absoluta com o trânsito em julgado da ação direta. O Supremo Tribunal Federal, ao tomar conhecimento, em sede de embargos de declaração (antes, portanto, do trânsito em julgado de sua decisão), de razões de segurança**

**jurídica ou de excepcional interesse social que justifiquem a modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade, não deve considerar a mera presunção (ainda relativa) obstáculo intransponível para a preservação da própria unidade material da Constituição.** 3. Os embargos de declaração constituem a última fronteira processual apta a impedir que a decisão de inconstitucionalidade com efeito retroativo rasgue nos horizontes do Direito panoramas caóticos, do ângulo dos fatos e relações sociais. Panoramas em que a não salvaguarda do protovalor da segurança jurídica implica ofensa à Constituição ainda maior do que aquela declarada na ação direta. 4. Durante quase três anos os tribunais brasileiros processaram e julgaram ações penais e de improbidade administrativa contra ocupantes e ex-ocupantes de cargos com prerrogativa de foro, com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal. Como esses dispositivos legais cuidavam de competência dos órgãos do Poder Judiciário, todos os processos por eles alcançados retornariam à estaca zero, com evidentes impactos negativos à segurança jurídica e à efetividade da prestação jurisdicional. 5. Embargos de declaração conhecidos e acolhidos para fixar a data de 15 de setembro de 2005 como termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal, preservando-se, assim, a validade dos atos processuais até então praticados e devendo as ações ainda não transitadas em julgado seguirem na instância adequada. (grifo nosso)

Há de haver, portanto, uma regular ponderação quando estivermos diante de alterações mais gravosas de entendimento estatal: o que causa maior ofensa ao Estado de Direito protegido pela Constituição? A modulação temporal de uma declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade, para que produza efeitos *ex-nunc*, ou em momento futuro ou uma acrítica retroatividade na mudança mais gravosa de entendimento? Esta ponderação para fins de modulação, inclusive, pode ser feita pelos juízes, monocraticamente, eis que exercem controle de legalidade e difuso de constitucionalidade, quanto à Administração Pública.

Humberto Ávila, manifestando a opinião de que a modulação deve ser medida excepcional, expõe como funciona o sistema alemão de controle de constitucionalidade e as medidas de eficácia de suas decisões:

Em algumas hipóteses, e mediante a observância de determinados requisito, ela [a modulação] pode - e deve - ser aplicada conforme a Constituição. Quer-se, em vez disso, demonstrar que o seu espaço, dentro do âmbito dos princípios do Estado de Direito e da segurança jurídica, é muito pequeno - demasiadamente pequeno. Por isso mesmo, é preciso saber, da forma mais precisa possível, o que significam 'razões de segurança' e em que medida essas razões podem justificar a manutenção dos efeitos de lei declarada inconstitucional. Esse desiderato pode ser mais bem cumprido por meio da análise do Direito alemão. Isso porque a previsão legal brasileira foi inspirada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que desenvolveu várias formas para atribuir efeitos a suas decisões (*Teorierungsformen*). Normalmente, quando entende que a lei é incompatível com a Constituição, o Tribunal profere uma declaração de inconstitucionalidade (*Verfassungswidrigkeitserklärung*), cujo efeito

é a declaração de nulidade (*Nichtigkeitserklärung*) desde o início da vigência da lei incompatível com a Constituição (*ex tunc*), com a sua consequente cassação. Ao lado desse tipo de decisão, há também a declaração de incompatibilidade (*Unvereinbarkeitserklärung*). Na declaração de incompatibilidade, o Tribunal, apesar de considerar que a lei viola a Constituição, decide manter os efeitos da lei para o passado ou para algum momento do futuro, por entender que a só declaração de nulidade da lei não restauraria, ou, pelo menos, não automaticamente, o estado de constitucionalidade. A segurança jurídica é uma das justificativas utilizadas pelo Tribunal para adotar esse tipo de decisão: em alguns casos, para evitar o surgimento de um 'vácuo jurídico' (*rechtliches vakuum*) ou de 'insegurança sobre a situação jurídica' (*unsicherheit uber die Rechtslage*); para assegurar 'segurança jurídica e clareza do Direito' (*Rechtssicherheit und Rechtsklarheit*), o Tribunal mantém os efeitos da lei inquinada de inconstitucional. (ÁVILA, 2016, p. 523)

Assim, apenas excepcionalmente, em exercício de ponderação entre o interesse público consubstanciado na legalidade (que demanda o cancelamento do ato ilegal) e o interesse privado consubstanciado na segurança jurídica (que demanda a manutenção do ato ilegal), caso se comprove que haja confiança a ser protegida e que o indivíduo procedeu a alterações drásticas e duradouras de sua vida e de seu patrimônio em face do ato estatal inicial, em nome da proporcionalidade, deverá o ato estatal ilegal ser mantido; do contrário, não havendo alterações drásticas na vida do indivíduo, o ato não poderá ser mantido, mas será indicado avaliar a possibilidade de modulação temporal desta anulação. Esse é, inclusive, o entendimento da jurisprudência alemã a respeito da possibilidade ou não de manutenção do ato estatal ilegal, conforme pesquisa realizada por Valter Shuenquener:

É preciso registrar que, de um modo geral, a jurisprudência do *Bundesverwaltungsgericht* apenas tem admitido a manutenção de atos ilegais com efeitos contínuos em situações excepcionais. Não se tratando de uma hipótese anormal, o ato viciado e benéfico de efeitos duradouros tem sido anulado com efeitos para o passado (*Rücknahme ex tunc*), o que será a medida mais forte, com efeitos apenas para o futuro (*Rücknahme ex nunc*), ou com efeitos a partir de uma data específica no futuro. Diante de uma ilegalidade, portanto, existem, ao menos, quatro possibilidades: manutenção do ato, anulação do ato com efeitos pretéritos (gerando o desfazimento de todos os seus efeitos jurídicos), anulação do ato com efeitos apenas para o futuro (ficando preservados os efeitos pretéritos) e anulação do ato pro futuro (gerando o desfazimento dos efeitos apenas em um momento específico no futuro). O princípio da proteção da confiança possibilita que o administrador público, mesmo diante de uma ilegalidade de um ato favorável a um particular, não fique compelido a desfazê-lo em todas as circunstâncias. Ademais, caso tenha necessidade de o desconstituir, poderá manter seus efeitos pretéritos. No dizer de HARTMUT MAURER, a Administração estaria autorizada (*berechtigt*), mas não obrigada (*verpflichtet*) a desfazer atos ilegais em toda e qualquer situação. Embora a Administração tenha, em princípio, de anular um ato contendo vícios, outros valores e normas jurídicas (paz social, proteção da confiança, segurança jurídica etc.) podem autorizar a sua manutenção. (ARAÚJO, 2016, p. 139-140).

Em suma, a nulidade decretada, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, em regra, terá eficácia *ex-tunc*. Todavia, a eficácia poderá ser modulada, *pro futuro* ou *ex nunc*, podendo haver o estabelecimento de um prazo para que o Poder Legislativo institua novas regras, que poderão ter efeitos retroativos ou não; ou, então, o próprio Poder Judiciário estabelece suas regras de transição.

Um bom exemplo de regras de transição sendo aplicadas no Poder Judiciário é extraído do RE 631.240, no qual o STF, analisando o art. 5º, XXXV, da CF, alterou o clássico entendimento pelo acesso pleno à jurisdição nas lides previdenciárias, agravando a situação do indivíduo que estivesse pensando em ajuizar ação em face do INSS, para exigir-lhe que comprove o requerimento administrativo, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, se não houver excesso de prazo na sua análise. Em um trecho do acórdão, o Relator, Min. Luís Roberto Barroso, prescreveu as seguintes regras de transição, prestigiadoras do princípio da proteção da confiança em matéria jurisdicional:

[...] 6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir. 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir. 8. Em todos os casos acima - itens (i), (ii) e (iii) -, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais<sup>73</sup>.

Uma regra de transição, por sua própria natureza de norma transicional destinada a um grupo específico de pessoas, nunca pode ser a única possível a ser aplicada. O interessado pode dela declinar, se perceber que seus direitos poderão ser prejudicados por uma regra de transição que se demonstre mal elaborada, mais gravosa que as novas regras. Ou seja, o interessado pode escolher entre a regra de transição ou a regra nova, cálculo este que, se objetivamente possível (como na comparação entre rendas iniciais de benefícios de acordo com as duas regras possíveis), deve ser feito automaticamente pelos

73 Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7168938>>. Acesso em: 12 jan. 2018.



sistemas da Previdência Social. Nesse sentido, afirmam João Batista Lazzari e Carlos Alberto Pereira de Castro:

Embora a Lei 9.876/99 não tenha previsto expressamente, há que ser entendido que o segurado poderá optar pela regra nova na sua integralidade, ou seja, a média dos 80% maiores salários de contribuição de todo o período em que se contribuiu ao sistema e não apenas a partir de julho de 1994. Como paradigma para essa interpretação podemos citar o art 9º da Emenda Constitucional n. 20/1998, que ao alterar as regras de concessão da aposentadoria por tempo de contribuição permitiu ao segurado optar pelas regras de transição ou pelas novas regras permanentes do art. 201 da Constituição. Além disso, ao tratarmos de regras de transição no direito previdenciário, sua estipulação é exatamente para facilitar a adaptação dos segurados que já estavam contribuindo, mas que ainda não tinham implementado as condições para o benefício. Portanto, não havendo direito adquirido à regra anterior, o segurado teria sempre duas opções: a regra nova ou a regra de transição, podendo sempre optar pela que lhe for mais benéfica. (CASTRO; LAZZARI, 2018, p. 642).

Se nenhuma dessas medidas de proteção (manutenção do ato ou regra de transição) for possível, daí decorrerá solução supletiva. Trata-se da única solução possível diante de um ilícito que cuja tutela específica não é possível: a tutela reparatória<sup>74</sup>.

Ou seja, não sendo possível preservar o ato estatal e seus efeitos, nem modular seus efeitos no tempo, com a produção de uma suave regra de transição, entra em cena a necessidade de recomposição, por parte do Estado, do prejuízo havido com a supressão da confiança legitimamente depositada pelo indivíduo lesado. Assim sendo, a desconsideração da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima das pessoas nos atos estatais, praticada por

74 Frederico Menezes Breyner, diferentemente, entende que as tutelas são passíveis de serem deferidas conjuntamente, em se tratando de alterações de entendimento a respeito de incentivos fiscais: *“Independentemente de o incentivo fiscal oneroso ser outorgado por prazo certo, a frustração decorrente de exigência retroativa pela Fazenda em caso de declaração de inconstitucionalidade alcança todo o investimento realizado pelo contribuinte. A expectativa fundada no contribuinte é de que, cumprindo as condições onerosamente impostas para a fruição do incentivo, poderá aproveitar as benesses para recuperar os dispêndios incorridos. Fato é que, para que a demanda do contribuinte que objetive manter os efeitos do incentivo até a recuperação do investimento seja exitosa, deverá ser produzida prova nesse sentido. Nesse caso, a tutela negativa da confiança, mediante indenização, dependerá de prova que quantifique os gastos realizados em função do incentivo fiscal. Ressalte-se que gastos ordinários do empreendimento não serão indenizáveis, e a indenização versará apenas sobre aqueles gastos que decorreram diretamente do incentivo, ou seja, gastos que só tiveram lugar para que fosse possível cumprir os requisitos do incentivo. Já para uma tutela positiva, a prova consistirá em demonstrar o tempo necessário para que os dispêndios realizados em função do incentivo fiscal sejam recuperados, o que, a nosso ver, somente poderá ser realizado com prova pericial que quantifique os gastos, cotejando-os, mediante projeções e estimativas de mercado, com o retorno que seria de se esperar do empreendimento. A tutela seria efetivada então com a determinação de manutenção dos efeitos do incentivo até o lapso de tempo estimado para recuperação do investimento. No entanto, como entendemos que ambos os pedidos são juridicamente possíveis (tanto de tutela positiva quanto negativa), ficará a critério do contribuinte a escolha da modalidade que melhor atenda ao seu direito violado, mediante especificação do pedido no processo.”* (BREYNER, 2013, p. 119-120).

meio de atos que desrespeitam as possibilidades e os limites idôneos de atuação do Estado, pode gerar consequências financeiras prejudiciais a este mesmo Estado, com a possível condenação ao pagamento de verba indenizatória, o que deve ser uma preocupação diária de qualquer agente do Estado. Assim Patrícia Ferreira Baptista nos descreve o caminho da efetividade do princípio da proteção da confiança:

Demonstrado que o princípio da proteção da confiança legítima presta-se a tutelar as legítimas expectativas que os administrados depositaram na permanência de uma regulamentação, faz-se necessário indicar os efeitos decorrentes dessa tutela. Em suma, deve-se investigar como as expectativas legítimas serão tuteladas diante de uma alteração do regime normativo em que se confiou. Segundo a doutrina e a jurisprudência comparadas, quatro em tese são as consequências possíveis: (4.1) o estabelecimento de medidas transitórias ou de um período de *vacatio*; (4.2) a observância do termo de vigência fixado para a norma revogada; (4.3) a outorga de uma indenização compensatória pela frustração da confiança; e (4.4) a exclusão do administrado da incidência da nova regulamentação, preservando-se a posição jurídica obtida em face da regulamentação revogada. A escolha de um dentre esses efeitos dependerá das circunstâncias do caso concreto, mediante um juízo de ponderação entre o interesse do particular na preservação da sua posição e o interesse público na aplicação imediata das novas regras. Deverá ser adotada a medida que imponha o menor grau de sacrifício aos interesses em jogo. (BAPTISTA, 2014, pos. 5976).

Conclui-se que, não sendo possível a manutenção de atos estatais que são base da confiança e de sua frustração, e devendo a confiança do cidadão, existente e exercitada, ser protegida, tal princípio demanda ou por regras claras de transição ou por indenizações compensatórias justas, ampliando a estabilidade e a proteção jurídica do cidadão perante a Administração Pública e demais órgãos estatais, sendo estas as medidas diretas de efetivação do princípio da proteção da confiança, nos casos concretos a serem demandados perante o Estado, quando não aplicáveis os institutos jurídicos de estabilização dos atos, descritos nos capítulos 3 e 4, subtítulo 4.7.

# PROPOSIÇÕES CONCLUSIVAS: O FUTURO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Diante de mudanças bruscas e mais gravosas de entendimentos estatais para o indivíduo, temos como premissa o fato de que as medidas de manutenção da estabilidade da ordem jurídica listadas no capítulo 3, especialmente os conhecidos institutos do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, mostraram-se insuficientes à proteção da segurança jurídica dos indivíduos, especialmente quando o indivíduo não tenha contribuído para a alteração mais gravosa e nas quais haja direitos legitimamente expectados, não usufruídos ou ainda em formação.

