

REVISTA DE PREVIDÊNCIA SOCIAL[®]

Diretor Responsável

ARMANDO CASIMIRO COSTA FILHO

Secretário de Redação (1986 a 2001)

HENRIQUE MARINHO DE AZEVEDO

Conselho Editorial

CELSO BARROSO LEITE, *Presidente (1992 a 2009)*

WAGNER BALERA

WLADIMIR NOVAES FILHO

WLADIMIR NOVAES MARTINEZ

SÃO PAULO • ANO XXXIII • Nº 349 • DEZEMBRO, 2009 • ISSN 0101-823X

SUMÁRIO

REDAÇÃO

— Fator previdenciário 1099

DOCTRINA

— CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DO PRAZO PREVISTO NO ART. 103, CAPUT, DA LEI N. 8.213/91 — Vinicius Pacheco Fluminham 1101

— DA JUSTIFICATIVA ATUARIAL PARA DESAPOSENTADORIA — Renato Follador e Elisângela Pereira..... 1108

JURISPRUDÊNCIA,

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

— Salário-base. Direito de retorno a classe X..... 1113

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO — BRASÍLIA — DF

— Coisa julgada. Recolhimento de contribuição previdenciária. Folha de salário 1116

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO — RIO DE JANEIRO — RJ

— INSS. Reconhecimento do período trabalhado. Aposentadoria especial..... 1119

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO — PORTO ALEGRE — RS

— Desaposentação. Devolução do montante recebido anteriormente 1122

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO — RECIFE — PE

— Revisão de benefício. Fixação do valor de benefício 1126

— Benefício de amparo social. Deficiente físico 1128

LEGISLAÇÃO

— Instrução Normativa INSS n. 41, de 9.10.09 — Gratificação de desempenho de Atividades do Seguro Social. Avaliação de desempenho individual e institucional..... 1130

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA
DO PRAZO PREVISTO NO ART. 103, CAPUT,
DA LEI N. 8.213/91**

Vinícius Pacheco Fluminhan (*)

Introdução

Desde a edição da MP n. 1.523, de 27.6.97, passando por uma sucessão de diplomas legais até a edição da Lei n. 10.839, de 5.2.04, um intenso debate tem sido travado na doutrina e na jurisprudência acerca da aplicação do prazo de 10 anos para revisão de benefícios do Regime Geral de Previdência, nos termos do que dispõe a atual redação do art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/91.

Embora discutível a natureza jurídica do mencionado prazo, parece-nos que os trabalhos doutrinários e os Tribunais o têm aceitado majoritariamente como *decadencial*. Na verdade, a maior parte das discussões sobre o tema tem mostrado uma preocupação muito maior com o conflito de normas do que propriamente com a natureza jurídica do prazo. Várias são as teses para explicar a aplicação do direito intertemporal: (1) impossibilidade de aplicação da Lei n. 9.528/97 aos benefícios concedidos antes da sua vigência⁽¹⁾; (2) possibilidade de aplicação imediata da Lei n. 9.528/97 aos benefícios concedidos antes da sua vigência⁽²⁾; (3) possibilidade de aplicação da Lei n. 9.528/97 para os benefícios concedidos antes de sua vigência, desde que decorridos 10 anos da edição desta⁽³⁾. Contudo, poucas apresentam

uma digressão teórica para investigar se é *decadencial* ou *prescricional* o lapso de 10 anos inscrito no art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/91.

Os contornos doutrinários da *decadência* e da *prescrição* situam-se numa área nebulosa da teoria geral do direito e suscitam enormes controvérsias que por vezes deixam lacunas a respeito das características de um e de outro. No caso específico do dispositivo em análise, como se não bastassem tais lacunas, para no espírito do intérprete um certo desconforto, baseado num sentimento de justiça, quando é levado a concluir, pela letra da lei, que, após 10 anos de concessão, uma aposentadoria não se mostra mais passível de revisão pelo Poder Judiciário. Este desconforto, entretanto, parece encontrar algum alívio quando investigamos mais a fundo a natureza jurídica deste prazo cruel.

