

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A IMPRESCRITIBILIDADE DO FUNDO DOS DIREITOS HUMANOS DE SEGURIDADE SOCIAL

JULIANA ZAMIGNAN

Itajaí-SC

2014

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A IMPRESCRITIBILIDADE DO FUNDO DOS DIREITOS HUMANOS DE SEGURIDADE SOCIAL

JULIANA ZAMIGNAN

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor José Antônio Savaris

Itajaí-SC

2014

Dedico este trabalho aos meus pais Edith e Pedro Zamignan, que são meus grandes amores.

Dedico também ao meu padrinho Pedro Alfonso Biesdorf, que partiu durante a realização deste trabalho, e que, com certeza, está torcendo por esta conclusão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me guiar e por me acolher nos momentos mais difíceis.

A minha irmã Morgana e meu cunhado Marlon e aos meus sobrinhos: Ana Clara, Diogo, Gabriel e Laura, por compartilharem este momento.

A minha madrinha Cléria, pela preocupação e orações.

À família Barro: Gilmar, Nívia, Gabriel e Bruna, pela amizade, incentivo e palavras de ânimo para jamais desistir.

Ao professor orientador Doutor José Antônio Savaris, que, para mim, é um exemplo como profissional, tanto em suas decisões como magistrado, quanto, em especial, como professor, pela sua imensa sabedoria e humildade, qualidades admiráveis que trago para minha vida.

À Univali e a todos os doutores que ministraram aulas no Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, proporcionando conhecimento necessário para a vida docente.

Aos meus colegas de mestrado, pois, juntos, dividimos todos os momentos, em especial, aos que foram professores durante a minha graduação na Furb e agora, tive a honra de tê-los como colegas: Leonardo Beduschi, Flávio Duarte de Souza, Rodrigo Fernando Novelli, Jorge Strobel e César Wolff.

Meus colegas professores da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc Chapecó.

Aos alunos da graduação de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc Chapecó, pois muitos, sem saber, fizeram-me amar cada dia mais a docência.

Ao Dalmo Gerson Muniz, amigo e estagiário, que esteve presente todos os dias durante a realização deste trabalho, ouvindo-me, sempre, com muita

paciência, além de dar-me o apoio de que eu precisava.

A todos os meus amigos do coração, pela ausência e compreensão.

“Se eu não fosse imperador, desejaria ser professor. Não conheço missão maior e mais nobre, do que dirigir as inteligências e preparar os homens do futuro.”

(Imperador Dom Pedro II)

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 16 de junho de 2014.

Juliana Zamignan

Mestrando(a)

PÁGINA DE APROVAÇÃO
SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA
JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA EM BANCA.

SUMÁRIO

RESUMO	11.
ABSTRACT	12.
INTRODUÇÃO	13.
1 OS EFEITOS DO TEMPO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS: INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA	18.
1.1 Fundamentos da existência dos institutos extintivos de direitos.....	18.
1.2 Distinção entre prescrição e decadência.....	19.
1.3 Hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição.....	23.
1.4 Prescrição das ações contra a Fazenda Pública.....	26.
1.5 Prescrição de fundo do direito e prescrição de trato sucessivo.....	30.
2 ACESSO À JUSTIÇA PARA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS DE PROTEÇÃO SOCIAL	35.
2.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.....	34.
2.2 Acesso à Justiça como direito humano e fundamental.....	42.
2.3 Os direitos de proteção social como direitos humanos e fundamentais.....	46.
2.4 A garantia de Acesso à Justiça para proteção dos direitos humanos: O Pacto Internacional de San José da Costa Rica.....	50.
3 PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA E A REALIZAÇÃO DO DIREITO DE PROTEÇÃO SOCIAL	54.
3.1 Evolução histórica da legislação previdenciária em tema de extinção dos direitos.....	54.
3.2 A natureza do prazo de que trata o artigo 103 da Lei 8.213/91.....	58.
3.3 A compreensão doutrinária acerca do tema.....	63.
3.4 Prescrição de fundo do direito e de trato sucessivo em matéria previdenciária.....	67.
3.5 A prescrição de fundo do direito (humano e fundamental) de proteção social e o direito (humano e fundamental) de Acesso à Justiça.....	70.

3.6 Análise da jurisprudência previdenciária em tema de prescrição e decadência	78.
3.7 Decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em tema de prescrição e decadência	87.
CONSIDERAÇÕES FINAIS	92.
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	95.
ANEXOS	102.
ANEXO A	103.
ANEXO B	112.

RESUMO

A presente dissertação está inserida na linha de pesquisa Direito e Jurisdição, dentro da área de concentração Fundamentos do Direito Positivo. O desenvolvimento deste trabalho tem o objetivo de investigar a imprescritibilidade do fundo dos direitos humanos de seguridade social. Para melhor compreensão da temática, a pesquisa está distribuída em três capítulos. No primeiro, principia-se pelo estudo dos institutos extintivos de direitos que possuem enorme relevância para a segurança jurídica. Esses institutos também operam nas ações contra a Fazenda Pública, mais especificamente como prescrição de trato sucessivo, prescrevendo parcelas não pagas pela Administração Pública e a prescrição de fundo de direito, que é a perda da situação jurídica fundamental. No segundo capítulo, inicia-se o estudo dos direitos humanos e fundamentais, e mesmo diante de diferentes conceituações, não restam dúvidas de que direitos fundamentais são também direitos humanos. O acesso à justiça e os direitos de proteção social estão previstos no plano do direito internacional, recepcionados pela Constituição Federal, logo, considerados direitos fundamentais e humanos, portanto, imprescritíveis. No terceiro capítulo, é discutida a natureza do prazo decadencial do artigo 103 da Lei 8.213/91, como prescrição de trato sucessivo, não sendo possível a aplicação do prazo decadencial por tratar-se de direitos da previdência social e de direitos humanos. O Supremo Tribunal Federal decidiu sobre a matéria e considerou o prazo decadencial com aplicação a todos os segurados, independentemente da data de concessão do benefício previdenciário, considerando o artigo 103 da Lei 8.213/91 norma constitucional.

Palavras-chave: Prescrição. Decadência. Acesso à justiça. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Seguridade Social.

ABSTRACT

The following thesis is inserted into the Law and Jurisdiction line of research, within the Fundaments of the Positive Law area. The goal of this essay was to investigate the imprescriptibility of the Human Rights of Social Security. In order to better understand this subject, the research was distributed into three chapters. The first chapter begins with the study of the extinctive institutes of rights which have great relevance to the legal security. These institutes also operate in the legal processes against the Public Treasury, specifically the succession title prescription where the unpaid quotas by the Public Administration and the legal interest are prescribed, which represents the loss of the fundamental legal status. The second chapter brings the study of the Fundamental and Human Rights where, even when facing different concepts, it is of no doubt that the Fundamental Rights are also Human Rights. The access to Justice and to Social Security rights is enrolled in the International Law field, which is accepted by the Federal Constitution. Therefore, being considered as Fundamental and Human Rights they are imprescriptible. The third chapter discusses the nature of the prescription term foreseen by the article 103 from the National Law n. 8213/1991, as being considered as a succession title prescription, where the prescription term application is not possible due to its nature of Social Security and Human Rights. The Supreme Federal Court has discussed and considered the subject of the prescription term being applicable to all insured by law, apart from the grant of the Social Security benefit, therefore considering the article 103 from the National Law n. 8213/1991 as a Constitutional rule.

Key-Words: Prescription. Lapse. Access to Justice. Human Rights. Fundamental Rights. Social Security.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é demonstrar a importância dos direitos de seguridade social para o ser humano e evidenciar que esses direitos estão amparados no ordenamento jurídico brasileiro, que recepcionou os tratados internacionais como direitos fundamentais. Logo, o direito à seguridade social é um direito fundamental e humano, ou seja, imprescritível.

Para a pesquisa, foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) Em um estudo cujo objetivo é buscar conceitos e aplicabilidade de prescrição e decadência, no direito brasileiro, é necessário ater-se aos institutos extintivos de direitos a serem aplicados. Quando a Fazenda Pública é parte em processo judicial, interessa a forma como se operam os institutos extintivos de direitos à Administração. Nesse caso, convém verificar se existem peculiaridades ou esses institutos são aplicados do mesmo modo que os particulares.

b) Na perspectiva de direito humano e fundamental, são consagrados, no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos de seguridade social como direito humano, devido a sua previsão no direito internacional e recepcionado pela Constituição brasileira.

c) Tratando-se de direito fundamental, os direitos de seguridade social são considerados imprescritíveis. Em lei própria da previdência social, foi implantado o prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei 8.213/91.

d) Em análise à prescrição de trato sucessivo e fundo de direito, inerentes à Administração Pública, é possível chegar à melhor interpretação, ao prazo decadencial estabelecido pela Lei 8.213/91. Portanto, é necessária a definição da prescrição em matéria previdenciária.

e) Se os direitos de seguridade social são direitos humanos e fundamentais, não poderão sofrer o prazo decadencial pela imprescritibilidade,

dessa forma, faz-se necessária a interpretação do artigo 103 da Lei 8.213/91, como a prescrição de trato sucessivo.

f) É inconstitucional a norma infraconstitucional que estabelece prazo de extinção definitiva de direito humano de seguridade social pelo decurso do tempo.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no capítulo 1, com os efeitos do tempo, nas relações jurídicas, com os institutos da prescrição e decadência. Ainda trata da importância da existência desses institutos à segurança jurídica e preservação da estabilidade social.

O interesse social que possui a prescrição e a decadência justificam-se em virtude da natureza imperativa, por tratar-se de institutos de ordem pública, não podendo sofrer alteração pela autonomia privada.

O prazo prescricional poderá ser suspenso ou interrompido, e ainda reconhecido, de ofício, pelo juiz. Já para a decadência, não existem tais possibilidades. O Código Civil de 2002 disciplina que a prescrição é a extinção da pretensão, ou seja, perda do direito de ação. A decadência é a perda do direito.

Os institutos extintivos de direito também se operam contra a Fazenda Pública nas relações jurídicas. Por fim, o capítulo trata da distinção da prescrição de trato sucessivo e fundo de direito, inerentes à Administração Pública.

A prescrição de trato sucessivo prescreve parcelas em que a Administração Pública não tenha cumprido com o seu dever pecuniário, permitindo a renovação do marco inicial. A busca em juízo obedece ao prazo quinquenal na medida em que as parcelas são devidas.

A prescrição de fundo de direito impossibilita a busca do direito fundamental pretendido, não existindo renovação do marco inicial.

O capítulo 2 trata de direito humano e direito fundamental, direitos

imprescindíveis à vida humana. Vários são os conceitos elaborados pelos doutrinadores, porém não restam dúvidas de que direitos fundamentais são também direitos humanos.

Um importante direito fundamental e humano é o acesso à justiça, previsto na Constituição Federal e também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Os direitos de proteção social, também considerados direitos humanos e fundamentais, que constituem o direito à saúde, assistência e previdência social, necessitam do acesso à justiça para garantir os direitos não concedidos pela via administrativa.

A proteção social está condicionada à dignidade da pessoa humana, que deve ser prestada pelo Estado.

O preâmbulo do Pacto de San José da Costa Rica enfatiza o fundado respeito pelos direitos humanos e considera que esses direitos não são de um Estado, mas para todos os seres humanos.

Na visão da corte internacional, o acesso à justiça constitui um dos pilares básicos do Estado de Direito Democrático de modo que não adianta a existência de vários recursos na justiça, se estes não se prestarem eficazes a fim de garantir a tutela jurisdicional pretendida.

O capítulo 3 inicia, demonstrando a evolução histórica da legislação previdenciária em tema de extinção dos direitos. A prescrição está presente na história da legislação previdenciária desde 1932, prevendo a prescrição para correção de atos da Administração Pública, prazo este quinquenal.

A Lei 8.213/91, em sua redação original, previa prazo quinquenal aos segurados reclamarem parcelas devidas e não pagas pela Administração, quando da concessão de benefício previdenciário.

A decadência foi criada em 27/06/1997, inicialmente, com prazo de 10 anos, alterados para 5 anos, e em 2004, restituídos para 10 anos, tanto para

segurados e Administração Pública. Essas mudanças alteraram o artigo 103 da Lei 8.213/91.

A natureza do prazo estabelecido na legislação previdenciária envolve o ato de concessão de benefício previdenciário. Sobre essa natureza são considerados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

A jurisprudência, que analisa os direitos de seguridade social como direito humano, defende a impossibilidade de operar prazo decadencial, quando do julgamento de direito previdenciário.

Em 16/10/2013, o Supremo Tribunal Federal prolatou decisão aplicando prazo decadencial para todos os segurados, independentemente da data de concessão de seu benefício, desta forma, retroagindo a Lei.

O presente estudo encerra-se com as considerações finais, nas quais são sintetizadas as contribuições sobre os pontos conclusivos destacados. Assim sendo, espera-se alcançar o intuito que motivou preferência por este estudo, qual seja, a imprescritibilidade do fundo dos direitos humanos de seguridade social.

Quanto à metodologia empregada, adotou-se, na fase de investigação, o método¹ indutivo², operacionalizado com as técnicas do referente³, das categorias⁴, dos conceitos operacionais⁵, do fichamento⁶, e da pesquisa de fontes bibliográficas⁷.

¹ “Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2007. p. 206)

² “Método Indutivo: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2007. p. 238)

³ “Referente: explicação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2007. p. 242)

⁴ “Categoria: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2007. p. 229)

⁵ “Conceito Operacional: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2007. p. 229)

O modo de relato utilizado foi o dedutivo⁸.

Os conceitos operacionais das principais categorias que compõem a pesquisa serão apresentados no desenvolvimento do trabalho, sendo expostas suas definições, quando necessário.

⁶ “Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma Aula, segundo Referente previamente estabelecido.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2007. p. 201-202)

⁷ “Pesquisa Bibliográfica: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2007. p. 239)

⁸ “Método Dedutivo: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2007. p. 237)

CAPÍTULO 1

OS EFEITOS DO TEMPO NAS RELAÇÕES JURÍDICAS: INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

1.1 Fundamentos da existência dos institutos extintivos de direitos

Os institutos extintivos de direitos são de grande importância ao ordenamento jurídico, para a existência de segurança jurídica e a preservação da estabilidade social.

Tais institutos são determinados pela passagem de lapso temporal, impondo fim a direitos ou ao direito de ação, sendo que o indivíduo não poderá requerer aquele direito ou não poderá requerê-lo pelo mesmo instrumento processual, após ultrapassado determinado período de tempo.

O interesse social que possui a prescrição e a decadência justifica-se em virtude da natureza imperativa, por tratar-se de institutos de ordem pública, não podendo sofrer alteração pela autonomia privada.

Quanto ao prazo do instituto da decadência, poderá ser fixado em lei, tendo em vista os valores sociais; ou ser convencional, quando for fruto da autonomia que rege as relações entre particulares, caracterizado pela natureza privada.

O titular do direito só aciona a máquina judiciária para conservá-lo, se assim lhe parecer conveniente. Se não se importa com a sua violação, ou com a ameaça desta, alheando-lhe à particularidade jurídica diante da qual se vê, deixando de movimentar a ação que pode usar para protegê-lo, convicto de que essa abstenção poderá resultar na sua perda, entendemos que nessa postura assumida não há inércia [...] ⁹

Os prazos extintivos de direitos operam-se através da prescrição e da decadência, quais sejam, na perda do direito de ação/preensão e na perda do direito. Dois fatores importantes: a inércia e o lapso temporal.

⁹ SANTOS, Ulderico Pires dos. **Prescrição: doutrina, jurisprudência e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 3.

O Código Civil aderiu aos novos conceitos do direito processual civil, reconhecendo o direito de ação, ao conceituar a prescrição como extinção da pretensão, conforme preceituam os artigos 205 e 206 do Código de Processo Civil, que, violado o direito do indivíduo, nasce ao titular desse direito uma pretensão e, pelo instituto da prescrição, essa pretensão poderá extinguir-se.

Importante ressaltar que, no Código Civil de 1916, os institutos extintivos de direito eram facilmente confundidos, em virtude de não possuir definição clara, tanto para o instituto da prescrição quanto para o da decadência, sendo generalizado o conceito de perda do direito, de modo que o conceito era definido pela doutrina e jurisprudência.

O campo de aplicação da prescrição é mais amplo do que o da decadência. Dirige-se esta, preferencialmente, a direitos potestativos [...]. Os prazos extintivos (decadenciais) são sempre curtos. A prescrição abarca os direitos providos de pretensão. Seus prazos são mais dilatados. Estariam sujeitas à prescrição as ações condenatórias e à decadência as ações constitutivas. Os direitos providos de pretensão seriam prescritíveis, eis que o exercício da pretensão por meio de ação judicial visa à obtenção de sentença condenatória. Os direitos desprovidos de pretensão, os chamados direitos potestativos, se necessário o seu exercício por meio de ação judicial, demandam sentença constitutiva.¹⁰

A prescrição atinge o titular negligente, de modo que, passado certo lapso temporal, implica a perda da pretensão, ou seja, a perda do direito de ação, mas não a perda do direito propriamente dito.

A decadência conduz à extinção do direito, um direito que nasce vinculado e limitado pelo tempo. Ocorrendo a decadência do direito, este não poderá ser exercido pelo titular que o tinha, o qual o perdeu por não exercê-lo dentro do lapso temporal.

1.2 Distinção entre prescrição e decadência

Muitas são as definições dadas pelos doutrinadores à prescrição e à decadência, porém não se pode confundir suas utilidades com o seu fundamento.

¹⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 198. p. 432

Todo direito nasce de um fato, e estando esse fato posto em lei, poderá gerar eficácia em determinado período de tempo, também estabelecido pela lei. Tanto o lapso temporal do próprio direito quanto o direito de ação necessitam da distinção entre os dois institutos extintivos de direitos: a decadência e a prescrição.

O objeto da decadência, portanto, é o direito, que, por determinação da lei ou da vontade do homem, já nasce subordinado à condição de exercício em limitado lapso de tempo.¹¹

A prescrição tem por efeito extinguir ações:

[...] A prescrição tem por efeito direto e imediato extinguir ações, em virtude do seu não exercício durante um certo lapso de tempo. Sua causa eficiente é, pois, a inércia do titular da ação, e seu fator operante o tempo. A inércia é o fenômeno subjetivo e voluntário, e o tempo fenômeno objetivo, mas ambos, como agentes extintivos de direitos, adquirem o caráter de fatos jurídicos [...] acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem.¹²

É nítida a distinção entre a decadência e a prescrição, pelo fato de existir entre elas uma substancial diversidade de objetos, recaindo a decadência sobre o próprio direito, que já nasce condicionado, e a prescrição recai sobre a ação, um direito atual e certo.¹³

A prescrição é a perda da pretensão. Violado um direito, ele torna-se exigível, devendo ser exercido em determinado tempo estabelecido em lei, não o exercendo, ocorrerá a prescrição.¹⁴

Os direitos que não estão sujeitos a uma lesão, que não geram uma pretensão, não estão sujeitos à prescrição, mas, sim, à decadência, prazo este decadencial estabelecido em lei ou por contrato entre as partes.¹⁵

¹¹ LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 105.

¹² Ibidem. p. 8.

¹³ Ibidem. p. 105.

¹⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 81

¹⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 81

Para alguns autores a prescrição seria uma penalidade imposta à inércia do titular do direito. Assim, se a ação não for exercida no tempo hábil definido em lei, o titular do direito é indiretamente privado deste. O direito, no caso, é extinto por culpa de seu titular que se quedou inerte.¹⁶

A caducidade ou decadência remonta sobre a necessidade de pôr término à incerteza dos direitos e à presunção de abandono por parte de seu titular, enquanto a prescrição se funde na necessidade de segurança do negócio jurídico e acaba operando pelo lapso temporal.

Segundo Maria Helena Diniz, as diferenças básicas entre decadência e prescrição são as seguintes:

A decadência extingue o direito e indiretamente a ação; a prescrição extingue a ação e por via oblíqua o direito; o prazo decadencial é estabelecido por lei ou vontade unilateral ou bilateral; o prazo prescricional somente por lei; a prescrição supõe uma ação cuja origem seria diversa da do direito; a decadência requer uma ação cuja origem é idêntica à do direito; a decadência corre contra todos; a prescrição não corre contra aqueles que estiverem sob a égide das causas de interrupção ou suspensão previstas em lei; a decadência decorrente de prazo legal pode ser julgada, de ofício, pelo juiz, independentemente de arguição do interessado; a prescrição das ações patrimoniais não pode ser, ex officio, decretada pelo magistrado; a decadência resultante de prazo legal não pode ser enunciada; a prescrição, após sua consumação, pode sê-lo pelo prescribente; só as ações condenatórias sofrem os efeitos da prescrição; a decadência só atinge direitos sem prestação que tendem à modificação do estado jurídico existente.¹⁷

Na decadência, o prazo não se interrompe, e também não se suspende, conforme preceitua o artigo 207 do Código Civil, prazo que corre contra todos e é fatal, sendo que não pode ser renunciado, conforme disciplina o artigo 209 do Código Civil. Diferentemente, a prescrição pode ser interrompida ou suspensa, e é renunciável.

A prescrição resulta somente de disposição legal, enquanto a decadência resulta da lei e também por contrato realizado pelas partes.

Por outro lado, Agnelo Amorim Filho ressalta: “O critério apontado

¹⁶ KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. **Prescrição e decadência no direito previdenciário em matéria de benefício**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 21

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 364

apresenta-se, assim, com uma manifesta petição de princípio, pois o que se deseja saber, precisamente é quando o prazo atinge a ação ou o direito. O que se procura é a causa e não o efeito.”¹⁸

Quanto à prescrição, há um ponto importante a ser ressaltado, pois tem relevante interesse no estudo deste assunto: “Os vários autores que se dedicaram à análise do termo inicial da prescrição fixam esse termo, sem discrepância, no nascimento da ação, determinado, tal nascimento, pela violação de um direito.”¹⁹

Sem exigibilidade do direito, quando ameaçado ou violado, ou não satisfeita sua obrigação correlata, não há ação a ser exercitada; e, sem o nascimento desta, pela necessidade de garantia e proteção ao direito, não pode haver prescrição, porque esta tem por condição primária a existência da ação.²⁰

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, mesmo não apontando critério seguro para a distinção dos institutos extintivos de direitos, acabam deixando sempre as mesmas explicações, quais sejam, que a decadência é a perda do direito; enquanto a prescrição é a perda do direito de ação ou da pretensão.

Algumas indagações necessitam ser feitas: Por que devem existir prazos de prescrição e prazos de decadência? Por que existem ações que conduzem à prescrição e ações que conduzem à decadência, quando seria muito mais fácil e simplificado unificar os conceitos e conduzir, em uma só denominação, os principais efeitos da incidência do tempo sobre as relações jurídicas? É exatamente em virtude de que os dois institutos, embora tendo fundamentos comuns, divergem quanto ao objeto e quanto aos efeitos.²¹

É possível chegar à conclusão de que, quando a lei visa à paz social, entende por bem fixar prazos ao exercício de alguns direitos potestativos, direitos estes que dependem da declaração de vontade do indivíduo, como, por exemplo, a lei fixa um prazo para o requerimento de anulação de casamento. Havendo o

¹⁸ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961.

¹⁹ Ibidem. loc. cit.

²⁰ Ibidem. loc. cit.

²¹ Ibidem. loc. cit.

decurso do prazo, sem o exercício do direito, haverá a sua extinção.

A perda do direito tem uma explicação perfeitamente lógica:

É que (ao contrário do que ocorre com os direitos suscetíveis de lesão) nos direitos potestativos subordinados a prazo o que causa intranquilidade social não é, propriamente, a existência da pretensão (pois deles não se irradiam pretensões) nem a existência da ação, mas a existência do direito, tanto que há direitos desta classe ligados a prazo, embora não sejam exercitáveis por meio de ação. O que intranquiliza não é a possibilidade de ser exercitada a pretensão ou proposta a ação, mas a possibilidade de ser exercido o direito. Assim, tolher a eficácia da ação, e deixar o direito sobreviver (como ocorre na prescrição), de nada adiantaria, pois a situação de intranquilidade continuaria de pé.²²

Quando a lei fixa prazo para o exercício de um direito potestativo, o que se procura é justamente a extinção do direito, e não a extinção da ação. Esta também se extingue, mas por via indireta, como consequência da extinção do direito.²³

1.3 Hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição

O prazo prescricional poderá ser interrompido ou suspenso, diferentemente do prazo decadencial, que não poderá ser objeto da suspensão ou interrupção.

O artigo 194 do Código Civil de 2002, em sua redação originária, dizia que o juiz não poderia conhecer da prescrição, de ofício, e também não poderia suprir a falta de alegação da parte, somente poderia supri-la, quando beneficiasse pessoa absolutamente incapaz. A Lei 11.280/2006 revogou o artigo 194, determinando, em seu artigo 3º, que o parágrafo 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil permite que o juiz pronuncie, de ofício, a prescrição.²⁴

A lei em comento trouxe a possibilidade para o juiz conhecer, de ofício, a prescrição, como também da parte alegá-la em qualquer momento e em qualquer

²² AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961.