As razões dessa premissa já foram expostas, mas não custa mencionar as já antigas deficiências, incoerências e lacunas do sistema brasileiro de proteção da segurança jurídica do cidadão, a partir da leitura da obra de Wilson Batalha, com constatações feitas nas décadas de 1970 e 1980, mas que se apresentam extremamente atuais:

Os problemas fundamentais do direito intertemporal –

1. As situações jurídicas no tempo:

Até hoje não se conseguiu atingir definição adequada do direito adquirido, não obstante os ingentes esforços da doutrina. A distinção entre direito adquirido e expectativa de direito é oscilante, ensejando disputas doutrinárias e frequentes dissídios jurisprudenciais. As definições que a tradição nos trouxe, traduzidas em texto constitucional e reproduzidas em nossa Lei de Introdução ao Código Civil em vigor, são tautológicas, ambíguas e anfílogas. Define-se o direito adquirido não por suas características essenciais, mas por sua possibilidade de exercício (pelo titular ou por alguém por ele), mesmo pendente condição ou termo. Indica-se como algo diverso o ato jurídico perfeito, que na realidade seria apenas fonte de aquisição de direito. Ele é definido tautologicamente como o ‘já consumado’, entendendo-se ato consumado como ato perfeito. Finalmente,

a coisa julgada, que completa a trilogia constitucional, é toscamente definida como a decisão judicial de que já não caiba recurso, sem se aludir à possibilidade de ação rescisória. Sob o ponto de vista doutrinário, portanto, as soluções do direito positivo brasileiro são insuficientes e precárias, o que é desvendado pelos inúmeros dissídios jurisprudenciais a propósito dos temas que envolvem o discernimento entre direito adquirido e expectativa de direito. Consideramos preferível, não obstante as críticas a que tem sido sujeita, a distinção, formulada por Julien Bonnecase entre situações jurídicas abstratas e situações jurídicas concretas, com as elucidações decorrentes dos ensinamentos de Luiz da Cunha Gonçalves ao distinguir as situações jurídicas positivas e negativas. (BATALHA, 1980, p. 160-161).

Considerando essas situações jurídicas, abstratas ou concretas, negativas ou positivas, relatadas no excerto supra, passamos a expor nossas proposições sobre o que entendemos por parâmetros interpretativos mínimos para o futuro da segurança jurídica, que atualmente não são integralmente adotados como praxes estatais, tendo como ponto de partida tanto o rol de medidas concretas possíveis, na busca por efetivação do princípio da proteção da confiança (capítulo 4, subtítulo 4.8 da tese, *supra*), como as ideias surgidas durante o desenvolvimento do princípio da promoção da confiança e da segurança jurídica (capítulo 6).

Além disso, apresentaremos medidas e proposições que entendemos como mudanças razoáveis para o futuro da segurança jurídica no Direito Previdenciário. Advertimos, por oportuno, que sempre que o leitor se deparar com orações escritas em *itálico* neste capítulo (e também no apêndice), isto significará que o leitor estará diante de uma síntese de nossa proposição, para cada tema específico.

Há propostas, para o futuro da Previdência e de sua(s) reforma(s), que serão apresentadas adiante, em apêndice, mas que não se circunscrevem diretamente aos temas da segurança jurídica e da confiança. É de notar-se que estas sugestões de mudanças, que serão abordadas em apêndice, poderão afetar a proteção da confiança dos indivíduos no Estado-Legislador, se realizadas sem aferir a estes indivíduos, no processo legislativo, sua maior participação, seu direito de acesso à informação e seu direito à isonomia, garantidos pela Constituição Federal.

Assim, a maior abertura participativa do cidadão no processo legislativo da reforma da Previdência, é medida indispensável; do contrário, será uma reforma ilegítima, na qual as pessoas atingidas, real ou potencialmente, não teriam conhecimento da matéria a ser reformada, e teriam sua segurança jurídica e sua confiança, de algum modo e grau, afetadas.

Nesse sentido, já foi visto que não há Estado de Direito sem segurança jurídica. Um Estado sem segurança jurídica não é um Estado, é só um arremedo de Estado.

O Estado brasileiro, destarte, precisa oferecer segurança jurídica. Os representantes do Estado brasileiro, por qualquer de seus Poderes, precisam es-

tar atentos a essa necessidade, sob pena de deslegitimar a atuação desse Estado do qual fazem parte, perante os representados.

Há, portanto, que se estabelecer parâmetros interpretativos mínimos, que servirão como norte ao agente estatal, a fim de avaliar se sua conduta, ainda que justificada na autotutela e no interesse público em anular atos estatais, revisá-los ou limitá-los, extrapolou limites e desrespeitou a segurança jurídica, especialmente a confiança do indivíduo e da sociedade no próprio Estado.

Para tanto, as alterações de entendimentos estatais mais relevantes no direito previdenciário, no que atine à aplicação dos princípios da proteção e da promoção da confiança, são aquelas relativas às suas concessões e posteriores cancelamentos ou suspensões de benefícios, por alterações interpretativas ou normativas, bem como às revisões para diminuição da renda mensal inicial do benefício (e, conseqüentemente, de sua renda atualizada), em alguma das fases de seu cálculo (essencial, específica ou delimitadora). Nessas situações específicas, o Estado pode atuar com comportamentos consistentes em relações de desconfiança individualizada e/ou desigualadora, em relação às pessoas com que se relaciona, conforme vimos no capítulo 2.

Essas alterações vêm ocorrendo em órgãos estatais de quaisquer de seus Poderes e têm sido muito corriqueiras no direito previdenciário, em detrimento da premência e necessidade das pessoas que se encontrem em alguma situação de risco social, como veremos nos próximos itens.

Relevantes modificações legislativas acerca da segurança jurídica foram inseridas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei 13.655, de 25/04/2018<sup>124</sup>, que tinha por objetivo incluir na LINDB “disposições sobre

---

124 “**Art. 1º** O Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), passa a vigorar acrescido dos seguintes artigos: “**Art. 20.** Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.” “**Art. 21.** A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.” “**Art. 22.** Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.” “**Art. 23.** A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo

segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público". Estas novidades legislativas exigirão uma mudança de comportamento por parte dos agentes estatais brasileiros, nas mais diversas esferas de exercício do poder.

Comentando a natureza jurídica da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que substituiu a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, por meio da alteração feita no DL 4.657/42, pela Lei nº 12.376/2010, assim afirma Maria Helena Diniz:

A Lei de Introdução é uma *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito (*ein Recht der Rechtsordnung*, *'Recht ueber Recht'* *Uberrecht*, *'surdroit'*, *'jus supra jura'*), um superdireito, um

---

condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais." **Art. 24.** A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público." **Art. 25.** (VETADO)." **Art. 26.** Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. § 1º O compromisso referido no caput deste artigo: I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais; II - (VETADO); III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral; IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento. § 2º (VETADO)." **Art. 27.** A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. § 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor. § 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos." **Art. 28.** O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. § 1º (VETADO). § 2º (VETADO). § 3º (VETADO)." **Art. 29.** Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão. § 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver. § 2º (VETADO)." **Art. 30.** As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão." **Art. 2º** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, salvo quanto ao art. 29 acrescido à Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), pelo art. 1º desta Lei, que entrará em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial."

direito coordenador de direito. Não rege as relações de vida, mas sim as normas, uma vez que indica como interpretá-las ou aplica-las, determinando-lhes a vigência e eficácia, suas dimensões espaciotemporais, assinalando suas projeções nas situações conflitivas de ordenamentos jurídicos nacionais e alienígenas, evidenciando os respectivos elementos de conexão. Como se vê, engloba não só o direito civil, mas também os diversos ramos do direito privado e público, notadamente a seara do direito internacional privado, por isso exata é a denominação que lhe foi dada pela Lei n. 12.376/2010. A Lei de Introdução é o Estatuto de Direito Internacional Privado; é uma norma cogente brasileira, por determinação legislativa da soberania nacional, aplicável a todas as leis. (DINIZ, 2017, p. 22).

Assim sendo, por se tratar de uma norma sobre como redigir e interpretar todas as outras normas, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro precisa ser tratada como sendo uma norma materialmente constitucional, ainda que seja uma norma que não se situe no texto da Constituição. Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto mencionam a existência de normas constitucionais fora do texto constitucional, incluindo entre estas normas materialmente constitucionais as normas sobre elaboração de outras normas:

Também se fala em Constituição ‘em sentido material’. A expressão ‘Constituição em sentido material’ é ambígua, pois é usada com diversos significados diferentes, sendo dois os mais comuns. No primeiro, ela é associada às chamadas ‘normas materialmente constitucionais’, que são aquelas que tratam de temas considerados como de natureza essencialmente constitucional – notadamente a organização do Estado e os direitos fundamentais – não importa onde estejam positivadas. Em todos os Estados modernos existem normas jurídicas, escritas ou não, que organizam o exercício do poder político, distribuindo competências e **fixando procedimentos para a elaboração de outras normas**. Daí porque, todos os Estados possuem Constituição, nesse sentido material, embora nem todos tenham Constituição em sentido formal ou em sentido instrumental. No sentido acima, a Constituição material se refere a normas jurídicas e não à realidade social subjacente. Tal como a Constituição formal, ela está na esfera do ‘dever ser’, e não no plano do fato social. Porém, Constituição material e Constituição formal não se confundem, representando dois círculos que se tangenciam. Por um lado, há, na Constituição formal, preceitos que não versam sobre temas tipicamente constitucionais – e estes abundam na Constituição de 88. **Mas, por outro, podem existir normas materialmente constitucionais situadas fora da Constituição formal.** (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 50) (grifo nosso)

O professor Jorge Miranda, tratando ainda de nossa antiga Lei de Introdução ao Código Civil, é explícito em afirmar que haverá sempre a necessidade de se adotar como costume constitucional o respeito às “normas sobre as normas” como mandamentos interpretativos:

O art. 9º do Código Civil português e o art. 5º da lei brasileira de introdução ao Código Civil (e preceitos análogos noutras legislações), que estabelecem

regras sobre interpretação da lei, condicionam o intérprete da Constituição? Para responder, haveria, primeiro, que indagar por que motivo se entende comumente que tais preceitos obrigam o intérprete da legislação ordinária. E a conclusão para a qual se propende é que regras como estas são válidas e eficazes, não por constarem do Código Civil ou de lei de introdução ao Código Civil – que não ocupa, nenhum lugar proeminente no sistema jurídico – mas, diretamente, enquanto tais, por traduzirem uma vontade legislativa, não contrariada por nenhuma das disposições, a respeito dos problemas de interpretação (que não são apenas técnico-jurídicos) de que curam. Regras sobre estas matérias podem considerar-se substancialmente constitucionais e, enquanto tais, também se dirigindo ao intérprete da Constituição, não repugnando, mesmo, vê-las dotadas do valor de costume constitucional. (MIRANDA, 2011, p.324-325)

*Para que a igualdade, a eficácia e a segurança jurídica sejam garantidas aos indivíduos e a LINDB colabore à consolidação do Estado de Direito em nosso cotidiano, portanto, deve ser exigido de qualquer agente estatal que pretenda realizar quaisquer modificações de entendimentos estatais, que respeite a LINDB e adote o costume constitucional de sempre aferir a possibilidade de aplicação das novas regras da Lei 13.655/2018 aos casos concretos de suas responsabilidades. Esta exigência implicará em que haja maior ônus argumentativo a qualquer agente estatal que pretenda proceder a alguma alteração de entendimento estatal, sem observar as inovações e ressignificações sistêmicas, acerca de segurança jurídica, trazidas pela Lei 13.655/2018.*

Coadunando-se às inovações e ressignificações sistêmicas da Lei 13.655/2018, passemos às nossas proposições e sugestões acerca de boas medidas para o futuro da segurança jurídica.

## **7.1 - AVALIAÇÃO DO COMPORTAMENTO SUBJETIVO DO INTERESSADO (BOA-FÉ X MÁ-FÉ) E PRESERVAÇÃO DO ATO ESTATAL**

Não respeita o princípio da proteção da confiança qualquer ato estatal de frustração da base da confiança que não teça qualquer consideração a respeito da postura, da conduta, do ânimo subjetivo do interessado na manutenção da base inicial de confiança.

Em nossa pesquisa, foi possível observar que o princípio da proteção da confiança se aplica a cada um dos grupos de fatos sociais trazidos no capítulo 2, e toda essa realidade sociológica vem sendo decidida pelos agentes estatais sem a devida atenção à segurança jurídica e à proteção da confiança do indivíduo, o que requer alterações comportamentais dos agentes estatais.

Em algum dos diversos casos reais listados no capítulo 2, subtítulo 2.1 (acumulação de auxílio-acidente com aposentadoria, percepção de pensão por morte sem divisão com outros dependentes, recebimento de pensão decorrente de benefício anterior irregular e suspensão de benefício sem prova de culpa e sem análise de outra aposentadoria possível), por exemplo, se tiver sido comprovado que a parte envolvida não atuou de má-fé e que ela não tinha qualquer condição de racionalmente compreender a ilicitude, total ou parcial, alegada



pelo Estado (base da confiança), a preservação do ato de concessão do benefício, do qual o interessado depende economicamente (exercício da confiança), é medida que se impõe, à luz da necessidade de efetivação do princípio da proteção da confiança.

Nos casos de processos listados no capítulo 2, subtítulo 2.2.2, também é possível concentrarmos atenção a esta proposição: é preciso avaliar o estado subjetivo daquele que vem a receber uma tutela antecipada que venha posteriormente a ser revogada.

Dessa forma, é importante assentar que o entendimento da decisão proferida no REsp 1.401.560, quando feito de modo automático e generalizado, patrocina uma espécie de responsabilidade civil objetiva, pois obriga aquele que se beneficiou da tutela antecipada a devolver valores recebidos, sem que haja qualquer avaliação da existência de culpa do beneficiado. Todavia, não há embasamento plausível para tal entendimento. O art. 927, parágrafo único, do Código Civil<sup>125</sup>, dispõe que a responsabilidade civil da pessoa que, em tese, vier a praticar algum ato ilícito, na dicção dos arts. 186 e 187 do Código Civil (como, p. ex., não devolver os valores recebidos por tutela antecipada posteriormente revogada), só pode ser considerada sem a análise de culpa (objetiva), se estiver prevista em lei. Vejamos o que dispõe o art. 302 do Código de Processo Civil, único dispositivo que prevê hipóteses de responsabilidade civil envolvendo tutelas processuais:

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

As hipóteses dos incisos II e III se referem a decisões de tutela de urgência que são concedidas e, posteriormente, são cessadas sem que haja precisamente uma análise do mérito do processo, seja porque o autor não providenciou a citação da outra parte, seja porque a eficácia da medida liminar cessou, como nos casos descritos no art. 309 do CPC; já as hipóteses dos incisos I e IV se referem, especificamente, a casos em que há análise de mérito do pedido, com sentença de improcedência, posterior a uma decisão concessiva de tutela à parte autora.