Assim, tendo em vista que a maioria da jurisprudência tem aplicado como *decadencial* o prazo previsto no *caput* do art. 103 da Lei de Benefícios, e considerando que não nos parece ainda resolvida a controvérsia sobre a sua natureza jurídica, convidamos o leitor a uma reflexão crítica deste tema, a partir dos ensinamentos do professor *Agnelo Amorim Filho*, para que possamos mostrar ao final que o dispositivo legal em questão não prevê um prazo de *decadência* e, mesmo que assim fosse, careceria de amparo constitucional ao atingir a revisão de atos concessórios de benefício.

1. Evolução Legislativa

Nos primórdios da legislação previdenciária brasileira, os pedidos de revisão de ato concessório de benefício

(*) Advogado. Especialista em Direito Previdenciário e em Direito e Processo do Trabalho, ambos pela Escola Paulista de Direito. Professor Universitário.

(1) ROCHA, Daniel Machado da e BALTAZAR JUNIOR José Paulo. Comentários à lei de benefícios da Previdência Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

(2) SILVA, Viviani de Mattos da. Aplicação imediata da *decadência* na revisão de ato de concessão de benefício previdenciário. *RPS* n. 244. São Paulo: LTr, março/2001.

(3) LOPES, Carlos Côrtes Vieira. *Decadência* do direito à revisão de benefício previdenciário: uma análise de direito intertemporal. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Edição n. 28. Porto Alegre, TRF-4/EMAGIS, julho/2008.

sório ou indeferitório de benefícios seguiam a regra da imprescritibilidade do direito ao benefício, sendo, entretanto, atingidas pela prescrição, as prestações ou diferenças não adimplidas nem cobradas dentro do prazo de 1 ano. É o que previa o art. 15 do Decreto-lei n. 7.526, de 7.5.44:

Art. 15. Não prescreverão quaisquer direitos ao recebimento do benefício, prescrevendo apenas, e no período de um ano da data em que se tornar devido, o direito ao recebimento das importâncias respectivas.

Em seguida, com a unificação da legislação previdenciária promovida pela Lei n. 3.807/60, de 26.8.60, o lapso temporal adotado passou a ser de 5 anos, conforme se observa no seu art. 57, *caput*:

Art. 57. 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.

Daquela norma em diante, passando pelas CLPS's de 1976 e de 1984, a imprescritibilidade do direito aos benefícios, combinada com a prescrição quinquenal em relação às prestações, foi a regra adotada até a edição da Lei n. 8.213/91, cujo art. 103 na redação original previa que:

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 ou dos ausentes.

Com a nona edição da Medida Provisória n. 1.523, de 27.6.97, posteriormente convertida na Lei n. 9.528, de 10.12.97, o art. 103 ganhou um parágrafo único para tratar da prescrição quinquenal e passou a ter a seguinte redação:

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.

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil. (grifo nosso)

Como se vê, o legislador pretendeu inserir um prazo decadencial no *caput* do art. 103 e, posteriormente, com a edição da Medida Provisória n. 1.663, de 22.10.98, depois convertida na Lei n. 9.711, de 20.11.98, houve a sua redução para 5 anos e manutenção do texto integral do parágrafo único:

Art. 103. É de cinco 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 (...) (grifo nosso).

Por fim, com a iminência do esgotamento do prazo de 5 anos trazido pela Lei n. 9.711/98 e em meio a um intenso ajuizamento de ações revisionais em todo o Brasil, foi editada a Medida Provisória n. 138, de 19.11.03, depois convertida na Lei n. 10.839, de 5.2.04, com objetivo de instituir novamente um prazo decadencial de 10 anos, mantendo-se intacto o prazo prescricional de 5 anos.

Portanto, segundo a regra vigente, pode-se concluir que o beneficiário do Regime Geral de Previdência perde o direito a qualquer discussão, administrativa ou judicial, a respeito de concessão ou indeferimento de benefícios, se não formular seu inconformismo dentro do prazo de 10 anos, contados: (1) para benefícios indeferidos, a partir da data da decisão definitiva no âmbito administrativo; (2) para benefícios concedidos, a partir do primeiro dia do mês seguinte ao do pagamento da primeira prestação.