²³ Ibidem. loc. cit.

²⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 82

fase processual.

Tratando da suspensão da prescrição, que faz com que o prazo prescricional estacione, sendo que, quando a causa que deu essa suspensão estiver superada, a prescrição toma seu curso, computando o tempo que já transcorreu. Esse tempo computado do tempo transcorrido é a principal diferença entre as causas interruptivas e as suspensivas da prescrição.

As causas que suspendem o curso do prazo da prescrição estão elencadas nos artigos 197 a 201 do Código Civil de 2002.²⁵

As causas suspensivas são, basicamente, de dois tipos:

a) As que se fundam no status da pessoa – São chamadas causas unilaterais. Assim, estará suspenso o curso da prescrição para os que, por exemplo, se tornarem legalmente incapazes de agir, como quem é judicialmente interditado.

b) As que se baseiam em situação especial em que se acham o titular e o sujeito passivo – São chamadas causas bilaterais. Estará suspenso também o curso da prescrição entre aqueles que, por exemplo, possuem o vínculo conjugal e a relação de administração necessária, como ocorre entre tutores e pupilos. Essa suspensão durará enquanto a situação causadora também existir.²⁶

Na interrupção, não será computado o tempo percorrido pela prescrição em curso, como no caso de suspensão. Na interrupção, se o prazo reiniciar, o tempo que já passou será inutilizado, ocorrendo pela prática de atos do titular do direito que foi violado. O Código Civil estabelece as possibilidades para a interrupção da

²⁵ Art. 197. Não corre a prescrição: I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal; II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra. Art. 199. Não corre igualmente a prescrição: I - pendendo condição suspensiva; II - não estando vencido o prazo; III - pendendo ação de evicção. Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva. Art. 201. Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidários, só aproveitam os outros se a obrigação for indivisível.

²⁶ KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. **Prescrição e decadência no direito previdenciário em matéria de benefício**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 28

prescrição, em seu artigo 202.²⁷

Importante salientar que a maior parte da doutrina trata essa enumeração legal como taxativa.

A parte interessada poderá buscar em juízo a satisfação de seu direito, dentro do prazo estabelecido em lei, antes que ocorra a prescrição ou decadência. Sendo que, no momento do ajuizamento da ação, o direito estará salvo e continuará vivo.²⁸

Convém ressaltar a regra do artigo 4º do Decreto 20.910/32, aplicável à matéria previdenciária:

Art. 4º. Não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, no reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la. Segundo a norma do dispositivo acima transcrito, não há o curso de prescrição durante a tramitação do processo administrativo que objetiva especificamente a concessão ou revisão buscada posteriormente em juízo. Isso significa que não se suspende apenas o lapso prescricional em relação à matéria que comporta a prescrição do fundo do direito [...] ²⁹

O Artigo 5º do mesmo decreto trata da não ocorrência de suspensão da prescrição em matéria previdenciária:

Art. 5º. Não tem efeito de suspender a prescrição a demora do titular do direito ou do crédito ou do seu representante em prestar os esclarecimentos que lhe forem reclamados ou o fato de não promover o andamento do feito judicial ou do processo administrativo durante os prazos respectivamente estabelecidos para extinção do seu direito a ação

²⁷ Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I – por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da Lei processual; II – pelo protesto, nas condições do número antecedente; III – por protesto cambial; IV – pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores; V – por qualquer ato judicial, que constitua em mora o devedor. VI – por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe no reconhecimento do direito pelo devedor; Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para interrompê-la.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 82

²⁹ SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 311

ou reclamação.³⁰

Por esse viés, não pode ser prejudicado o cidadão que expõe seu direito, mesmo que seja na esfera administrativa, o qual não poderá ser prejudicado pela demora de análise pelo órgão competente, pois a busca pelo seu direito deve interromper o prazo prescricional.

1.4 Prescrição das ações contra a Fazenda Pública

O instituto extintivo de ação, a prescrição, opera-se contra a Fazenda Pública, visto que é parte em processo judicial e precisa respeitar o lapso temporal previsto em lei, entretanto possui maior prazo processual diante da outra parte nos processos. Esse prazo dilatado também possui fim, sendo que, quando não cumprido, sofrerá a prescrição no direito de ação.

A situação mais evidente de preclusão é na hipótese de desrespeito ao prazo. É a preclusão temporal. Mas existem, ainda, preclusões lógica e consumativa. A preclusão lógica decorre da impossibilidade de praticar ato processual que contrarie anterior comportamento da parte. Assim, não pode recorrer, mesmo ainda havendo prazo, quem aceita e cumpre a sentença. De igual forma, não pode apresentar segundo apelo, ou aditar aquele já exposto, mesmo dentro da quinzena, quem já apelou (preclusão consumativa), isto é, não pode ser reiterada conduta processual já exercida.

A Fazenda Pública está sujeita ao regime preclusivo comum.

O poder público, no curso da relação processual, submete-se aos mesmos ônus dos demais litigantes, salvo expressas e justificadas exceções – situação estranha à preclusão.³¹

A Fazenda Pública respeitará o prazo estabelecido em lei para resposta no processo, como qualquer outro litigante, a lei, todavia, traz maior prazo à Fazenda Pública frente aos demais, em razão da própria atividade de tutelar o interesse público.

[...] É evidente que um procurador do Município, do Estado ou da União considera 60 dias para contestar um tempo extremamente pequeno, e que um advogado particular, que tem 15 dias para contestar, não concorda com aquele prazo. E é natural ao advogado particular

³⁰ SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 312

³¹ PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 117/118

sustentar que esses 60 dias dados à Fazenda Pública constituem um privilégio odioso, quiçá inconstitucional, e é evidente que o advogado público, o procurador da Fazenda Pública, vai verificar que esses 60 dias constituem até um tempo relativamente pequeno em face de todas as providências que ele tem de adotar.³²

Apesar de muitos profissionais entenderem esse maior prazo processual para a Fazenda Pública como privilégio, é necessário também ponderar a diferença entre litigante particular e litigante Fazenda Pública.

Exatamente por atuar no processo em virtude da existência de interesse público, consulta ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível, evitando-se condenações injustificáveis ou prejuízos incalculáveis para o Erário e, de resto, para toda a coletividade que seria beneficiada com serviços públicos custeados com tais recursos.³³

Os prazos diferenciados atribuídos à Fazenda Pública não a eximem, de forma alguma, do instituto extintivo do direito de prescrição, já que, igualmente aos demais litigantes, perderá seu direito de ação. Por mais que possua prerrogativas processuais, uma vez não observadas, em caso de perda de prazo, também estará sujeita à prescrição.

No conceito de Fazenda Pública não estão inseridos somente a União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, mas também suas autarquias e fundações Públicas.³⁴

A Fazenda Pública pode figurar tanto no polo ativo, quanto no passivo de um processo judicial, que poderá ser em processo de conhecimento, execução, cautelar e também nos procedimentos especiais.³⁵

Mesmo que a Fazenda Pública possua prazos dilatados, em relação aos demais litigantes, a ocorrência da prescrição ocorrerá para qualquer das partes, não

³² SUNDFELD, Carlos Ari. BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.) **Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 66

³³ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 34

³⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 71

³⁵ SOBRINHO, Délio José Rocha. **Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo**. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 28

se eximindo a Fazenda Pública do instituto prescricional.

Por outro viés, a Fazenda Pública também poderá ingressar com medida processual contra particular de boa-fé que, por ilegalidade da própria administração, recebe benefício indevido. Porém, é de grande discussão o período prescricional a que ela deve obedecer.

Na sistemática do Código Civil de 2002, são prescricionais apenas os prazos fixados nos artigos 205 e 206. Todavia, a regra do Código Civil não impede que a legislação especial estabeleça outros prazos para o exercício de pretensões atinentes a outros direitos inerentes a essa lei.

Em relação ao prazo prescricional contra a Fazenda Pública, é importante a lição de Leonardo Cunha:

Significa que a prescrição das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública é quinquenal, *ressalvados* os casos em que a lei estabeleça prazos menores. Na verdade, os prazos prescricionais inferiores a 5 (cinco) anos beneficiam a Fazenda Pública. Diante disso, a pretensão de reparação civil contra a Fazenda Pública submete-se ao prazo prescricional de 3 (três) anos, e não à prescrição quinquenal. Aplica-se, no particular o disposto no art. 206, parágrafo 3º, V, do Código Civil de 2002, não somente em razão do que estabelece o art. 10 do Decreto nº 20.910/1932, mas também por se tratar de norma posterior. E, como se sabe, a norma posterior, no assunto tratado, revoga a anterior.³⁶

Dessa forma, o prazo beneficia a Fazenda Pública, sendo que o Código Civil de 1916 previa maior prazo, qual seja, de vinte anos. O mesmo autor continua expondo a história da legislação quanto ao prazo prescricional contra a Fazenda Pública:

A legislação especial conferiu-lhe um prazo diferenciado de prescrição em seu favor. Enquanto a legislação geral (Código Civil de 1916) estabelecia um prazo de prescrição de 20 (vinte) anos, a legislação específica (Decreto nº 20.910/1932) previa um prazo de prescrição próprio de 5 (cinco) anos para as pretensões contra a Fazenda Pública. Nesse intuito de beneficiá-la, o próprio Decreto nº 20.910/1932, em seu art. 10, dispõe que os prazos menores devem favorecê-la. A legislação geral atual (Código Civil de 2002) passou a prever um prazo de prescrição de 3 (três)

³⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 84-85.

anos para as pretensões de reparação civil. Ora, se a finalidade das normas contidas no ordenamento jurídico é conferir um prazo menor à Fazenda Pública, não há razão para o prazo geral – aplicável a todos, indistintamente – ser inferior àquele outorgado às pessoas jurídicas de direito público. A estas deve ser aplicado, ao menos, o mesmo prazo, e não um superior, até mesmo em observância ao disposto no art. 10 do Decreto nº 20.910/1932. Enfim, a pretensão de reparação civil contra a Fazenda Pública sujeita-se ao prazo prescricional de 3 (três) anos, e não à prescrição quinquenal.³⁷

Posteriormente, a Lei nº. 9.494, de 10 de setembro de 1997, em art. 1º - C, com a redação da MP nº. 2.180-35/2001, disciplinou: “Art. 1º - C. Prescreverá em 5 (cinco) anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos.”

Cabe registrar que, embora se reconheça a existência de discussões doutrinárias em relação à omissão do princípio da supremacia do interesse público, na disciplina do artigo 37 da Constituição Federal, essa ausência de referência específica não retira a certeza de sua inserção implícita no ordenamento jurídico.

Como as leis gerais permitem a criação de leis específicas sobre determinadas áreas que necessitam de regulamentação, a Fazenda Pública não deve ser beneficiada pelo prazo prescricional inferior previsto no Código Civil de 2002, mas, sim, por leis específicas inerentes a ela.

Sob essa análise, as demandas de reparação civil entre particulares se sujeitariam a um prazo prescricional de três anos, enquanto as demandas da mesma natureza contra o ente público a um prazo de cinco anos. Nada mais justo ter maior prazo o particular em face à Fazenda Pública, por ser parte hipossuficiente frente à Administração.

A discussão que existe e deve ser mencionada é a questão de leis específicas e a ordem cronológica de lei geral, pois, se a lei específica poderá sobrepor-se à geral, mesmo que essa tenha sido criada após, deve ser analisada a

³⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 84-85.

regra de que aplicação do princípio da especialidade somente pode prevalecer, caso a lei especial anterior não conflite com a lei geral posterior.

Acerca dessa analogia, disciplina, com precisão, Juarez Freitas:

É, pois, a interpretação sistemática o processo hermenêutico, por essência, do Direito, de tal maneira que se pode asseverar que ou se compreende o enunciado jurídico no plexo de suas relações com o conjunto dos demais enunciados, ou não se pode compreendê-lo adequadamente. Neste sentido, é de se afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação.³⁸

É possível dizer que a proteção aos interesses individuais privados possui maior relevância do que o interesse público, apesar da extensa principiologia informadora do Direito Público, em virtude do prazo prescricional de particulares contra a Administração obedecer à lei específica, em vigor anteriormente, de lei geral, que aplica prazo reduzido.

Nelson Nery Júnior escreve sobre o tratamento diferenciado entre particular contra a Fazenda Pública, dizendo que: “[...] significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.”³⁹ E ainda: “[...] desigualdades residem no fato de que se trata de interesses públicos, portanto, com supremacia sobre o interesse privado.”⁴⁰

Apesar das divergências sobre o assunto da prescrição ser trienal ou quinquenal contra a Fazenda Pública, é necessário visualizar as partes litigantes para perceber que os interesses dos particulares superam os interesses da Administração, que, muitas vezes, é a causadora da necessidade do litígio, em decorrência de atos de ilegalidade realizados contra os cidadãos.

1.5 Prescrição de fundo de direito e prescrição de trato sucessivo

A prescrição de fundo de direito tem lugar quando ocorre a perda do

³⁸ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 2. ed. LOCA??? Malheiros, p. 55

³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 42.

⁴⁰ Ibidem. p. 47

direito material, ou seja, de um pedido pertinente a uma situação jurídica de direito fundamental. Na prescrição de fundo de direito, não há renovação do marco inicial, diferentemente do que ocorre na prescrição de trato sucessivo.

A prescrição de trato sucessivo submete-se à prescrição de parcelas em que a Administração Pública não tenha cumprido com o seu dever pecuniário. Logo, renova-se, pois a possibilidade de buscá-la em juízo obedece ao prazo quinquenal na medida em que são devidas, sejam elas, parcelas anuais, mensais ou diárias.

O voto do Ministro Moreira Alves, no Recurso n. 110.419/SP, esclarece acerca da prescrição de fundo de direito:

Fundo de direito é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou o direito a modificações que se admitem com relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de serviço, direito à gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc.⁴¹

Nas relações jurídicas de trato sucessivo, em que a Fazenda Pública esteja no polo passivo, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.

Diferentemente, são as hipóteses em que a pretensão deduzida em juízo tem por objeto o próprio direito fundamental, que embasa o recebimento da respectiva vantagem. Nesse caso, não se aplica o raciocínio da prestação de trato sucessivo, pois, aqui, está sendo analisada a situação jurídica fundamental, passível da prescrição de fundo de direito.

A prescrição, que é a perda da oportunidade de ajuizamento da ação pelo transcurso do prazo, é tratada pelo legislador brasileiro, por leis específicas, no âmbito também do Direito Administrativo, conforme prevê o artigo 1º do Decreto 20.910/1932, sobre a prescrição de 5 (cinco) anos para as ações contra a Fazenda Pública Federal, Estadual ou Municipal, qualquer que seja a natureza da dívida,

⁴¹ RE n. 110.419/SP, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, DJU de 22.09.89. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-12-OUTUBRO-2007/FLAVIO%20HENRIQUE%20PEREIRA.pdf>>. Acesso em: 03/03/2014.

contados da data do ato ou fato do qual se originaram.⁴²

O artigo 3º do mesmo Decreto prevê que, quando o pagamento se dividir em dias, meses ou anos, a prescrição atingirá progressivamente as prestações, na medida em que se completarem os prazos estabelecidos pelo Decreto.⁴³

Tratando-se de prestações periódicas, devidas pela Administração, como, por exemplo, vencimentos, não ocorrerá a prescrição da ação, mas, sim, a prescrição das parcelas anteriores aos cinco anos de ajuizamento. Desse modo, o prazo prescricional se renova e por isso, trata-se de prescrição de trato sucessivo.⁴⁴

Na prescrição de fundo do direito, diverso da prescrição de trato sucessivo, não existe a renovação do marco inicial para ajuizamento da ação, visto que, quando determinado o momento em que a Administração está em dívida, já inicia o cômputo do prazo prescricional.⁴⁵

Trazem clara distinção entre a prescrição de fundo de direito e de trato sucessivo decisões colhidas do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. REVISÃO DE ENQUADRAMENTO. LEI DE EFEITOS CONCRETOS. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO.

Tratando-se de lei que altera o enquadramento de servidor incide a prescrição do fundo de direito, contando-se o prazo a partir do próprio ato, porquanto seus efeitos concretos refletem alteração na situação funcional do servidor desde logo. Não há falar, portanto, em prescrição quinquenal, pois o lapso temporal atinge, in casu, o próprio direito de ter revisto o enquadramento [...]⁴⁶

O julgado mencionado trata da prescrição de fundo de direito, porque decidiu efeitos concretos quanto à situação funcional do servidor e não de verbas que deveria receber para aplicação de prescrição quinquenal.

⁴² CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 71

⁴³ Ibidem. loc. cit.

⁴⁴ Ibidem. p. 74

⁴⁵ Ibidem. loc. cit.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Recurso Especial. **Recurso n. 439.609**, 6ª Turma. Relator. Min. Fernando Gonçalves. Decisão: 20/03/2003

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. INOCORRÊNCIA.

[...] Nas demandas em que se discute o reajuste de vencimento dos servidores, a prescrição não atinge o próprio fundo de direito, mas, tão-somente, as parcelas anteriores ao quinquênio que antecedeu a propositura da ação. Agravo regimental desprovido.⁴⁷

O último julgado demonstra a situação da prescrição de trato sucessivo, na qual prescreve não o direito, mas as parcelas salariais do servidor, ou seja, a prescrição de trato sucessivo é a prescrição das prestações.

Conforme demonstram os julgados, a prescrição de fundo de direito trata da alteração de enquadramento funcional do servidor, sendo que, em caso de reajuste, alteração de valor como implementações de prestações periódicas, o termo inicial para a contagem da prescrição se dá a partir de cada pagamento feito de forma indevida, assim, não atinge o próprio fundo de direito, operando a prescrição de trato sucessivo.

Importante destacar a súmula n. 85, do Superior Tribunal de Justiça, editada após vários julgados sobre a prescrição de trato sucessivo, em distinção à prescrição de fundo de direito:

Súmula 85 – Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prestação atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação.⁴⁸

Apesar da prescrição de trato sucessivo prescrever prestações, devido ao transcurso do tempo, não prejudica o direito das demais prestações que venham a ser objeto de ação; enquanto a prescrição de fundo de direito impossibilita a busca do direito fundamental pretendido.

Não pode haver a prescrição de fundo de direito ao benefício

⁴⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. **Recurso n. 801.344**, 5ª Turma. Relator. Min. Felix Fischer. Decisão: 02/05/2006

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=sumu&p=true&t=&1=10&i=380>>. Acesso em: 07/03/2014.

previdenciário, que é um direito fundamental não reclamado. Sobre o assunto, disciplina Marcus Orione Gonçalves Correia:

Na verdade, ele não leva à conclusão da extinção do benefício, ou sua prescrição e decadência, como preferem alguns. A mim ele não sugere isso, embora muitos, inadvertidamente, entendessem dessa forma. No entanto, se essa for a forma entendida, ela não poderia ser convalidada, por um motivo muito simples: benefícios previdenciários (uma pensão ou aposentadoria) estão ligados ao próprio direito à vida e são direitos sociais que compõem o conceito de previdência, ou seja, o direito fundamental previdenciário. Então, obviamente, seja porque estão ligados a um direito fundamental individual, seja porque estão ligados a um direito fundamental social, esses benefícios jamais poderiam ser atingidos na sua essência, deixando de existir por ausência de seu exercício por um decurso de prazo. O máximo que se admitiria, e ainda com reservas enormes, é a prescrição de parcelas, porque, na verdade, não se pode atingir a essência de direitos fundamentais por decurso de prazo. Aliás, como é de todos conhecido, os direitos humanos são imprescritíveis. Obviamente que o direito à pensão, o direito à aposentadoria, enquanto componentes do direito fundamental previdenciário, jamais poderiam ser atingidos na sua essência, havendo imprescritibilidade.⁴⁹

É possível afirmar que as obrigações de trato sucessivo são aquelas decorrentes de uma situação jurídica fundamental que já foi reconhecida, enquanto a prescrição de fundo de direito é o reconhecimento dessa situação jurídica fundamental.

CAPÍTULO 2

ACESSO À JUSTIÇA PARA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS DE PROTEÇÃO SOCIAL

2.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

De plano surge a inexistência de precisão conceitual e terminológica, tanto no plano doutrinário quanto no legislativo, porém difícil mesmo fica a diferenciação entre um direito humano de um fundamental, em virtude de que direitos do homem ou humanos são, pela essência, direitos fundamentais.

⁴⁹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação do direito da segurança social. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio (Coords.) **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2005. p. 265-266.

Acerca do nascimento dos direitos humanos, ensina Flávia Piovesan: “Os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer, não nascem todos de uma vez, e podem continuar nascendo, porque não nascem de uma vez por todas.”⁵⁰

Norberto Bobbio explica⁵¹ que “Os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para, finalmente, encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.”

No entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, as expressões direitos fundamentais e direitos humanos acabam sendo confundidas, porém não existem dúvidas de que os direitos fundamentais são também direitos humanos. Aquele que busca por um direito fundamental é um ser humano.⁵²

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).⁵³

Continua o mesmo autor disciplinando que, apesar da ligação entre direitos humanos e fundamentais, não cabe a comparação entre direito humano e direito natural.⁵⁴

[...] a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 7

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 30

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 29

⁵³ Ibidem. loc. cit.

⁵⁴ Ibidem. loc. cit.

com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da ideia de um direito natural. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumem uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supraestatal. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos – considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana –, mas, neste caso, de direitos não positivados.⁵⁵

Ensina José Afonso da Silva:

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.⁵⁶

João Batista Herkenhoff afirma que os direitos humanos são “[...] aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente.”⁵⁷

Maria Victória Benevides conceitua que os direitos humanos:

São aqueles direitos comuns a todos os seres humanos, sem distinção de raça, sexo, classe social, religião, etnia, cidadania política ou julgamento moral. São aqueles que decorrem do reconhecimento da dignidade intrínseca a todo ser humano. Independem do reconhecimento formal dos poderes públicos – por isso são considerados naturais ou acima e antes da lei –, embora devam ser garantidos por esses mesmos poderes.⁵⁸

Na visão de Alexandre de Moraes, pode-se utilizar a expressão direitos humanos fundamentais. Ele explica:

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 29-30

⁵⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 174.

⁵⁷ HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 30

⁵⁸ BENEVIDES, Maria Victória. **Cidadania e justiça**. São Paulo: Revista da FDE, 1994.

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.⁵⁹

Para Robert Alexy, é necessária a análise de diversos requisitos para verificar se se está tratando de direito fundamental e se assim poderá ser considerado. A definição formal seria aquela que relaciona os direitos fundamentais, como todos os direitos postos como tais pela Constituição, porém, há muitos direitos fundamentais que não estão expressos na Constituição.⁶⁰

Após a discussão de inúmeras definições de direitos humanos e fundamentais de renomados doutrinadores, é importante destacar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois os direitos essenciais da pessoa humana não derivam de sua nacionalidade, mas, sim, são decorrentes do fato de possuírem os atributos da pessoa humana.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, tendo sido aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1992, e promulgada pelo Decreto presidencial 678, de 6 de novembro desse mesmo ano. No ato da ratificação, o Brasil teceu declaração interpretativa aos arts. 43 e 48, d, da Convenção, dizendo que o ali estabelecido (possibilidade de a Comissão proceder a uma investigação no território do Estado) não inclui o direito automático de visitas e inspeções *in loco* da Comissão Interamericana de Direito Humanos, as quais dependerão da anuência expressa do Estado.⁶¹

O Brasil recepcionou Convenções e Tratados Internacionais, na mesma hierarquia da Constituição Federal, sendo assim, os direitos humanos não fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro de forma infraconstitucional, mas na mesma hierarquia constitucional.

É necessária a regulamentação de direitos, para que exista segurança

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006. p. 22.

⁶⁰ ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 21-2

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Penal: Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 14

jurídica, de forma que também direitos humanos e fundamentais não sejam supridos.

Sabe-se que a vida em sociedade exige sacrifícios para a convivência harmônica, nesse intuito, os direitos humanos precisam de limitações. Não seria possível todos exercerem seus direitos humanos, ao mesmo tempo, sem a geração de conflitos.

Assim sendo, é preciso coordenação do exercício por parte de cada um de seus direitos naturais, direitos de que ninguém abre mão, salvo em caso de estrita necessidade para que exista a vida em comum. Essa coordenação precisa vir da lei e tais regras devem ser impostas, com o intuito de serem exigidas da sociedade.⁶²

Os adeptos ao direito natural respondem que os direitos do homem se fundamentam na natureza humana; os não adeptos precisam crer em direitos fundamentais, para a existência de direitos humanos.⁶³

A forte ligação entre direitos humanos e fundamentais foi evidenciada, no Brasil, com o estudo dos direitos fundamentais devido à violação dos direitos humanos. Mesmo não havendo total consenso sobre a terminologia a ser utilizada, não faz de direitos tão amplos um problema, porque o importante é o comprometimento com esses direitos.⁶⁴

Relativamente às concepções formais, considerando-se suas perspectivas teóricas, a ideia de direitos fundamentais, que leva a um conceito, mesmo que não muito bem definido e elaborado, conforme a maioria dos pensadores desta corrente doutrinária, pode ser resumida como aquela que vislumbra em certos direitos alguns atributos com caráter de universalidade que os qualificam de fundamentais.