Assim Daniel Mitidiero descreve a interpretação que deve ser feita a respeito deste dispositivo:

<sup>125</sup> “Art. 927. [...] Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Na verdade, nosso Código é omissivo em um ponto crucial da matéria. É verdade que há responsabilidade objetiva no caso da não promoção da citação, uma vez obtida a liminar cautelar (art. 302, II), e em determinados casos de cessação da eficácia da medida (art. 302, III). Nesses casos, a parte interessada não tem de alegar e provar dolo ou culpa da parte que deu azo ao dano injusto por ela experimentado. Todavia, não é possível reconhecer a existência de responsabilidade objetiva quando a parte logra obter antecipação da tutela – seja cautelar, seja satisfativa – e posteriormente o pedido final é julgado definitivamente improcedente. Fazê-lo importaria apagar a existência de um efetivo juízo de cognição sumária sobre a probabilidade de existência do direito. Se a tutela sumária é necessária e devida, conforme a apreciação sumária do juízo, torná-la posteriormente indevida e atribuir responsabilidade objetiva pela sua fruição implica ignorar a efetiva existência da decisão que anteriormente a concedeu. Em outras palavras, significa desconsiderar o juízo sumário, como se nunca houvesse existido, apagando-o retroativamente. É claro que o juiz pode considerar inexistente o direito antes reconhecido como provável. Não pode, contudo, apagar a existência do juízo sumário. O juízo exauriente substitui o juízo sumário, mas não apaga a sua existência. Nesses casos, a responsabilidade civil pela fruição da antecipação da tutela depende da alegação e prova de dolo ou culpa. Vale dizer: é subjetiva, não objetiva. Em outras palavras, é preciso deixar claro que o art. 302, I, CPC, não incide quando a parte logra obter regularmente antecipação de tutela e essa é simplesmente revogada na sentença ou em outro provimento posterior definitivo das instâncias recursais. Na verdade, a responsabilidade objetiva em caso de sentença de improcedência só existe se a antecipação de tutela é obtida de forma injustificada, isto é, com violação à ordem jurídica (por exemplo, com base em prova falsa). Aliás, é exatamente nessa hipótese que o direito alemão prevê responsabilidade objetiva – apenas quando a providência antecipada pode ser considerada ‘injustificada desde o início’ (*‘von Anfangan ungerichtetigt’*, §945, ZPO) é que há responsabilidade objetiva no caso de antecipação de tutela revogada posteriormente pela sentença. (MITIDIERO, 2017, p. 188).

Da mesma forma, eis o entendimento do professor Leonardo Greco:

Diferente é a situação do credor que promove a execução ou do requerente da tutela de urgência. Ele não auferirá nenhum benefício, no plano do direito material, da instauração do processo, que não representa para ele nenhuma atividade de que lhe resulte um novo proveito ou um novo lucro. Ao contrário, exerce ele um direito constitucionalmente assegurado de perseguir em juízo um direito preexistente. Por isso, a responsabilidade objetiva, defendida pela doutrina, é a meu ver incompatível com os direitos e garantias fundamentais. Com efeito, a paridade de armas, repercussão processual do princípio constitucional da isonomia, encontra atuação também na tutela de urgência. A responsabilidade objetiva vulnera também o direito de acesso à Justiça do requerente (Constituição, art. 5º, inc. XXXV), criando obstáculo imensurável ao exercício do direito de ação. Com efeito, os riscos que o litigante de boa-fé enfrenta em decorrência do ingresso em juízo devem existir apenas no plano do direito processual e não de ser predeterminados e módicos, limitando-se aos encargos da sucumbência, para que, devidamente sopesados pelo autor antes do ajuizamento da demanda, influam objetivamente na decisão de vir a juízo, restando apenas o litigante

temerário, e não criando efeito intimidativo excessivo em relação àquele que tem convicção do seu direito. (GRECO, 2015, p. 367).

Além disso, reputar-se como de responsabilidade objetiva a hipótese do art. 302, inciso I, do CPC implicaria em também aceitar que, inversamente, em caso de sentença de procedência do pedido com deferimento de tutela apenas na sentença, após decisão inicial indeferindo a tutela, deveria haver a mesma responsabilidade objetiva em relação à outra parte. Só que essa hipótese sequer foi mencionada no art. 302 do CPC ou em qualquer outro dispositivo legal. Ou seja, por império da igualdade (art. 5º, I, da Constituição e arts. 7º e 139, I, do CPC), se não há responsabilidade civil objetiva para esta hipótese (sentença de procedência do pedido com deferimento de tutela na sentença, após decisão inicial indeferindo a tutela), também não pode haver responsabilidade civil objetiva para a hipótese de sentença de improcedência do pedido com a revogação da tutela concedida por decisão inicial. Nos dois casos, em respeito ao art. 927, *caput* e parágrafo único, do Código Civil, a responsabilidade civil deve ser subjetiva. Apenas após comprovação de dolo ou culpa é que se permite a cobrança, nos mesmos autos ou em ação autônoma (respeitados o contraditório e a ampla defesa daquele que se beneficiara), dos valores recebidos por decisão de antecipação de tutela posteriormente revogada em sentença.

Enfim, nesses casos, não se deve presumir a má-fé de qualquer pessoa. O agente estatal possuirá o ônus de demonstrar que o indivíduo atuou de má-fé, se o objetivo for anular um ato estatal inicial, de modo retroativo.

*Conclui-se, portanto, que sempre que o objetivo for alterar um entendimento, com vistas à anulação de um ato estatal anterior, à sua revisão, ao seu cancelamento, ou à sua revogação, notando-se a possibilidade de algum prejuízo efetivo ao interessado, o comportamento subjetivo deste indivíduo não poderá ser desprezado pelo Estado, devendo a fundamentação do novo ato estatal abordar tal comportamento.*

## **7.2 - A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DAS ALTERAÇÕES DE ENTENDIMENTO ESTATAIS**

Tendo em vista que o princípio da legalidade pauta a atuação do Estado (art. 37 da CF), é possível que a preservação de um ato estatal em nome da segurança jurídica não seja possível, especialmente quando a ofensa for flagrante e literal a algum dispositivo legal. Nessa ponderação entre segurança e legalidade, contudo, é possível um norte interpretativo que preserve ambos os princípios em colisão.

Assim, o agente estatal, de qualquer dos Poderes, deve estar atento ao fato de que, ao anular ou rever um ato estatal, caso se encontre diante de um indivíduo cuja confiança mereça ser protegida, nada impede que a invalidação desse ato estatal possa ser feita e ser modulada, produzindo efeitos apenas prospectivamente, *ex-nunc*.

É o que se determinará, por exemplo, quando se perceber uma acumulação indevida de benefícios ou um benefício que foi irregularmente concedido, mas sem má-fé do cidadão. Nesses casos, é devida a anulação do ato de concessão do benefício ilicitamente concedido ou acumulado, mas, sendo possível, mantém-se o outro benefício ou concede-se um novo, regular, sem quaisquer cobranças de valores pagos indevidamente, a não ser que haja prova de má-fé do indivíduo.

Esta postura, inclusive, permitirá aperfeiçoamentos em busca da eficiência do Estado, que tem o dever de se manter vigilante no controle de seus próprios atos, evitando erros administrativos que demandem atuação corretiva constante.

Do mesmo modo, também podem ser modulados os efeitos das alterações de entendimento do Estado, como por exemplo, por ocasião do exercício da jurisdição, no que atine às desaposentações que foram deferidas judicialmente mas não transitaram em julgado e às revogações de tutelas antecipadas concedidas no curso de um processo (capítulo 2, subtítulos 2.2.1 e 2.2.2.), pois, nesse caso, tratam-se de decisões que detinham caráter de precariedade, mas nas quais há colisão da legalidade com o exercício da jurisdição em sua plenitude, na qual, até então, o cidadão estava confiante no acerto (pois, se não confiasse, nem ajuizaria a demanda).

Essa percepção também se extrai se for observado o art. 24 da LINDB, incluído pela Lei 13.655/2018, dirigido tanto a atos administrativos quanto judiciais:

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.

No texto “Modulação: um olhar a partir da Lei 13.655/18”, com breves comentários a respeito dos arts. 23 e 24 da LINDB, recentemente editados, assim Teresa Arruda Alvim leciona:

O art. 24, por sua vez, tem o alcance que, a nosso ver, deve ser efetivamente atribuído ao instituto da modulação. Diz que, quando o Judiciário revê certo ato, contrato, ajuste etc., que tenha se completado à luz de ‘orientações gerais da época’, para se verificar da sua validade, devem-se levar em conta, como parâmetro, exatamente as orientações urgentes à época da ocorrência do ato, do contato etc. e não aquelas decorrentes de mudança de posicionamento posterior. No parágrafo único desse mesmo dispositivo, consta que estas ‘orientações gerais’ compreendem a ‘jurisprudência judicial’. Parece-nos, portanto, que este dispositivo significa que, aquele que agiu reiteradamente com base em orientação

pacificada dos tribunais, a respeito do sentido de certa norma jurídica, quando tem seus atos avaliados pelo Judiciário, quanto à sua validade, faz jus a que seja julgado à luz dos parâmetros existentes à época em que a conduta se realizou, ainda que a orientação deste mesmo tribunal tenha sido alterada. Portanto, apesar dos sérios problemas de redação apresentados por esta lei, inclusive nos dois dispositivos aqui mencionados, a nosso ver, duas relevantes dimensões do instituto da modulação foram abarcadas por esses arts. 23 e 24: (i) tanto a possibilidade de que não se rescinda sentença proferida com base em orientação jurisprudencial superada, quando era esta a predominante na época da prática do ato ou da conduta *sub judice*, (ii) quanto a necessidade de que a regularidade dos atos ou das condutas das partes sejam avaliadas em conformidade com as normas jurídicas existentes à época em que praticados. Quando nos referimos, aqui, à norma jurídica, queremos significar a lei interpretada pelos tribunais, de acordo com a doutrina.<sup>126</sup>

Retomando as discussões a respeito das relações de desconfiança que delineamos no capítulo 2, a operacionalização de distinções acerca do REsp 1.401.560 ganha substancial relevância quando nos deparamos com algumas hipóteses concretas, em que seja possível uma modulação de efeitos. A aplicação do REsp 1.401.560 sem critérios adequados de distinção, na seara previdenciária, poderá causar prejuízos aos segurados e à própria prestação jurisdicional, produzindo algumas severas injustiças.

As situações “falam por si”. Pensemos no caso de uma tutela judicial concedida em cognição definitiva, isto é, quando já concedida liminarmente e ratificada na sentença, ou deferida na sentença ou em sede recursal, ou quando a tutela concedida seja de evidência e de cognição exauriente. O recebimento do benefício pelo segurado, quando já transcorrido certo período entre o indeferimento administrativo e a decisão judicial, é medida de inevitável necessidade. A ratificação em decisão final do processo na primeira instância, ou após a instrução do processo, traz um grau de confiança razoável ao postulante do benefício, e é, na maioria dos casos, a única fonte de renda possível, para sobreviver com vida digna.

O INSS, não raras vezes, recorre de decisões/sentenças com o intuito de discutir índices de correção monetária e critério de juros legais, recursos processuais que, não raras vezes, perduram anos aguardando decisão do STJ ou do STF, para uniformização. Nesse sentido, relembramos a tramitação do RE 870.947 (Tema 810), pelo STF, no qual se decidiu, no último dia 20.09.2017, a questão relativa à validade da TR (taxa referencial) como índice de correção monetária para pagamentos de débitos do INSS em causas previdenciárias. A corte, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional, suscitada em 17.04.2015. Ou seja, o STF demorou mais de dois anos para o julgamento da questão, após sua admissibilidade, o que resultou no sobrestamento de milhares de processos no Brasil.

126 Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279384,81042-Modulacao+um+olhar+a+partir+da+lei+1365518>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

Bastando que haja recursos similares sobre determinada matéria de direito para que sejam suspensas centenas ou milhares de outros processos sobre essa mesma matéria, não importará se há outros fundamentos a serem analisados nesses mesmos recursos.

E é exatamente nesse ponto onde reside o problema.

É que, na realidade do Direito Previdenciário, tantos outros recursos interpostos pelo INSS não guardam relação unicamente com esses consectários legais, mas sim com a matéria de mérito específica (o direito à aposentadoria, ao auxílio-doença, à pensão, ao benefício assistencial, etc.). Em tais situações, o deferimento da tutela é quase decorrência lógica da situação retratada no processo (sendo facilmente dedutíveis o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*). Porém, com o entendimento pela presunção de necessidade de devolução de todo e qualquer caso de tutela provisória que venha a ser revogada posteriormente, deferir uma tutela (ou mesmo mantê-la em vigor) poderá se tornar uma atividade judiciária de risco, a impedir o deferimento de uma tutela e, com isso, ferir o art. 5º, XXXV, da CF. Concedida judicialmente uma tutela antecipada que posteriormente não seja confirmada, tal decisão de concessão de tutela para a implantação do benefício terá que ser muito bem analisada e confrontada com os parâmetros de distinção necessários, a fim de se evitar cobranças injustas a quem apenas estava aguardando uma definição do entendimento jurídico pelas cortes superiores.

Conciliar a espera com a efetividade torna-se prioridade em casos tais quais o relatado, o que só poderá ser feito mediante a distinção do REsp 1.401.560 em relação ao caso concreto. E, de outro lado, não há como se pensar na espera sem fim da solução de temas relacionados a tribunais superiores quando o segurado demonstra, de fato, o *periculum in mora* caso não obtenha a tutela e o *fumus boni iuris* consagrado na apreciação judicial de sua postulação.

Por outro lado, são comuns as hipóteses em que o magistrado concede o benefício previdenciário *ex-officio*, via tutela de urgência. Em ocorrendo uma situação como essa, algumas perguntas parecem pertinentes. Assim, caso o segurado, por intermédio de seu advogado, reprimido quanto à ideia da urgência, não queira correr o risco de perceber as parcelas antecipadas, como deverá proceder? Aguardar uma definição jurídica suprema de seu pleito para se alimentar? O juiz deverá fechar os olhos ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal? Como conciliar o suposto grau de certeza do acerto no deferimento da medida com a possibilidade de alteração da decisão mediante a interposição de recursos pelo INSS? E, em caso de oposição ao deferimento da medida, que foi deferida de ofício, caberia a interposição de qual remédio processual, por parte do segurado? Agravo de medida cautelar? Embargos de declaração? Ou recurso inominado? O cidadão deveria agravar da decisão que lhe deferiu alimentos com base em qual fundamento? Ele será ilegalmente constrangido a afirmar que não há *periculum in mora* no seu pleito? Ou a afirmar que o direito que postula é de frágil argumentação? Ao final, no caso da necessidade de devolução, como negar a boa-fé do autor da demanda, se não foi ele quem

postulou a medida de urgência? Acreditamos que o leitor, a essa altura, já pôde perceber os diversos contrassensos que podem ser produzidos pela aplicação automatizada do REsp 1.401.560, sem qualquer possibilidade de modulação.

A promoção do *distinguish* da decisão do REsp 1.401.560, e a modulação dos efeitos de qualquer decisão judicial posterior que se utilize desse precedente, permitirão tolerar que a parte hipossuficiente da relação previdenciária, o beneficiário, não seja a única responsabilizada pela alteração do entendimento no processo específico, sob pena de se criar incentivo para a ofensa ao princípio da efetividade, delineado no art. 5º, XXXV, da CF. Isto, decerto e por si só, já é causa de repercussão geral, a justificar a superação do entendimento da própria Suprema Corte, no ARE 722421, e, desta forma, permitir a análise da questão constitucional que absorve o que se decidiu no REsp 1.401.560.