2. Ato Indeferitório e Ato Concessório: uma distinção fundamental

Respeitando opiniões contrárias⁽⁴⁾, entendemos que qualquer análise do art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/91 deve ter como ponto de partida uma clara distinção, feita pela própria norma, entre as duas situações alcançadas pelo prazo de 10 anos: (1) revisão de ato indeferitório e (2) revisão de ato concessório.

No primeiro caso, uma vez esgotado o lapso temporal, o beneficiário fica impedido de discutir

(4) Gisele Lemos Kravchychyn é contrária a esta distinção, conforme apresentação feita no XXVIII Congresso Brasileiro de Previdência Social, realizado nos dias 22 a 24 de junho/2009 na cidade de São Paulo.

no âmbito administrativo ou judicial a resposta negativa do INSS em relação ao requerimento já formulado. No entanto, continua tendo direito ao pleito administrativo do mesmo benefício, caso entenda, posteriormente, ter preenchido os requisitos legais para a espécie, afinal, não há coisa julgada administrativa na medida em que não existe um limite legal para novo(s) requerimento(s) em matéria de benefícios.

Logo, apesar da pretensão do legislador em incluir um prazo decadencial no *caput* do art. 103, o beneficiário não perde o direito ao benefício, sendo necessário, entretanto, que formule novo(s) requerimento(s). Isto significa que, apesar da existência de um prazo peremptório para reclamações e ações voltadas contra atos de indeferimento, o beneficiário não fica desamparado pelo regime.

Conclui-se, pois, nesta primeira situação (revisão de atos indeferitórios), que o prazo decadencial instituído pelo legislador pode gerar prejuízos aos beneficiários mas isso apenas em relação ao passado. Não há aqui uma negativa de tutela previdenciária pelo regime uma vez que permanece ao beneficiário a possibilidade de exercício do direito de petição a qualquer tempo.

Situação bem diversa ocorre com a revisão de ato concessório. Nesta segunda hipótese, esgotado o prazo decadencial⁽⁵⁾, o beneficiário perde a possibilidade de discutir erros, omissões ou até atos ilegais que eventualmente tenham sido cometidos pelo INSS, ou seja, não existe aqui a possibilidade de novo requerimento administrativo porque a relação jurídica previdenciária é tida como perfeita e acabada com a concessão do benefício.

Entretanto, neste segundo caso, o prejuízo para os beneficiários é *ad eternum*, contrariando assim a ideia previdenciária fundamental de que as prestações têm por escopo imediato e primordial a substituição da renda do trabalhador. Além disso, a tentativa de fulminar a possibilidade de ações e reclamações pelo beneficiário após um determinado prazo choca-se claramente com o caráter *contínuo* da relação jurídica previdenciária.

Conclui-se, pois, que a aplicação de um prazo decadencial para revisão de ato concessório traduz-se num enorme contra-senso com a própria ideia de previdência. Ela é, do ponto de vista lógico, moral e jurídico, absolutamente inaceitável por ofender o próprio fim buscado pelas normas previdenciárias!

(5) Ressalvando-se obviamente o direito dos incapazes.

3. Decadência e Prescrição

A dificuldade de compreensão do art. 103, *caput*, da Lei de Benefícios, não é obra do acaso. Ao nosso ver, o legislador descuidou-se do rigor técnico quando tratou dos institutos da decadência e da prescrição e, no *caput*, acabou submetendo a prazo decadencial um direito que só poderia ser submetido a prazo prescricional, esquecendo-se, ainda, como já mencionado, que a relação jurídica previdenciária desenvolve-se continuamente.