Nesse grupo estão compreendidos os direitos de todos os homens, independentemente de sua origem, etnia, raça, cor, sexo, religião e cultura, isto é, são fundamentais porque essenciais à existência digna da pessoa humana, como os de liberdade, igualdade, vida, integridade física, saúde, subsistência, assistência aos desvalidos e educação, e ainda, as garantias penais e processuais, incluindo o acesso à justiça como meio

⁶² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22

⁶³ Ibidem. p. 49

⁶⁴ PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTR, 2008. p. 99

de solucionar os conflitos de interesses [...]⁶⁵

As palavras de Bobbio salientam a importância do reconhecimento dos direitos fundamentais não somente em determinado país, mas no mundo em geral. Explica que a democracia é necessidade:

Sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia, sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais; haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo.⁶⁶

Marcos Leite Garcia ensina a relação entre os direitos fundamentais e a modernidade, explica que existe a necessidade de evolução e transformação dos direitos fundamentais, conforme a sociedade vai evoluindo constantemente:

Os direitos fundamentais são um fenômeno da Modernidade, pois as condições para o seu florescimento se dão no chamado trânsito à modernidade, conforme a tese das linhas de evolução desenvolvidas pelo professor Peces-Barba. Assim depois do primeiro processo de positivação que será marcado pelas revoluções burguesas e pela ideologia liberal, através da história dos dois séculos seguintes os direitos fundamentais irão se modificando e incluindo novas demandas da sociedade em transformação. Os direitos fundamentais não são um conceito estático no tempo e sua transformação acompanha a sociedade humana e conseqüentemente suas necessidades de proteção.⁶⁷

É possível distinguir os direitos humanos dos direitos fundamentais, eis que os primeiros, apesar de nascerem com o ser humano, também são um direito fundamental. Para o plano jurídico, o direito humano nasce do direito internacional, o qual é recepcionado pela Constituição Federal, porém não deixa de tornar-se direito fundamental, apesar de isso não ocorrer no mesmo plano, pois o direito humano não está expresso na Constituição, mas, sim, recepcionado nela, logo está na mesma

⁶⁵ PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTR, 2008. p. 100-101

⁶⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 21.

⁶⁷ GARCIA, Marcos Leite. Novos Direitos Fundamentais e Demandas Transnacionais. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza: 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3681.pdf>>. Acesso em: 23/07/2013.

hierarquia constitucional.

Já o direito fundamental está expresso no texto constitucional, não deixando de ser fundamental o direito humano que foi recepcionado, porém, o direito humano não está expresso da mesma forma, embora não deixe de ser importante ao ordenamento jurídico brasileiro.

A nossa Constituição Federal merece destaque, pois foi a primeira a utilizar as expressões direitos e garantias fundamentais. “[...] também é verdade que seguem sendo utilizadas outras expressões, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais.”⁶⁸

Os direitos fundamentais possuem dupla finalidade: são individuais e coletivos, pois, de um lado, garantem direitos aos indivíduos; e de outro, definem os valores e a estrutura política da sociedade.

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.⁶⁹

A Constituição Federal do Brasil define os direitos e as garantias fundamentais, não permitindo sua modificação por lei infraconstitucional com facilidade, e por isso se está diante de uma Constituição rígida. Destarte, os princípios constitucionais são elementares aos direitos humanos e fundamentais.

Gustavo Zagrebelsky defende um direito flexível, maleável, uma visão aberta, entendendo que a Constituição não é o ponto de partida, mas aonde se quer chegar. Ela é soberana, e os princípios que traz precisam nortear todas as áreas do direito, de modo que é imperativo garantir valores e princípios da sociedade plural e por isso, a Constituição não pode ser fechada, rígida, visto que não existe somente

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 260

⁶⁹ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40

um valor, ou princípio.⁷⁰

Diante da realidade que se está vivendo, hoje, as mudanças são necessárias a fim de acompanhar a evolução da sociedade. Nesse contexto, faz-se mister a criação de novas leis, as quais consigam atingir situações da atualidade, porém, precisa existir a lei maior, com os direitos fundamentais previstos, para que não se possa ferir e ultrapassar determinados direitos e princípios, definidos como fundamentais.

Robert Alexy ensina que os princípios não objetivam regular uma situação específica, todavia alcançar a coletividade, norteiam regular situações relevantes à sociedade. Valores jurídicos fundamentais, em uma sociedade, são, sobretudo, uma função dos princípios e da Constituição.

O mesmo autor continua salientando que, ao nível dos princípios, estão todos os princípios, pois eles são altamente importantes para uma decisão de direito fundamental. Nessas decisões, há o sopesamento de princípios, porque não se encontram somente aqueles que tratam de direitos fundamentais, mas também os que tratam do direito coletivo.⁷¹

Duas considerações fazem com que seja facilmente perceptível que princípios e valores estão intimamente relacionados: de um lado, é possível falar tanto de uma colisão e de um sopesamento entre princípios quanto de uma colisão e de um sopesamento entre valores; de outro lado, a realização gradual dos valores [...] ⁷²

A importância dos princípios constitucionais, dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, com suas devidas hierarquias, no plano constitucional, detém papel fundamental à preservação de diversos direitos e também o intuito de garantir a segurança jurídica.

Quando se fala de direitos fundamentais, está se fazendo uma ligação aos direitos do homem. Difícil seria fazer uma distinção entre direito fundamental e

⁷⁰ ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, de justicia**. Tradução de Marina Gascón, 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 12, 16 e 17

⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 135, 136

⁷² Ibidem. p. 144

humano, quando tratar da dignidade da pessoa humana, pois em sua essência, este direito é humano e fundamental.⁷³

Os direitos fundamentais podem distinguir-se dos direitos humanos, pela esfera constitucional e internacional, mas é necessário dizer que os direitos humanos são fundamentais e que os direitos fundamentais não deixam de ser essenciais ao ser humano.

2.2 Acesso à Justiça como Direito Humano e Fundamental

Para tratar do princípio constitucional do acesso à justiça, é necessário considerar muitos aspectos, não somente jurídicos, mas também sociais, econômicos, educacionais e políticos.

O acesso à justiça não é o simples acesso ao poder judiciário, ao contrário, é preciso que esse acesso traga ao litigante o direito que busca, de maneira efetiva e célere, a fim de que o objeto pleiteado não se perca pela morosidade da justiça.

O acesso à justiça ultrapassa a simples esfera da possibilidade que tem o povo de usufruir dos serviços do Poder Judiciário, assim não se deve utilizar a expressão acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, pois o acesso ao Judiciário abrange a reunião das condições para ajuizar uma ação envolvendo aspectos atinentes a recolhimento de custas processuais, contratação de advogado, etc. [...]

O acesso a uma ordem jurídica justa está intrinsecamente atrelado à questão da cidadania, sobretudo porque o direito de acesso à justiça é um direito garantidor de outros direitos e uma maneira de assegurar efetividade aos direitos de cidadania.⁷⁴

O professor Osvaldo Ferreira de Melo ensina sobre a necessidade da segurança jurídica e o acesso às necessidades da sociedade.

[...] importante é alcançar a norma que responda tão bem quanto possível às necessidades gerais, garantindo o bem-estar social pelo justo, pelo verdadeiro e pelo útil, sem descuidar da necessária segurança jurídica e

⁷³ MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**. Madrid: Diploma Legal.1995. p. 102

⁷⁴ CAVALCANTE, Tatiana Maria Náufel. **Cidadania e Acesso à Justiça**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32195-38277-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04/03/2014

sem pôr em risco o Estado de Direito.⁷⁵

Não há como falar de acesso à justiça sem referência ao processo, que é o instrumento necessário à sua realização.

A expressão acesso à justiça engloba a simples compreensão do indivíduo, que ingressa com processo em juízo, com o objetivo de realizar seus direitos individuais e de forma mais ampla ao Estado que compete não somente garantir a eficiência do Acesso à Justiça, como também proporcionar a justiça aos cidadãos, da melhor forma.⁷⁶

[...] o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.⁷⁷

Falar do princípio constitucional do acesso à justiça traz a preocupação diante da efetividade do processo, que tem por finalidade permitir o efetivo acesso, ou seja, a satisfação do direito pleiteado. O resultado do processo deve assegurar à parte que obteve decisão favorável a efetividade e a própria validade da prestação jurisdicional.

É preciso ter-se em mente que a prestação jurisdicional para que seja injusta, não requer, necessariamente, que esteja eivada de vícios, ou de ter o juiz agido com dolo, fraude ou culpa quando da decisão. O não julgamento quando devido ou o seu atraso demasiado também se constituem de prestação jurisdicional deficiente e injusta. É omissão ao dever legal de prestar, a qual enseja, naturalmente, a responsabilidade pelos danos oriundos, nos termos do artigo 37 § 6º da Constituição Federal.⁷⁸

A eficácia deve existir na prática e não só na teoria. Essa preocupação

⁷⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Univali, 1998. p. 19.

⁷⁶ CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá. 1998. p. 61

⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8

⁷⁸ ANNONI, Danielle, **ACESSO À JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS: A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E A GARANTIA À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**. Conpedi. Manaus. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/danielle_annoni.pdf>. Acesso em: 05/02/2014.

com a efetividade do processo e o acesso à justiça é constante. A efetividade pressupõe um processo acessível, que permita a qualquer pessoa ingressar em juízo, seja autor ou réu de uma pretensão. Também cabe dizer que não só o acesso deve ser facilitado, mas a possibilidade de participar da lide.

Aqui, pode-se citar novamente um direito flexível, conforme disciplina Zagrebelsky, o qual entende como princípio fundamental a razoabilidade, pelo fato e necessidade do Poder Judiciário, através dos juízes, possuir a difícil missão de decisão e de ponderação entre a lei, o direito e a justiça.

Nosso Direito é frequentemente complicado e, se não em todas, pelo menos na maior parte das áreas, ainda permanecerá assim. Precisamos reconhecer, porém que ainda subsistem amplos setores nos quais a simplificação é tanto desejável quanto possível. Se a lei é mais compreensível, ela se torna mais acessível às pessoas comuns. No contexto dos movimentos de acesso à justiça, a simplificação também diz respeito à tentativa de tornar mais fácil que as pessoas satisfaçam as exigências para a utilização de determinado remédio jurídico.⁷⁹

A igualdade perante a justiça constitui um direito que o homem foi conquistando, aos poucos, na sociedade, e hoje, possui lugar ao lado da dignidade da pessoa humana, pois como falar de direitos humanos, se não falar do direito fundamental da dignidade da pessoa humana? E como essa garantia poderá ser respeitada, se não se pode entregar a essa pessoa a possibilidade, o acesso de buscar o que entende por direito perante os órgãos jurisdicionais?

O acesso à justiça, garantido pela Constituição da República, deve ser objeto de estudo da perspectiva dos direitos fundamentais, enquanto direito fundamental que é. Encaixa-se com razoável adequação, para a sequência do estudo ora desenvolvido, a concepção positivista dos direitos fundamentais, ou seja, entendidos como direitos incorporados ao ordenamento jurídico nacional, por força de normas constitucionais e do direito internacional aplicável no Brasil em razão de adesão a tratados e convenções internacionais.⁸⁰

O acesso à justiça já está há algum tempo no rol de direitos fundamentais das constituições e em declarações de direitos nacionais e internacionais, sendo

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 156.

⁸⁰ PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTR, 2008. p.137

considerado um direito humano. Em sentido amplo, está muito além do acesso ao Poder Judiciário, porque é necessário obter a tutela jurisdicional.

Disciplina Carlos Alberto Menezes Direito acerca do assunto:

[...] maior esforço que a ciência do direito pode oferecer para assegurar os direitos humanos é voltar-se, precipuamente, para a construção de meios necessários à sua realização nos Estados e, ainda, para o fortalecimento dos modos necessários de acesso à Justiça com vistas ao melhoramento e celeridade da prestação jurisdicional.⁸¹

O Brasil, signatário da Convenção Americana desde 1992, somente em 2004, por força da Emenda Constitucional 45/2004, passou a integrar o rol dos Estados que, de forma expressa, asseguram o direito à prestação jurisdicional sem demora como direito fundamental.

Cabe transcrever o artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que trata especificamente do acesso à justiça:

Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados Partes comprometem-se:
 - a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
 - b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
 - c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.⁸²

O direito fundamental e humano do acesso à justiça deverá ser colocado à frente de outros direitos, pois somente será possível litigar sobre qualquer outro direito fundamental e humano violado, se for possível o acesso à justiça, caso contrário, não haverá possibilidade de arguição da violação ocorrida.

⁸¹ Carlos Alberto Menezes Direito. **A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados.** Revista da EMERJ. v. 1, nº. 1, 1998, p. 142.

⁸² CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 03.03.2014.

“O acesso à justiça entendido como acesso à ordem jurídica justa e, portanto, fundamentado em valores democráticos, não pode, à luz da Constituição, ser construído apenas pelo processo judicial [...]”⁸³

“O acesso à justiça, por sua vez, constitui a base para que os demais direitos humanos sejam de conhecimento dos cidadãos. Logo, entende-se que o acesso à justiça deva ser também um direito inerente a todo o ser humano.”⁸⁴

Por essa visão, é possível a análise de tamanha importância do direito do acesso à justiça, pois sem ele não é possível trazer violação de qualquer outro direito.

A questão do direito à razoável duração do processo, a partir da EC 45/2004, restou pacificada. A garantia, até então, tácita no texto constitucional e positiva em norma infraconstitucional, passou a integrar, formal e materialmente, o rol de direitos e garantias fundamentais, tornando-se cláusula pétrea e, portanto, merecedora de toda tutela jurídica em prol de sua efetivação.

2.3 Os direitos de Proteção Social como Direitos Humanos e Fundamentais

Os direitos de proteção social constituem o direito à saúde, à assistência e à previdência social. Direitos necessários a todos os cidadãos, pois nenhum indivíduo está livre do desemprego, de doença, de acidentes, entre outras situações que façam o ser humano não conseguir prover seu próprio sustento.

A ideia de proteção social é intimamente vinculada aos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e de justiça social. Como política social, isto é, política pública voltada para a concretização de direito social, a seguridade social tem como elemento constitutivo a igualdade material, guardando potencialidade de propiciar

⁸³ ROCHA, José Cláudio. ALVES, Cristiano Cruz. **O acesso à justiça: ao Poder Judiciário ou à ordem jurídica justa?** Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/issue/view/124>>. Acesso em: 04/03/2014.

⁸⁴ TEIXEIRA, Larissa Xavier. SANTOS, Fátima Terezinha Silva. **O acesso à justiça: uma análise do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.** Disponível em: <<http://www.unicruz.edu.br/seminario/artigos/sociais/O%20ACESSO%20%C3%80%20JUSTI%C3%87A%20UMA%20AN%C3%81LISE%20DO%20SISTEMA%20INTERAMERICANO%20DE%20PROTE%C3%87%C3%83O%20AOS%20DIREITOS%20HUMANOS.pdf>>. Acesso em: 04/03/2014.

subsistência digna com desenvolvimento humano e social.⁸⁵

A Constituição Federal de 1988 realçou os direitos humanos ao prever, dentre os princípios do Brasil, nas relações internacionais, o da prevalência dos direitos humanos.⁸⁶

Quanto à indivisibilidade dos direitos humanos, faz-se necessário enfatizar que a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais os direitos sociais e econômicos, que nas Cartas anteriores restavam pulverizadas no capítulo pertinente à ordem econômica e social. [...] Além de estabelecer no art. 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas e fins a ser perseguidos pelo Estado e pela sociedade.⁸⁷

Como bem exposto por Canotilho e Correia, a Constituição Federal de 1988 trouxe grande avanço na área dos direitos sociais e econômicos, deixando expresso que, caso não efetivados esses direitos pelo Estado, o indivíduo possui direito de cobrança, o que inclui a proteção social, uma vez que o Estado tem o dever de efetivação dos direitos fundamentais expostos na Carta Magna.

Os direitos sociais a prestações, ao contrário dos direitos de defesa, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade abstrata, mas, sim, encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitem.⁸⁸

Um espaço típico de direitos fundamentais sociais que, com intensidade, busca-se na esfera judicial é a seguridade social. Dificilmente o cidadão consegue seus direitos previdenciários ou assistenciais, sem buscar a tutela jurisdicional, situação lamentável para o Estado, pois este deveria facilitar o acesso de tais direitos pela via administrativa, diminuindo a burocracia aos brasileiros, que, muitas vezes, sem informação necessária, precisam da justiça para garantir um direito

⁸⁵ SAVARIS, José Antonio. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. **Revista Univali**, Itajaí, v. 17, n. 3, 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4200>>. Acesso em: 04.03.2014.

⁸⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 54.

⁸⁷ Ibidem. p. 55.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 274

líquido e certo.

[...] dentre os direitos sociais inclui-se o direito à Previdência Social. Como anteriormente consignado, os direitos sociais também são direitos fundamentais, tendo em vista que se encontram na Constituição Federal, no mesmo Título II, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Nos termos do art. 201 da Carta Magna, a Previdência Social atenderá à cobertura de contingências geradoras de necessidade decorrentes de outras, da morte, cabendo aos dependentes do(a) segurado(a) falecido(a) o recebimento de pensão previdenciária e o auxílio-reclusão para os dependentes do(a) segurado(a) recluso(a) e a proteção à maternidade.⁸⁹

O desenvolvimento do direito brasileiro, com a recepção dos tratados internacionais, teve como consequência a crescente internacionalização dos direitos fundamentais, que são designados em âmbito internacional, com a expressão direitos humanos.⁹⁰

[...] muito afetam a eficácia dos direitos fundamentais de seguridade social, as omissões da arena administrativa, posto que o Estado assume, perante o concerto internacional de nações, o dever de implementação progressiva dos direitos fundamentais sociais. E, no âmbito do direito interno, o Estado democrático assume o encargo de ser responsivo, ou seja, de não ser omissivo em face das expectativas de concretização de direitos fundamentais.⁹¹

Muito precisa melhorar o Estado brasileiro no propósito de prestar os direitos de proteção social. Em vez de existir uma via administrativa pronta para não cumprir com esses direitos, deveria haver via de forma informativa, para que o cidadão, que, muitas vezes, sem qualquer instrução, seja amparado, ao invés de receber a notícia de que somente na via judicial verá seu direito concretizado.

Savaris, em seu artigo *Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social*, demonstra um exemplo que ocorre com cidadãos que buscam pela proteção social na via administrativa e acabam necessitando da judicial, a fim de garantir seu direito humano e fundamental:

⁸⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40.

⁹⁰ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 27

⁹¹ STRAPAZZON, Carlos Luiz. Tutela das Expectativas de Direitos Fundamentais. In: SAVARIS, José Antonio. STRAPAZZON, Carlos Luiz. (Coord.) **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana**. Curitiba: Alteridade, 2012. p.137

A inadequação da função jurisdicional restrita à revisão judicial da legalidade do ato administrativo pode ser observada mediante análise de problemas que diuturnamente são objeto da jurisdição de proteção social. Imagine-se hipótese em que a pessoa teve indeferido benefício previdenciário na esfera administrativa ao fundamento de ausência de incapacidade para o trabalho. Três anos depois, ela ingressa em juízo requerendo a concessão do benefício em questão com efeitos retroativos à data do requerimento administrativo, ao argumento de que desde então fazia jus à prestação previdenciária reivindicada. A prova pericial aponta para a existência da incapacidade para o trabalho, mas nega que ao tempo do requerimento administrativo a parte se encontrava nessa condição, fixando a data do início da incapacidade para seis meses após a negativa da tutela administrativa (dois anos e meio antes do ajuizamento da ação judicial, portanto).⁹²

Continua no entendimento de que a via judicial, nessa situação, não oferece ao segurado os direitos de proteção social, de forma justa, frente à ilegalidade de ato administrativo:

Em tal situação, a concepção da função jurisdicional como estrita revisão judicial da legalidade do ato administrativo recomendaria a rejeição do pedido de proteção previdenciária, ao fundamento de que o ato administrativo denegatório revela-se juridicamente incensurável. Isso está a demonstrar que, se condicionada à ilegalidade do ato administrativo, a outorga judicial de proteção social oferece um resultado injusto, propiciando denegação de proteção social à pessoa necessitada, embora evidenciada a existência do direito.⁹³

É preciso que “O resultado do processo judicial corresponda, o máximo possível, à atuação espontânea do ordenamento jurídico [...]” e que a via administrativa não seja obstáculo, na busca de direitos de proteção social.⁹⁴

O direito à proteção social é um “[...] valor fundamental de um Estado de Direito e que se encontra intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana.”⁹⁵

Condicionada à dignidade da pessoa humana está a proteção social, que deve ser prestada pelo Estado. Nenhum indivíduo possui dignidade, quando não

⁹² SAVARIS, José Antonio. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. **Revista Univali**, Itajaí, v. 17, n. 3, 2012. Disponível em <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4200>>. Acesso em 04.03.2014.

⁹³ Ibidem. loc. cit.

⁹⁴ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: RT, 1999. p. 55.

⁹⁵ SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 161

respeitados seus direitos de seguridade social, pois, para existir vida digna, precisa que direitos humanos e fundamentais não sejam violados.

Sergio Fernando Moro diz que o intérprete da lei precisa efetivar os direitos constitucionais, porque “[...] não se pode conceber Constituição destituída da pretensão de efetivar-se. Essa pretensão deixa o intérprete comprometido, desde logo, com soluções interpretativas que resguarдем a força normativa do comando constitucional.”⁹⁶

Nesse diapasão, é possível concluir, com clareza, que não existe dignidade, quando o cidadão não possui direitos fundamentais preservados, direitos que lhe garantam a própria sobrevivência. Muito triste tratar dos direitos de proteção social, sem o devido respaldo do Estado, que deveria preservar pela efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

2.4 A garantia de Acesso à Justiça para proteção dos direitos humanos: O Pacto Internacional de San José da Costa Rica

Até este ponto do trabalho, foi possível mensurar a importância dos direitos humanos e fundamentais. Os direitos humanos podem ser diferenciados pelo âmbito internacional, enquanto os direitos fundamentais estão expressos na Constituição Federal.

Como já mencionado, os direitos humanos derivam da humanidade, e um direito fundamental sempre será também um direito humano. Em razão disso, o acesso à justiça, direito humano e fundamental, é necessário à busca e concretização de outros direitos humanos e fundamentais violados.

No preâmbulo do Pacto de San José da Costa Rica, enfatiza-se o fundado respeito pelos direitos humanos, salientando que tais direitos não são somente de um Estado, mas, sim, para todos os seres humanos:

Os Estados Americanos, signatários da presente Convenção, reafirmando seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das

⁹⁶ MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 23.

instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais; Reconhecendo que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos; Considerando que esses princípios foram consagrados na Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, e que foram reafirmados e desenvolvidos em outros instrumentos internacionais, tanto de âmbito mundial como regional; Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e Considerando que a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) aprovou a incorporação à própria Carta da Organização de normas mais amplas sobre os direitos econômicos, sociais e educacionais e resolveu que uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos determinasse a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria.⁹⁷

Antes de tratar sobre qualquer direito, convém ressaltar que, com base no preâmbulo do Pacto de San José da Costa Rica, observa-se que os direitos constantes desse Pacto possuem natureza humana e fundamental, os quais abrangem, em momento oportuno, o acesso à justiça, como sendo um dos direitos humanos.

O direito humano e fundamental do acesso à justiça possui previsão no âmbito nacional e internacional. Na esfera nacional, encontra previsão no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal brasileira, “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”⁹⁸

No plano internacional, o artigo 25 da Convenção Americana, prevê:

⁹⁷ PGE/SP. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 02/09/2013.

⁹⁸ GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Penal**: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 164

1.Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2.Os Estados-Partes comprometem-se

a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.⁹⁹

A Convenção Americana disciplina claramente sobre o direito ao acesso à justiça, ressaltando que as autoridades competentes devem assegurar o cumprimento das decisões.

O direito ao acesso à justiça não é o simples acesso de ingressar com procedimento judicial na justiça, mas exige que a tutela jurisdicional seja cumprida, pois de nada adianta ao cidadão a concretização de um direito firmado em uma decisão de mérito, se aquela tão esperada decisão do Poder Judiciário não for efetivada. Nesse diapasão, deve-se pensar em direito ao acesso à justiça em sentido amplo, e não somente a possibilidade de chegar com seu pedido até a justiça.

Na visão da Corte, o acesso à justiça constitui um dos pilares básicos do Estado de Direito Democrático, de forma que não adianta haver vários recursos na justiça, se esses não forem eficazes e prestarem a tutela jurisdicional pretendida, ao final de um processo judicial.