Nestes termos, é importante transcrever recentes precedentes, dos mais diversos desembargadores, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sobre o estado da arte do tema em epígrafe (capítulo 2, subtítulo 2.2.2 da tese), em especial da lavra da desembargadora Vânia Hack, nos quais, sem qualquer despreço à decisão do STJ, se realizaram imprescindíveis *distinguishs* acerca deste REsp 1.401.560. Por outro lado, ainda não se vislumbraram as necessárias distinções em relação ao REsp 1.401.560, nos precedentes dos outros quatro Tribunais Regionais Federais. Eis os precedentes do TRF da 4ª Região, que, pela relevância e pertinência temática e para a compreensão adequada, necessitam de transcrição integral de suas ementas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PERCEBIDO POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.401.560. INTERPRETAÇÃO COM TEMPERAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA NO CURSO DA DEMANDA E CONFIRMADA NA SENTENÇA. IRREPETIBILIDADE. 1. O STJ, no julgamento do REsp nº 1.401.560, exarado em regime de recurso repetitivo, entendeu ser repetível a verba percebida por força de tutela antecipada posteriormente revogada, em cumprimento ao art. 115, II, da Lei nº 8.213/91. 2. A interpretação do repetitivo deve ser observada com temperamentos, impondo-se a devolução apenas nos casos em que a medida antecipatória/liminar não tenha sido confirmada em sentença ou em acórdão, porquanto nas demais situações, embora permaneça o caráter precário do provimento, presente se fez uma cognição exauriente acerca das provas e do direito postulado, o que concretiza a boa-fé objetiva do segurado. 3. Neste contexto, a melhor interpretação a ser conferida aos casos em que se discute a (ir)repetibilidade da verba alimentar previdenciária, deve ser a seguinte: a) deferida a liminar/tutela antecipada no curso do processo, posteriormente não ratificada em sentença, forçoso é a devolução da verba recebida precariamente; b) deferida a liminar/tutela antecipada no curso do processo e ratificada em sentença, ou deferida na própria sentença, tem-se por irrepetível o montante percebido; c) deferido o benefício em sede recursal, por força do art. 461 do CPC, igualmente tem-se por irrepetível a verba. 4. No caso dos autos, a parte autora percebeu benefício previdenciário por força de tutela antecipada deferida no curso do processo e confirmada na sentença, de modo que o montante recebido

a título de aposentadoria por idade rural é irrepetível, mormente porque o título transitado em julgado nada referiu acerca da (des)necessidade de devolução dos valores. (TRF4, AG 5007103-62.2016.4.04.0000, SEXTA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 20/05/2016)

PREVIDENCIÁRIO. VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA ALIMENTAR. IRREPETIBILIDADE. 1. Apesar do caráter precário do provimento concedido por tutela antecipada, mostra-se presente a boa-fé de quem o recebe, pois se é dado ao homem médio criar expectativa legítima (boa-fé objetiva) na irrepetibilidade de verba paga por interpretação errônea ou inadequada da lei por servidor da administração, diga-se, da Autarquia - matéria reconhecida pela União por meio da edição da Súmula nº 34/AGU - com muito mais força mostra-se presente a boa-fé objetiva nos casos em que o direito é reconhecido por um magistrado durante a tramitação de uma ação judicial. 2. Presente a boa-fé e considerando a natureza alimentar dos valores recebidos por força de antecipação dos efeitos da tutela, mesmo que posteriormente revogada, não podem ser considerados indevidos os pagamentos realizados, não havendo que se falar, por consequência, em restituição, devolução ou desconto. (TRF4, AC 0016866-22.2014.4.04.9999, SEXTA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, D.E. 02/05/2017)

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ERRO ADMINISTRATIVO. MANUTENÇÃO DO PAGAMENTO APÓS PERÍCIA MÉDICA CONTRÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. VALORES RECEBIDOS DE BOA-FÉ. DEVOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA ALIMENTAR. 1. A decisão do STJ em sede de recurso repetitivo (REsp nº 1.401.560), que tratou da repetibilidade de valores recebidos por antecipação da tutela posteriormente revogada (tendo em vista o caráter precário da decisão antecipatória e a reversibilidade da medida), não alcança os pagamentos decorrentes de erro administrativo, pois nesses casos está presente a boa-fé objetiva do segurado, que recebeu os valores pagos pela autarquia na presunção da definitividade do pagamento. 2. Tratando-se de prestações previdenciárias pagas por erro administrativo, tem-se caracterizada a boa-fé do segurado, não havendo que se falar em restituição, desconto ou devolução desses valores ainda que constatada eventual irregularidade. 3. Incontroverso o erro administrativo, reconhecido pelo INSS na via administrativa e na judicial, levando em conta o caráter alimentar dos benefícios, e ausente comprovação de eventual má-fé do segurado, devem ser relativizadas as normas dos arts. 115, II, da Lei nº 8213/91 e 154, § 3º, do Decreto nº 3048/99. 4. A ineficiência do INSS no exercício do poder-dever de fiscalização não afasta o erro da Autarquia, nem justifica o ressarcimento ao INSS, e menos ainda transfere ao segurado a responsabilidade e o ônus por pagamentos indevidos. (TRF4, AC 5014750-27.2016.4.04.7108, SEXTA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 05/06/2017)

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO PERCEBIDO POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA OU TORNADA SEM EFEITO EM RAZÃO DE DESISTÊNCIA DA EXECUÇÃO. NATUREZA ALIMENTAR. BOA-FÉ. IRREPE-



TIBILIDADE. ERRO DA AUTARQUIA. 1. Presente a boa-fé e considerando a natureza alimentar dos valores recebidos por força de antecipação dos efeitos da tutela, mesmo que posteriormente revogada, ou em caso de erro administrativo, não podem ser considerados indevidos os pagamentos realizados, não havendo que se falar, por consequência, em restituição, devolução ou desconto. 2. Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é descabida a cobrança de valores recebidos em razão de decisão judicial posteriormente revogada. Precedentes da Terceira Seção deste Tribunal. (TRF4, AG 5005191-59.2018.4.04.0000, SEXTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, juntado aos autos em 19/04/2018)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. TEMA 692 DO STJ. VALORES RECEBIDOS POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE 1. É incabível a restituição dos valores recebidos pelo segurado em razão de antecipação de tutela posteriormente revogada, em face do seu caráter alimentar e da inexistência de má-fé. Precedentes deste TRF. 2. Prevalência do princípio da boa-fé. 3. O tema referente ao pedido subsequente (autorizar o segurado a optar pelo cancelamento do benefício concedido) deverá ser objeto de deliberação na sentença exauriente em face de inexistir urgência na apreciação. 4. Agravo de instrumento provido em parte. (TRF4, AG 5055245-63.2017.4.04.0000, QUINTA TURMA, Relator LUIZ CARLOS CANALLI, juntado aos autos em 18/04/2018)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE DE FILHO. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA NÃO COMPROVADA. BENEFÍCIO INDEVIDO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. IMPOSSIBILIDADE. BOA-FÉ. REVOGAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. 1. Para a obtenção do benefício de pensão por morte deve a parte interessada preencher os requisitos estabelecidos na legislação previdenciária vigente à data do óbito, consoante iterativa jurisprudência dos Tribunais Superiores e desta Corte. 2. Não tendo sido comprovada a dependência econômica, ainda que não exclusiva, da requerente em relação ao falecido filho, inexistente direito à pensão por morte. 3. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.401.560, efetuado em regime de recurso repetitivo, compreendeu possível a repetição de valores recebidos do erário no influxo dos efeitos de antecipação de tutela posteriormente revogada, em face da precariedade da decisão judicial que a justifica, ainda que se trate de verba alimentar e esteja caracterizada a boa-fé subjetiva. A desnecessidade de devolução de valores somente estaria autorizada no caso de recebimento com boa-fé objetiva, pela presunção de pagamento em caráter definitivo. 4. Por se tratar de verba alimentar, pelo cunho social peculiar às questões envolvendo benefícios previdenciários e, ainda, pelo fato de se verificarem decisões em sentidos opostos no âmbito do próprio STJ, tenho que deve ser prestigiado o entendimento consolidado da jurisprudência do STF para a questão em exame, ou seja, pela irrepetibilidade dos valores. (TRF4, AC 5045479-59.2017.4.04.9999, SEXTA TURMA, Relator ARTUR CÉSAR DE SOUZA, juntado aos autos em 18/04/2018)

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. ATO ADMINISTRATIVO. URP/1989. DECADÊNCIA. ART. 54 DA LEI Nº 9.784/99. AFASTADA. PRES-

CRIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PARCELA RECEBIDA POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO Nº 1.401.560. INTERPRETAÇÃO COM TEMPERAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA CONFIRMADA PELA SENTENÇA. IRREPETIBILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27965 do STF. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA POSTERIORMENTE MODIFICADA. 1. O prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99 é incompatível com o caso em apreço, tendo em vista que o pagamento da parcela remuneratória (URP/1989) não decorreu de ato administrativo, mas sim de decisão judicial à qual a Administração encontrava-se adstrita. Por consequência, a devolução dos valores em comento não advém da anulação de ato administrativo, mas sim de decisão administrativa originária. 2. A contagem do prazo prescricional de 05 (anos), por analogia ao art. 1º do Decreto nº 20.910/1932, tem início com o trânsito em julgado da ação que reconheceu ser indevido o pagamento da rubrica, face ao princípio da actio nata, pois somente a partir daí surge para a Administração o direito de recobrar os valores pagos indevidamente. 3. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.401.560, efetuado em regime de recurso repetitivo, entendeu possível a repetição de valores recebidos do erário no influxo dos efeitos de antecipação de tutela posteriormente revogada, em face da precariedade da decisão judicial que a justifica, sob pena de caracterização de enriquecimento ilícito, ainda que se trate de verba alimentar e esteja caracterizada a boa-fé subjetiva. 4. A interpretação do repetitivo deve ser observada com temperamentos, impondo-se a devolução apenas nos casos em que a medida antecipatória/liminar não tenha sido confirmada em sentença ou em acórdão, porquanto nas demais situações, embora permaneça o caráter precário do provimento, presente se fez uma cognição exauriente acerca das provas e do direito postulado, o que concretiza a boa-fé objetiva do servidor. 5. Neste contexto, a melhor interpretação a ser conferida aos casos em que se discute a (ir)repetibilidade da verba alimentar de servidor público, deve ser a seguinte: a) deferida a liminar/tutela antecipada no curso do processo, posteriormente não ratificada em sentença, forçoso é a devolução da verba recebida precariamente; b) deferida a liminar/tutela antecipada no curso do processo e ratificada em sentença, ou deferida na própria sentença, tem-se por irrepitível o montante percebido; c) deferido o benefício em sede recursal, igualmente tem-se por irrepitível a verba. 6. No caso dos autos, a parte autora percebeu a parcela URP/1989 por força de tutela antecipada confirmada pela sentença, mas revogada por este Regional, de modo que o montante recebido afigura-se irrepitível. 7. Ademais, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (MS 27965 AgR), em função dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, é indevida a devolução de parcela vencimental (verbas recebidas a título de URP) incorporada à remuneração do servidor por força de decisão judicial, tendo em conta expressiva mudança de jurisprudência relativamente à eventual ofensa à coisa julgada. (TRF4, AC 5002261-30.2017.4.04.7202, TERCEIRA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, juntado aos autos em 27/03/2018)

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. ESPECIALIZAÇÃO DO PERITO. NULIDADE DA PERÍCIA NÃO VERIFICADA. INCAPACIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. IMPORTÂNCIAS INDEVIDAS RECEBIDAS POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. BOA-FÉ PRESUMIDA. IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES.

1. Em regra, o clínico geral ou médico de diferente especialidade acha-se profissionalmente habilitado para reconhecer a existência de incapacidade para o trabalho nos casos de ações previdenciárias. 2. Quando, porém, a situação fática implica a necessidade de conhecimentos especializados diante da natureza ou complexidade da doença alegada, justifica-se a designação de médico especialista, situação não configurada nos autos. 3. Tratando-se de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, o Julgador firma sua convicção, via de regra, por meio da prova pericial. 4. Tendo o laudo médico oficial concluído pela inexistência de qualquer mal incapacitante para o exercício de atividades laborais, não há direito a benefício por incapacidade. 5. Os valores recebidos indevidamente pela segurada em razão de antecipação de tutela que posteriormente veio a ser revogada não são sujeitos à restituição, diante do seu caráter alimentar e da inexistência de má-fé. 6. Não importa declaração de inconstitucionalidade do art. 115, da Lei 8.213/91, o reconhecimento da impossibilidade de devolução ou desconto dos valores indevidamente percebidos. A hipótese é de não incidência do dispositivo legal, porque não concretizado o seu suporte fático. Precedentes do STF (ARE 734199, Rel. Min. Rosa Weber). 7. Recentemente, o STF reafirmou o mesmo entendimento, definindo que verbas recebidas em virtude de liminar deferida não devem ser devolvidas, em função dos princípios da boa-fé, da segurança jurídica e em razão de alterações na jurisprudência (MS AgR 26125, Rel. Min. Edson Fachin). 8. O próprio STJ, em decisão de Corte Especial, no julgamento do EREsp 1086154, Relatora Ministra Nancy Andrighy, relativizou precedente resultante do julgamento do 1.401.560, Rel. Min. Ary Pargendler, em regime de recursos repetitivos. (TRF4, AC 0012983-96.2016.4.04.9999, SEXTA TURMA, Relatora TAÍFS SCHILLING FERRAZ, D.E. 17/04/2018)

PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE TEMPORÁRIA. DOENÇA DIVERSA SURGIDA NO CURSO DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. RETORNO AO TRABALHO. ABATIMENTO DE VALORES PAGOS POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IRREPETIBILIDADE. SISTEMÁTICA DE ATUALIZAÇÃO DO PASSIVO. TEMA Nº 810 DO STF. *REFORMATIO IN PEJUS*. COISA JULGADA MATERIAL. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA

1. Demonstrado que a parte autora esteve incapacitada para o exercício das atividades laborativas em período determinado, correta a sentença que concede auxílio-doença no lapso indicado em perícia. 2. O surgimento de nova doença no curso da ação não representa alteração da causa de pedir, que é a incapacidade para o trabalho, e não a existência de uma moléstia ou outra. Assim, não há falar em ausência de interesse de agir se houve prévio requerimento administrativo, ainda que em decorrência de doença diversa. Admitir-se o contrário e extinguir o feito por essa razão, implicaria desconsiderar o princípio da economia processual e os valores sociais que permeiam a Previdência Social. Precedentes deste TRF. 3. Se a parte autora, mesmo incapaz para o labor, teve obstado o seu benefício na via administrativa - justifica-se eventual retorno ao trabalho para a sua sobrevivência ou o recolhimento de contribuições previdenciárias. Tal situação, contudo, não obsta o recebimento do benefício, tampouco enseja eventual devolução dos valores pagos a título de contribuição previdenciária. 4. Descabida a devolução dos valores recebidos a título de tutela antecipada posteriormente revogada, em razão do caráter alimentar dos recursos

recebidos de boa-fé. Precedente da Terceira Seção desta Corte. 5. Sistemática de atualização do passivo observará a decisão do STF consubstanciada no seu Tema nº 810. Procedimento que não implica *reformatio in pejus* ou ofensa à coisa julgada material. (TRF4, AC 5052976-27.2017.4.04.9999, QUINTA TURMA, Relator LUIZ CARLOS CANALLI, juntado aos autos em 15/12/2017)

PREVIDENCIÁRIO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ARTIGO 543-C, § 7º, II, DO CPC. BENEFÍCIO PERCEBIDO POR FORÇA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA POSTERIORMENTE REVOGADA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.401.560. INTERPRETAÇÃO COM TEMPERAMENTOS. DEVOLUÇÃO DOS VALORES. POSSIBILIDADE. [...] 3. Neste contexto, a melhor interpretação a ser conferida aos casos em que se discute a (ir)repetibilidade da verba alimentar previdenciária, deve ser a seguinte: a) deferida a liminar/tutela antecipada no curso do processo, posteriormente não ratificada em sentença, forçoso é a devolução da verba recebida precariamente; b) deferida a liminar/tutela antecipada no curso do processo e ratificada em sentença, ou deferida na própria sentença, tem-se por irrepitível o montante percebido; c) deferido o benefício em sede recursal, por força do art. 461 do CPC, igualmente tem-se por irrepitível a verba. [...].