Se a incoerência tem origem na falta de técnica do legislador, qualquer tentativa de elucidação da natureza jurídica daquele dispositivo legal pressupõe uma distinção inequívoca entre decadência e prescrição. Nesta seara, muitos autores trataram do tema, como é o caso de *Washington de Barros Monteiro*, que, seguindo as lições de *Clóvis Beviláqua*, tentou definir os dois institutos desta forma:

“... prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante determinado espaço de tempo (...). Com efeito, a prescrição atinge diretamente a ação e por via oblíqua faz desaparecer o direito por ela tutelado; a decadência, ao inverso, atinge diretamente o direito e por via oblíqua, ou reflexa, extingue a ação”⁽⁶⁾.

Ocorre que a doutrina de *Washington de Barros*, assim como a de outros civilistas que acompanham o mesmo entendimento da matéria, limita-se a distinguir os institutos pelos efeitos que cada um produz no titular do direito. Ela apenas enuncia uma conhecida diferença entre os efeitos de ambos: um é prazo extintivo do direito de ação (prescrição) e o outro prazo extintivo do próprio direito (decadência).

Não há nela uma investigação a respeito de quais direitos e ações estariam por trás da *perda da ação* e quais estariam por trás da *perda do direito*, ou seja, elas não apontam um critério *a priori* para a distinção entre os institutos. Consequentemente, sem um critério seguro de distinção, torna-se difícil superar eventuais erros do legislador quando este denomina *prescrição* aquilo que almejava instituir como *decadência*, e vice-versa.

3.1. O critério de Agnelo Amorim Filho

Poucos tiveram a lucidez do professor *Agnelo Amorim Filho* para tratar do tema. Num artigo já

(6) MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil — Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 311-312.

considerado clássico⁽⁷⁾, publicado no volume 300 da Revista dos Tribunais, o mestre desenvolve um raciocínio que aponta para um critério de identificação *a priori* de quais direitos são submetidos à decadência e quais se sujeitam à prescrição, conferindo ao intérprete uma ferramenta infalível para a distinção entre ambos. Qual é o critério adotado por *Amorim Filho*? O que distingue *a priori* a decadência da prescrição?

A primeira premissa do raciocínio, apoiada nas lições de *Chiovenda*, é a constatação de que os direitos subjetivos em geral se dividem em duas grandes categorias⁽⁸⁾: (1) *direitos a uma prestação*, que têm por finalidade um bem da vida e são obtidos mediante uma prestação, positiva ou negativa, de outrem (exemplo: direitos patrimoniais em geral); (2) *direitos potestativos*, que constituem poderes que a lei confere a determinadas pessoas, permitindo que elas influam, mediante uma declaração de vontade, sobre situações jurídicas de outras, podendo sujeitá-las a um determinado estado jurídico (exemplos: o direito de revogação de mandato, de dissolver sociedade, direito de pedir interdição, divórcio etc.).

Enquanto os direitos potestativos têm como característica fundamental o fato de seu titular ser capaz de produzir um estado de sujeição a outrem, os direitos a uma prestação carregam consigo verdadeiras prestações de dar, fazer ou não-fazer por parte de outrem. Em suma, o direito potestativo é identificado pela sua capacidade de sujeitar alguém a um determinado estado jurídico, criando, extinguindo ou modificando determinada situação jurídica para outra pessoa, sem a cobrança de qualquer prestação deste sujeito passivo, ao passo que esta cobrança de prestações é a essência dos direitos da outra categoria.

Ainda dentro desta primeira premissa, *Amorim Filho* constata também, novamente com apoio em *Chiovenda*, que as ações se dividem em três espécies e com as seguintes características⁽⁹⁾: (1) *condenatórias*, que são utilizadas quando se pretende obter do réu uma determinada prestação; (2) *constitutivas*, que são utilizadas quando se pretende obter do réu, não uma prestação, mas a criação de um estado jurídico, ou a modificação, ou ainda, a extinção de um estado jurídico; (3)

declaratórias, que têm por objetivo apenas obter uma certeza jurídica, ou seja, certificar a existência de um direito, seja ele potestativo, seja ele direito a uma prestação, e nada mais.

Assim, podemos concluir desta primeira premissa que as *ações condenatórias estão vinculadas à primeira categoria* de direitos apontada acima e as *ações constitutivas estão vinculadas à segunda categoria*, restando às ações declaratórias a possibilidade de envolver ambas, porquanto nelas busca-se apenas a certeza do direito.