O direito de acesso à jurisdição como direito (e garantia) a uma proteção jurisdicional adequada pressupõe: a) que o conteúdo constitucional e internacional mínimo não fique aniquilado com a inexistência de uma determinação legal da via judicial seja definida com clareza, isto é, que não se traduza, na prática, num jogo formal sistematicamente reconduzível à existência de formalidades e pressupostos processuais cuja 'desatenção' pelos particulares implica a perda automática das

⁹⁹ GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Penal:** comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

causas.¹⁰⁰

Além do acesso aos órgãos jurisdicionais, o acesso à justiça importa no acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais do homem, de maneira tão relevante que sem ele não seria possível entregar aos órgãos jurisdicionais violações de outros direitos humanos e fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 assume expressamente em seu texto os direitos constantes dos tratados internacionais de que o Brasil faz parte, conferindo-lhes valor jurídico de norma constitucional, conforme disciplina Flávia Piovesan:

[...] a Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais, dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previstos pelo texto constitucional.¹⁰¹

De um ponto de vista econômico, é necessário enfatizar que o Estado possui o dever de prestar assistência judiciária gratuita àqueles que não possuem condições de arcar, diante da garantia da ampla defesa, porém, o Estado está deficiente quando se refere ao amplo acesso à jurisdição, que é a efetividade da tutela jurisdicional.

Constitui responsabilidade de todos os Estados assegurarem que a autoridade competente prevista pelo sistema legal decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso (recurso ou ação). A preocupação do dispositivo reside não só em garantir o acesso à jurisdição senão também a própria inderrogabilidade da prestação jurisdicional. A tutela jurisdicional postulada deve sempre ser examinada e decidida.¹⁰²

Cabe à autoridade competente decidir sobre o direito do cidadão que formulou o recurso ou ingressou com a ação; já ao Estado cabe a obrigação de cobrar dessas autoridades a função que lhes foi submetida.

¹⁰⁰ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 165 e 166.

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 85.

¹⁰² GOMES; MAZZUOLI, op. cit. p.166.

Numa perspectiva ampliada, há até mesmo quem sustente a existência de um direito fundamental à seguridade social, que abarca as três dimensões referidas e arranque de um regime comum em termos de princípios e regras na esfera constitucional. Assim, na esteira da evolução constitucional anterior, mas com muito maior amplitude, a Constituição Federal consolidou um regime constitucional para a seguridade social formatada para atender a padrões adequados de bem-estar social e, acima de tudo, com o nítido objetivo de assegurar a todos uma vida digna e saudável.¹⁰³

Como vem sendo demonstrado, o bem maior é a vida de cada indivíduo, por isso, a justiça prioriza pelo bem-estar de cada um, de modo que o cidadão tenha o mínimo necessário a uma vida digna. Para que isso ocorra, o respeito aos direitos humanos e fundamentais não pode, de maneira alguma, ser violado.

Caso ocorra a violação de direitos humanos e fundamentais, é preciso invocar o acesso à justiça, outro direito humano e fundamental, mas tal acesso, em sentido amplo, deve alcançar não somente o Poder Judiciário, mas, sim, a resolução e a efetividade daquilo que o litigante busca e espera ser concretizado.

CAPÍTULO 3

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA E A REALIZAÇÃO DO DIREITO DE PROTEÇÃO SOCIAL

3.1 Evolução histórica da legislação previdenciária em tema de extinção dos direitos

Antes do surgimento da Lei nº 8.213/1991, a prescrição já estava presente na história da legislação previdenciária, cujo fundamento é o Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que dispõe no seu art. 1º que “As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem como todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originar.”¹⁰⁴

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 619

¹⁰⁴ BRASIL. **Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/decretos/1932-020910-pq/prescricao_quinquenal.htm>. Acesso em:

Consta no decreto 20.910/32, que regula a prescrição contra a Fazenda Pública em geral, que uma vez interrompida voltaria ela a fluir pela metade do prazo. Sendo a interrupção da prescrição, mediante formalização da preensão perante o devedor, uma norma geral posta para o instituto da prescrição em qualquer campo do direito, por evidente que deve ocorrer também no campo previdenciário. Por outro lado, como a prescrição previdenciária tem disciplina própria, não pode ficar submetida à específica previsão do Decreto 20.910/32, mas sim ao regramento geral. Em outros termos, interrompida a fluência do prazo prescricional, por exemplo por um requerimento administrativo de revisão de benefício, após sua apreciação denegatória volta a fluir integralmente o prazo prescricional.¹⁰⁵

Com o advento da Lei nº 8.213/91, a prescrição foi inserida na legislação previdenciária, prevendo prazo prescricional de 5 anos para reclamar as parcelas não pagas, quando da concessão de benefício previdenciário.

Em 27/06/1997, a decadência foi criada pela Medida Provisória nº 1.523-9, a qual foi convertida na Lei nº 9.528/97, modificada pela Medida Provisória nº 1.663-15, de 22.10.1998, convertida na Lei nº 9.711/98, e pela Medida Provisória nº 138, de 19.11.2003, convertida na Lei nº 10.839/2004.

Todas essas modificações trazidas pela legislação acarretaram em diferentes prazos de decadência, no direito de revisão de direito previdenciário. A Medida Provisória nº 1.523-9, de 27/06/1997, convertida na Lei nº 9.528/97, que criou o instituto da decadência, disciplinou o prazo de 10 anos.

Esse prazo diminui para 5 anos, com o advento da Medida Provisória nº 1.663-15 de 22/10/1998, posteriormente convertida na Lei nº 9.711/98. Após, o prazo foi restabelecido para 10 anos, com a edição da Medida Provisória nº 138, de 19/11/2003, convertida na Lei nº 10.839/2004.

A Lei nº 10.839/2004 restituiu o prazo de 10 anos para a revisão do ato de concessão aos benefícios previdenciários, promovendo a redação atual do caput do artigo 103 da Lei 8.213/91:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.¹⁰⁶

Além das mudanças do prazo decadencial ao segurado rever o ato de concessão de benefício previdenciário, a legislação também trouxe mudanças à Administração Pública, a fim de que reveja seus atos e essa revisão não seja de caráter perpétuo.

A Lei nº 9.784/99, a qual disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estipula o prazo de cinco anos para a decadência do direito da Administração de anular os atos administrativos que decorram efeitos favoráveis aos segurados, conforme artigo 54 da referida Lei:¹⁰⁷

Art. 54. O direito da administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé. § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento. § 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.¹⁰⁸

A medida provisória nº. 138, que foi convertida na Lei 10.839, em 5 de fevereiro de 2004, introduziu o artigo 103-A, §1º e §2º na Lei 8.213/91, estabelecendo prazo decadencial de dez anos para que a Administração Pública anule os atos que produzam efeitos favoráveis aos segurados da Previdência Social:

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4 Região. Recurso nº **2009.70.53.003516-6**, segunda turma. Relatora: Andréia Castro Dias. Decisão: 30/03/2010.

¹⁰⁷ ROCHA, Daniel Machado da. **O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO**. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev03/06_daniel_machado_da_rocha.pdf>. Acesso em: 08/03/2014.

¹⁰⁸ Ibidem. loc. cit.

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

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

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.¹⁰⁹

Cabe mencionar importante indagação do Juiz Federal Daniel Machado da Rocha:

Seguindo a lógica do artigo 54 da Lei nº 9.874/99, o artigo 103-A da Lei nº 8.213/91 não permite a extinção do direito-dever de a Administração revisar os seus atos em caso de comprovada má-fé, como homenagem ao princípio da moralidade administrativa. Porém, para os casos em que ocorreu um erro por parte da administração, até quando poderia a previdência social rever o ato concessório?¹¹⁰

A lei trata do prazo decadencial de 10 anos para a Administração rever seus atos do momento de concessão de benefício previdenciário, de forma geral. Cabe ressaltar que, caso a Administração cometa o erro de conceder benefício, não é justo ao segurado que o recebeu, por aproximadamente 10 anos, estar à mercê de revisão de ato administrativo, correndo o risco de ficar desamparado.

O mesmo autor contribui com um exemplo prático:

Imagine-se a situação de um segurado que, em 1987, quando já contava com cinquenta anos de idade, requereu um benefício que acreditava que tinha direito. Muito tempo depois, realizando programas de auditoria, constata-se a existência de equívoco no procedimento administrativo e, em junho de 2004, o segurado é intimado para oferecer defesa. Comprovado o equívoco da administração previdenciária, seria razoável anular o ato administrativo de aposentadoria sem que tenha havido comprovação da má-fé do segurado? Observe-se que, nesse exemplo, o benefício foi pago por mais de 15 anos e o segurado já tem 65 anos e,

¹⁰⁹ ROCHA, Daniel Machado da. **O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO**. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev03/06_daniel_machado_da_rocha.pdf>. Acesso em: 08/03/2014.

¹¹⁰ Ibidem.

portanto, a perspectiva de que ele possa retornar ao mercado de trabalho não é nada alentadora.¹¹¹

Corroboram com a evolução histórica da legislação previdenciária, em tema de extinção dos direitos, os autores Castro e Lazzari:

Nos casos dos benefícios concedidos anteriormente à instituição da decadência, inexistia limitação no tempo à possibilidade de revisão, tendo se incorporado ao patrimônio jurídico do segurado o direito de questionar o ato concessório a qualquer tempo. Em análise mais restritiva aos direitos dos segurados, podemos admitir que o prazo decadencial tenha começado a correr da data da publicação da lei que instituiu a decadência, mais não podemos admitir como marco inicial a data do início dos benefícios já concedidos quando da edição dessa lei, pois estar-se-ia dando efeito retroativo à decadência. Entendimento semelhante teve o TRF da 4ª Região ao manter a decisão de antecipação de tutela deferida em ação civil pública, em que ficou consignado que o prazo previsto no art. 103 da Lei 8.213/91, na redação que lhe foi dada pela Medida Provisória n. 1.523-9, de 27.6.97, convertida na Lei n. 9.528/97, alterada pela Medida Provisória n. 1.663-15, de 22.10.98, por sua vez convertida na Lei n. 9.711, de 20.11.98, só começa a fluir a partir da data da edição da primeira Medida Provisória.¹¹²

Todas as mudanças da legislação previdenciária trouxeram prejuízos aos segurados da Previdência Social, suprimindo direitos e criando limitações para a busca da revisão do ato concessivo do benefício previdenciário.

3.2 A natureza do prazo de que trata o artigo 103 da Lei 8.213/91

O prazo do artigo 103 da Lei 8.213/91 trouxe mudança significativa ao direito previdenciário, no que tange ao direito de revisão de benefícios. Esse artigo passou por várias mudanças no decorrer dos anos, sendo que disciplinava, em sua redação original:

Art. 103. Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, incapazes

¹¹¹ ROCHA, Daniel Machado da. **O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO**. Disponível em: <http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev03/06_daniel_machado_da_rocha.pdf>. Acesso em: 08/03/2014.

¹¹² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 8 ed. Florianópolis: Conceito Eleitoral, 2007. p. 581.

ou ausentes.¹¹³

Importante ressaltar que existiam previsões anteriores, as quais modificaram o que, na atualidade, preceituam os artigos 103 *caput*, da Lei 8.213/91 e o artigo 103-A. Convém esclarecer que o *caput* do artigo trata da decadência para os segurados da Previdência Social; enquanto o artigo 103-A dispõe sobre o prazo para a Administração Pública rever seus atos.

A Lei 6.309/75, em seu artigo 7º, tratava sobre o prazo de revisão dos atos da Administração Pública:

Art. 7º Os processos de interesse de beneficiários e demais contribuintes não poderão ser revistos após 5 (cinco) anos, contados de sua decisão final, ficando dispensada a conservação da documentação respectiva além desse prazo.¹¹⁴

A lei supracitada foi revogada em 1992, pela Lei 8.422, e a partir dessa revogação, ocorreu um vácuo legal, que foi suprido com o advento da Lei 9.784/99, nos artigos 53 e 54:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

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

2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.¹¹⁵

Hely Lopes Meirelles leciona que a prescrição administrativa e a judicial impedem a anulação do ato administrativo em face do interesse público na estabilidade das relações jurídicas entre o administrado e a Administração.¹¹⁶

¹¹³ KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. **Prescrição e decadência no direito previdenciário em matéria de benefício**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 70

¹¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4 Região. Agravo de Instrumento. Recurso n. **5004988 73.2013.404.0000**, quinta turma. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Decisão: 14/06/2013.

¹¹⁵ Ibidem.

¹¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.189

Maria Sylvia Di Pietro, mesmo antes do advento da Lei do Procedimento Administrativo, sustentava que o prazo para a Administração rever os seus atos seria o mesmo da prescrição judicial, isto é, 5 anos.¹¹⁷

Para os segurados, as mudanças significativas em relação ao prazo decadencial iniciaram em 27 de junho de 1997, quando foi publicada a MP n. 1.523-9, que modificou a redação do artigo 103, disciplinando que o prazo de decadência seria de 10 anos e criou o parágrafo primeiro, o qual trata da prescrição, que seria de 5 anos.¹¹⁸

Logo a medida provisória foi convertida na Lei n. 9.528, de 10/12/1997, que perdurou até a nova Lei n. 9.711, de 20.11.1998, a qual diminuiu o prazo de decadência para 5 anos à revisão dos atos de concessão de revisão por iniciativa do segurado.¹¹⁹

Diante desses fatos, em 2003, ocorreu manifestação dos segurados, que ingressaram com pedido de revisão na justiça. Então, o governo viu-se obrigado, por motivos políticos, a editar a MP n. 138, de 29/12/2003, que aumentou novamente o prazo decadencial para 10 anos, que foi convertida em Lei n. 10.839, de 5 de fevereiro de 2004.¹²⁰

Destacamos que o estabelecimento do prazo se deu antes de completos os 5 (cinco) anos previstos em 1998, pela Lei n. 9.711, o que significa dizer que nesse ínterim, nenhum benefício foi atingido pela materialização da decadência.

Sobre as modificações de novembro de 2003, a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, na exposição de motivos da MP n. 138/2003, convertida em Lei n. 10.839/2004, reconheceu os prejuízos causados pelas modificações trazidas ao direito brasileiro pela decadência e procurou justificar a urgência para o elastecimento do prazo para os originais 10 (dez) anos.¹²¹

Ao analisar a situação de mudanças da redação original do artigo 103,

¹¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 633-634

¹¹⁸ KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. **Prescrição e decadência no direito previdenciário em matéria de benefício**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 70

¹¹⁹ Ibidem. loc. cit.

¹²⁰ Ibidem. p. 71.

¹²¹ Ibidem. loc. cit.

houve excesso do legislador em unificar os prazos dos dois institutos extintivos de direitos, a prescrição e a decadência, ambas com o prazo de 5 anos.

Em sua atual redação, preceitua o artigo 103 da Lei 8.213/91:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.¹²²

[...] o dispositivo em pauta estabeleceu um prazo para o exercício do direito revisional do ato de concessão de benefício por parte do segurado. Contudo, não se encontra no seu espectro de incidência o pedido de reconhecimento, por parte do INSS, de um tempo de serviço, seja comum ou especial, seja rural ou urbano, devendo-se dar interpretação restritiva a dito dispositivo.¹²³

A sociedade em geral foi prejudicada com os efeitos que decorrem do prazo decadencial, pois perdem o direito de ingressar com revisão de seu benefício por desconhecimento ou falta de Acesso à Justiça.

A Lei n. 8.213/1991 não trouxe, desde o início, prazo decadencial a ser aplicado na revisão de benefícios. A aplicabilidade da norma, no tempo, tem suas limitações. Não é possível aplicar norma nova em situação passada, pois a retroação nem sempre é permitida no direito, com base nos princípios, em especial, no princípio da segurança jurídica.

Importante lembrar que o Decreto-Lei n. 4.657, de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil – LICC) não foi revogado pelo novo Código de 2002, permanecendo intactas suas disposições. No que diz respeito ao direito intertemporal, tal norma impõe que determinado fato rege-se pela lei em vigor na data de sua ocorrência, salvo quando a natureza da situação requer tratamento diverso ou quando o legislador assim determinar. No caso em questão, a nova norma que introduziu a decadência não foi expressa ao determinar como deveriam ser tratados os fatos já ocorridos antes de sua entrada em vigor. Logo, nos parece que tais situações deverão ter tratamento adverso das efetivadas posteriormente à vigência do primeiro ato normativo que veio a prever a decadência para a revisão

¹²² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4 Região. Recurso nº **2009.70.53.003516-6**, segunda turma. Relatora: Andréia Castro Dias. Decisão: 30/03/2010.

¹²³ Ibidem.

dos atos de concessão dos benefícios previdenciários.¹²⁴

Convém destacar as palavras de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari acerca da interpretação do artigo 103 da Lei 8.213/91, no que diz respeito ao direito de revisão do ato de concessão de benefício:

A decadência atinge todo e qualquer direito ou ação do segurado tendente à revisão do ato que concedeu o benefício, como o cálculo da renda mensal inicial, por exemplo. Contudo, o alcance do prazo decadencial é bastante restrito, circunscrevendo-se apenas aos atos de revisão da concessão do benefício propriamente ditos e, aqui acrescento, não de inclusão de reconhecimento de tempo de serviço.¹²⁵

Quanto ao alcance restrito do prazo recursal, fundamenta a juíza Andréia Castro Dias:

Dessa forma, não há falar em decadência do direito do autor de ver reconhecida atividade rural, para a qual não existe previsão legal. Note-se que o que se ataca não é um elemento do ato de concessão formadora da RMI – Renda Mensal Inicial, mas o reconhecimento de um suposto direito e, apenas reflexamente, se requer a revisão do benefício, motivo pelo qual não se pode entender que decaia o direito de alguém ver averbado em seus registros um tempo de serviço efetivamente desempenhado.¹²⁶

Essas diversas modificações legislativas trouxeram implicações para a aplicação do direito previdenciário brasileiro, originando insegurança jurídica àqueles que pleiteiam, em âmbito previdenciário.

O segurado não pode ser limitado, por prazo decadencial, a requerer revisões de benefícios que foram concedidos, de forma incorreta, por negligência do próprio órgão concessor ou pelo simples fato de, no momento da concessão de benefício, não ter requerido comprovante de períodos laborativos que possa ter exercido, por exemplo, em atividade rural ou especial.

Diante da análise, a natureza do prazo decadencial é de trato sucessivo,

¹²⁴ KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. **Prescrição e decadência no direito previdenciário em matéria de benefício**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 74

¹²⁵ CASTRO, Carlos Alberto de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 709/712

¹²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4 Região. Recurso nº **2009.70.53.003516-6**, segunda turma. Relatora: Andréia Castro Dias. Decisão: 30/03/2010.

logo, pode decair somente o direito de reaver valores financeiros, diferentemente do ato que concedeu o benefício, pois, se dessa forma fosse, estaria atingindo o próprio fundo de direito e como consequência, alcançaria também o trato sucessivo.

A discussão do prazo decadencial do artigo 103 envolve revisão de um elemento do ato de concessão, qual seja, a matéria pertinente ao cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários, o que assevera o entendimento da prescrição de trato sucessivo.

A decadência conduz à extinção do direito, um direito que nasce vinculado e limitado pelo tempo. Ocorrendo a decadência do direito, este não poderá ser exercido pelo titular que o tinha. Já a prescrição nasce quando violado o direito do indivíduo. Diante dessa violação, existe a pretensão e pelo instituto da prescrição, essa pretensão poderá extinguir-se, por não ter sido exercida dentro do lapso temporal.

Considerando-se esses aspectos, o prazo do artigo 103 não poderá ser decadencial, sob pena de prescrever o fundo de direito, considerado direito humano e dessa forma, a norma infraconstitucional, a qual estabelece o prazo de extinção definitiva de direito humano, é inconstitucional.

3.3 A compreensão doutrinária acerca do tema

Existe discussão doutrinária acerca do tema, enquanto a jurisprudência é pacífica no sentido de que lei nova não poderá prejudicar o direito de revisão de benefícios antigos, ou seja, lei nova não poderá retroagir para prejudicar o direito de revisão de benefício previdenciário.

Acerca do tema, disciplina Sergio Pinto Martins:

A redação original do artigo 103 da Lei n. 8.213/91 era: Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes. Não se fazia referência a prazo de decadência, mas de prescrição das parcelas dos últimos anos. Não prescrevia o fundo de direito, mas apenas as prestações dos cinco anos anteriores à propositura da ação. [...]
A pretensão ao benefício previdenciário é imprescritível. Não há lei

dispondo sobre essa prescrição. [...]

A Lei n. 8.213 trata da prescrição de benefícios não de serviços. Isso quer dizer que os serviços não têm prazo de prescrição para os beneficiários. Não corre o prazo prescricional de direito ao benefício, embora o segurado tenha interrompido as contribuições por mais de 12 meses, se seu vínculo empregatício estava *sub judice* (En. n. 9 do CRPS).¹²⁷

Existe um marco temporal a ser analisado do direito de revisão dos atos concessórios anteriores à data de 27/06/1997, e os posteriores a essa data. Um dos preceitos de existência e validade do direito previdenciário é o princípio da norma vigente à época do fato.

Os segurados que tiveram benefícios concedidos, antes da mudança da lei de 1997, não poderiam ser atingidos por mudança de lei que tivesse ocorrido após a concessão de seus benefícios, não sendo possível a retroação da lei para prejudicar aqueles aos quais não existia disposição legal para tanto, no momento concessivo.

Sobre a eficácia e aplicabilidade de lei nova, disciplina Carlos Alberto Gonçalves:

Entre a retroatividade e a irretroatividade existe uma situação intermediária: a da aplicabilidade imediata da lei nova a relações que, nascidas embora sob a vigência da lei antiga, ainda não se aperfeiçoaram, não se consumaram. A imediata e geral aplicação deve também respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. O art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil preceitua que a lei em vigor será imediata e legal, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.¹²⁸

Ainda ensina sobre o assunto Gisele Lemos Kravchycyn:

[...] A irretroatividade de comando posterior é uma regra geral, e assim o é por força das inúmeras disposições normativas que se sucedem nesse ramo do direito brasileiro bem como pela interpretação sistemática e reiterada apresentada pela jurisprudência sobre o assunto.

A razão principal de sua aplicação é o resguardo das conquistas sociais dos beneficiários do sistema previdenciário, impedindo que lei posterior venha a prejudicar o já tão combatido segurado da previdência social.

¹²⁷ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 462-463

¹²⁸ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 61-62

Esse pressuposto jurídico é até princípio do direito previdenciário: o princípio da não retroação social.

Os entendimentos jurisprudenciais analisam o prazo decadencial do artigo 103 de forma que a interpretação deixa claro que esse prazo não trata da prescrição de fundo de direito, mas, sim, de trato sucessivo, pois o único objeto que é possível decair é o cálculo da renda mensal inicial do benefício concedido. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

O OBJETO DO PRAZO DECADENCIAL 4. O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios, e não o direito ao benefício previdenciário. 5. O direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, não sendo Superior Tribunal de Justiça possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção. 6. Já o direito de revisão do benefício consiste na possibilidade de o segurado alterar a concessão inicial em proveito próprio, o que resulta em direito exercitável de natureza contínua sujeito à alteração de regime jurídico. 7. Por conseguinte, não viola o direito adquirido e o ato jurídico perfeito a aplicação do regime jurídico da citada norma sobre o exercício, na vigência desta, do direito de revisão das prestações previdenciárias concedidas antes da instituição do prazo decadencial.¹²⁹

A maior parte da doutrina busca interpretar os benefícios concedidos após 27/06/1997, com uma interpretação menos literal da lei. Portanto, para a revisão dos benefícios concedidos após a data referida, deverão ser analisados os atos vinculados ao prazo decadencial estabelecido, com as novas redações do artigo 103 da Lei n. 8.213/91.¹³⁰

Parece-nos oportuno destacar aqui os termos expressos da lei, que tratou apenas de instituir prazo decadencial para 'todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício. Podemos ver claramente que ficaram excluídos do prazo decadencial todos os atos posteriores ao ato de concessão do benefício. Isso é importante ao ressalvamos o fato de que muitas ações visam à revisão de atos praticados posteriormente à concessão dos benefícios, seja no reajustamento, modificação de moeda, aplicação de teto de

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25733060&num_registro=201201128408&data=20130513&tipo=5&formato=pdf>. Acesso em: 06/03/2014.

¹³⁰ KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. **Prescrição e decadência no direito previdenciário em matéria de benefício**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 83

pagamento, primeiro reajuste com aplicação de incremento etc.¹³¹

Cabe ressaltar que os benefícios previdenciários possuem natureza de verba alimentar, muitas vezes, por atos irregulares feitos na fase administrativa, e percebidos somente após certo lapso temporal pelo segurado, por conseguinte, não poderiam mais ser revistos em virtude da decadência imposta. Como o entendimento jurisprudencial deixa claro que a prescrição é de trato sucessivo, a Lei só atinge a revisão de atos do momento da concessão e não a situação jurídica, como, por exemplo, inclusão de tempo de contribuição.