(TRF4, Proc. 0016671-42.2011.404.9999/RS, 6ª T., Relª. p/acórdão: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, j. em 27/01/2016, D.E. 17/02/2016).

A condução destas alterações de entendimentos jurisdicionais, portanto, não pode, em nenhum caso, deixar de analisar o grau de afetação patrimonial e extrapatrimonial dos interessados e atingidos (reais ou potenciais) pela nova decisão, para fins de observar se e como a confiança legítima desses interessados foi atingida. A nova decisão, portanto, deve ser pensada de modo ou a propiciar regras de transição, ou modulações de efeitos, ou mesmo medidas compensatórias, em substituição às duas primeiras medidas.

Assim, o órgão jurisdicional não pode violar as expectativas legítimas dos cidadãos e alterar um entendimento jurisprudencial, especialmente aquele que tenha efeitos *erga omnes*, pondo de lado o princípio da proteção da confiança, desconsiderando a situação de todos aqueles que eram protegidos pela jurisprudência obrigatória até então vigente, gerando, com isso, frustrações e inseguranças. Um comportamento como esse, por parte do próprio Estado-juiz, traz ao jurisdicionado a sensação de que a jurisprudência até então vigente não tinha valor ou eficácia alguma, e, com isso, abala os fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito.

Situação idêntica à aplicação sem distinção ao caso concreto da decisão do REsp 1.401.560 é aquela relacionada com o deferimento de tutela de urgência acerca de tese já pacificada no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal, quando, *no curso da ação*, o tribunal respectivo modifica seu entendimento, mas não modula os efeitos de sua decisão. Ganha relevância a presente hipótese considerando que na área previdenciária não é incomum isto acontecer.

Alguns casos passados são paradigmáticos nesse sentido, como as alterações no limite quantitativo do nível de decibéis no agente ruído, para fins de aposentadoria especial, a questão do uso do EPI, a possibilidade de acumulação de auxílio-acidente com aposentadoria, a desaposentação, a conversão invertida para atividade exercida sob condições especiais, dentre muitas outras situações em que o STJ ou o STF promoveram algum *overruling* tácito, ou seja, alteraram seu posicionamento sobre determinados temas, sem maiores arrazoados sobre o momento em que a alteração passou a valer. Ou seja, houve patente omissão da análise da proteção da confiança nas cortes superiores.

As mudanças bruscas na jurisprudência, as quais transformam as teses das petições iniciais em algo contrário ao precedente, ante o deferimento de tutelas de urgência, ocasionarão situações peculiares, em especial no que tange à necessidade da devolução. Observar pia e cegamente o REsp 1.401.560, sem proceder ao devido *distinguish*, poderá representar, nesses casos, severa agressão à segurança jurídica e à proteção da confiança. O Poder Judiciário, representado por suas cortes superiores, não pode se afastar da confiança depositada pelos jurisdicionados. A jurisprudência de um tribunal gravita em torno de permanências e evoluções, mas não se pode aceitar que mutações jurisprudenciais possam ter eficácia retrospectiva, sem qualquer proteção dos jurisdicionados que legitimamente se viam protegidos e vêm a perder o direito a uma tutela judicial, e ainda serão cobrados a devolver valores que legitimamente estavam recebendo.

A própria tese da repetibilidade dos valores correspondentes aos benefícios previdenciários recebidos em virtude de decisão que antecipa os efeitos da tutela posteriormente revogada, hoje em tramitação na primeira seção do STJ, é importante exemplo do *overruling*, pois já foi alterada em mais de uma ocasião.

*Destarte, com base no princípio da proteção da confiança, havendo algum risco de prejuízo com a nova decisão que alterou a jurisprudência ou a decisão administrativa, agravando-a, caso a anulação da base da confiança seja inafastável, a nova decisão deve avaliar a possibilidade de modulações de seus efeitos, caso haja confiança legítima a ser protegida, manifestando-se específica e fundamentadamente sobre segurança e confiança legítima na decisão alteradora, judicial ou administrativa, tendo em vista o dever constitucional e legal de fundamentação dos atos estatais. Sendo impossível a modulação, mas sendo a confiança passível de proteção estatal, é recomendável avaliar a possibilidade de regras de transição ou medidas compensatórias.*

### 7.3 - REGRAS DE TRANSIÇÃO PROSPECTIVAS

Nenhum agente estatal pode adotar interpretação ou impor novas condições ao exercício de um direito que sejam mais gravosas aos indivíduos e que não prevejam regras de transição para alguma alteração substancial de seus entendimentos, sob pena de ofensa à confiança que o cidadão depositava no entendimento até então vigente.

Essa hermenêutica deve ser aplicada a qualquer alteração de entendimento estatal. O estabelecimento de regras de transição, portanto, não é atinente apenas a atos legislativos. Há normas gerais de cunho administrativo, bem como decisões jurisdicionais que, quando alteradas com gravames aos indivíduos, comportarão e exigirão, sem sombra de dúvidas, espaço para a criação de regras de transição.

Esta percepção, inclusive, virou lei.

É o que se conclui, analisando o novo art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), inserido pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018:

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, **deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido** de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais. (grifo nosso)

Ou seja, todos os atos estatais, normativos, administrativos ou judiciais, que estabelecerem novas interpretações ou orientações, impondo novos deveres ou condições ao exercício de um direito, agravando-os, deverão, obrigatoriamente, prever regras de transição, de acordo com a proporcionalidade do caso concreto, buscando também a eficiência do ato estatal e o respeito a regras gerais e igualitárias.

Dessa forma, os atos legislativos previstos e descritos no capítulo 2, subtítulo 2.3.4 (Reforma da Previdência atual), precisam observar a segurança jurídica e a proteção da confiança. Ao legislador não é permitido inovar o ordenamento, com graves e relevantes endurecimentos de requisitos legais para a concessão de benefícios previdenciários, sem a previsão de qualquer regra de transição adequada, exatamente como estava pretendendo fazer com trabalhadores celetistas (especialmente no que atine à nova forma de cálculo pretendida) e servidores públicos que estavam em vias de se aposentar, nos termos da legislação em vigor, com o direito à integralidade e à paridade e sem idade mínima alta, ou com a nova forma de cálculo de aposentadorias e pensões (que é muito pior que a atual e se aplicará imediatamente, a partir de eventual e futura Emenda Constitucional, sem qualquer regra de transição).

Essas regras de transição, por sua vez, precisam estar conectadas com a realidade que até então vigia, e não faz sentido que sejam regras de transição piores que as normas novas, já mais severas que as normas antigas, pois, desta forma, estará sendo ofendida a proporcionalidade exigida para o regime de transição, conforme o texto do art. 23 da LINDB. É o que ocorre, por exemplo, quanto a algumas das regras de transição da Lei 9.876/99, descritas no capítulo 2, subtítulo 2.3.3, que desrespeitam essa previsão legal do art. 23 da LINDB.

Não há confiança a ser protegida, se o cidadão sequer tem conhecimento do valor de aposentadoria que teria direito, conforme a regra de transição e conforme a regra nova. Mas, é possível exigir esse conhecimento do indivíduo, especialmente diante de cálculos que se demonstram notoriamente complexos? Neste sentido, eis como Hermes Arrais vaticina:

A regra da igualdade constitucional admite diferenciação de tratamento em prol dos filiados antes da lei nova maléfica (regra de transição para proteção a expectativa de direito), mas não tolera o tratamento mais severo dos que há mais tempo são filiados em comparação aos recém-ingressos na previdência. Por esse motivo, o Decreto 3.048/99 teve seu art. 188 retificado justamente para afastar os dizeres gravosos copiados do art. 9º, caput e incisos I e II, da EC n. 20/98, assegurando ao antigo filiado a igualdade de tratamento dado pela Previdência aos filiados depois de dezembro de 1998. Nossa reflexão leva à inviabilidade do regramento contido no art. 3º, §2º, da Lei 9.876/99, por firmar critério severo (divisor mínimo) no cálculo de benefício previdenciário de benefício programável unicamente para antigos filiados, violando a isonomia constitucional. A ausência de eficácia do §2º do art. 3º dá-se pelas mesmas razões que a Administração Pública reconheceu para não exigir (fazendo letra morta) o quanto determina a norma constitucional do art. 9º, caput e incisos I e II, da EC n. 20/98. De lege ferenda, considerável prudente a revogação do art. 3 da Lei n. 9.876/99, firmando como regra mais sensata aplicável a todos os segurados (ressalvado obviamente direito adquirido) unicamente a contida no art. 29 da Lei n. 8.213/91, para o fim de o cálculo conter sempre os 80% maiores SC considerando-se toda a vida contributiva, sem a restrição temporal a julho de 1994. (ALENCAR, 2017, p. 342).

Assim posto, fica claro que não se poderia exigir, em hipótese alguma, que o segurado tivesse conhecimento de seu cálculo, conforme o regramento de transição da Lei 9.876/99 ou conforme a regra nova do art. 29 da Lei 8.213/91 (modificada por esta mesma Lei 9.876/99). O Estado deveria, sim, propiciar ao segurado os dois cálculos, para que ele tenha a capacidade de verificar se sua confiança, previsibilidade e calculabilidade, no caso concreto, foram protegidas.

*Lembre-se que a regra de transição do art. 3º da Lei 9.876/99, por sua própria condição de direito transicional, é uma opção. Regra de transição alguma pode ser obrigatória, pois do contrário ofende a proporcionalidade que lhe é ínsita e pressuposta (art. 23 da LINDB). Assim, quando o cidadão não preencher os requisitos para a concessão de uma aposentadoria anteriormente à mudança da Lei 9.876/99, poderá optar por normas que sejam um ponto intermédio entre a norma antiga e a norma nova.*

Mas, para exercer essa opção, deverá ser informado das duas possibilidades, para poder compreender qual norma melhor lhe protege. Se não houver essa informação, a regra de transição não foi adequadamente prevista, de modo que essa inadequação pode ser interpretada como inconstitucional, por violação à segurança jurídica, base de todo e qualquer Estado de Direito. Há violação à confiança do cidadão nos atos legislativos em vigor, especialmente

no art. 122 da Lei 8.213/91, se uma nova regra é criada, juntamente com uma regra de transição, e o cidadão não é informado de qual delas pode melhor proteger seus interesses.

O direito transicional, portanto, representa uma garantia que o cidadão possui, em nome de sua segurança jurídica e da proporcionalidade no caso concreto. O Estado não é titular de direitos subjetivos perante o cidadão, mas sim o contrário. *Não é um direito do Estado, em hipótese alguma, alegar a existência de uma norma de transição por ele redigida, em seu favor e em prejuízo do cidadão, para excluí-lo da aplicação de uma nova norma, que possa ser mais benéfica. Seria o equivalente a alegar sua própria torpeza em seu favor - nemo auditur suam turpitudinem allegans, o que sabemos ser inaceitável, especialmente em se tratando do Estado.* A regra de transição, portanto, não pode ser usada em desfavor do cidadão, especialmente se a calculabilidade das opções de aposentadoria lhe era impossível ou extremamente difícil, e com uma dificuldade criada pelo próprio Estado.

A aplicação automatizada do art. 3º da Lei 9.876/99 e de seu cálculo é, portanto, uma flagrante violação à segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança nos atos legislativos, em se fazer obrigar que a regra de transição (às vezes mais gravosa), seja imperativa ao segurado, em vez de se efetuarem ambos os cálculos e se aplicar a norma mais vantajosa ao segurado. Nessas situações, a segurança jurídica e o princípio da proteção da confiança determinam que a regra mais favorável ao cidadão, se assim ficar comprovada, seja utilizada em seu favor, seja ela a norma de transição (inaplicável a quem ingressou após a Lei 9.876/99) ou a norma nova (art. 29, I e II, da Lei 8.213/91).

*Não permitir essa opção é não respeitar a exigência de proporcionalidade dos novos condicionamentos, e não respeitar o princípio da proteção da confiança e a segurança jurídica de quem ingressou no RGPS antes da Lei 9.876/99, e possui as provas dos recolhimentos anteriores a 07/94, aptos a serem inseridos em seu PBC. Em outros termos: ao INSS deve ser impedido de presumir e decidir pelo cidadão, aplicando a regra de transição do art. 3º da Lei 9.876/99, sem lhe demonstrar que o cálculo do art. 29, I e II, da Lei 8.213/91, com as modificações feitas pela mesma Lei, é desvantajoso.*

Esse argumento, inclusive, é o que delinea os contornos do art. 122 da Lei 8.213/91 e presidiu o debate, no Supremo Tribunal Federal, no RE 630.501, acerca do “direito ao melhor benefício”, no qual foi fixada a seguinte tese, com vinculação *erga omnes*, em repercussão geral:

Para o cálculo da renda mensal inicial, cumpre observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais para a aposentadoria, respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição quanto às prestações vencidas.

Ora, é exatamente o que pode acontecer com alguns segurados que, não tendo completado os requisitos para se aposentar em momento anterior à edição da Lei 9.876/99, podem optar, quando mais favoráveis, pelas novas regras de cálculo de sua RMI, do art. 29 da Lei 8.213/91, cuja aplicabilidade



não foi restringida a quem ingressou no RGPS após 29/11/1999 (restrição que, em verdade, sequer teria fundamento, pois também ofenderia a isonomia do art. 5º, caput, da CF/88), não lhes importando a regra de transição do art. 3º da Lei 9.876/99.