A segunda premissa do raciocínio de *Amorim Filho* é a constatação de que os *direitos a uma prestação* são suscetíveis de lesão, ao passo que os *direitos potestativos*, justamente por serem apenas poderes que seu titular possui para sujeitar outrem a determinada situação jurídica, não são suscetíveis de lesão.

Com efeito, não existe lesão ao direito de revogar um mandato, de dissolver uma sociedade, de pedir o divórcio etc, que são nítidos direitos potestativos, muito embora esses direitos venham a ser exercidos, no mais das vezes, em função da violação a outros direitos (cumprimento fiel do mandato, pagamento correto do *pro labore*, dever de fidelidade conjugal etc.). Portanto, como os *direitos potestativos* consistem apenas no poder de sumeter outrem a determinada situação jurídica, não há falar em lesão a tais direitos.

Por sua vez, como os *direitos a uma prestação* são os únicos passíveis de sofrerem lesão, a doutrina sempre identificou o momento desta lesão com a *actio nata*, sendo esta também a orientação do atual Código Civil (art. 189). Assim, uma vez ferido um direito desta categoria, nasce no mesmo instante o direito de ação.

Esta é uma distinção importante entre os direitos potestativos e os direitos a uma prestação. Enquanto que para esta última categoria a identificação da lesão com *actio nata* explica-se pela necessidade da via judicial em caso de conflito, para a primeira categoria, justamente por não haver uma lesão (posto que essa ideia é incompatível com os direitos potestativos), não há a mesma preocupação com a *actio nata*.

Com efeito, ao contrário dos direitos a uma prestação, a grande maioria dos direitos potestativos não pressupõe a via judicial para o seu exercício. Embora alguns deles, por opção do legislador, certamente baseada numa preocupação com a segurança jurídica, só possam ser exercidos mediante uma ação (como é o caso da interdição), muitos prescindem da via judicial para serem exercidos (como é o caso da revogação

(7) Refiro-me ao artigo Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis, publicado no vol. 300 da Revista dos Tribunais, em outubro de 1960, p. 7-37.

(8) *Id. Ibid.* p. 10-11.

(9) *Id. Ibid.* p. 15-16.

de mandato) ou a ela recorrem apenas subsidiariamente em caso de conflito (como é o caso da dissolução de sociedade).

No entanto, a mesma preocupação com a segurança jurídica em relação aos *direitos a uma prestação* é observada também em relação aos *direitos potestativos*. A possibilidade de exercício de tais direitos sem o recurso da via judicial não poderia ser motivo para que alguns deles pudessem ser exercidos sem uma limitação temporal. Era necessário que também alguns deles obedecessem a uma limitação temporal. Daí a origem da decadência e a criação, pelo legislador, de prazos voltados não para o exercício do direito de ação, mas sim para o exercício do próprio direito.

Conclui-se desta segunda premissa que: (1) os direitos passíveis de lesão obedecem, sem qualquer exceção, a prazos que limitam o exercício da ação e são chamados de *prescricionais*, posto que o legislador preocupa-se aqui não em eliminar a existência do direito em si, mas somente o uso da via judicial após determinado tempo; (2) os direitos não passíveis de lesão obedecem a prazos que impedem o seu exercício propriamente dito e são chamados de *decadenciais*, uma vez que o legislador achou relevante limitar o exercício do direito em si, mas apenas de forma excepcional, e não o direito de ação (cuja necessidade nem sempre é verificada para o exercício do direito).

A partir das duas premissas acima, *Amorim Filho* conclui uma regra que a nosso ver explica satisfatoriamente bem os institutos da decadência e da prescrição e lança luz nesta controvertida área do Direito. Segundo ele, a prescrição envolve apenas os *direitos a uma prestação* (passíveis de lesão), enquanto a decadência envolve tão somente os *direitos potestativos* (não passíveis de lesão). Logo, a prescrição relaciona-se exclusivamente às ações condenatórias e a decadência exclusivamente às ações constitutivas.