Castro e Lazarri manifestam-se sobre o assunto em comentário:

A regra geral de prescritibilidade dos direitos patrimoniais existe em face da necessidade de se preservar a estabilidade das situações jurídicas. Entretanto, as prestações previdenciárias têm finalidades que lhes emprestam características de direitos indisponíveis, atendendo a uma necessidade de índole eminentemente alimentar. Daí que o direito ao benefício previdenciário em si não prescreve, mas tão-somente as prestações não reclamadas dentro de certo tempo, que vão prescrevendo, uma a uma, em virtude da inércia do beneficiário.¹³²

Nesse entendimento, todos os benefícios poderão ser revistos, quanto à situação jurídica. Dessa forma, o beneficiário, por não requer seu direito dentro do prazo legal, perde o direito de rever parcelas de seu benefício, mas não o direito de revisão.

No entendimento de Savaris, é descabido o instituto da decadência à revisão de qualquer benefício previdenciário:

[...] é preciso dizer mais do que o direito não socorre aos que dormem, brocardo que é aplicável em matéria previdenciária apenas com a devida parcimônia. É necessário ir além da discussão sobre a real natureza do prazo estabelecido no caput do art. 103 da Lei 8.213/91 (se decadencial ou prescricional). É importante fugir da falácia de que é justo de que se imponha prazo fatal e absoluto para a revisão de benefício, apresenta recursos suficientes para sua subsistência. Como se a parcela do benefício que ilegalmente lhe é furtada anos a fio pela Administração Pública não detivesse igualmente a natureza de essencialidade para

¹³¹ KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. **Prescrição e decadência no direito previdenciário em matéria de benefício**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 83

¹³² CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 10. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 665

subsistência. É preciso destacar que a conveniência econômica da aplicação cega do prazo decadencial não pode jamais justificar a extinção do direito ao recebimento integral de verba alimentar por pessoa dependente da Previdência Social. Não se pode jamais olvidar que a realidade administrativa é a de ineficiência na prestação do serviço público ao segurado ou dependente do RGPS, pois o serviço social inexistente, e o processo administrativo com participação interessada do agente público – exigência de boa-fé – é ainda uma miragem distante. E o Estado que já se valia da ineficiência para alcançar a ilegalidade – pagando benefícios a menor – agora pretende emprestar ares de irreversibilidade aos efeitos das ilegalidades que se espalham por todo País com modos de expressão os mais diversos, mas tendo como alvo as mesmas vítimas de sempre.¹³³

O direito do segurado, que é a parte hipossuficiente da relação, merece a interpretação literal da lei, não decaindo seu direito de revisão que, frequentemente, é lesado por ato negligente da própria Administração Pública.

Grande parte da doutrina entende possível somente a prescrição de trato sucessivo, ou seja, não existindo em matéria previdenciária a prescrição de fundo de direito.

Importante destacar que, além da discussão da letra da lei, o direito à Previdência Social é expressamente reconhecido como direito humano em tratados firmados pelo Brasil. Como os direitos humanos são imprescritíveis, é possível e necessário fazer cessar a violação de direitos humanos a qualquer tempo.

Assim sendo, a discussão deixa de ser somente relativa à letra da lei e recai sobre a seara da imprescritibilidade e a importância dos direitos humanos.

3.4 Prescrição de fundo do direito e de trato sucessivo em matéria previdenciária

Na legislação previdenciária, sempre existiu a prescrição de mensalidades, ou seja, de trato sucessivo: prescrição de parcelas que perdem o direito de serem revistas, em virtude do lapso temporal, porque, como já comentado, a lei não pode esperar diante da inércia do titular do direito.

¹³³ SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 318-319

A intenção da modificação do art. 103, da Lei 8.213/91, foi a criação da decadência no ordenamento jurídico previdenciário, sob um viés decadencial de prescrição de fundo do direito, ou melhor, trouxe a decadência do direito de ação aos segurados, de modo que, passado determinado lapso temporal, não podem ingressar na justiça, a fim de requerer a reparação de erro causado pela própria Administração Pública.

A interpretação literal da lei não trata o prazo decadencial como prescrição de fundo de direito e sim, como de trato sucessivo, que diz respeito à prescrição de mensalidades, diferentemente da prescrição de fundo do direito, que se refere à situação jurídica.

Russomano faz uma interpretação clara acerca desses dois institutos:

Na Previdência Social, porém, a Lei Orgânica admitiu a imprescritibilidade dos direitos dos beneficiários, considerados esses direitos em si mesmos e, não, quanto às prestações deles resultantes. Por outras palavras: o direito do segurado ou de seu dependente a determinado benefício é imprescritível; prescrevem, no entanto, os pagamentos periódicos decorrentes desse benefício.¹³⁴

Um exemplo a ser mencionado é quando um segurado requer a revisão de seu benefício, após um lapso temporal de 10 anos da data de sua concessão, nesse caso, receberia o valor revisto desse momento em diante até cinco anos atrás, em forma de atrasados, não receberia correção dos 10 anos. Esta, sim, é a prescrição que deve ser analisada, a prescrição de trato sucessivo e não a prescrição de fundo de direito, a qual diz respeito ao benefício.

Nas palavras de Freudenthal:

O direito adquirido é conceito, construído pela doutrina, que, por meio de convenção normativa, incorporara-se ao ordenamento jurídico. *Ipso facto*, extraordinária garantia do indivíduo diante da organização social, nela se insere naturalmente, pois com ela não pode conflitar.

Em razão da natureza da prestação previdenciária, particularmente a sucessividade de suas mensalidades (ser de trato contínuo) e, principalmente, em face das frequentes alterações ocorridas na

¹³⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Lei Orgânica da Previdência Social**. 2. ed. 1967, p. 300-301

legislação, preservar os elementos da norma anterior atendidos até a véspera da norma posterior tem sido a tradição no Direito Previdenciário.¹³⁵

O direito que o segurado possui ao vencimento sucessivo das prestações de benefício previdenciário é um direito obrigacional de trato sucessivo. Nesses casos, o prazo começa a contar da data do primeiro pagamento. Somente após 10 anos do primeiro pagamento é que decairá a possibilidade de revisar o valor inicial do benefício.¹³⁶

No entendimento de Savaris:

Os institutos da decadência e prescrição se encontram profundamente relacionados à obtenção judicial do direito indeferido na esfera administrativa (concessão ou elevação da renda mensal de benefício e pagamento de atrasados).

No atual momento, o arranjo legislativo e sua aplicação judicial oferecem relativa tranquilidade sobre o que realmente importa. Sabe-se que o direito previdenciário é imprescritível, isto é, o fundo do direito é imprescritível. Não ocorre a preclusão do benefício previdenciário.¹³⁷

Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen expressam, de forma clara, que é no ato concessivo que pode incidir a prescrição de trato sucessivo:

[...] não há decadência do direito ao benefício, já que o dispositivo legal determina sua incidência quando em discussão revisão de ato concessório, isto é, de benefício já em manutenção. Daí decorre que segurado pode, a qualquer tempo, requerer, judicial ou administrativamente, benefício cujo direito tenha sido adquirido a bem mais de 10 anos. Por outro lado, discussões no entorno do benefício previdenciário ou se sua renda, que sejam posteriores ao ato de concessão, também ficam fora do prazo decadencial, como por exemplo aquelas pertinentes ao reajustamento de benefícios previdenciários. Resta, portanto, como único objeto do prazo decadencial, a matéria pertinente ao cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários: tem-se, aqui, um benefício concedido, e a discussão envolve revisão de um elemento do ato de concessão, qual seja a fixação da renda mensal inicial da prestação.¹³⁸

¹³⁵ FREUDENTHAL, Sergio Pardal. **A Previdência Social Hoje**. São Paulo: LTr, 2004. p. 326

¹³⁶ OLIVEIRA, Lamartino França de. **Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 140

¹³⁷ SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 309

¹³⁸ FORTES, Simone Barbisan. PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social**. Livraria do advogado, 2005. p. 252-253.

Os Juízes Federais Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Júnior lecionam, em sua doutrina, com clareza, acerca da incidência do prazo de 10 anos:

A instituição de um prazo decadencial para o ato de revisão DOS CRITÉRIOS CONSTANTES DO CÁLCULO da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários, inclusive dos decorrentes de acidente do trabalho, é uma inovação. Em consonância com a nova regra, no caso de o valor da aposentadoria do segurado ter sido calculada de forma equivocada, após o transcurso do prazo de 10 anos (prazo decadencial inicialmente previsto), o erro tornar-se-á definitivo. [...] É relevante destacar que a regra da caducidade ABARCA EXCLUSIVAMENTE OS CRITÉRIOS DE REVISÃO DA RENDA MENSAL INICIAL. (...) Não pode ser invocada para elidir ações revisionais que busquem a correção de reajustes aplicados erroneamente às prestações previdenciárias.¹³⁹

O importante é que a prescrição de fundo de direito, em matéria previdenciária, é imprescritível por se tratar de direito humano; enquanto a prescrição de trato sucessivo é a prescrição de prestações, que dizem respeito ao cálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário.

Não são muitos os doutrinadores que tratam, de forma específica, da prescrição de trato sucessivo e fundo de direito. Aquelas que a tratam especificamente, em sua maioria, defendem que a natureza do prazo do artigo 103 é prescrição de fundo de direito. Assim sendo, o fundo de direito é imprescritível por tratar-se de direito humano. Diante desse posicionamento, não ocorre a preclusão de benefício previdenciário.

3.5 A prescrição de fundo do direito (humano e fundamental) de proteção social e o direito (humano e fundamental) de acesso à justiça

A edição da Medida Provisória nº 1.523-9, de 28/06/1997, que modificou o artigo 103 da Lei 8.213/91, introduzindo o instituto da decadência, em matéria previdenciária, trouxe dificuldades à doutrina e jurisprudência no que tange à precisão de interpretação dessa mudança.

Existe dificuldade acerca de como deve ser aplicada a decadência em

¹³⁹ ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR, José Paulo Júnior. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 7. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado e ESMAFE/RS, 2007. p. 358 e 361.

matéria previdenciária: se o direito deixa de existir, como defende a autarquia previdenciária, ou somente prescrevem as parcelas que passaram do tempo previsto em lei, permanecendo o direito ao acesso à justiça?

Tanto o amplo acesso à justiça, que não é somente o acesso ao Poder Judiciário, mas, sim, a efetividade do direito tutelado, são direitos humanos e fundamentais, como também é o direito de proteção social. A prescrição de fundo do direito, em matéria previdenciária, e sua ligação ao acesso à justiça, não permitem falar em perda do direito de ação no âmbito dos direitos de proteção social.

A prescrição de fundo do direito acaba com o direito de acesso à justiça de revisão de benefício previdenciário, prejudicando o direito do segurado em rever a situação que lhe beneficie. O artigo 103 da Lei 8.213/91 deveria ser interpretado como prescrição de trato sucessivo, que diz respeito à prescrição das parcelas que não poderão mais ser revistas e conseqüentemente, cobradas. Assim sendo, haveria a efetividade do acesso à justiça.

Antes de analisar a letra da lei, cabe salientar o que traz maior relevância à decadência do direito previdenciário, ou seja, os direitos humanos são imprescritíveis. Não existe possibilidade de dizer que a decadência não permite fazer cessar a violação de direitos humanos. É expressamente reconhecido o direito à seguridade social como direito humano, em tratados de que a República Federativa do Brasil faz parte.

Analisando por esse viés, não é necessário interpretar a decadência do artigo 103, da Lei 8.213/91, na letra pura da lei, pois, em uma análise importantíssima de um direito maior, que são os direitos humanos, os quais são imprescritíveis, os direitos à proteção social possuem acesso à justiça a qualquer tempo.

Neste momento, faz-se necessário trazer matéria de proteção social, diante da Declaração Universal dos Direitos dos Homens pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10/12/1948, ratificada pelo Brasil na mesma data, ou seja, antes da Constituição Federal de 1988, a qual já trazia, em seu artigo XXV, a seguinte

redação:

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.

Todavia, a obrigatoriedade jurídica de observância dos direitos previstos na Declaração Universal de 1948 se operou em 1966, com a elaboração do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.¹⁴⁰

O Brasil ratificou o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em 24/01/1992, que havia sido adotado pela ONU em 16/12/1966. No artigo 9º, é reconhecido o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.¹⁴¹

Importante destacar as Convenções da OIT, que elabora as normas destinadas à regulamentação internacional do Direito do Trabalho e da Seguridade Social, mesmo que o Brasil ainda não tenha ratificado as principais convenções sobre a matéria: a) Convenção de n. 102, que dispôs a chamada “Norma Mínima de Seguridade Social”, b) Convenção de n. 128, que versa sobre as prestações de invalidez, velhice e sobreviventes, c) Convenção de n 157, que trata da preservação dos direitos em matéria da Seguridade Social.¹⁴²

Ao tratar do amplo acesso à justiça, merece destaque o artigo 25 do Pacto de San José da Costa Rica, que prevê:

¹⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos direitos sociais nos planos interno e internacional**. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha Correia (Coord.) São Paulo: LTR, 2004. p. 17

¹⁴¹ Aprovação: Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991; Ratificação: 24 de janeiro de 1992; Entrada em vigor: 24 de abril de 1992; Promulgação: Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <<http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2012/10/prescricao-do-fundo-do-direito-em.html>>. Acesso em: 07/07/2013

¹⁴² ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: 2004. p. 112.

1.Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.¹⁴³

O Brasil ratificou a Convenção, de modo que necessita proteger os direitos humanos, com instrumentos judiciais a concretizar o acesso à justiça, de forma efetiva, para honrar com o compromisso firmado.

A proteção social é vinculada aos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana e de justiça social.¹⁴⁴

Enquanto política social, isto é, política pública voltada para a concretização de direito social, a seguridade social tem como elemento constitutivo a igualdade material, guardando potencialidade de propiciar subsistência digna com desenvolvimento humano e social.¹⁴⁵

Esse constitucionalismo social não será realizado, se a segurança social for insuficiente da maneira como está. A proteção que deve existir é de modo que a tutela jurisdicional assegure o direito material almejado, conseguindo atingir as necessidades daqueles que buscam essa tutela, dessa forma, deve ser mais célere, a fim de que a decisão seja prolatada no momento da necessidade.¹⁴⁶

Em razão da eficácia normativa do direito fundamental ao processo justo e da fundamentalidade dos direitos de proteção social, a legitimidade da função jurisdicional encontra-se inafastavelmente vinculada à plena realização desses direitos fundamentais.

A constatada ineficácia processual para a satisfação dos direitos fundamentais sociais, tanto quanto a ausência de uma diretriz que resolva de modo congruente o problema do direito superveniente à tutela administrativa, já demonstram a importância da identificação de princípio processual que assegure o direito a um processo justo, atendendo a

¹⁴³ GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Penal**: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 164.

¹⁴⁴ SAVARIS, José Antonio. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. **Revista Univali**, Itajaí, v. 17, n. 3, 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4200>>. Acesso em: 3 fev. 2014.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem.

exigência de realização dos direitos fundamentais de proteção social.¹⁴⁷

No campo previdenciário, parece próprio do Estado Democrático de Direito o afastamento do risco social dentre a sociedade e seu afastamento da responsabilidade exclusiva e particular.

Elemento fundamental para a construção do Estado Democrático de Direito foi o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, já que a ele se agregam, além dos simples direitos sociais exercidos em face do Estado, os direitos sociais de dignidade exercidos em face de todos os membros da comunidade política.¹⁴⁸

Com a evolução da sociedade, a procura pela proteção social é maior, todos precisam buscar o seu direito, seja na esfera administrativa ou judicial, de modo a evidenciar uma garantia, um amparo, seja de forma individual ou coletiva.

O conceito de seguridade social está vinculado à ideia de proteção social e correção de desigualdades oriundas do sistema de produção capitalista. A noção que se tem, quando se fala em proteção, em seguridade, é o de tranquilidade, uma segurança presente e futura, embora essa proteção e seguridade devam ser promovidas pelo Estado, amparando o cidadão para que ele sinta hoje a tranquilidade de um amanhã.¹⁴⁹

A justiça tem preponderante importância na definição de uma relação jurídica, pois presta a tutela jurisdicional, e é ela que constitui instrumento de efetivação dos direitos fundamentais em busca da proteção social.

[...] o que realmente importa é a definição da relação jurídica de proteção social. Para tanto, deve-se perquirir sobre a eventual existência de direito e determinar sua realização nos precisos termos a que a pessoa faz jus. Essa perspectiva não admite o sacrifício de direito de proteção social, daí porque considerar inaceitável sua mutilação mediante supressão de parcelas que o constituem.¹⁵⁰

¹⁴⁷ SAVARIS, José Antonio. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. **Revista Univali**, Itajaí, v. 17, n. 3, 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4200>>. Acesso em: 3 fev. 2014.

¹⁴⁸ FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: LTr, 2005. p. 169

¹⁴⁹ SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Curso de Processo Judicial Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006. p. 75

¹⁵⁰ SAVARIS. op cit.

Outro problema que se encontra são as vias administrativas à satisfação dos direitos humanos e fundamentais, e por esse motivo, os cidadãos necessitam da busca da tutela jurisdicional, recorrendo à justiça, para ver garantido um direito que existe, porém, que não foi respeitado, mesmo que humano e fundamental, pela via administrativa. A justiça tem o dever de amparar e entregar o direito humano e fundamental ao litigante que não obteve seu direito nas vias administrativas.

Deve-se atentar que na perspectiva da efetivação dos direitos fundamentais de proteção social, as duas modalidades de tutela (administrativa e jurisdicional) não são dicotomicamente antagônicas, mas se encontram num *continuum* voltado a mais efetiva proteção jurídica desses direitos pelos poderes públicos.

A ênfase colocada no dever institucional de satisfação dos direitos de proteção social pelas funções estatais conduz-nos a perceber a garantia de uma dupla instância de efetivação desses direitos. A primeira instância se encontra a cargo das funções legislativa e executiva (administrativa) que, [...] se encontra na tutela administrativa (análise administrativa da existência do direito). A instância administrativa tem como marca a provisoriedade, passível que é de ser revisada ou substituída pela atividade jurisdicional, que corresponde à segunda instância de efetivação, de caráter supletivo e que traz como nota fundamental a definitividade.¹⁵¹

O importante é garantir, diante dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, a proteção social, por meio da via judicial, mesmo que não concedidos por meio administrativo, espera-se que a tutela jurisdicional pretendida seja efetivada e por decisão de caráter definitivo.

Vem ao encontro da tutela jurisdicional o amplo conceito de acesso à justiça, que não traz consigo somente o acesso aos órgãos judiciais, mas a possibilidade de ingressar com uma ação perante a justiça, e ter, ao final, a satisfação de seu direito concretizado.

Uma importante relação a ser feita entre o acesso à justiça e a proteção aos direitos humanos é o fato de que o cidadão somente buscará seus direitos humanos e fundamentais, se tiver o acesso aos órgãos judiciais, com a efetividade

¹⁵¹ SAVARIS, José Antonio. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. **Revista Univali**, Itajaí, v. 17, n. 3, 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4200>>. Acesso em: 3 fev. 2014.

do direito que busca. Sem o acesso à justiça, os cidadãos tornam-se incapazes de buscar a proteção aos direitos humanos e fundamentais.

O acesso à justiça simboliza a cidadania, entrega o direito que a sociedade possui de buscar o que lhe é justo e de responder com suas obrigações. Esse exercício da cidadania é a efetivação da democracia.

Em suma, o beneficiário não pode ser prejudicado pela ilegalidade da demora administrativa na análise de seu direito. Cogitar o contrário significaria prestigiar o enriquecimento ilícito e atribuir razão a quem pretende valer-se de sua torpeza para benefício próprio.¹⁵²

Konrad Hesse ensina que, no modelo democrático-social contemporâneo, a vida social é algo impossível sem uma atividade estatal organizadora. A unidade política depende da atuação conjunta da sociedade e do próprio Estado, a este cabe organizar a realização das tarefas estatais e o bom andamento dessa atuação conjunta, por meio de um ordenamento jurídico apto a essa finalidade.¹⁵³

Sendo assim, o direito a uma ordem processual adequada à concretização de direitos humanos e fundamentais é, igualmente, um direito fundamental e, como tal, exige efetivação.

Nesse sentido, salienta José Antonio Savaris:

[...] a ordem de cumprimento imediato consubstancia parte do processo de concretização do direito fundamental à proteção judicial efetiva, a realização definitiva desse valor constitucional somente se aperfeiçoa quando a ordem judicial é cumprida pelo réu. O direito à adequada prestação jurisdicional se enlaça, [...] ao princípio constitucional da proteção judicial, direito fundamental cuja efetividade tende a ser incrementada, seguindo o curso de moderna corrente doutrinária constitucional.¹⁵⁴

“Perquirindo sobre as garantias constitucionais do processo, conclui que o processo é um fenômeno que atinge alguns dos mais fundamentais Direitos

¹⁵² SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 312

¹⁵³ HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992. p. 12-13

¹⁵⁴ SAVARIS. op. cit. p. 337

Humanos.”¹⁵⁵

Sobre a busca pela tutela jurisdicional, disciplina Moraes e Splenger:

Liga-se, também, à busca de tutela específica para o direito e/ou interesse ameaçado e, por óbvio, com a produção de resultados justos e efetivos. Esta preocupação evidencia a permanente busca pela efetividade do Direito e da Justiça no caso concreto. Nasce desvinculada de seu germe quando da dedução em juízo, ou melhor, no processo, procura-se apenas a obtenção de sua conclusão formal, pois o resultado final almejado em qualquer querela deve ser, na sua essência, pacificador do conflito. É só assim que se estará efetivando a chamada Justiça Social, expressão da tentativa de adicionar ao Estado de direito uma dimensão social.¹⁵⁶

A ideia de processo, de procedimento está ligada à de concretização de direitos fundamentais. A participação, através do procedimento, já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas, sim, uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais.¹⁵⁷

O processo como instrumento assegurador da efetividade do direito fundamental de acesso à justiça, efetividade da proteção judicial e de todos os demais direitos fundamentais postos na norma constitucional, utiliza a ciência processual moderna exclusivamente da realização concreta da justiça, porque de nada adianta obter o instrumento, caso não possua a concretização do direito que se busca.¹⁵⁸

A efetividade do processo é a maior correspondência possível entre os resultados obtidos e os fins esperados de quando se busca o acesso à justiça perante o Estado.

Tratando-se, especificamente, da questão da decadência, em direito

¹⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARIONI, Luiz Guilherme. **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994. p. 13

¹⁵⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 30

¹⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 74.

¹⁵⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 56

previdenciário, considerando que não há consenso entre doutrina e jurisprudência, caberá ao Supremo Tribunal Federal decidir, se ela permanece ou não em nosso ordenamento jurídico, porém deve-se ressaltar que o instituto da decadência, em matéria previdenciária, está ligado à proteção internacional dos direitos humanos previdenciários.

Chega-se, a um determinado momento, no qual é possível dizer que o artigo 103 da Lei 8.213/91 é inconstitucional, pois dispõe sobre decadência de direitos humanos e fundamentais, os quais são direitos imprescritíveis. O direito previdenciário é responsável pela prestação de recursos sociais indispensáveis à subsistência da pessoa, que deriva do próprio direito de proteção à existência humana digna.

3.6 Análise da jurisprudência previdenciária em tema de prescrição e decadência

A análise jurisprudencial a ser feita, neste contexto, vai trazer as decisões que tratam do prazo decadencial do artigo 103 da Lei 8.213/91. A decadência não é aplicada de forma unânime pela jurisprudência, enquanto a prescrição de trato sucessivo está sendo aplicada no prazo estabelecido pela Lei, deixa, por conseguinte, o direito intacto, não incidindo a prescrição de fundo de direito, de modo a prescrever apenas vencimentos que já tenham passado do prazo para serem revistos.

De outro norte, decisões que trazem o acesso à justiça e a proteção social como direitos humanos e fundamentais, como realmente são, não atribuem mérito ao prazo posto em lei, visto que se trata de direito humano, direito este imprescritível, o qual poderá ser requerido a qualquer tempo.

Veja-se decisão da 6ª Turma do Tribunal Regional Federal:

A autora busca a condenação do INSS na obrigação de revisar a RMI de sua aposentadoria por tempo de contribuição (NB: 102.061.495-3), mediante a consideração, no período básico de cálculo, das diferenças salariais reconhecidas pela Justiça do Trabalho. A sentença, exposta ao reexame obrigatório, acolheu parcialmente os pedidos [...]. A autora

apelou e afirmou que a prescrição quinquenal não pode ser decretada de ofício, como o foi. Caso mantido seu reconhecimento, pediu que o prazo seja aplicado para o período anterior à data em que a autarquia teve ciência da ação trabalhista, em 07/08/2002, ou, sucessivamente, à data do decurso do prazo para manifestação, em 14/11/2002, ou à data em que ocorreu o recolhimento das contribuições incidentes, em 23/06/2004, ou, então, da carga dos autos, em 07/01/2005. Por fim, requereu que os honorários advocatícios sejam majorados.

O INSS também apelou, alegando a decadência do direito de revisão do benefício da parte autora, tendo em vista a consumação do prazo de 10 anos entre o trânsito em julgado da ação trabalhista e o ajuizamento da presente ação. De qualquer maneira, os efeitos financeiros da condenação devem retroagir somente até o requerimento de sua revisão administrativa. Por fim, sustentou que a sentença atacada determinou a aplicação equivocada da Lei 11.960/09 para fins de correção monetária e juros de mora. Houve contrarrazões por ambas as partes. É o relatório. [...]