Nesses casos, a nova regra permite, simples e corretamente, que, no cálculo da etapa *essencial*, seja adotado como PBC todo o período contributivo do trabalhador, e a média dos 80% maiores salários de contribuição, o que pode ensejar, em diversas situações, um cálculo mais vantajoso ao cidadão, desprezando-se uma regra de transição que, ao se demonstrar mais gravosa que a nova regra, viola regras de segurança jurídica e proteção da confiança (maculando o Estado de Direito), e se utiliza de uma forma de cálculo com evidente nível de inconstitucionalidade, ao desconsiderar salários de contribuição mais antigos, que tenham sido economicamente relevantes para a vida profissional do segurado.

No sentido ora defendido, é paradigmático o excerto do seguinte acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (processo 0008472-26.2012.4.03.6183, AC 0008472-26.2012.4.03.6183, Relator Douglas Camarinha, julgado em 03/02/2014), no qual houve a análise da constitucionalidade do art. 3º da Lei 9.876/99 e da qual o INSS sequer apresentou recurso:

[...]

Portanto, extrai-se do texto da lei que são três situações distintas a serem consideradas:

- 1) Segurado que implementou todos os requisitos antes da edição da Lei nº 9.876/99;
- 2) Segurado que, apesar de filiado anteriormente, somente preencheu os requisitos após a vigência da Lei nº 9.876/99;
- 3) Segurado cuja filiação ocorreu após a Lei nº 9.876/99.

Para o primeiro, considerar-se-á o disposto no artigo 29 da Lei nº 8.213/91, em sua redação original. Trata-se de mero exercício de direito adquirido daquele que já tinha plenas condições para o pleito de aposentadoria, de sorte que não houve inovação. Considera-se, pois, as 36 (trinta e seis) últimas contribuições do segurado, em período não superior a 48 meses.

A terceira regra tem aplicação *ex nunc*, de sorte que só se aplica aqueles que ingressaram ao sistema previdenciário após sua vigência. Vê-se, pois, que a instituição dessa regra como permanente, eis que abarca todas as contribuições (salário-de-contribuição) do segurado para efeito de cômputo do salário-de-benefício - como regra necessária do caráter contributivo do sistema.

Note-se, assim, que esse comando representa a regra permanente ao sistema: ao prestigiar o princípio regente da participação no custeio da Previdência, ao não apresentar exceção temporal para o cômputo do salário-de-contribuição do segurado para o cômputo do respectivo salário-de-benefício - até porque o sistema é por natureza contributivo justamente para preservar o equilíbrio atuarial da Previdência - regra basilar de qualquer Previdência.

Nessa perspectiva, o segundo caso (para aqueles já filiados ao sistema) insere-se nitidamente como regra de transição, ao ressaltar a apreciação do período contributivo do segurado no cômputo do salário-de-benefício tão somente para aquelas a partir de julho de 1994. Ora, justamente por se tratar de uma regra transitória, sua aplicação só resta viável se não houver prejuízo ao segurado, segundo a regra permanente (a análise de todo período contributivo do segurado), sob pena de mitigação ao princípio da isonomia.

Tal assertiva guarda legitimidade diretamente na Teoria Geral do Direito, porquanto toda regra transitória tem como fundamento erigir uma regra mais suave para aqueles que integravam um sistema, fiel ao princípio da confiança e da segurança jurídica, para assim sofrerem menos com a mudança de orientação jurídica do sistema, segundo a regra permanente. Sua razão de ser é justamente mitigar os efeitos danosos da mudança de orientação. Logo, se houver piora da situação ao administrado pela aplicação da regra transitória, é perfeitamente viável a aplicação da regra permanente para esse.

Essa é a diretriz constitucional sedimentada para a Reforma da Previdência na aplicação das regras transitórias (conhecida como regra do pedagógico), diante do disposto no art. 9º da EC nº 20/98 e do disposto na regra permanente do art. 201, § 7º, I, da Constituição Federal.

Na lição de Marisa Santos, vige a inaplicabilidade da regra transitória (...) reconhecida administrativamente pelo INSS no art. 102, I da Instrução Normativa n. 95, de 07.10.2003 (in, *Direito Previdenciário Esquemático*, 2ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 243).

Deveras, essa orientação encontra amparo imediato no princípio da isonomia, porquanto não resta legítimo que alguns tenham tratamento segundo a regra permanente e outros não, ao passo que essa é mais benéfica que a regra transitória. Sobretudo, porquanto a principiologia do sistema é baseado no caráter contributivo, de sorte que a regra é considerar, pois, todo o período contributivo do segurado.

Assim, considerando que o autor esteve filiado à Previdência Social até março de 1993, voltando a contribuir em março/2004, o cálculo de seu salário-de-benefício, a princípio, insere-se na hipótese prevista na regra de transição, que dispõe acerca dos salários-de-contribuição a partir de julho de 1994 para fins de cálculo da benesse. Contudo, verifico que no presente caso a regra permanente, na atual redação do artigo 29 da Lei nº 9.876/99, ao considerar todo o período contributivo para fins de cálculo do salário-de-benefício, é mais favorável à parte autora que a regra de transição, prevista no artigo 3º da Lei nº 9.876/99 - uma vez que essa última limita as contribuições vertidas após julho de 1994.

Neste ponto, cumpre observar que a regra de transição não pode impor condições ou limites não previstos nas regras permanentes, sob pena de ferir a isonomia entre os segurados. Nesse passo, resta incensurável a sentença a quo proferida pelo MM. Juiz Marcus Orione Correia, ao explicitar que a única forma de se equacionar esta aparente tensão entre a regra permanente e a transitória é aplicar a permanente, justamente quando existirem salários-de-contribuição anteriores ao marco legal, porquanto se cuida de regra de interpretação inerente ao sistema.

Nesse passo, ratifico essa orientação interpretativa, até porque interpretação contrária implicaria menoscabo à isonomia, como salientou o magistrado a

quo, ao explicitar que ao se desconsiderar parte dos salários-de-contribuição com base em mero caráter de data (julho/94), não há como considerá-lo legítimo discrimen - pois para uns admite-se o cálculo com base em toda a vida contributiva, e, para outros, não se admite. Como lembra Celso Antonio Bandeira de Mello, há ofensa ao princípio da isonomia quando: “ a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” - que não descansa no objeto - como critério diferencial (*In* “Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade”. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 47).

Com efeito, a regra de transição foi instituída para beneficiar aquele que já era filiado ao Regime Geral da Previdência Social, não podendo ser utilizada para prejudicá-lo.

Neste sentido, segue decisão proferida por essa Corte, em caso análogo de apreciação da regra permanente em detrimento da provisória:

AGRAVO LEGAL EM APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000230- 28.20074.03.6127/SP  
RELATORA: Desembargadora Federal CECILIA MELLO

PROCESSO CIVIL: AGRAVO LEGAL. ARTIGO 557 DO CPC. DECISÃO TERMINATIVA. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA.

I - O agravo em exame não reúne condições de acolhimento, visto desafiar decisão que, após exauriente análise dos elementos constantes dos autos, alcançou conclusão no sentido do não acolhimento da insurgência aviada através do recurso interposto contra a r. decisão de primeiro grau.

II - O recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de ensejar a reforma da decisão guerreada, limitando-se a mera reiteração do quanto já expendido nos autos. Na verdade, o agravante busca reabrir discussão sobre a questão de mérito, não atacando os fundamentos da decisão, lastreada em jurisprudência dominante.

III - A matéria em debate reside na possibilidade ou não de se calcular a renda mensal inicial do benefício de auxílio-doença previdenciário com data de início em 16.05.05, deixando de ser considerado o que preceitua o art. 29, inciso III, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela MP 242/2005. A Lei 9.876/99, com vigência a partir de 29.11.99, alterou a forma de cálculo dos benefícios previdenciários e acidentários previstos na Lei 8.213/91. Nesse rumo, o art. 29, inciso II, da Lei de benefícios, com a redação dada pela Lei 9.876/99, passou a dispor nos seguintes termos: “Art. 29. O salário-de-benefício consiste: (...) II - para os benefícios de que tratam as alíneas “a”, “d”, “e” e “h” do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo.

(...)

XI - É viável que o benefício do segurado conte com a revisão de sua renda mensal inicial, nos moldes da legislação previdenciária permanente (art. 29 e incisos, Lei 8.213/91), a fim de evitar que distorções provocadas pela mencionada norma provisória (MP 242/2005) se perpetuem nas mensalidades futuras, donde verifica-se a procedência do pedido. Destaque-

se que os pagamentos efetuados no âmbito administrativo deverão ser compensados na fase executória, para não configuração de enriquecimento sem causa. Esclareça-se, enfim, que aguarda julgamento pelo Pleno do Col. Supremo Tribunal Federal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 84/DF, que versa a respeito dos efeitos do parágrafo 11 do art. 62 da CF/88, relativamente à Medida Provisória em questão, tendo como relator o Exmo. Min. Dias Tóffoli.

Impõe-se, por isso, a manutenção da r. sentença para o fim de manter o cômputo do salário-de-benefício de todo o período contributivo do segurado. Eis a interpretação que harmoniza a norma em pauta, segundo sua leitura de interpretação conforme a Constituição, sem qualquer necessidade de pronunciamento de inconstitucionalidade. De certo, em face de tais razões o INSS sequer apelou quanto a esse aspecto da sentença, de sorte que os aprecio em razão do reexame necessário.

Do mesmo modo, seguindo este importante precedente, eis alguns exemplos de decisões jurisprudenciais recentes, dos Tribunais Regionais Federais e Turmas Recursais dos JEF's:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CÁLCULO DA RMI. FATOR PREVIDENCIÁRIO. REGRAS DE TRANSIÇÃO. ART. 3º, LEI 9.876/99. SISTEMÁTICA APLICÁVEL. APLICAÇÃO DA REGRA NOVA SE MAIS BENÉFICA. VIGÊNCIA DE REGRAS DE TRANSIÇÃO DECORRENTE DE REFORMA PREVIDENCIÁRIA.

1. Se do cálculo da aposentadoria resultar RMI mais favorável, deve ser permitida a aplicação de regra nova ao segurado, mesmo que enquadrado na regra de transição.
2. Trata-se de uma interpretação teleológica do sistema, permitindo a aplicação da nova regra, com vigência indeterminada, aos segurados cuja evolução contributiva se demonstre prejudicial a aplicação da regra de transição.
3. Diferente seria o entendimento se a pretensão fosse de um segurado enquadrado legalmente na nova regra buscar a aplicação da norma antiga, de vigência temporária, aos segurados inscritos anteriormente, pois estaria pleiteando a incidência de uma norma em que o legislador entendeu ultrapassada e destinada a situação transitória. (TRF4, EINF 5004130-10.2012.404.7200, TERCEIRA SEÇÃO, Relator para Acórdão ROGERIO FAVRETO, juntado aos autos em 20/01/2017)

CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. LEI Nº 9876/99. CÁLCULO DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO LEVANDO-SE EM CONTA OS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO A PARTIR DE JULHO DE 1994. NORMA DE TRANSIÇÃO EM EVIDENTE PREJUÍZO AOS SEGURADOS QUE ESTAVAM CONTRIBUINDO PARA O REGIME GERAL ANTES DE JULHO DE 1994. APOSENTADORIA É DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO. INTERPRETAÇÃO NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO. O DISPOSTO NO ART. 3º DA LEI Nº 9876/99 É REGRA DE OPÇÃO, PARA QUE O SEGURADO OBTENHA O MELHOR BENEFÍCIO. SENTENÇA REFORMADA.

RECURSO PROVIDO. (Proc. 0160027-70.2016.4.02.5151/01, 3ª Turma Recursal dos JEF's do Rio de Janeiro, Rel. Guilherme Bollorini, 06.07.2017)

RECURSO INOMINADO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. REQUISITOS IMPLEMENTADOS APÓS O INÍCIO DE VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.876/99. REGRA DE TRANSIÇÃO. DIVISOR MÍNIMO. APLICAÇÃO DA REGRA DEFINITIVA. 1. Implementados os requisitos para obtenção de aposentadoria por idade após o início de vigência da Lei nº 9.876/99, o pedido inicial foi julgado improcedente, por entender que o cálculo efetuado pela autarquia previdenciária está correto ao usar como divisor o correspondente a 60% do período decorrido da competência de julho de 1994 até a data de início do benefício. 2. A regra de transição prevista na Lei nº 9.876/99, no entanto, não pode prevalecer nas situações em que o número de contribuições recolhidas no período básico de cálculo é inferior ao divisor mínimo. Nesses casos, em que a regra de transitória é prejudicial ao segurado, deve ser aplicada a regra definitiva, prevista no artigo 29, inciso I, da Lei nº 8.213/91, com a redação definida pela Lei nº 9.876/99. 3. Nesse exato sentido é a orientação jurisprudencial firmada ao interpretar a regra transitória prevista no artigo 9º, da Emenda Constitucional nº 20/98, que estabeleceu, além do tempo de contribuição, idade mínima e “pedágio”, para obtenção de aposentadoria por tempo de contribuição integral, enquanto o texto permanente (art. 201, § 7º, inc. I, CF/88) exige tão somente tempo de contribuição. A solução definida pela jurisprudência determina a aplicação da regra definitiva, já que a regra de transição é prejudicial ao segurado, por exigir requisitos (idade mínima e “pedágio”) não previstos no texto definitivo. 4. Recurso parcialmente provido, para determinar a aplicação da regra definitiva, prevista no artigo 29, inciso I, da Lei nº 8.213/91, com a redação estabelecida pela Lei nº 9.876/99, ressalvado que, se a RMI revisada for inferior àquela concedida pelo INSS, deverá ser mantido o valor original, nos termos do artigo 122, da Lei nº 8.213/91 (RECURSO 50258439320114047000, FLÁVIA DA SILVA XAVIER - TERCEIRA TURMA RECURSAL DO PR.)

Diante do dever de respeito à segurança jurídica (previsibilidade, calculabilidade e princípio da proteção da confiança) e do direito fundamental à isonomia aludido no art. 5º, II, da CF, portanto, é inconstitucional o art. 3º, §2º, *in fine*, da Lei 9.876/99, no que atine ao cálculo da RMI das aposentadorias com a aplicação da sistemática do que se conhece como “divisor mínimo”.

*Além disso, como o art. 3º e o art. 5º da Lei 9.876/99 são normas de direito transitório, conforme a interpretação literal dos próprios dispositivos, nessa condição, devem ser interpretadas como facultativas, especialmente quando se mostrarem desproporcionais ou desvantajosas em relação à norma mais nova (art. 29, I e II, da Lei 8.213/91); caso contrário, estarão ofendendo o princípio da proteção da confiança, o direito ao benefício mais vantajoso (art. 122 da Lei 8.213/91 e STF, RE 630.501) e o próprio art. 23 da LINDB.*

Conclui-se, por outro lado, que o art. 5º da Lei 9.876/99 se traduz em verdadeira e adequada regra de transição, na qual, de maneira simples, o legislador conseguiu produzir uma verdadeira norma intermediária, por ocasião

da alteração legislativa da forma de cálculo das aposentadorias; contudo, o art. 3º dessa mesma Lei, além de portar a inconstitucional medida do divisor mínimo, violadora da igualdade e da razoabilidade, não se traduz como uma boa regra de transição prospectiva, pois não é uma pauta média proporcional entre a regra antiga e a nova, a não ser que sejam produzidos, regularmente, cálculos segundo sua incidência e segundo a lei nova, para que o cidadão possa avaliar qual seria o melhor benefício.