O mérito da tese de *Amorim* é que ela não permite apenas a identificação de quais prazos são efetivamente de decadência e quais são de prescrição. O critério apontado pelo Mestre é também o único capaz de explicar o fato de algumas ações constitutivas (quando não há prazo definido em lei) e as ações meramente declaratórias em geral não se sujeitarem à prescrição nem à decadência, situação essa que, se encontrasse outra conclusão doutrinária, levantaria enormes embaraços para a jurisprudência⁽¹⁰⁾.

(10) Apenas para citar um exemplo, se a conclusão fosse outra, não seria válido afirmar que a ação de investigação de paternidade é perpétua (imprescritível).

3.2. Natureza Jurídica do prazo previsto no art. 103, caput, da Lei n. 8.213/91

Se as ações condenatórias, por envolverem direitos a uma prestação, sujeitam-se apenas a prazos prescricionais, é preciso questionar se as ações revisionais de benefícios previdenciários possuem essas características. Se a resposta for positiva, não faria sentido submetê-las a um prazo decadencial, mas tão somente a um prazo prescricional.

As revisionais de benefício são verdadeiras ações de cobrança através das quais os beneficiários buscam obter do regime de previdência o cumprimento de obrigações de dar e de fazer, consistentes, respectivamente, no pagamento das diferenças nas prestações vencidas e vincendas do benefício. Pertencem, pois, à categoria das *ações condenatórias*.

Uma análise do provimento jurisdicional buscado nessas ações não deixa dúvidas sobre a sua espécie. *Moacyr Amaral Santos*, ao apontar as características da sentença condenatória, apresenta um conceito que se encaixa perfeitamente à tutela ora em análise:

“A sentença condenatória, como as sentenças declaratórias, contém uma declaração de certeza da existência de relação jurídica, a que acrescenta um *quid*, consistente na atribuição ao vencedor do direito de execução contra o vencido. À declaração de certeza acrescenta a condenação do réu na obrigação declarada. É a sentença que contém a condenação na obrigação declarada. Ou, por outras palavras, a que conclui pela condenação do réu numa obrigação de dar, fazer ou não fazer. *Condena o réu no cumprimento de uma prestação. Por isso também se chama sentença de prestação*”⁽¹¹⁾ (grifo nosso)

Ora, se a ação proposta tem natureza condenatória, ela necessariamente envolve direitos que pertencem à categoria dos *direitos a uma prestação*. Portanto, só pode se submeter a prazos prescricionais. Desta forma, apesar de referir-se à “decadência” no *caput* do art. 103, da Lei n. 8.213/91, o legislador não regulou ali um prazo decadencial. Trata-se sim de mais um prazo prescricional. Obviamente que esta conclusão é estranha quando se nota que o parágrafo único do mesmo artigo também prevê um prazo (verdadeiramente) prescricional, o qual, inquestionavelmente, não se mostra conciliável com o *caput*.

(11) SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 9. ed. 3ª vol. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 31-32.

Primeiramente, porque o princípio *lex posterior revogat priori*, previsto no art. 2º, § 1º, da LICC, não se mostra hábil para a solução deste conflito, já que o legislador manteve os dois prazos em todas as alterações sofridas pela Lei n. 8.213/91. Em segundo lugar, porque seria inaceitável entender que o legislador teria pretendido aumentar o prazo prescricional para cobrança de prestações de 5 para 10 anos, onerando ainda mais o Regime Geral de Previdência, quando, na verdade, é público e notório que sua pretensão foi justamente obter o efeito contrário. Como aplicar então o *caput*?

3.3 Inconstitucionalidade do art. 103, caput

O *caput* do art. 103 da Lei n. 8.213/91 é uma norma nula porque jamais teve fundamento constitucional.

Ao pretender impor prazo decadencial para direitos que se submetem apenas a prazos prescricionais, o legislador criou uma norma jurídica ininteligível, sem apoio da teoria geral do direito, e que, por isso, choca-se frontalmente com o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição, sumprimindo dos beneficiários o direito de ação onde não estava autorizado a fazê-lo, haja vista que os direitos a uma prestação só podem submeter-se à prescrição.