PRAZO DO ART. 103, CAPUT, DA LEI 8.213/91

Nos termos do art. 103, *caput*, da Lei de Benefícios, é de 10 anos o prazo da chamada decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo (redação dada pela Lei 10.839/04).

A autora requereu aposentadoria por tempo de contribuição em 07/02/96, tendo o benefício sido deferido em 11/02/96 [...]

Aplica-se ao caso a compreensão do TRF/4ª Região, que, no julgamento dos EINF 0002211-73.2009.404.7201, julgou que *período laboral não apreciado ou não requerido em ato de concessão de aposentadoria anterior não é abrangido pela decadência, porque tempo novo difere de pedido de revisão* (TRF4, EINF 0002211-73.2009.404.7201, Terceira Seção, Relator Rogerio Favreto, D.E. 16/11/2011). Em caso similar ao desta demanda, decidiu esta Turma: *O prazo extintivo de todo e qualquer direito ou ação previsto no art. 103, caput, da Lei n.º 8.213/91, somente se aplica à revisão de ato de concessão do benefício. Afastada a decadência, no caso dos autos, pois os períodos de atividade especial e as diferenças salariais reconhecidas em reclamatória trabalhista não foram apreciados no ato concessório do benefício.* (TRF4, APELREEX 5004511-55.2011.404.7005, Sexta Turma, Relator p/ Acórdão Ezio Teixeira, D.E. 11/06/2013). Logo, com base nos precedentes desta Corte, afasto a alegação de consumação do prazo decenal do art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91.

Conquanto observe neste julgamento a respeitável jurisprudência mencionada, apenas quero ressaltar meu particular entendimento, porque penso não ter relevo o fato de a revisão dos salários de contribuição não ter sido requerida por ocasião da concessão do benefício. É esta a linha do entendimento do STJ ao julgar os casos de

desaposentação (que, claramente, não se cuida de pleito formulado no requerimento de concessão), quando se afirma que o *art.103 da Lei 8.213/1991 estabelece sua incidência em todo e qualquer direito para a revisão do ato de concessão* (EDcl no AgRg no REsp 1349026/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 08/05/2013).¹⁵⁹

Antes da inclusão do prazo decadencial pela Lei 9.528/1997, não havia o instituto da decadência de revisão de benefício no direito previdenciário.

Na jurisprudência mencionada, na qual foi analisado o prazo decadencial, pode ser observado que o benefício da autora, concedido em 11/02/1996, ocorreu antes da mudança do artigo 103 da Lei 8.213/91, cuja mudança se deu em 1997. Portanto, nesse caso, considerando o prazo decadencial, não há como a lei retroagir para prejudicar o direito da segurada, pois a concessão do seu benefício é anterior à mudança da Lei e à criação de prazo decadencial em matéria previdenciária.

Nesse julgado, o Tribunal Regional Federal trouxe a análise do prazo decadencial, porém não o utilizou pelo fato de o benefício ser anterior à mudança da lei, que prevê prazo decadencial de 10 anos a benefícios previdenciários, não prejudicando o direito da segurada.

Da mesma forma ocorre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, pois, analisando a letra da Lei e firmando o prazo decadencial, não permitiu que a lei retroagisse, a fim de não prejudicar o segurado. Logo, se o benefício foi concedido após a mudança do artigo 103 da Lei 8.213/91, não se permite a revisão desse benefício e aplica-se o prazo decadencial de 10 anos.

Em outro julgado do Superior Tribunal de Justiça, é demonstrado entendimento diverso, o que causa insegurança jurídica quanto à prescrição do fundo de direito:

Sustenta o agravante que o entendimento firmado na decisão ora agravada diverge da jurisprudência consolidada desta Corte de que o prazo decadencial previsto na Lei 9.528/97 aplica-se, tão somente, aos benefícios concedidos após sua vigência. [...]

¹⁵⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação Cível/Reexame necessário. **Recurso n. 5006910-93.2012.404.7111**, 6ª Turma. Relatora Luciane Merlin Cleve Kravetz. Decisão: 26/06/2013

A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.309.529/PR, firmou o entendimento de que a data de edição da Lei 9.528/97 deve ser considerada como marco inicial para a contagem do prazo decadencial para a revisão de benefícios previdenciários concedidos antes de sua vigência. 2. Desta forma, as ações que buscam revisão de benefícios previdenciários concedidos em momento anterior ao referido ato normativo devem ser ajuizadas até 28.6.2007, respeitando-se o prazo decadencial decenal. 3. No caso dos autos, tendo sido a ação ajuizada em 18.6.2009, configurou-se a decadência do pedido inicial. 4. Agravo Regimental desprovido. [...]

3. Assim, o citado art. 103 da Lei 8.213/91, que somente disciplinava o prazo de prescrição para exigir prestações não pagas e não reclamadas na época própria, inovou ao disciplinar prazo decadencial para o direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão de ato de concessão de benefício.

4. Tenho entendido que a referida alteração da Lei 8.213/91 importa em restrição de direito subjetivo, implicando em prejuízo manifesto ao segurado da Previdência Social, motivo pelo qual deveria regular tão somente os benefícios concedidos posteriormente à sua vigência, o que inócorre na hipótese em tela, porquanto o benefício previdenciário foi concedido em data anterior à nova disposição legal.

5. Contudo, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.309.529/PR, firmou o entendimento de que, embora a Lei 9.528/97 não possa operar de maneira retroativa, a data de sua edição (28.6.1997) deve ser o marco inicial para a contagem do prazo decadencial para a revisão de benefícios concedidos antes de sua vigência. [...] a ação que visa à revisão dos benefícios previdenciários concedidos em data anterior à Lei 9.528/97 deve ser ajuizada até 28.6.2007, quando termina o transcurso do prazo decadencial decenal previsto nesse normativo. 8. No caso dos autos, a parte autora busca recalcular a renda mensal do benefício de aposentadoria, cuja data inicial é 10.1.1997. Ocorre que a ação somente veio a ser ajuizada em 18.6.2009, quando, portanto, já configurada a decadência. 9. Diante do exposto, nega-se provimento ao Agravo Regimental.¹⁶⁰

No caso em comento, a parte autora não obteve êxito na revisão de seu benefício. No entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o benefício não poderá ser revisto.

O ajuizamento da ação ocorreu em 18/06/2009, sendo que a DIB (data de início do benefício) foi em 10/01/1997, ou seja, o início do benefício é anterior à

¹⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. **Recurso n. 2012/0260025-2**, 1ª Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Decisão: 21/03/2013

edição da Lei 9.528/97 de 28/06/1997, porém o marco inicial para a contagem do prazo decadencial é quando da propositura da ação, no presente caso, a parte autora poderia ter ingressado com a ação até o ano de 2007.

Assim sendo, parece que o presente julgado deixou de fazer justiça, já que a data de início do benefício da parte autora é anterior à edição da Lei que estipulou o prazo decadencial. Dessa forma, a segurada poderia ingressar com a revisão do benefício a qualquer tempo, em decorrência de que a Lei não deve retroagir para prejudicar o segurado, como ocorreu no julgado do Superior Tribunal de Justiça.

Esse prazo estabelecido na Lei 8.213/91, ao ser utilizado nas ações frente à Fazenda Pública, configura-se como de prescrição de fundo do direito, pois perde o direito propriamente dito. Diferentemente de quando se fala de prescrição de trato sucessivo, ocasião em que se perde o direito de determinados vencimentos pelo lapso temporal, embora deva ser evidenciada somente a prescrição de trato sucessivo, nas decisões que tratem de revisões de benefícios previdenciários.

A mais injusta das decisões é a da aplicação da prescrição de fundo do direito a todos os benefícios concedidos antes da mudança da Lei, fazendo retroagir o prazo, não para beneficiar os segurados, mas para prejudicá-los, esta é a alegação da autarquia federal – INSS – Instituto Nacional do Seguro Social. Pode-se observar parte da alegação da autarquia federal, em seus recursos, contra os segurados:

O acórdão recorrido afastou a ocorrência da decadência nos presentes autos, afirmando que a pretensão da parte Autora não teria sido extinta pela decadência, prevista no art. 103 da Lei n. 8.213/1991 desde 28-6-1997.

A tese adotada pelo r. acórdão recorrido foi a de que as relações jurídicas constituídas antes da data em que a norma entrou em vigor estariam perpetuamente imunes aos prazos decadenciais.

O r. acórdão afirmou que esse entendimento estaria de acordo com o art. 5º, XXXVI, da CRFB/1988, seguindo o entendimento (sem dúvida alguma equivocado) do C. STJ, que diz que o prazo decadencial surte efeitos apenas sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor (v.g. REsp 1015179/RS).

Mas, assim decidindo, o acórdão recorrido contrariou texto expresso da Constituição (art. 5º, XXXVI), sede constitucional da norma de sobre direito acerca dos conflitos de leis no tempo.¹⁶¹

A autarquia federal, em seus recursos extraordinários, utiliza esse meio de defesa e recorre ao Supremo Tribunal Federal, com o intuito de aplicar a decadência não só nos benefícios concedidos a partir da mudança da lei, alegando que deve retroagir para todos os benefícios dos segurados com data de início do benefício anterior a 28/06/1997. A autarquia Federal pugna pela decisão mais injusta.

O Supremo Tribunal Federal não havia se manifestado, de forma unânime, quanto à questão do prazo decadencial do artigo 103 da Lei 8.213/91, mas em 16/10/2013, prolatou decisão com efeito *erga omnes*, conforme será analisada.

A decisão pacífica entre tribunais e Superior Tribunal de Justiça é a aplicação do prazo decadencial do artigo 103, ou seja, a decadência ocorre em 10 anos, atingindo os benefícios concedidos após a criação do prazo decadencial no direito previdenciário, ou seja, atingindo a decadência dos benefícios concedidos a partir de 28/06/1997. Já os benefícios concedidos em 1996, por exemplo, poderão ser revistos a qualquer tempo, pois não devem e não podem ser prejudicados os benefícios que não foram concedidos na vigência da Lei.

Trazendo para o conceito amplo que se possui de acesso à justiça, como direito humano e fundamental, o Estado, através da Justiça, tem o dever da efetividade do direito pretendido. Além disso, a proteção social e os direitos previdenciários também são direitos humanos e fundamentais, e quando se trata de direitos humanos, estes são imprescritíveis que, a qualquer tempo, possuem acesso à justiça, em seu sentido amplo, para fazer cessar violação ao direito pretendido.

A seguinte decisão traz a distinção entre entendimentos e posiciona-se sabiamente sobre a imprescritibilidade dos direitos humanos. Este é o entendimento

¹⁶¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Recurso Extraordinário. **Processo n.** 2009.72.55.005616-4. Turma Recursal SC. Disponível em: <https://eproc.jfsc.jus.br/eproc/consulta_processo.php?num_processo_consulta=200972550056164>. Acesso em: 11/07/2013

da Terceira Turma Recursal do estado do Paraná, em decisão de 30 de abril de 2013, que reconheceu o direito do segurado, suspendendo a prescrição de fundo de direito:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO. LEI 8.213/91, ART.103, *CAPUT*. APLICABILIDADE AOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA MP 1.523-9/97. JURISPRUDÊNCIA DO STJ FIRMADA EM SEDE DE REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. NATUREZA PRESCRICIONAL DO PRAZO. AÇÃO REVISIONAL PARA APLICAÇÃO DA SÚMULA 02 DO TRF DA 4ª REGIÃO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA. ELEVAÇÃO DOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL COM O AJUIZAMENTO DA DEMANDA ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. DIREITO À REVISÃO RECONHECIDO. EFEITOS FINANCEIROS NA DER. PRECEDENTES.

1. É inconstitucional a regra contida no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela MP 1.523-9, de 28/06/1997, quando estipula prazo decadencial (prescrição do fundo do direito, mais propriamente) para a revisão do ato de concessão de benefício previdenciário, porque implica, em suas consequências, a irreversibilidade do ato estatal que viola direito intimamente ligado ao mínimo existencial e à dignidade humana. Todavia, esse não é o entendimento que prevalece em nossa jurisprudência, razão pela qual a decisão desta Turma Recursal se orienta a partir de outra perspectiva.

Percebe-se, de início, na presente decisão, que a Turma Recursal não concorda com o entendimento que prevalece na jurisprudência e diante disso reporta-se à decisão mais benéfica possível aos segurados, respeitando a orientação jurisprudencial prevalecente.

Também considera o prazo decadencial do artigo 103 inconstitucional, pois não pode operar a prescrição de fundo do direito, para a revisão do ato de concessão de benefício previdenciário, em virtude de violação de direito humano.

2. De acordo com a jurisprudência firmada pelo STJ em sede de recurso repetitivo (CPC, art. 543-C), é aplicável o prazo de revisão do ato de concessão dos benefícios concedidos em tempo anterior à MP 1.523-9/97. Esse prazo, de dez anos inicia-se em 28/06/1997, quando entrou em vigor esse ato normativo (REsp 1303988/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, j. 14/03/2012, DJe 21/03/2012). [...].

O entendimento da Turma Recursal não é o mesmo do STJ, que trata o

prazo do artigo 103 como decadencial; enquanto esta decisão entende-o como prazo prescricional, por compreender tratar-se de lesão a direito que não satisfaz senão pelo cumprimento da prestação pelo devedor.

4. Encontra-se uniformizado no âmbito da TRU da 4a Região que "o ajuizamento de reclamação trabalhista visando o reconhecimento de diferenças salariais impede o curso do prazo do art. 103, caput, da Lei 8.213/91 até o seu trânsito em julgado" (TRU. IUJEF n.º 0001255.58.2010.404.7254, Rel. Juíza Federal Joane Unfer Calderari; D. E. 27/07/2012). Com efeito, as causas impeditivas ou suspensivas da prescrição alcançam a prescrição quinquenal (Lei 8.213/91, art. 103, parágrafo único) e, bem assim, a prescrição do fundo do direito (Lei 8.213/91, art. 103, *caput*).

6. Considerando que o benefício foi concedido em tempo anterior ao advento da Lei 9.528/97, o curso do prazo prescricional iniciou-se em 28/06/1997, quando da publicação da MP 1523-9/1997. Esse prazo foi suspenso com o ajuizamento da Reclamação Trabalhista proposta em 13/10/1999 até quando do trânsito em julgado da decisão proferida naqueles autos (29/03/2007).

7. Uma vez reconhecido o direito a diferenças salariais por decisão trabalhista passada em julgado, proferida em processo após ampla discussão a respeito do tema, a parte autora faz jus à correspondente revisão de benefício de sua titularidade, mediante inclusão nos salários de contribuição das diferenças encontradas, com efeitos desde a DER, respeitada a prescrição quinquenal (Lei 8.213/91, art. 103, parágrafo único).

8. Recurso da parte autora parcialmente provido.

ACORDAM os Juízes da 3ª TURMA RECURSAL DO PARANÁ, por unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto do(a) Relator(a).¹⁶²

A turma encerra a decisão, reportando-se à jurisprudência pacífica e mais justa ao segurado, considerando o entendimento de imprescritibilidade dos direitos previdenciários, que são direitos humanos, os quais ainda não foram analisados por esse viés pelos tribunais superiores.

Na íntegra da mesma decisão, é possível perceber o entendimento da prescrição de trato sucessivo, quando da interpretação do artigo 103 da Lei 8.213/91, pois não pode ser utilizada a prescrição do fundo de direito por tratar de direitos de seguridade social de direito humano:

¹⁶² BRASIL. Tribunal Regional Federal. Recurso Cível. **Processo n. 5001219-59.2011.404.7006**. Terceira Turma Recursal do PR. Relator: José Antonio Savaris. Decisão: 30/04/2013.

Trata-se de recurso interposto pela parte autora em face de sentença que reconheceu a decadência do direito de revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição percebido desde 21/06/1995 mediante incorporação das diferenças salariais encontradas em reclamatória trabalhistas no salário de contribuição. Insurge-se a recorrente requerendo, em síntese, a reforma da sentença impugnada sob argumento de que o prazo decadencial de 10 (dez) anos não se aplica aos benefícios concedidos anteriormente à vigência da MP 1523-9, publicada em 28/06/1997, sendo inclusive, conforme determinação do TRF-2ª Região que o prazo decadencial restabelecido pela Lei 10.839, de 06/02/2004, passa a correr a partir de sua vigência. Aduz, ainda, que conforme orientação do TRF-4ª Região o decurso do prazo somente fluiria para os casos de ato concessório de benefício, não abrangendo os casos de recebimento de créditos de trato sucessivo. Requer a reforma do julgado (evento n.º 20, REC1).

- Inconstitucionalidade de prazo para cessação de lesão estatal a direito humano e fundamental.

O direito à previdência social consubstancia autêntico direito humano e fundamental, pois a prestação de recursos sociais indispensáveis à subsistência da pessoa deriva do próprio direito de proteção à existência humana digna.¹⁶³

Os direitos humanos e fundamentais não se submetem ao regime de preclusão temporal, não sendo adequado considerar extinto o direito pelo seu não exercício em tempo que se julga oportuno. Os direitos humanos e fundamentais são imprescritíveis.

Em tema de proteção social, o regime de preclusão temporal pode conduzir a pessoa a uma condição de destituição perpétua de recursos necessários a sua subsistência, quando é entregue à própria sorte, mesmo sendo inegável que faz jus a determinada forma de proteção social. O decurso do tempo não legitima a violação de nenhum dos direitos humanos e fundamentais, os quais devem ser respeitados em sua integralidade.

3.7 Decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em tema de prescrição e decadência

¹⁶³ BRASIL. Tribunal Regional Federal. Recurso Cível. **Processo n. 5001219-59.2011.404.7006**. Terceira Turma Recursal do PR. Relator: José Antonio Savaris. Decisão: 30/04/2013.

No direito brasileiro, cabe à Corte Superior prolatar decisão final, tornando o direito *erga omnes*, ou seja, cabível para todos. Essa Corte prolatou decisão quanto ao prazo decadencial em matéria de direito previdenciário.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, em 16 de outubro de 2013, matéria de repercussão geral, quanto ao prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei 8.213/91, permitindo a aplicação do prazo de 10 anos, retroagindo para que nenhum segurado, após esse prazo, possa requerer revisão de seu benefício.

A retroação da Lei para benefícios concedidos após a medida provisória de 1997, que inovou o artigo 103 da Lei 8.213/91, retroage para prejudicar todos os segurados que possuem a data de concessão de benefício anterior à mudança.

Por unanimidade, o Plenário deu provimento ao Recurso Extraordinário 626489¹⁶⁴, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social, para reformar acórdão de Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Sergipe que entendeu inaplicável o prazo decadencial a benefícios anteriores à vigência da Medida Provisória.¹⁶⁵

A decisão estabeleceu também que o prazo de dez anos para pedidos de revisão passe a contar a partir da vigência da medida provisória, e não da data da concessão do benefício.¹⁶⁶

A matéria discutida no Recurso Extraordinário 626489, como já mencionado, é de repercussão geral reconhecida, e dessa forma, a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal servirá como parâmetro aos processos semelhantes

¹⁶⁴ EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. FIXAÇÃO DE PRAZO DECADENCIAL. MEDIDA PROVISÓRIA 1.523, DE 27/06/1997. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE À RESPECTIVA VIGÊNCIA. DIREITO ADQUIRIDO. SEGURANÇA JURÍDICA. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA. Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de aplicação do prazo decadencial estabelecido pela Medida Provisória 1.523/1997 aos benefícios previdenciários concedidos antes da respectiva vigência. (RE 626489 RG, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 16/09/2010, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-084 DIVULG 30-04-2012 PUBLIC 02-05-2012)

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verJulgamentoDetalhe.asp?idConteudo=251123>>. Acesso em: 03/02/2014.

¹⁶⁶ Ibidem.

em todo o país que estavam com a tramitação suspensa, ou seja, sobrestados à espera da conclusão do julgamento.

O acórdão recorrido utilizou como fundamento o seguinte entendimento:

O prazo decadencial previsto artigo 103 (caput) da Lei de Benefícios, introduzido pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, por se tratar de instituto de direito material, surte efeitos apenas sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor. Como, naquele caso, o benefício previdenciário foi concedido à segurada antes da vigência da Medida Provisória 1.523-9/1997, a conclusão foi a de que estaria “imune à incidência do prazo decadencial”. O INSS argumentava que ao vedar a incidência do prazo instituído pela lei nova aos benefícios concedidos antes de sua publicação, o acórdão violava frontalmente a garantia do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que trata do direito adquirido. Dessa forma, pedia que fosse restabelecida a sentença de primeiro grau que reconhecia a decadência.¹⁶⁷

Em sua defesa, a segurada alegava: “Como o benefício foi concedido antes da vigência da lei, havia direito adquirido de ingressar com o pedido de revisão de seu benefício a qualquer tempo.”¹⁶⁸

O relator do processo destacou que o direito a benefício previdenciário deve ser considerado como uma das garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, pois “[...] se assenta nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade e nos valores sociais do trabalho.”¹⁶⁹

Em seu ponto de vista, a competência para estabelecer as regras infraconstitucionais que regem esse direito fundamental é do Congresso, e apenas se a legislação desrespeitar o núcleo essencial desse direito, é que haverá invalidade da norma.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verJulgamentoDetalhe.asp?idConteudo=251123>. Acesso em: 03/02/2014.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ Ibidem.

Nas palavras do ministro: “O fato de que, ao tempo da concessão, não havia limite temporal para futuro pedido de revisão não quer dizer que o segurado tenha direito adquirido a que tal prazo nunca venha a ser estabelecido.”¹⁷⁰

Sustentou que, em relação ao requerimento inicial de benefício previdenciário, que constitui o direito fundamental do cidadão, a legislação não introduziu nenhum prazo. E frisou que a concessão do benefício não prescreve ou decai, podendo ser postulada a qualquer tempo.

Nesse ponto, o ministro não menciona direito de revisão, somente o de concessão, que sequer está sendo alvo de discussão. A concessão de benefício não pode ser motivo de discussão na aplicação de prescrição e decadência, o problema está no direito de revisão necessária quando a Administração Pública tiver cometido alguma ilegalidade ou por não ter analisado determinado tempo de serviço.

Segundo o voto do ministro relator, o prazo decadencial introduzido pela Lei 9.528/1997 atinge somente a pretensão de rever o benefício, ou seja, de discutir a graduação econômica do benefício já concedido.¹⁷¹

Não se trata de mera graduação econômica, mas de violação de direito, quando um segurado deixa de receber o que lhe é devido, por erro do Órgão Público concessor.

E assim fundamentou: “A instituição de um limite temporal máximo destina-se a resguardar a segurança jurídica, facilitando a previsão do custo global das prestações sociais”.¹⁷²

Dessa forma, é possível observar que a decisão conta com critérios extrajurídicos, quando explica que é uma exigência relacionada à manutenção do equilíbrio atuarial do sistema previdenciário, propósito que tem motivado sucessivas emendas constitucionais e medidas legislativas. Em última análise, é desse

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verJulgamentoDetalhe.asp?idConteudo=251123>. Acesso em: 03/02/2014.

¹⁷¹ Ibidem.

¹⁷² Ibidem.

equilíbrio que depende a própria continuidade da previdência, para esta geração e outras que virão.

Para o ministro relator, não existe inconstitucionalidade na criação de prazo decadencial razoável à revisão dos benefícios já reconhecidos, visto que a Lei passou a prever o mesmo prazo a eventuais pretensões revisionais da Administração Pública que, depois de dez anos, também fica impedida de anular atos administrativos que gerem efeitos favoráveis a seus beneficiários.¹⁷³

O ministro considera o prazo decadencial de 10 anos para revisão de benefícios previdenciários mais do que razoável:

Considero que o prazo de dez anos é inequivocamente razoável. É tempo mais do que suficiente para a resolução de eventuais controvérsias interpretativas e para que o segurado busque as informações relevantes.¹⁷⁴

Conforme exposto no decorrer deste trabalho, é visível que a decisão do Supremo Tribunal Federal não é jurídica, por preocupar-se com o sistema previdenciário e não com o direito do segurado, vítima desse sistema.

Os direitos de Seguridade Social, como a concessão de benefício previdenciário, é um direito humano, isto é, imprescritível e, portanto, não tem aplicação do prazo decadencial, conforme aplicado pelo Supremo Tribunal Federal.

O julgado não fez menção à prescrição de trato sucessivo e fundo de direito, considerou o prazo do artigo 103 como prazo decadencial a partir da edição da medida provisória, ao retroagir a lei, aplicando o prazo de dez anos estabelecidos para todos os segurados, desconsiderando a data de concessão do benefício previdenciário.

Independentemente do prazo do artigo 103 ter sido considerado como

¹⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verJulgamentoDetalhe.asp?idConteudo=251123>>. Acesso em: 03/02/2014.

¹⁷⁴ Ibidem.

decadência do direito de revisão e não de prescrição de fundo do direito, o importante é analisar que não pode ser estabelecido prazo de extinção definitiva de direito humano, como são os direitos de seguridade social, pelo decurso de tempo.