Assim sendo, pragmaticamente, por ocasião do cálculo das aposentadorias de segurados que ingressaram no RGPS em data anterior à publicação da Lei 9.876/99, mas que implementaram os requisitos para aposentadoria posteriormente, o INSS deverá adotar a rotina de proceder ao cálculo conforme a regra nova (PBC de todo o período contributivo e média das 80% maiores contribuições de todo esse período) e conforme a regra de transição, sem a aplicação do inconstitucional “divisor mínimo” (PBC de 07/94 até a data da aposentadoria e média das 80% maiores contribuições desse período), para que se analise qual será a regra mais favorável a ser aplicada, de modo proporcional, ao caso concreto do indivíduo.

*Diante de tudo o que acima foi exposto, é necessário que o Estado rotineiramente avalie a possibilidade de adotar regras de transição prospectivas, diante de toda e qualquer alteração mais gravosa de entendimento estatal, seja de cunho legislativo, administrativo ou jurisdicional. Estas regras de transição de cunho prospectivo deverão ser proporcionais, eficientes e equânimes, para a proteção da confiança e da segurança jurídica do cidadão, mas, sobretudo, deverão ser opcionais, aplicando-se o novo regramento, se a regra de transição, no caso concreto, se demonstrar carecedora de proporcionalidade e for mais gravosa que a regra nova. Em nome da isonomia constitucional, tais regras prospectivas, por outro lado, deverão ser aplicadas a todos os casos idênticos, se forem favoráveis, ainda que não haja requerimento individual.*

## 7.4 - REGRAS DE TRANSIÇÃO RETROATIVAS

Como vimos no citado art. 23 da LINDB, as regras de transição devem ser determinadas para que novos deveres e condicionamentos de direitos sejam feitos de modo “proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”. Destarte, é um dever do legislador prever normas universalizantes e de fácil compreensão, sem ofensas à isonomia. A dúvida é: se a norma universalizante e propiciadora de igualdade é a norma posterior, ela também não seria retroativa, para casos idênticos anteriores, especialmente quando for mais benéfica?

Wilson Batalha já há muitos anos abordava, de modo bastante simples e direto, a possibilidade da retroatividade de normas mais benéficas:

A propósito da doutrina que sustenta a retroatividade das leis favoráveis, Reynaldo Porchat (op. cit., p. 64) entendeu aceitável esse ponto de vista, desde que se considerassem leis favoráveis aquelas que não ferissem direitos adquiridos. ‘Se, porém, ao aplicar-se uma nova lei favorável a um indivíduo, houver lesão ao

direito adquirido de outrem, não é possível dar a essa lei efeito retroativo. Tudo se resolve, pois, em uma questão de direito adquirido. A teoria da retroatividade das leis favoráveis ao indivíduo somente pode ser aceita na esfera do direito criminal, em virtude do princípio – *nulla poena sine lege*, e em homenagem a *humanitas causa*. [...] Há, diz Faggella, leis favoráveis que deixam íntegras as relações e os direitos dos cidadãos e não têm, portanto, força retroativa, como há leis favoráveis que são retroativas ou em vista do escopo a que se propõem, ou pela vontade do legislador (salvo, naturalmente, havendo óbice constitucional, como ocorre entre nós). Ademais, o critério é substancialmente relativo: todas as leis podem ser favoráveis a uma classe ou a uma categoria de pessoas, e danosas a outras. [...] Efetivamente, o caráter favorável ou desfavorável da lei nova depende sempre do ponto de vista de cada um dos sujeitos da relação jurídica. (BATALHA, 1980, p. 127/129).

Ou seja, o Estado, que não detém direito fundamental ao direito adquirido, jamais poderá alegar a proteção do direito adquirido, para impedir que determinado direito individual fundamental seja exercido de modo retroativo, mesmo quando a lei que o previra tenha sido omissa. A retroatividade da norma posterior mais benéfica, portanto, é mandamental, nas relações entre particulares e Estados, não sendo mais possível a este alegar que a lei deve ser expressa. Se não é expressa, a interpretação que melhor se coadune aos interesses da massa de indivíduos, bem como ao caso concreto, é a que deve presidir quaisquer temas correlatos ao presente.

Este é o momento de estabelecer conexões entre dois direitos fundamentais essenciais a qualquer Estado de Direito: segurança jurídica e igualdade.

Em uma das mais singulares obras acadêmicas do Direito brasileiro, já traduzida para o alemão, o inglês e o espanhol, difundida por toda a Europa, o professor Humberto Ávila, em sua “Teoria da Segurança Jurídica”, estabelece o conteúdo e a eficácia da segurança jurídica, e organiza critérios para aferição desta segurança em sua dimensão dinâmica, no curso dos fatos jurídicos. Nessa organização criteriosa, estipula requisitos para a aferição da segurança jurídica considerando duas espécies de ordens fáticas que não poderiam ser desprezadas, em razão da necessidade de oferecer aos indivíduos calculabilidade normativa. A primeira delas é a ‘segurança de transição do passado ao presente’, pela qual se deve buscar a ‘estabilidade normativa’ (por meio da própria proteção da confiança ou pelos institutos já citados nos capítulos 3 e 4, subtítulo 4.7) e a ‘eficácia normativa’ (com a segurança de realização dos atos e proteção judicial respectiva). A outra ordem fática é a ‘segurança de transição do presente ao futuro’, pela qual se deve propiciar tal calculabilidade normativa por meio de institutos como a anterioridade, a suavização da continuidade normativa por meios de regras de transição prospectivas (observadas no capítulo anterior), e a vinculatividade normativa por meio de limites formais e materiais ao poder de reforma, prazos razoáveis para a realização de reformas e vedação a arbitrariedades nestas reformas.

*Gostaríamos de, nesse momento, acrescentar mais uma ordem fática que não poderia ser desprezada, em razão da necessidade de oferecer aos indivíduos calculabilidade*

*normativa. Trata-se da segurança de transição do presente ao passado. A igualdade determina que o Estado esteja atento não só às consequências de seus atos para o futuro, como também aos efeitos desigualadores que as suas mudanças de entendimento podem refletir nas relações jurídicas havidas no passado. O passado e suas consequências não podem ser injustamente olvidados, pois o despreço na transição ‘do presente ao passado’, estabelecendo que um direito (ou a facilitação do acesso a um direito já existente) só existirá a partir da lei de criação desse direito, além de ofender a igualdade (tratando desigualmente situações fáticas idênticas), gera a mesma insegurança da transição do ‘presente ao futuro’, afinal, quem pode garantir que esse mesmo Estado não exclua ou volte a dificultar o acesso a este direito, para quem se encontrava em situação favorável?*

*A igualdade, portanto, deve presidir essa transição ‘do presente ao passado’ e determinar que o Estado, ao instituir um direito ou ao facilitar o acesso a um direito, preveja medidas que retroajam para beneficiar o indivíduo, ainda que suavizando as regras para efeitos pretéritos. São as medidas que chamamos de regras de transição retroativas, que devem ser utilizadas tão rotineiramente quanto as regras de transição prospectivas vistas no capítulo antecedente. Perceba-se que, ao não editar uma regra de transição retroativa, o Estado, especialmente ao editar normas pelo Poder Legislativo, proporciona ao particular a incômoda sensação de que não deve confiar nas normas estatais porque delas não se poderia esperar o respeito aos fatos passados e ao tratamento indispensavelmente igualitário a fatos idênticos. Em outras palavras: o cidadão que não tinha um determinado direito ou que, para acessá-lo, devia preencher requisitos inviáveis, repentinamente se vê atingido, em sua confiança e seu direito à igualdade, pelo estabelecimento de uma norma que permita o exercício desse direito em condições mais brandas, mas só para aqueles que se inserirem na situação fática a partir da edição da norma. Este cidadão não teria o direito à calculabilidade normativa de considerar que o Estado não o desprezaria, na edição de uma norma mais benéfica que envolva fatos nos quais se subsuma? Pensamos que sim. E o Direito Previdenciário possui exemplos que demonstram que o Estado, indevidamente, dispensou tratamento desigualador entre cidadãos que incorriam aos mesmos fatos, ao estipular normas novas mais benéficas.*

O primeiro desses exemplos ocorreu com a edição da Medida Provisória 676, de 17/06/2015, que criou a regra que permite a aposentadoria por tempo de contribuição com a opção pela exclusão do fator previdenciário, notoriamente mais benéfica. A MP foi convertida na Lei 13.183/2015, e não se previu qualquer regra de transição retroativa para as pessoas que se inserissem naquela mesma condição definida em lei – para obtenção de aposentadoria com fator previdenciário opcional, o trabalhador teria que ter 95/85 (h/m) pontos da soma de sua idade com seu tempo de contribuição. Nesse caso, trabalhadores que se aposentaram antes de 17/06/2015, com a incidência de fator previdenciário, mas que tinham a soma de 95/85 pontos, poderiam pleitear a reconsideração do valor de suas aposentadorias, para serem adequadamente igualados aos trabalhadores que, nessa mesma condição, se aposentarem posteriormente.

Do mesmo modo, assim poderíamos pensar em relação às diversas alterações dos percentuais de pensão por morte, tendo a última ocorrido na Lei



9.032/95, de 80% + 10% por dependente para 100% (art. 75 da Lei 8.213/91), e à alteração do percentual do auxílio-acidente de 30% ou 40% para 50%, na forma da mesma Lei 9.032/95. As pessoas que se encontravam na percepção de benefício anteriormente a esta Lei, deveriam ter o direito de terem seus benefícios revistos, para fins de adequação isonômica às pessoas que tiveram seus benefícios concedidos após a lei nova mais benéfica.

Em geral, o Estado, quando edita normas com esse perfil beneficentemente irretroativo alega o conhecido princípio *tempus regit actum*. Parece-nos que o princípio, nessas condições, é um mero argumento de autoridade, que não justifica medidas desigualadoras.

É preciso conjugar segurança jurídica à igualdade, com uma ‘segurança de transição do presente ao passado’.

E isso é possível, claramente, por meio de regras de transição retroativas.

Vamos expor alguns exemplos de alterações legislativas previdenciárias mais benéficas que poderiam ser adotadas retroativamente, em favor de determinados grupos de pessoas, injustamente desigualadas pelo Estado.

Para o caso da aposentadoria por tempo de contribuição com fator previdenciário opcional, poderia ser adotada uma tabela decrescente simples, com uma gradatividade para quem tivesse completado os requisitos desde a edição do fator previdenciário em norma publicada em 29/11/99, do mesmo modo que aqueles atingidos pela nova regra, na seguinte proporção:

ANO EM QUE COMPLETOU OS 95/85 PONTOS:	POSSIBILIDADES PARA A RMI DE SUA APOSENTADORIA:
Entre 18/06/2013 e 17/06/2015	Salário de benefício com a opção pela exclusão do fator previdenciário
Entre 18/06/2011 e 17/06/2013	Salário de benefício X fator previdenciário X 0,98
Entre 18/06/2009 e 17/06/2011	Salário de benefício X fator previdenciário X 0,96
Entre 18/06/2007 e 17/06/2009	Salário de benefício X fator previdenciário X 0,94
Entre 18/06/2005 e 17/06/2007	Salário de benefício X fator previdenciário X 0,92
Entre 18/06/2003 e 17/06/2005	Salário de benefício X fator previdenciário X 0,90
Entre 18/06/2001 e 17/06/2003	Salário de benefício X fator previdenciário X 0,88
Entre 29/11/1999 e 17/06/2001	Salário de benefício X fator previdenciário X 0,86

Obviamente, como seria uma regra de transição, seria opcional, de modo que, sendo a aplicação da tabela mais desvantajosa, manter-se-ia o valor da RMI, com o fator previdenciário, tal como foi calculada inicialmente.

Também poderia ser previsto que os valores decorrentes de uma eventual revisão a ser feita com base em uma regra de transição retroativa restringiriam-se aos últimos cinco anos, tal qual o prazo prescricional em desfavor da Administração Pública.

Tabelas idênticas, em regras de transição retroativas, poderiam ter sido estipuladas por ocasião do aumento dos percentuais de pensões e auxílios-acidentados, trazido pela Lei 9.032/95, o que não foi feito, findando o STF por priorizar o princípio *tempus regit actum*, na ausência de lei retroativa explícita.

Há uma outra situação do Direito Previdenciário em que, expressamente, o legislador editou norma mais benéfica e não previu regras de transição retroativa.

Trata-se da edição da Lei Complementar nº 142/2013, de 8 de maio de 2013, que regulamentou o art. 201, §1º, da Constituição Federal, permitindo condições mais favoráveis para a aposentadoria de pessoas com deficiência. O art. 3º da referida Lei assim previu:

Art. 3º É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Parágrafo único. Regulamento do Poder Executivo definirá as deficiências grave, moderada e leve para os fins desta Lei Complementar.

Ainda, estabeleceu o art. 9º, I, desta mesma lei, que a estas pessoas com deficiência só se aplicaria o fator previdenciário se resultasse em renda mensal mais elevada, ou seja, se o fator fosse superior a 1.

Imaginem, então, um trabalhador com deficiência moderada que tenha se aposentado por tempo de contribuição proporcional, em 2011, com 33 anos e 4 meses de contribuições. É justo e isonômico pensar que esse mesmo trabalhador, se tivesse aguardado e se aposentado a partir de 08/05/2013, poderia se aposentar de modo integral e sem fator previdenciário? A diferença financeira é significativa e abrupta, e o Estado deveria ter previsto regras de transição retroativas para, em nome da isonomia, beneficiar segurados com deficiência que tenham se aposentado por tempo de contribuição, integral ou proporcionalmente, entre a data da edição da Emenda Constitucional nº 47, de 05/07/2005<sup>127</sup>, e a edição da Lei Complementar 142, de 08/05/2013.

127 Essa foi a Emenda Constitucional que, em 05/07/2005, permitiu a concessão de aposentadoria à pessoa com deficiência em condições especiais em relação às demais pessoas, alterando o art. 201, §1º, da CF para os seguintes termos: “§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social,

Em situação idêntica, o juiz federal Eduardo André Brandão de Brito Fernandes, da 25ª Vara Federal do Rio de Janeiro/RJ, no processo 0014494-07.2014.4.02.5101, assim se pronunciou, em sentença vanguardista:

[...]

O direito das pessoas portadoras de deficiência a regras específicas de Aposentadoria vem previsto no Artigo 201, §1º da Constituição Federal com a redação dada pela EC 47/05.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Dessa forma, estamos diante de uma omissão constitucional que só veio a ser suprida em 2013 com a Lei Complementar 142. Esta exclusão do fator previdenciário para os deficientes deve ser enquadrada como requisito e critério diferenciado, estando inserida no referido Artigo 201, §1º, da Constituição Federal. É importante frisar que não há dúvidas de que a Autora é deficiente visual desde os 13 anos, tendo sempre contribuído para a Previdência Social nesta condição.