Para minimizar o problema de caixa do Regime Geral de Previdência — fato este também controvertido — o legislador poderia até ter reduzido o prazo de prescrição para suportar o passivo oriundo do contencioso nas revisionais, mas jamais estabelecer um prazo de decadência visando eliminar direitos que só poderiam ser eliminados pela prescrição!

Além disso, sendo a relação jurídica previdenciária de trato sucessivo — porquanto se desenvolve de forma contínua entre o beneficiário e o regime — não poderia o legislador instituir um prazo que extinguisse a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário para revisão de atos concessórios de benefício.

Retomo a distinção feita há pouco entre a revisão de ato indeferitório e a de ato concessório. No primeiro caso, os beneficiários podem recorrer ao regime previdenciário de forma ilimitada, com fundamento no direito de petição, para requerer os benefícios que entendem serem devidos. Mas para a revisão de benefícios já concedidos, a incidência de um prazo decadencial elimina o direito de cobertura integral do regime previdenciário, ou seja, o beneficiário perde o direito de corrigir o valor da sua renda mensal *ad eternum*.

Ora, se o art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/91 desonera o regime de amparar dignamente seus beneficiários e lhes retira o direito fundamental à adequada proteção previdenciária, tal dispositivo choca-se com o caráter contributivo da Previdência Social (art. 201, *caput*, CF), combinado com a regra da contrapartida (art. 195, § 5º, CF), e ofende, ainda, a regra de cálculo do salário-de-benefício juntamente com a garantia da preservação de seu valor real (art. 201, §§ 3º e 4º, CF), afinal, como a relação jurídica é contínua, a lesão aos beneficiários e à Constituição Federal é renovada diariamente! O suposto prazo decadencial não possui o condão de apagar a ofensa à Carta, posto que ela é contínua.

Não se argumente que o princípio da segurança jurídica justifica a regra em questão. Uma coisa é a incidência da prescrição para eliminar créditos pretéritos com base no adágio *dormientibus non succurrit jus*, outra, bem diferente, é a aplicação de um prazo que, a pretexto de prestigiar a segurança jurídica, envolve direitos que não se sujeitam à decadência, e além disso, acaba por aniquilar os direitos previstos nos arts. 6º e 7º, XXIV, da Constituição. Por fim, a instituição do prazo decadencial em questão institucionaliza um tratamento pouco isonômico entre os beneficiários do Regime Geral de Previdência e os do Regime Complementar de Previdência, pois o art. 75 da LC n. 109, de 29.5.01, prevê apenas a prescrição das prestações não pagas fora do quinquídio anterior ao ajuizamento da cobrança, sem prejuízo ao próprio benefício, nos moldes da redação original do art. 103 da Lei n. 8.213/91.

Desta forma, enquanto os beneficiários do Regime Geral perdem, após o prazo de 10 anos, o direito de pedir revisão de aposentadorias e pensões, os do Regime Complementar mantêm tal direito, já que a prescrição engloba apenas as parcelas não pagas na época própria, sem atingir o próprio fundo de direito.

Conquanto a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula n. 326, venha declarando a prescrição total do *direito à complementação* da aposentadoria quando o direito de ação é exercido a destempo, entende, por outro lado, através da Súmula n. 327, que especificamente no caso de cobrança de *diferenças na complementação* não perece o fundo de direito, de modo que prescrição alcança apenas as diferenças nas prestações não enquadradas no quinquídio que antecede o ajuizamento da cobrança.

Ora, como pode o Estado furtar-se do ônus de pagar uma prestação previdenciária correta, com apoio num prazo pretensamente decadencial, se

até nas relações privadas, no caso de revisão de complemento de aposentadoria, a lei determina que o fundo de direito não perece? Como podem conviver dentro do sistema previdenciário brasileiro normas tão díspares como o art. 75 da LC n. 109/01 e o art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/91? Qual é o *discrímen* existente entre os beneficiários do Regime Geral e do Regime Complementar que justifica o tratamento desigual do ordenamento jurídico?