Ora, se o Brasil recepcionou na Constituição Federal de 1988, no rol dos direitos fundamentais e cláusulas pétreas, os tratados internacionais, os quais trazem os direitos de seguridade social como direitos humanos, logo, são fundamentais, como é fundamental a dignidade da pessoa humana. Desse modo, é lamentável a decisão do Supremo Tribunal Federal, Corte Superior que tem o dever de guarda da nossa Constituição Federal, não ter observado o direito humano e fundamental.

É fundamental o reconhecimento da imprescritibilidade dos direitos humanos, para que ocorra a cessação da violação dos direitos humanos e fundamentais a qualquer tempo.

A discussão não poderá ser encerrada na Corte Superior brasileira, pois trata-se de direito humano protegido pelos tratados internacionais, de interesse da população mundial, desta forma, não se pode deixar apenas a Corte Superior de um país decidir pela violação de direitos humanos.

Os direitos humanos são direitos que prezam pela dignidade da pessoa humana e não somente no Brasil, mas no ordenamento jurídico em contexto mundial, como são os direitos a seguridade social, o direito do trabalho e demais direitos previstos como direitos humanos em tratados internacionais, não podem ser alvo de violação pela Corte Superior de um país, como ocorreu no direito brasileiro quando da decisão pela violação de direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve como objetivo científico, de forma geral, a análise da imprescritibilidade dos direitos de seguridade social pela previsão no direito internacional e sua recepção pelo direito brasileiro, considerando-se, assim, direito humano e fundamental.

Os direitos humanos são imprescritíveis e dessa forma, o direito ao requerimento de revisão de benefício previdenciário não poderá decair, como era, inicialmente, interpretado o artigo 103 da Lei 8.213/91.

No primeiro capítulo, destacou-se a importância dos institutos extintivos de direitos nas relações jurídicas para a existência da segurança jurídica e preservação da estabilidade social.

Desse modo, observou-se que o Código Civil de 2002 prevê os casos de prescrição e decadência, bem como a possibilidade de sua suspensão e interrupção. Os prazos extintivos de direitos também se operam contra a Fazenda Pública, nas relações jurídicas, especificamente, como prescrição de trato sucessivo e fundo de direito.

A prescrição de trato sucessivo prescreve parcelas em que a Administração Pública não tenha cumprido corretamente com sua obrigação de pagamento, sendo possível a renovação do marco inicial, obedecendo, todavia ao prazo quinquenal. A prescrição do fundo de direito impossibilita a busca do direito fundamental pretendido.

No segundo capítulo, tratou-se do direito humano e fundamental, direitos estes imprescindíveis ao ser humano. Diferentes conceitos foram demonstrados e não deixaram dúvidas de que direitos fundamentais são também direitos humanos.

Entre eles, o direito ao acesso à justiça que está previsto na Constituição Federal e também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O acesso à justiça possui conceito amplo, pois vai além do simples acesso ao Poder Judiciário, acima de tudo, possui a finalidade de efetivar o direito tutelado.

Como o acesso à justiça, os direitos de proteção social também são considerados direitos humanos e fundamentais. A proteção social está condicionada à dignidade da pessoa humana.

A Corte Internacional frisa que o acesso à justiça constitui um dos pilares básicos do Estado de Direito Democrático de modo que não adianta o simples acesso ao Poder Judiciário, se não garantir a tutela jurisdicional pretendida.

No terceiro capítulo, demonstrou-se a evolução histórica da legislação previdenciária em tema de extinção dos direitos. A prescrição está presente na história da legislação previdenciária desde 1932, prevendo-a para a correção de atos da Administração Pública, cujo prazo é quinquenal.

A Lei 8.213/91, em sua redação original, previa prazo quinquenal para os segurados reclamarem parcelas devidas e não pagas pela Administração, quando da concessão de benefício previdenciário.

A decadência foi criada em 27/06/1997, e depois de diversas mudanças, o artigo 103 da Lei 8.213/91 prevê o prazo decadencial de 10 anos.

O prazo estabelecido na legislação previdenciária tem por objeto somente a matéria pertinente ao cálculo da renda mensal inicial dos benefícios, o que assevera o entendimento da aplicação da prescrição de trato sucessivo, qual seja, a prescrição das parcelas e não a prescrição do fundo de direito, que diz respeito à revisão do ato concessivo, que não incluiu tempo de serviço, direito este humano, portanto, imprescritível.

O entendimento justo é quando a análise jurisprudencial trata a prescrição de fundo de direito como direito humano, pois o prazo estabelecido no artigo 103 é inconstitucional. A maior parte da jurisprudência analisa os direitos de seguridade social como direitos humanos, defendendo a impossibilidade de operar prazo decadencial.

O Supremo Tribunal Federal prolatou decisão em 16/10/2013 no sentido de que se opera a decadência a todos os segurados, independentemente da data de

concessão de seu benefício, de modo a retroagir a lei. Não chega a mencionar a prescrição de trato sucessivo e de fundo de direito, também não aprecia o direito humano e fundamental.

Diante de tantos juízes e tribunais brasileiros que decidem de forma a proteger os direitos humanos e fundamentais, não é justo que apenas a decisão de uma Corte decida pela violação de direito humano e fundamental.

Cabe ressaltar que os direitos humanos derivam do homem e um direito fundamental sempre será um direito humano. O indivíduo não possui dignidade, se violados seus direitos humanos e fundamentais, da forma que foram violados pela Corte Superior.

É inadmissível que a discussão seja encerrada na Corte Superior brasileira, pois trata-se de Corte Superior de um país, não possuindo legitimidade absoluta para decidir pela violação de direitos humanos.

O decurso do tempo não legitima a violação de nenhum dos direitos humanos e fundamentais, os quais devem ser respeitados em sua integralidade. Não pode ser estabelecido prazo de extinção definitiva de direito humano, como são os direitos de seguridade social, o direito do trabalho e demais direitos previstos como direitos humanos em tratados internacionais, pelo decurso de tempo.

É necessário o reconhecimento da imprescritibilidade para que ocorra a cessação da violação dos direitos humanos e fundamentais a qualquer tempo, deste modo, não deverá prevalecer a decisão da Corte Superior brasileira, que decidiu pela violação de direito humano e fundamental, sendo possível a análise desta matéria pelo sistema de proteção internacional dos direitos humanos.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Três escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Trad. Carlos Bernal Pulido. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 3, p. 95-132, jan./jun. 1961.

ANNONI, Danielle. **ACESSO À JUSTIÇA E DIREITOS HUMANOS: A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004 E A GARANTIA À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO**. Conpedi. Manaus. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/danielle_annoni.pdf>. Acesso em: 05/02/2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BENEVIDES, Maria Victória. **Cidadania e justiça**. São Paulo: Revista da FDE, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08/07/2013.

BRASIL. **Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932**. Disponível em: <http://www.dji.com.br/decretos/1932-020910-pq/prescricao_quinquenal.htm>. Acesso em: 08/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Recurso Especial. **Recurso n. 439.609**, 6ª Turma. Relator. Min. Fernando Gonsçalves. Decisão: 20/03/2003

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. **Recurso n. 801.344**, 5ª Turma. Relator. Min. Felix Fischer. Decisão: 02/05/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. **Recurso n. 2012/0260025-2**, 1ª Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Decisão: 21/03/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas**. Disponível em: <<http://>

[//www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=sumu&p=true&t=&1=10&i=380](http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=sumu&p=true&t=&1=10&i=380)>. Acesso em: 07/03/2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4 Região. Recurso nº 2009.70.53.003516-6, segunda turma. Relatora: Andréia Castro Dias. Decisão: 30/03/2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4 Região. Apelação Cível/Reexame necessário. **Recurso n. 5006910-93.2012.404.7111**, 6ª Turma. Relatora Luciane Merlin Cleve Kravetz. Decisão: 26/06/2013

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4 Região. Agravo de Instrumento. **Recurso n. 5004988 73.2013.404.0000**, quinta turma. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Decisão: 14/06/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4 Região. Recurso Extraordinário. **Processo n. 2009.72.55.005616-4**. Turma Recursal SC. Disponível em: <https://eproc.jfsc.jus.br/eproc/consulta_processo.php?num_processo_consulta=200972550056164>. Acesso em: 11/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verJulgamentoDetalhe.asp?idConteudo=251123>>. Acesso em: 03/02/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25733060&num_registro=201201128408&data=20130513&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 06/03/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 626489 RG, Relator(a): Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 16/10/2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE_626489_decadencia_voto_16out2013_final2.pdf>. Acesso em: 06/03/2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: MARIONI, Luiz Guilherme. **O processo civil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 1994.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 8. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 10. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CASTRO, Carlos Alberto de. LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

CAVALCANTE, Tatiana Maria Náufel. **Cidadania e Acesso à Justiça**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32195-38277-1-PB.pdf>>. Acesso em: 04/03/2014 .

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá, 1998.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação do direito da segurança social. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antônio (Coords.). **Curso de Especialização em Direito Previdenciário**. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2005. p. 265-266.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 82.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A prestação jurisdicional e a efetividade dos direitos declarados. **Revista da EMERJ**, v. 1, n. 1, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: LTr, 2005.

FORTES, Simone Barbisan. PAUSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2. ed. Malheiros, 2010.

FREUDENTHAL, Sergio Pardal. **A Previdência Social Hoje**. São Paulo: LTr, 2004.

GARCIA, Marcos Leite. Novos Direitos Fundamentais e Demandas Transnacionais. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza: 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3681.pdf>. Acesso em: 23/07/2013.

GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito Penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. São Paulo: RT, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HERKENHOFF, João Batista. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos. **Prescrição e decadência no direito previdenciário em matéria de benefício**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LEAL, Antônio Luís da Câmara. **Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MARTÍNEZ, Gregório Peces-Barba. **Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General**. Madrid: Diploma Legal, 1995.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Univali, 1998.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORO, Sergio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

OLIVEIRA, Lamartino França de. **Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos Fundamentais e Acesso à Justiça na Constituição**. São Paulo: LTR, 2008.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIOVESAN, Flávia. **A proteção dos direitos sociais nos planos interno e internacional**. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha Correia (Coord.). São Paulo: LTR, 2004

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Procuradoria Geral de São Paulo. Disponível em:
<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso: 02/09/2013.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ROCHA, Daniel Machado da. BALTAZAR, José Paulo Júnior. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado e ESMAFE/RS, 2007.

ROCHA, Daniel Machado da. **O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO**. Disponível em:
<http://www.esmafe.org.br/web/revista/rev03/06_daniel_machado_da_rocha.pdf>. Acesso em 08/03/2014.

ROCHA, José Cláudio. ALVES, Cristiano Cruz. **O acesso à justiça: ao Poder Judiciário ou à ordem jurídica justa?** Disponível em:
<<http://www.fumec.br/revistas/index.php/meritum/issue/view/124>>. Acesso em: 04/03/2014.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Lei Orgânica da Previdência Social**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rede Virtual de Bibliotecas. 1967.

SANTOS, Ulderico Pires dos. **Prescrição: doutrina, jurisprudência e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SAVARIS, José Antonio. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. **Revista Univali**, Itajaí, v. 17, n. 3, 2012. Disponível em <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4200>>. Acesso em: 03/03/2014.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. **Curso de Processo Judicial Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

SETTE, André Luiz Menezes Azevedo. **Direito previdenciário avançado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SOBRINHO, Délio José Rocha. **Prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. Tutela das Expectativas de Direitos Fundamentais. In: SAVARIS, José Antonio. STRAPAZZON, Carlos Luiz. (Coord.) **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana**. Curitiba: Alteridade, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). **Direito Processual Público: a Fazenda Pública em Juízo**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEIXEIRA, Larissa Xavier. SANTOS, Fátima Terezinha Silva. **O acesso à justiça: uma análise do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos**.

Disponível em:

<<http://www.unicruz.edu.br/seminario/artigos/sociais/O%20ACESSO%20%C3%80%20JUSTI%C3%87A%20UMA%20AN%C3%81LISE%20DO%20SISTEMA%20INTERAMERICANO%20DE%20PROTE%C3%87%C3%83O%20AOS%20DIREITOS%20H>

UMANOS.pdf>. Acesso em: 04/03/2014.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, de justicia. Tradução de Marina Gascón, 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ANEXOS

ANEXO A - RECURSO EXTRAORDINÁRIO 626.489 - SERGIPE¹⁷⁵

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

EMENTA: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA.

1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário. 2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário. 3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição. 4. Inexistente direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência.

I. A HIPÓTESE

1. O presente recurso extraordinário discute a incidência do prazo decadencial de dez anos – introduzido pela Medida Provisória nº 1.523, de 28.06.1997 – sobre as pretensões de revisão de benefícios previdenciários instituídos antes dessa inovação legislativa. O caso concreto subjacente envolve aposentadoria por invalidez concedida a Maria das Dores Oliveira Martins, em 08.06.1995 (fl. 26). O Federal declarou extinta a demanda ajuizada pela aposentada, com resolução de mérito em seu desfavor. O fundamento foi a suposta decadência do direito à revisão, tendo em vista que a ação somente foi proposta em 03.06.2009, já após o referido prazo decenal. A Turma Recursal dos Juizados Especiais de Sergipe deu provimento ao recurso interposto da sentença e afastou a decadência, determinando ao juízo de origem que analisasse a questão de fundo. Dessa decisão foi interposto o recurso extraordinário. O provimento judicial impugnado tem a seguinte ementa:

“DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. NORMA DE DIREITO MATERIAL. APLICAÇÃO APENAS AOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS A PARTIR DA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA NO. 1.523/1997. ENTENDIMENTO PACÍFICO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA TURMA RECURSAL.

¹⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 626489 RG, Relator(a): Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 16/10/2013. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE_626489_decadencia_voto_16out2013_final2.pdf. Acesso em: 06/03/2014.

PRECEDENTES. PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Esta Corte já firmou entendimento de que o prazo decadencial previsto no caput do artigo 103 da Lei de Benefícios, introduzido pela Medida Provisória no. 1.523-9, de 27.6.1997, convertida na Lei no. 9.528/1997, por se tratar de instituto de direito material, surte efeitos apenas sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor. Na hipótese dos autos, o benefício foi concedido antes da vigência da inovação mencionada e, portanto, não há que se falar em decadência do direito de revisão, mas, tão somente, da prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio antecedente à propositura da ação (STJ, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 846.849/RS, Quinta Turma, Relator(a) JORGE MUSSI, DJE Data: 3/3/2008). 2. Como o benefício previdenciário revisando foi concedido à parte autora antes da vigência da Medida Provisória no. 1.523-9/1997 está imune à incidência do prazo decadencial. 3. Orientação pacífica do Superior Tribunal de Justiça e desta Turma Recursal. 4. Provimento do recurso.” 2. A controvérsia tem sua origem no fato de que a Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social, não continha previsão de prazo para a postulação de benefício previdenciário e tampouco para os pedidos de sua revisão. Prevvia-se apenas a incidência do prazo de cinco anos para a cobrança de parcelas vencidas e não pagas, preservando-se integralmente o fundo de direito. Confira-se a redação original do art. 103:

“Art. 103. Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes e dos ausentes.”

3. Posteriormente, a Medida Provisória nº 1523-9/1997 alterou a redação do dispositivo transcrito, passando a prever prazo decadencial para revisão do benefício inicialmente concedido, nos seguintes termos:

“Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.”

4. A questão em debate, cuja repercussão geral foi reconhecida, consiste na aplicação ou não do prazo limitativo de dez anos para a revisão de benefícios previdenciários concedidos antes da MP nº 1.523-9/1997. Existem, em verdade, dois pontos a serem enfrentados: 1) a validade e o alcance da própria instituição de prazo para a revisão do ato concessório; e 2) a incidência imediata da alteração normativa a benefícios concedidos anteriormente à sua vigência. 5. As duas questões são analisadas a seguir.

II. VALIDADE E ALCANCE DA INSTITUIÇÃO DE PRAZO PARA REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

6. O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) constitui um sistema básico de proteção social, de caráter público, institucional e contributivo, que tem por finalidade segurar de forma limitada trabalhadores da iniciativa privada. A previdência social,

em sua conformação básica, é um direito fundado na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na cidadania e nos valores sociais do trabalho (CF/88, art. 1º, II, III e IV), bem como nos objetivos da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, avançar na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 3º, I e III). 7. Cabe distinguir, porém, entre o direito ao benefício previdenciário em si considerado – isto é, o denominado fundo do direito, que tem caráter fundamental – e a graduação pecuniária das prestações. Esse segundo aspecto é fortemente afetado por um amplo conjunto de circunstâncias sociais, econômicas e atuariais, variáveis em cada momento histórico. Desde a pirâmide etária e o nível de poupança privada praticado pelo conjunto de cidadãos até a conjuntura macroeconômica, com seu impacto sobre os níveis de emprego e renda.

8. Isso faz com que a definição concreta do sistema de previdência precise equacionar interesses por vezes conflitantes: dos trabalhadores ativos e dos segurados, dos contribuintes abastados e das pessoas mais humildes, da geração atual e das futuras. Em linha de princípio, a tarefa de realizar esse complexo equilíbrio situa-se na esfera de conformação do legislador, subordinando-se à decisão política das majorias parlamentares. Somente haverá invalidade se a escolha legislativa desrespeitar o núcleo essencial do direito em questão. Resta saber se a instituição do prazo ora analisado e a sua incidência sobre os benefícios já concedidos incorreu ou não nesse tipo de vício. 9. Entendo que a resposta é negativa. No tocante ao direito à obtenção de benefício previdenciário, a disciplina legislativa não introduziu prazo algum. Vale dizer: o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário. Esse ponto é reconhecido de forma expressa no art. 102, § 1º, da Lei nº 8.213/19913, bem como em diversas passagens em que a referida lei apenas dispõe que o atraso na apresentação do requerimento fará com que o benefício seja devido a contar do pedido, sem efeito retroativo. Nesse sentido, permanecem perfeitamente aplicáveis as Súmulas 443/STF5 e 85/STJ, na medida em que registram a imprescritibilidade do fundo de direito do benefício não requerido. 10. A decadência instituída pela MP nº 1.523-9/1997 atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário. Em outras palavras: a pretensão de discutir a graduação econômica do benefício já concedido. Como é natural, a instituição de um limite temporal máximo destina-se a resguardar a segurança jurídica, facilitando a previsão do custo global das prestações devidas. Em rigor, essa é uma exigência relacionada à manutenção do equilíbrio atuarial do sistema previdenciário, propósito que tem motivado sucessivas emendas constitucionais e medidas legislativas. Em última análise, é desse equilíbrio que depende a continuidade da própria Previdência, não apenas para a geração atual, mas também para as que se seguirão. 11. Com base nesse raciocínio, não verifico inconstitucionalidade na criação, por lei, de prazo de decadência razoável para o questionamento de benefícios já reconhecidos. Essa limitação incide sobre o aspecto patrimonial das prestações. Não há nada de revolucionário na medida em questão. É legítimo que o Estado-legislador, ao fazer a ponderação entre os valores da justiça e da segurança jurídica, procure impedir que situações geradoras de instabilidade social e litígios possam se eternizar. Especificamente na matéria aqui versada, não é desejável que o ato administrativo de concessão de um benefício previdenciário possa ficar indefinidamente sujeito à discussão, prejudicando a previsibilidade do sistema como um todo. Esse ponto justifica um comentário

adicional. 12. O Regime Geral de Previdência Social é um sistema de seguro na modalidade de repartição simples, a significar que todas as despesas são diluídas entre os segurados. Não se trata, portanto, de um conjunto de contas puramente individuais, e sim de um sistema fortemente baseado na solidariedade. Isso aumenta a interdependência entre os envolvidos. Diante disso, há maior razão para a estipulação de um prazo razoável para a revisão de atos de concessão, conciliando os interesses individuais com o imperativo de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. 13. Com essas considerações, entendo que inexistente violação ao direito fundamental à previdência social, tal como consagrado na Constituição de 1988. Não vislumbro, igualmente, qualquer ofensa à regra constitucional que exige a indicação prévia da fonte de custeio (art. 195, § 5º) – irrelevante na hipótese –, e tampouco aos princípios da irredutibilidade do valor dos benefícios (art. 194, parágrafo único, IV) e da manutenção do seu valor real (art. 201, § 4º). Tais comandos protegem a integridade dos benefícios já instituídos, e não um suposto direito permanente e incondicionado à revisão. 14. Assentada a validade da previsão de prazo, considero que o lapso de 10 (dez) anos é inequivocamente razoável. É tempo mais do que suficiente para a resolução de eventuais controvérsias interpretativas e para que o segurado busque as informações relevantes. É importante notar, nesse cenário, que a Lei nº 8.213/1991 passou a prever o mesmo prazo para eventuais pretensões revisionais da Administração, nos termos do seu art. 103-A:

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

No encerramento deste tópico, é possível sintetizar os dois parâmetros gerais que devem reger a matéria: a) não há prazo decadencial para a formulação do requerimento inicial de concessão de benefício previdenciário, que corresponde ao exercício de um direito fundamental relacionado à mínima segurança social do indivíduo;

b) a instituição de um prazo decadencial de dez anos para a revisão dos benefícios já concedidos é compatível com a Constituição Federal. Trata-se de uma conciliação razoável entre os interesses individuais envolvidos e os princípios da segurança jurídica e da solidariedade social, dos quais decorre a necessidade de se preservar o equilíbrio atuarial do sistema em benefício do conjunto de segurados atuais e futuros.

III. A INCIDÊNCIA IMEDIATA DO NOVO PRAZO SOBRE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE A SUA VIGÊNCIA

16. O segundo ponto a ser equacionado na presente demanda envolve a aplicação intertemporal do art. 103 da Lei nº 8.213/1991. Cuida-se de saber: a) se os benefícios previdenciários concedidos pelo INSS antes da instituição do prazo decadencial estariam alcançados pela norma; e b) em caso afirmativo, qual seria o termo inicial do prazo de decadência do direito à revisão desses benefícios. 17. O Supremo Tribunal Federal tem precedentes no sentido de que a lei aplicável para a concessão de benefício, bem como para fixar os critérios de seu cálculo, é a que

estava em vigor no momento em que os pressupostos da prestação previdenciária se aperfeiçoaram, aplicando a máxima *tempus regit actum*. Com efeito, no julgamento do RE 415.454 (Rel. Min. Gilmar Mendes), o Plenário, por unanimidade, afirmou que a lei a ser aplicada ao cálculo da pensão por morte era a que estava em vigor no momento do óbito, não havendo direito subjetivo à prevalência de norma posterior mais favorável. Tampouco poderia ser utilizada para esse fim, como é natural, eventual lei superveniente mais gravosa. 18. Naquele julgamento, porém, estabeleceu-se uma clara distinção entre a necessidade de o ato concessivo ser regido pela lei vigente no momento de implementação dos requisitos de concessão e a possibilidade de alteração posterior do regime jurídico de disciplina da relação já adquiridos na pendência do regime anterior. 19. Esta é, precisamente, a questão que se coloca no presente recurso: não se incorpora ao patrimônio jurídico de um beneficiário o suposto direito à aplicação de uma determinada regra sobre decadência para eventuais pedidos de revisão do ato concessório. Como a decadência não integra o espectro de pressupostos e condições para a concessão do benefício – sendo um elemento externo à prestação previdenciária –, não se pode exigir a manutenção de seu regime jurídico. 20. No presente caso, a ausência de prazo decadencial para a revisão no momento em que o benefício foi deferido não garante ao beneficiário a manutenção do regime jurídico pretérito, que consagrava a prerrogativa de poder pleitear a revisão da decisão administrativa a qualquer tempo. Como regra, a lei pode criar novos prazos de decadência e de prescrição, ou ainda alterar os já 10 existentes. Ressalvada a hipótese em que os prazos anteriores já tenham se aperfeiçoado, não há direito adquirido ao regime jurídico prévio. O limite, como visto, é a proteção ao núcleo do direito fundamental em questão, que não restou esvaziado como se demonstrou no tópico anterior. 21. O assunto não é novo e podem ser destacados pelo menos dois precedentes em que esta Corte aplicou raciocínio semelhante. O primeiro ocorreu quando do julgamento do RE 93698, em que a 1ª Turma, sob a relatoria do Ministro Soares Muñoz, concluiu pela aplicação imediata de lei nova que reduzia prazo decadencial. No caso em que o lapso já decorrido seria superior ao novo prazo, decidiu-se pela desconsideração do primeiro e adoção imediata do segundo:

“EMENTA: decadência. Direito intertemporal. - Se o restante do prazo de decadência fixado na lei for superior ao novo prazo estabelecido pela lei nova, despreza-se o período já transcorrido para levar-se em conta, exclusivamente, o prazo da lei nova, a partir do início de sua vigência. Precedente: AR 905. Incidência da Súmula 286. Recurso não conhecido.”