Como a Aposentadoria por Tempo de Contribuição da Autora foi concedida em 2009, quando já havia previsão constitucional de requisitos e critérios diferenciados para os portadores de deficiência, inexistindo apenas a Lei Complementar que regulou a matéria, entendo que a situação é distinta, não se podendo alegar ato jurídico perfeito. Pelo contrário, a revisão se faz necessária para reduzir os danos da omissão constitucional que perdurou de 2005 até 2013 (EC 47/2005 até a edição da Lei Complementar 142/2013).

A esses casos, poderia ter sido estabelecida uma tabela similar à que lançamos acima, nos seguintes termos:

ANO EM QUE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA PREENCHEU OS REQUISITOS DA LC 142/2013:	POSSIBILIDADES PARA A RMI DE SUA APOSENTADORIA:
Entre 09/05/2011 e 08/05/2013	Salário de benefício recalculado, inclusive em relação ao percentual da aposentadoria, com a opção pela exclusão do fator previdenciário

*ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar."*

ANO EM QUE A PESSOA COM DEFICIÊNCIA PREENCHEU OS REQUISITOS DA LC 142/2013:	POSSIBILIDADES PARA A RMI DE SUA APOSENTADORIA:
Entre 09/05/2009 e 08/05/2011	Salário de benefício recalculado, inclusive em relação ao percentual da aposentadoria X fator previdenciário X 0,98
Entre 09/05/2007 e 08/05/2009	Salário de benefício recalculado, inclusive em relação ao percentual da aposentadoria X fator previdenciário X 0,96
Entre 05/07/2005 e 08/05/2007	Salário de benefício recalculado, inclusive em relação ao percentual da aposentadoria X fator previdenciário X 0,94

Do mesmo modo, como seria uma regra de transição retroativa opcional, em sendo a aplicação da tabela mais desvantajosa, manter-se-ia o valor da RMI, com o fator previdenciário, tal como foi calculada inicialmente.

Também poderia ser previsto que os valores decorrentes de uma eventual revisão a ser feita com base em uma regra de transição retroativa restringiriam-se aos últimos cinco anos, tal qual o prazo prescricional em desfavor da Administração Pública.

Ainda, basta imaginar um hipotético direito previdenciário mais benéfico que venha a ser implantado futuramente pelo Poder Legislativo, como o aumento do percentual da aposentadoria por idade, ou a definitiva implantação da desaposentação, e perceberemos a importância de definirmos sempre regras de transição retroativas, que permitam, em respeito à igualdade, protegermos cidadãos que estejam sob as mesmas condições fáticas, com as mesmas medidas jurídicas.

Por fim, *essas regras de transição retroativas não devem avaliar se a confiança do cidadão foi efetivamente afetada, mas sim genérica e potencialmente afetada, aplicando-se a todos que se encontrem em uma mesma situação, pois – deve ser ressaltado – o embasamento para sua existência é a igualdade real, de matiz constitucional.* Humberto Ávila, em sua obra *Teoria da Segurança Jurídica*, assim afirma:

Ao se vincular a retroatividade à proteção da confiança deve-se ter o cuidado de não se desconsiderar as particularidades de abstração e de generalidade dos atos legislativos. A generalidade das leis exige que elas sejam aplicadas a todos os que se enquadrem na sua hipótese. Permitir que a avaliação da retroatividade dependa de o destinatário ter efetivamente baseado seu comportamento na lei significaria que pessoas responsáveis pelo mesmo comportamento em idêntico momento estariam sujeitas a diferentes leis, dependendo da consideração subjetiva de terem baseado a sua conduta na lei ao tempo da ação. Quem baseou o seu comportamento na lei alterada estaria fora do alcance da lei retroativa posterior, mas quem ignorava a lei anterior, ou era ambivalente em relação a esta, seria atingido pela lei retroativa posterior. É por isso que, com relação à retroatividade legal, a confiança a ser considerada não é a efetiva, mas a presumida: o aplicador deve assumir que as condutas adotadas ao tempo da

lei sofreram ou poderiam sofrer a sua influência. A confiança necessária para admitir a retroatividade não pressupõe, portanto, o conhecimento efetivo da norma anterior, mas sim a aptidão para tomar conhecimento dela. (ÁVILA, 2016, p. 443-444)

*Enfim, o direito fundamental à igualdade deve estar coordenado com a segurança jurídica, e comandar a interpretação de fatos anteriores e posteriores a alguma mudança legislativa mais benéfica ao cidadão, no Direito Previdenciário, de modo a se buscar a efetividade dessa igualdade por meio do estabelecimento de normas de transição retroativas, que não são vedadas pelo ordenamento; muito ao contrário, se demonstram indispensáveis, como se extrai do art. 23 da LINDB.*

## **7.5 - DO AUTORITARISMO AO ACESSO, DA PROTEÇÃO À PROMOÇÃO, DA AUTARQUIA À AGÊNCIA**

O tratamento legal dado à regulação do funcionalismo público precisa deixar de ser compreendido como um direito administrativo de autoridades para se transformar em um direito de acesso ao Estado. Segundo Carlos Ari Sunfeld:

A ideia de que o direito administrativo é o direito das prerrogativas públicas, dos atos de autoridade, continua muito forte no Brasil. O que se pode dizer dessa concepção? Conhecer e entender o regime jurídico do exercício, por agentes administrativos, do poder de autoridade nos casos em que a legislação o prevê – seus condicionamentos, sua extensão, seus limites – é, por certo, algo bem importante. Faz sentido também, em certos casos, alguma comparação com as relações jurídicas nascidas do acordo de vontades entre sujeitos iguais. Mas não há fundamento jurídico-constitucional ou legal para presumir poderes para o Estado, presunção que vem de um paradigma autoritário. Além disso, boa parte de suas atividades não envolve diretamente o exercício de autoridade, de modo que, se o conceito de direito administrativo estivesse necessariamente vinculado a esse critério, muitas daquelas atividades cairiam fora desse ramo. (SUNDFELD, 2017, p. 130-131).

É necessário, para tanto, que haja uma intensa modificação de cultura profissional no âmbito do serviço público.

Um incremento da segurança jurídica e da confiança não se concretizará com autoridades administrativas muito mais preocupadas com a hierarquia que lhes subjaz do que com a independência e a efetividade de sua atuação.

A Administração Pública não pode violar as expectativas legítimas dos cidadãos e coletividades e alterar um entendimento administrativo, desprezando o princípio da proteção da confiança, desconsiderando a situação de todos aqueles que eram protegidos pelo entendimento até então vigente, gerando, com isso, frustrações e inseguranças. Um comportamento como esse, por parte do próprio Estado-administrador, traz ao administrado a sensação de que a jurisprudência administrativa até então vigente não tinha valor ou

eficácia alguma, e, com isso, abala os fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito. Quando o Estado desrespeita a confiança legitimamente depositada em seus atos, a bem da verdade, está praticando, em algum grau, autoritarismo estatal.

Por conseguinte, a confiança e a segurança são promovidas e protegidas por profundas mudanças de culturas e comportamentos, para fins de incremento eficaz da segurança jurídica dos indivíduos. Estas mudanças devem se iniciar no âmbito do serviço público, especialmente pela forma como os servidores públicos tratam e veem os cargos que ocupam, que, no Brasil, possui traços peculiares.

É de se esperar que o acesso às funções públicas, em um Estado que se vê agigantado de funções, responsabilidades e expectativas, seja uma das ambições de parcela significativa da população. Agente econômico de suma importância, produtor de moeda, controlador e fomentador de relações produtivas, o Estado é o empregador dos sonhos de muitos cidadãos que buscam espaço no mercado de trabalho. Afinal, quem não gostaria de trabalhar em uma carreira na qual se prestigia o mérito demonstrado pela aprovação em um republicano concurso público (art. 37, II, da CF), com irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV, da CF), com estabilidade no cargo após cumprimento de alguns requisitos (art. 41 da CF) e com Regime Próprio de Previdência Social para si e para sua família (art. 40 da CF)?

Essa estabilidade profissional, uma vez obtida, contudo, pode conduzir a autoridade estatal a uma postura de autossuficiência e estagnação, que não lhe permita agir com o enlevo de um olhar incomodado com a evolução dos fatos sociais que envolvam sua rotina laborativa diária. Acomodada em um universo particular em que o cargo público é parte de seu patrimônio privado, a autoridade estatal brasileira (especialmente aquela que atue como autoridade administrativa, submetida ao poder hierárquico de seus superiores), sob essa perspectiva, com o temor de sofrer punições disciplinares de seus superiores hierárquicos, adota entendimentos e toma decisões que, por vezes, distorcem seus deveres funcionais e desrespeitam a juridicidade vigente e direitos fundamentais do indivíduo como isonomia, razoável duração do processo, tutela jurisdicional efetiva, e o respeito à segurança jurídica.

Esse tratamento patrimonialista dos cargos públicos, portanto, precisa ser modificado, cobrando-se a promoção de posturas mais abertas, republicanas e democráticas dos agentes estatais.

Uma outra mudança de cultura, por outro lado, faz-se imprescindível: o incremento à independência das atuais autoridades administrativas, minorando-se a relevância exagerada que a atual conjuntura concede ao poder hierárquico.

Não é todo e qualquer agente público que toma decisões e pratica atos administrativos com reflexos para a Administração, mas sim as autoridades administrativas que detenham o poder decisório para o caso específico, na forma delineada na legislação. Com isso, a estruturação de um regime hierárquico

no seio da Administração deve obedecer a critérios organizacionais que prevejam claramente a delimitação das competências administrativas de cada agente público, prevendo quem são as autoridades administrativas responsáveis pela prática de um ato administrativo, ou por seu desfazimento, quando incorretamente praticado. Essa definição é essencial, para que se afira quem são as “autoridades administrativas” e seu nível de independência ou subordinação.

De outro lado, não se pode obnubilar o exercício da independência das autoridades administrativas, na amplitude decisional que o ordenamento lhes permitir. O respeito ao devido processo legal e ao dever de fundamentação de suas decisões por parte destes agentes estatais deve ser permanente. O poder hierárquico não detém uma finalidade autopoiética e retroalimentante, eis que a independência das autoridades administrativas é fator legitimador de estabilidade e aprimoramento técnico das decisões da Administração Pública. Esse objetivo retroalimentante é identificado, por exemplo, quando programas governamentais e políticas públicas são alterados pelos grupos de pressão que assumem o poder político e querem ver suas ideologias sobrepujarem o ideário dos grupos anteriores, ou que lhe rivalizem.

Uma das técnicas de controle político, aplicada no seio das relações do Estado e que pode vir a ter especial eficácia na finalidade de se manter no “poder”, é o cerceamento da independência das autoridades administrativas, que, mesmo sendo formada por servidores estáveis, devem obedecer à pauta determinada por seus superiores hierárquicos (invariavelmente indicados para ocupar funções comissionadas, sem a realização de concurso público), sob pena de serem punidos disciplinarmente ou de serem constrangidos a situações pessoais particularmente prejudiciais (como remoção compulsória, no “interesse da Administração”).

Esse cerceamento poderia ser impedido se, por exemplo, o INSS pudesse ser transformado em uma espécie de “agência reguladora” dos serviços públicos de seguridade social, com orçamento próprio e seus dirigentes nacionais tivessem independência e estabilidade, com mandato independente de influências políticas conjunturais.

O controle da Administração Pública, portanto, não pode estar alheio às ponderações entre hierarquia e independência, eis que exerce o controle dos atos decisórios das autoridades administrativas. Inevitavelmente, será a jurisdição administrativa quem fiscalizará o equilíbrio da relação entre poder hierárquico e independência das autoridades administrativas, sopesando o respeito entre os poderes estatais e a estabilidade dos atos da Administração Pública, sem descurar para a realidade atual em que vivemos, em tempos de maior deferência técnica à Administração e autocontenção jurisdicional<sup>128</sup>.

128 Segundo Jordão, a respeito das evidências encontradas em sua pesquisa acadêmica acerca do controle judicial de uma administração pública complexa: “[...] a pesquisa efetuada para a realização do trabalho evidenciou a recorrência do argumento da politicidade de uma ação administrativa na determinação da intensidade do controle judicial. Há pouco acordo sobre quais atividades de fato deteriam tal natureza e, mesmo, sobre o tanto da retração judicial correspondente; mas é fato que

É inegável, todavia, que, para agentes públicos sem poder decisório ou para autoridades administrativas ou mesmo colegiados e autoridades administrativas totalmente independentes, o raciocínio deve ser o mesmo: os motivos de seus atos devem ser claros e explícitos, especialmente quando afetarem a segurança jurídica e a confiança do administrado, ocasião na qual devem fortalecer e cuidar de uma comunicação aberta e sem ruídos entre Estado e indivíduo, tratando seus cargos republicana e democraticamente.

Por fim, anote-se que a adoção de proposta como essa, de maior independência às autoridades administrativas, enfrentaria o problema do tratamento patrimonialista de cargos públicos, modernizaria a máquina administrativa com um tratamento respeitoso e deferente à sua *expertise* e evitaria a judicialização de demandas.

Por conseguinte, *o Estado precisa aperfeiçoar os mecanismos de independência e estabilidade das autoridades administrativas previdenciárias, com o aperfeiçoamento de seus procedimentos administrativos por meio de um direito administrativo de acesso ao Estado, bem como com a adoção dos institutos jurídicos peculiares às suas agências reguladoras, permitindo-se, com isso, deferência técnica e autocontenção jurisdicional na matéria previdenciária; enquanto o servidor público, abandonando posturas patriomiais, autoritárias e meramente reativas, necessita modificar culturas profissionais internas, passando a tratar o serviço público como um agente promotor de modificações estruturais positivas à sociedade, especialmente em se tratando de segurança jurídica e acesso aos atos estatais.*

---

*a circunstância da politicidade, quando reconhecida, desempenha usualmente papel favorável a um controle judicial deferente. O raciocínio mais básico que subjaz a esta orientação é conhecido: uma decisão de natureza política deve caber precipuamente à instituição com maior legitimidade democrática (item 2.1). Esta visão está fundamentada na ideia de que nas decisões políticas não há necessariamente soluções corretas ou incorretas, jurídicas ou não jurídicas, mas soluções mais ou menos adaptadas à consagração de finalidades públicas diversas. A escolha de quais finalidades públicas perseguir ou de como balancear interesses públicos conflitantes deve caber, de regra, àquelas entidades públicas às quais se atribuiu tal poder. Como as entidades da administração pública possuem, de regra, maior pedigree democrático, os tribunais deveriam evitar submetê-las a um controle intenso, sob pena de lhes usurparem esta competência, impondo seu próprio ponto de vista sobre a matéria controvertida. Uma segunda razão para a adoção de uma orientação judicial deferente é menos clara e menos difundida. Ela tem um viés consequencialista: fundamenta-se nos efeitos benéficos que a autorrestrição judicial promoveria no âmbito destas manifestações políticas. A ideia é a de que a deferência judicial nestas matérias amplia a transparência e a responsabilidade das autoridades administrativas em relação às opções que realizam (item 2.2).” (JORDÃO, 2016, p. 84-85).*