Entendemos que nada há na Constituição Federal que justifique esta flagrante violação ao princípio da isonomia. Poderia a lei, quiçá, conferir um tratamento mais rígido e menos protetor aos aposentados e pensionistas do Regime Complementar, haja vista que recebem um *plus* em relação aos cidadãos filiados ao Regime Geral. Mas o inverso, salvo melhor juízo, choca-se claramente com o art. 5º, *caput*, da Constituição, uma vez que ordenamento está privilegiando quem privilegiado já é e eliminando direitos daqueles que já possuem poucos.

5. Conclusão

Se o critério de distinção entre a decadência e a prescrição, proposto pelo professor *Agnelo Amorim Filho*, for tomado como premissa verdadeira, podemos concluir que o prazo previsto no art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/91, não pode ser decadencial uma vez que envolve direitos que se submetem apenas à prescrição.

Tendo em vista que o parágrafo único do mesmo artigo já prevê um prazo (verdadeiramente) prescricional, mantido em todas as alterações sofridas pela Lei de Benefícios, não nos parece haver possibilidade de conciliação entre ambos. De qualquer forma, a norma inscrita no *caput*, salvo melhor juízo, é nula por ofender a Constituição Federal.

A inconstitucionalidade decorre, primeiramente, do fato de o legislador ter instituído um prazo tecnicamente descomprometido com a teoria do direito e com o fim de eliminar o direito de acesso ao Poder Judiciário pelo beneficiário do Regime Geral. Considerando que a tentativa de alcançar este objetivo é assustadoramente contrária aos conceitos de decadência e prescrição, conclui-se que o legislador ofendeu a garantia prevista no art. 5º, XXXV, da CF.

Em segundo lugar, no que diz respeito especificamente à revisão de benefícios já concedidos,

o *caput* do art. 103 da Lei n. 8.213/91 mostra-se inconstitucional na medida em que opera efeitos *ad eternum* ao beneficiário e acaba por eliminar o próprio dever da Previdência Social em substituir a renda do trabalhador com base nas suas contribuições. Outra não pode ser a conclusão quando temos, de um lado, uma relação jurídica previdenciária de trato sucessivo, e de outro, um suposto prazo decadencial chocando-se com a garantia de proteção previdenciária, considerada um direito fundamental (arts. 6º e 7º, XXIV, CF), e com a garantia de preservação do valor real dos benefícios (art. 201, §§ 3º e 4º, CF).

Por fim, o dispositivo em questão é também inconstitucional por ofender o princípio da isonomia quando colocado ao lado do disposto no art. 75 da LC n. 109/01, que não prevê prazo equivalente no Regime Complementar de Previdência. Salvo melhor juízo, a coexistência de normas tão díspares sobre o assunto, eliminando direitos de quem depende da previdência básica e conferindo maiores direitos a quem já é previdenciariamente privilegiado, afronta claramente o art. 5º, *caput*, da Carta.

Bibliografia

- BALERA, W. Decadência e Prescrição no Direito Previdenciário. In: A Previdência Social hoje — Homenagem a Anníbal Fernandes (coordenador Sérgio Pardal Freudenthal). São Paulo: LTr, 2004.
- FILHO, A. A. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 300. São Paulo: RT, 1960.
- LOPES, C. C. V. Decadência do direito à revisão de benefício previdenciário: uma análise de direito intertemporal. *Revista de Doutrina da 4ª Região*. Edição n. 28. Porto Alegre, TRF-4/EMAGIS, julho/2008.
- MONTEIRO, W. de B. Curso de Direito Civil — Parte Geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva: 1972.
- ROCHA, D. M. da e JUNIOR, J. P. B. Comentários à lei de benefícios da Previdência Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SANTOS, M. A. Primeiras linhas de direito processual civil. 9. ed. 3º vol. São Paulo: Saraiva, 1988.
- SILVA, V. de M. Aplicação imediata da decadência na revisão de ato de concessão de benefício previdenciário. *RPS n. 244*. São Paulo: LTr, Março/2001.