22. O segundo precedente foi firmado no julgamento do Recurso Extraordinário 564.354, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia. No caso, o INSS sustentava a impossibilidade de aplicação dos novos limites previdenciários (“tetos”) instituídos pela EC nº 20/1998 e pela EC nº 41/2004 aos benefícios anteriormente concedidos. Ao analisar a matéria, a Corte assentou que a nova disciplina devia ter aplicação imediata sobre os benefícios concedidos antes das referidas Emendas Constitucionais. Isso porque a mudança não atingia os pressupostos de concessão do benefício, e sim o regime jurídico de sua fruição. Destaco do voto da relatora:

“Extraí-se daqueles julgados, citados à guisa de exemplo, afirmar este Supremo

Tribunal não ser possível à lei posterior alcançar atos jurídicos efetivados antes de sua vigência, sob pena de ofensa ao princípio do ato jurídico perfeito. Todavia, tem-se, na espécie em foco, situação distinta. A pretensão posta nesta lide respeita à aplicação imediata ou não do novo teto previdenciário trazido pela Emenda Constitucional n. 20/98, e não sua aplicação retroativa. Assim, a meu ver, não há que se falar em ofensa ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição) ou ao princípio da irretroatividade da lei.”

23. O mesmo raciocínio deve prevalecer na análise da aplicação intertemporal de novo prazo decadencial. Esse elemento não compõe a estrutura dos pressupostos de um benefício, e sim o regime jurídico instituído para regulamentar a sua percepção corrente. Nesses termos, eventuais alterações posteriores devem ter incidência imediata, sem que se cogite de ofensa a direito adquirido. Vale dizer: o fato de, ao tempo da concessão, não haver limite temporal para futuro pedido de revisão não significa que o segurado tenha um direito adquirido a que tal prazo nunca venha a ser estabelecido. O que se exige, ao revés, é a salvaguarda ao núcleo do direito e a instituição de um regime razoável, que não importe surpresa indevida ou supressão oportunista de pretensões legítimas. 24. Por fim, cabe analisar qual seria o termo inicial da contagem do prazo decadencial em relação aos benefícios concedidos antes da entrada em vigor da MP nº 1.523-9/1997. Na redação que a medida provisória deu ao art. 103 da Lei nº 8.213/1991, o prazo de dez anos tem o seu curso “a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo”. Ora bem: tendo em vista que a Medida Provisória foi publicada e entrou em vigor em 28.06.1997, a primeira prestação superveniente do benefício foi paga em julho de 1997. Nesse cenário, o termo inicial da prescrição é o dia 1º de agosto daquele mesmo ano. 25. Este foi, igualmente, o entendimento consagrado em decisão unânime proferida pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.303.988-PE, sob a relatoria do Ministro Teori Zavascki:

“PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL. 1. Até o advento da MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97), não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário. Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que ‘É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo’. 2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997). Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g.: MS

9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9.115, Min. César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min. Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJ de 06/09/06, MS (AgRg) 9034, Min. Félix Ficher, DL 28/08/06). 3. Recurso especial provido”. (Negrito acrescentado)

26. Merece especial destaque a seguinte passagem do voto do relator, na qual foi abordada, de forma expressa, a alegação de ofensa a direito adquirido: “Todavia, isso não significa que o legislador esteja impedido de modificar o sistema normativo em relação ao futuro, até porque, conforme de comum sabença, não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico. É nessa perspectiva que, a exemplo do que fez a Corte Especial em relação ao artigo 54 da Lei 9.784, de 1999, deve ser interpretado e aplicado o art. 103 da Lei 8.213/91, com a redação que recebeu a partir da MP 1.523-9/97 e que resultou na conferida pela Lei 10.839/04. Com efeito, se antes da modificação normativa podia o segurado promover a qualquer tempo o pedido de revisão dos atos concessivos do benefício previdenciário, é certo afirmar que a norma superveniente não poderá incidir sobre o tempo passado, de modo a impedir a revisão; mas também é certo afirmar que a nova disposição legal está apta a incidir sobre o tempo futuro, a contar de sua vigência. Portanto, a solução para o problema de direito intertemporal aqui posto só pode ser aquela dada pela Corte Especial na situação análoga: relativamente aos benefícios previdenciários anteriores à nova lei, o prazo decadencial para sua revisão tem como termo inicial o da vigência da superveniente norma, que o estabeleceu. Esse modo de enfrentar a questão de direito intertemporal em situações da espécie é chancelado por abalizada doutrina. É o caso, por exemplo, de Galeno Lacerda, a propósito da redução do prazo decadencial da ação rescisória operada pelo CPC/73 (Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes, Forense, 1974, pp. 100-101) e de Câmara Leal, em seu clássico Da Prescrição e da Decadência (Forense, 1978, p.90).” 27. De fato, a lei nova que introduz prazo decadencial ou prescricional não tem, naturalmente, efeito retroativo. Em vez disso, deve ser aplicada de forma imediata, inclusive quanto às situações constituídas no passado. Nesse caso, o termo inicial do novo prazo há de ser o momento de vigência da nova lei ou outra data posterior nela fixada. O raciocínio é o mesmo estabelecido em precedentes do Supremo Tribunal Federal relativos à aplicação do art. 54 da Lei nº 9.784/1999

28. No caso concreto em exame, o recurso extraordinário versa interesse de segurada que teve aposentadoria concedida anteriormente à entrada em vigor da MP nº 1.523-9/1997. A decisão recorrida deve ser reformada, na medida em que deixou de reconhecer a aplicabilidade do prazo decadencial de dez anos e assentou a possibilidade de revisão do ato de aposentadoria a qualquer tempo. Ao contrário do que entendeu a decisão recorrida, não há, na hipótese, direito adquirido protegido pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. 29. Por essas razões, conheço do recurso extraordinário e lhe dou provimento, para reformar a decisão prolatada pela Turma Recursal dos Juizados Especiais de Sergipe. Como consequência, restabeleço a sentença proferida pelo Juizado Especial Federal de Sergipe no Processo 2009.85.00.502418-05, a qual havia declarado extinto o processo, com resolução de mérito, por força de decadência, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

30. É como voto.

NOTAS

1. Na Lei nº 3.807/1960, anterior à Lei nº 8.213/1991, o art. 57 possuía redação equivalente: “Não prescreverá o direito ao benefício, mas prescreverão as prestações respectivas não reclamadas no prazo de 5 (cinco) anos, a contar da data em que forem devidas”.
2. A MP nº 1.663-15/98, convertida na Lei nº 9.711/1998, reduziu o prazo de dez para cinco anos, e a MP nº 138/03, convertida na Lei nº 10.839/2004, voltou a estabelecer o prazo de dez anos, que é a redação atual. As modificações, todavia, não são relevantes para a solução da lide, pois não se completaram cinco anos desde o termo inicial instituído pela MP nº 1.663-15/98 (1º.12.1998) e o início da vigência da MP nº 138/2003 (20.11.2003).
3. Lei nº 8.213/1991, art. 102, § 1º: “A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos”. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)
4. Por exemplo, art. 60, § 1º (auxílio-doença), art. 49, I, “b” (aposentadoria por idade) art. 74, II, (pensão por morte), todos da Lei nº 8.213/1991.
5. Súmula 443/STF: “a prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta”.
6. Súmula 85/STJ: “Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação”.
7. Não se aplica em matéria previdenciária, entretanto, a conclusão das referidas súmulas quando há pedido administrativo indeferido. Nesse caso, somente perdem a exigibilidade as prestações atingidas pela prescrição, e não o próprio fundo de direito.
8. A afirmação de que a nova norma dispunha sobre aspecto exterior ao ato de concessão de benefício foi também desenvolvida no voto do Ministro Gilmar Mendes: “Esclarecida a origem meramente contábil da discrepância entre valor máximo do salário de contribuição e valor limitador previdenciário (‘teto previdenciário’), a questão central do debate reside na elucidação da natureza jurídica do limitador previdenciário. Tenho que o limitador previdenciário, a partir de sua construção constitucional, é elemento externo à estrutura jurídica do beneficioprevidenciário, que não o integra”.
9. Lei nº 9.784/1999, art. 54: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé”. A decisão adotada pela 2ª Turma do STF no julgamento do RMS 25856, Rel. Min. Eros Grau, fixou o entendimento de que “O prazo decadencial estabelecido no art. 54 da Lei 9.784/99 conta-se a partir da sua vigência (1º.02.1999), vedada a aplicação retroativa do preceito para limitar a liberdade da Administração Pública”. E a 1ª. Turma da Corte dispôs no mesmo sentido, no julgamento do RMS (AgR) 27.022, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, em que assentou que a aplicação imediata da lei

que institui prazo para a Administração rever seus próprios atos não ofende direito adquirido, logo “o prazo de decadência deve ser computado a partir da vigência da lei que o instituiu e não tendo em conta atos pretéritos”.

ANEXO B – RECURSO CÍVEL Nº 5001219-59.2011.404.7006/PR¹⁷⁶

ÍNTEGRA DA DECISÃO

RELATOR: JOSÉ ANTONIO SAVARIS
RECORRENTE: LUIZ CARLOS SERATTO
ADVOGADO: gisiele schmitz loch
RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

VOTO

Trata-se de recurso interposto pela parte autora em face de sentença que reconheceu a decadência do direito de revisão da renda mensal inicial do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição percebido desde 21/06/1995 mediante incorporação das diferenças salariais encontradas em reclamatória trabalhistas no salário de contribuição.

Insurge-se a recorrente requerendo, em síntese, a reforma da sentença impugnada sob argumento de que o prazo decadencial de 10 (dez) anos não se aplica aos benefícios concedidos anteriormente à vigência da MP 1523-9, publicada em 28/06/1997, sendo inclusive, conforme determinação do TRF-2ª Região que o prazo decadencial restabelecido pela Lei 10.839, de 06/02/2004, passa a correr a partir de sua vigência. Aduz, ainda, que conforme orientação do TRF-4ª Região o decurso do prazo somente fluiria para os casos de ato concessório de benefício, não abrangendo os casos de recebimento de créditos de trato sucessivo. Requer a reforma do julgado (evento n.º 20, REC1)

- Inconstitucionalidade de prazo para cessação de lesão estatal a direito humano e fundamental

O direito à previdência social consubstancia autêntico direito humano e fundamental, pois a prestação de recursos sociais indispensáveis à subsistência da pessoa deriva do próprio direito de proteção à existência humana digna.

Os direitos humanos e fundamentais não se submetem ao regime de preclusão temporal, não sendo adequado considerar extinto o direito pelo seu não exercício em tempo que se julga oportuno. Os direitos humanos e fundamentais são imprescritíveis.

Em tema de proteção social, o regime de preclusão temporal pode conduzir a

¹⁷⁶ BRASIL, Tribunal Regional Federal. Recurso Cível. **Processo n. 5001219-59.2011.404.7006**. Terceira Turma Recursal do PR. Relator: José Antonio Savaris. Decisão: 30/04/2013

pessoa a uma condição de destituição perpétua de recursos necessários para sua subsistência, entregando-a à própria sorte mesmo quando seja inegável que faz jus a determinada forma de proteção social. O decurso do tempo não legitima a violação de nenhum dos direitos humanos e fundamentais, os quais devem ser respeitados em sua integralidade.

A norma jurídica infraconstitucional que, em caso de violação estatal do direito à previdência social, estipula limite de prazo para o requerimento de tutela jurisdicional tendente a determinar a cessação da violação desses direitos humanos, a um só tempo: a) malfere o direito ao mínimo existencial de que se reveste o direito fundamental à previdência social; b) implica denegação de justiça.

Pela primeira via, o decurso do tempo separará a pessoa da proteção social a que, em tese, faz jus, de modo que o instituto da prescrição do fundo do direito, nesta seara, pode iludir o direito fundamental à previdência social (CF/88, art. 6º, caput) e, por consequência, o princípio fundamental da dignidade humana (CF/88, art. 1º, III). Pela segunda via, a prescrição do fundo do direito revela-se violadora do direito constitucional de acesso à justiça (CF/88, art. XXXV) e do direito a um remédio jurídico eficaz que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, consagrado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 25, item "1" do Pacto de San José da Costa Rica), ato normativo de estatura supra-legal.

Nessas condições, afigura-se inconstitucional a norma jurídica que chancela, pelo decurso tempo, a violação do direito humano e fundamental à previdência social, impondo prazo para a proteção judicial contra ato estatal que o tenha negado, integral ou parcialmente.

É inconstitucional a regra contida no art. 103, caput, da Lei 8.213/91, com a redação dada pela MP 1.523-9, de 28/06/1997, quando estipula prazo decadencial (prescrição do fundo do direito, mais propriamente) para a revisão do ato de concessão de benefício previdenciário, porque implica, em suas consequências, a irreversibilidade do ato estatal que viola direito intimamente ligado ao mínimo existencial e à dignidade humana.

Todavia, esse não é o entendimento que prevalece em nossa jurisprudência, razão pela qual desenvolvo o presente voto a partir de outra perspectiva.

- Aplicabilidade do prazo para revisão do ato de concessão de benefício previdenciário (Lei 8.213/91, art. 103, caput). Alcance dos benefícios concedidos anteriormente à edição da MP 1.523-9/97.

Em matéria previdenciária, o instituto da prescrição era orientado pelo princípio da não preclusão do fundo do direito. Prescreviam-se as parcelas anteriores ao quinquênio que antecede o ajuizamento da demanda, mas não se prejudicava a pretensão de recebimento integral da proteção social.

Esse regime jurídico persistiu até a edição da MP 1.523-9/97, com vigência a partir

de 28/06/1997, quando o art. 103, caput, da Lei 8.213/91, passou a expressar:

Art. 103: "É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo".

Sobre os efeitos temporais dessa norma preclusiva, o STJ definiu, em sede de recurso representativo de controvérsia (CPC, art. 543-C), que ela é aplicável não apenas aos benefícios posteriores à sua edição, mas igualmente àqueles concedidos em tempo anterior. Confira-se a ementa desse significativo precedente:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91. BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL.

1. Até o advento da MP 1523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97) não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário. Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que "É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

2. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência. Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997). Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g: MS 9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9115, Min. César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min. Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Galotti, DJ de 06/09/06, MS (AgRg) 9034, Min. Félix Fischer, DL 28/08/06). 3 Recurso especial provido. (REsp 1303988/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, j. 14/03/2012, DJe 21/03/2012).

Por conseguinte, para os benefícios concedidos em tempo anterior à MP 1.523-9/97, o prazo para revisão do ato de concessão, de dez anos, começa a ter curso em 28/06/1997, quando entrou em vigor esse ato normativo.

- Natureza prescricional do prazo para revisão do ato de concessão de benefício previdenciário (Lei 8.213/91, art. 103, caput).

Conquanto a legislação de regência enuncie que todo direito ou ação para revisão do ato de concessão de benefício previdenciário submete-se ao prazo decadencial de 10 anos, é preciso reconhecer que tal prazo, na verdade, reveste-se de natureza

prescricional - e, não, decadencial.

Segundo o consagrado estudo de Agnelo Amorim Filho (Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista Forense. Rio de Janeiro. n. 193, jan-fev-mar.1961. p. 30-49), os prazos decadenciais referem-se aos direitos potestativos, os quais se caracterizam pela qualidade de sujeição de outrem ao seu exercício pelo titular. São considerados direitos independentes de prestação por parte de outrem, caracterizando-se, ademais, por serem insuscetíveis de lesão ou violação.

Já os prazos prescricionais relacionam-se com a noção de proteção judicial decorrente da violação de direitos. O não cumprimento espontâneo de determinada prestação implica a violação ou lesão a direito, fazendo nascer a pretensão de satisfação judicial do direito violado e, de modo correlato, o prazo prescricional para o ajuizamento da ação judicial correspondente. É nessa ação que se buscará a submissão do sujeito passivo a cumprir a prestação objeto da relação jurídica. Isso se dá mediante a condenação judicial do sujeito passivo a uma obrigação (de dar, fazer, deixar de fazer ou pagar quantia certa).

Nessa perspectiva, ainda que o legislador tenha adotado o vocábulo "decadência" (Lei 8.213/91, art. 103, caput), deve-se compreender que, em se tratando de lesão a direito que não se satisfaz senão pelo cumprimento da prestação pelo devedor, o prazo para revisão de ato de concessão de benefício previdenciário consubstancia autêntico prazo prescricional.

Nesse sentido entendíamos a questão no âmbito da 1ª TR/PR:

"O art. 103, caput, da Lei 8.213/91, estabelece prazo de 10 anos para o beneficiário do RGPS buscar a revisão do ato de concessão do benefício, contado do primeiro dia do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação. Apesar da terminologia adotada pelo legislador, trata-se de um prazo prescricional, porque não envolve direitos potestativos, estes sim relacionados com a decadência" (RCI 2008.70.53.004069-5, Primeira Turma Recursal do PR, Relatora Luciane Merlin Clève Kravetz, j. 02/06/2010).

- Corolários para a solução da espécie dos autos

A TRU4 firmou orientação no sentido de reconhecer que "o ajuizamento de reclamatória trabalhista visando o reconhecimento de diferenças salariais impede o curso do prazo do art. 103, caput, da Lei 8.213/91 até o seu trânsito em julgado" (TRU. IUJEF n.º 0001255.58.2010.404.7254; rel. Juíza Federal Joane Unfer Calderari; D. E. 27/07/2012). Isto porque a prescrição não corre diante de condição suspensiva, nos termos do art. 199 do CC/2002.

Essa orientação já era seguida pela 1ª Turma Recursal do Paraná, conforme voto de lavra da ilustre magistrada federal, Dra. Luciana Merlin Clève Kravetz, proferido em 02/06/2010, cuja ementa segue abaixo colacionada:

" A prescrição não corre na pendência de condição suspensiva, conforme regras do

art. 170 do CC revogado e 199 do CC vigente.⁴ Quando se busca a revisão de renda mensal inicial de benefício previdenciária decorrente da modificação dos salários-de-contribuição reconhecidos em sentença trabalhista, considera-se existente uma condição, porque subordinado o direito ao reconhecimento das verbas trabalhistas que acrescerão os salários-de-contribuição pela Justiça do Trabalho. Na pendência da ação e não estando vencido o prazo prescricional, há condição suspensiva, pois não existe ação contra o INSS, que não poderia admitir como salário-de-contribuição o que não foi pago ao empregado ou, ao menos, reconhecido como devido, por força do art. 28, I, da Lei 8212/91"(RCI 2008.70.53.004069-5, Primeira Turma Recursal do PR, Relatora Luciane Merlin Clève Kravetz, j. 02/06/2010).

Na espécie dos autos, a parte autora ajuizou Reclamatória Trabalhista em 13/10/1999 (evento n.º 01, PROCADM6, p. 4), operando-se o trânsito em julgado em 29/03/2007, conforme pesquisa no sítio <http://www.tst.jus.br/web/guest/processos-do-tst> (processo 28080097.1999.5.09.0096).

Considerando que o benefício foi concedido em tempo anterior ao advento da Lei 9.528/97, o curso do prazo prescricional iniciou-se em 28/06/1997, quando da publicação da MP 1523-9/1997. Esse prazo foi suspenso com o ajuizamento da Reclamatória Trabalhista proposta em 13/10/1999 até quando do trânsito em julgado da decisão proferida nesses autos (29/03/2007). Considerando que até o advento da condição suspensiva transcorreu o período de 02 (dois) anos, 03 (meses) e 16 dias, o prazo prescricional remanescente, de 07 anos, 08 meses e 14 dias, recomeçou seu curso com o término do evento suspensivo consubstanciado no trânsito em julgado da Reclamatória Trabalhista.

Em consequência, resta cristalino que entre a data de reinício de fluência do prazo prescricional (29/03/2007) e a data de ajuizamento da presente ação (16/02/2011) não houve decurso de prazo fatal da prescrição do fundo do direito, devendo a prejudicial de mérito ser afastada.

Nessas condições, passo à análise da questão material.

No presente caso, vislumbra-se que foram apuradas diferenças salariais na planilha de liquidação elaborado pelo contador nomeado pela Vara de Trabalho de Guarapuava, resultando, respectivamente, em débitos previdenciários decorrentes da ausência de recolhimento de contribuições em face da majoração do salário de contribuição (evento n.º 01, PROCADM8, p. 493-494). Na reclamação trabalhista apurou-se débito previdenciário de R\$ 10.733,74. Observo, ainda, que foi intimado o INSS para se manifestar sobre os cálculos de liquidação elaborados pelo contador nomeado pelo juízo (evento n.º 01, PROCADM8, p. 495), restando comprovado o pagamento das verbas salariais pelo empregador, que aliás foi devidamente citado e intimado (eventos n.º 01, PROCADM8, p. 496 e seguintes).

Logo, considerando que compete ao empregador efetuar o respectivo recolhimento das diferenças previdenciárias, mediante o preenchimento das guias GFIP, entendo que a parte autora faz jus à referida revisão mediante inclusão nos salários de

contribuição das diferenças encontradas, desde a concessão indevida do benefício, ressalvada a prescrição quinquenal das parcelas de trato sucessivo.

Sobre o tema dos efeitos financeiros nas ações revisionais fundadas em Reclamatória Trabalhista, já decidiu a TRU4:

BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RMI. POSTERIOR RETIFICAÇÃO DOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO EM AÇÃO TRABALHISTA. TERMO INICIAL DOS EFEITOS FINANCEIROS1. Os efeitos financeiros da revisão dos salários-de-contribuição efetuada com base em reclamatória trabalhista devem retroagir à data da concessão do benefício, e não à data do requerimento de revisão.2. Limitar os efeitos financeiros à data de entrada do requerimento de revisão do benefício seria prejudicá-lo por uma ilicitude praticada pelo empregador, penalizando-o duplamente por fato praticado por outrem.3. Incidente conhecido e provido. (TRU. IUJEF n.º 2005.71.95.001508-0; rel. Juiz Federal Andrei Pitten Velloso; D. E. 07/01/2010).

Também neste sentido se encontra a jurisprudência do TRF4:

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. PRESCRIÇÃO(...).4. O êxito do segurado em reclamatória trabalhista, no que pertine ao reconhecimento de diferenças salariais, atribui-lhe o direito de postular a revisão dos salários de contribuição componentes do período básico de cálculo do benefício, os quais, por consequência, acarretarão novo salário de benefício, sendo que o recolhimento das contribuições pertinentes, tratando-se de empregado, é ônus do empregador.5. Os efeitos financeiros da revisão devem retroagir à data da concessão do benefício, tendo em vista que o deferimento de verbas trabalhistas representa o reconhecimento tardio de um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado.6. Embora inviável admitir-se que o ajuizamento da ação trabalhista interrompa a prescrição para a cobrança de diferenças do benefício previdenciário, pois, ainda que a citação válida do devedor interrompa a prescrição em favor do credor (art. 219, caput, do CPC), tal interrupção não pode se operar em desfavor de terceiro (INSS), estranho à relação processual, por analogia, pode-se enquadrar a hipótese como suspensão do prazo prescricional, tal como se dá em caso de procedimento administrativo, uma vez que a decisão da reclamatória trabalhista era imprescindível para o pedido de revisão da aposentadoria. (...). (TRF-4ª Região; AC 50074744220114047100; Rel. Des. Federal Celso Kipper; D.E. 21/11/2012).

No mesmo sentido o julgado do STJ:

PREVIDENCIÁRIO. SEGURADO EMPREGADO. RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO.RESPONSABILIDADE. EMPREGADOR. REVISÃO DE BENEFÍCIO. INCLUSÃO DE VERBAS RECONHECIDAS EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. TERMO INICIAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. DECRETO N. 3.048/1999, ARTIGO 144. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Em se tratando de segurado empregado, cumpre assinalar que a ele não incumbe a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições. Nessa linha de raciocínio,

demonstrado o exercício da atividade vinculada ao Regime Geral da Previdência, nasce a obrigação tributária para o empregador.

2. Uma vez que o segurado empregado não pode ser responsabilizado pelo não recolhimento das contribuições na época própria, tampouco pelo recolhimento a menor, não há falar em dilatação do prazo para o efetivo pagamento do benefício por necessidade de providência a seu cargo.

3. A interpretação dada pelas instâncias ordinárias, no sentido de que o segurado faz jus ao recálculo de seu benefício com base nos valores reconhecidos na justiça obreira desde a data de concessão não ofende o Regulamento da Previdência Social.

4. Recurso especial improvido.

(REsp 1108342/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 03/08/2009)

Com efeito, a parte autora faz jus às diferenças decorrentes da revisão, desde a DIB, respeitada a prescrição quinquenal, corrigidos monetariamente pelos mesmos índices de correção aplicáveis aos benefícios previdenciários e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês (Súmula nº 75 do TRF4) até 30/06/2009, data da entrada em vigor da Lei nº 11.960/2009.

A atualização dos valores atrasados deve observar a Súmula nº 61 da Turma Nacional de Uniformização, que estabelece que "As alterações promovidas pela Lei n. 11.960/2009 têm aplicação imediata na regulação dos juros de mora em condenações contra a Fazenda Pública, inclusive em matéria previdenciária, independentemente da data de ajuizamento da ação ou do trânsito em julgado", com capitalização dos juros (IUJEF 200772950056420, Turma Nacional de Uniformização, Relator Juiz Federal José Antonio Savaris, DOU 08/04/2011).

Sem honorários.

Ante o exposto, voto por DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.