

# DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA PRECLUSÃO NO CAMPO DO DIREITO ADMINISTRATIVO – IMUTABILIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO CONCESSIVO DAS APOSENTADORIAS EXCEPCIONAIS

*Mauro Roberto Gomes de Mattos*

*Advogado no Rio de Janeiro. Vice Presidente do Instituto Ibero Americano de Direito Público – IADP, Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social, Membro do IFA – Internacional Fiscal Association. Conselheiro efetivo da Sociedade Latino-Americana de Direito do Trabalho e Seguridade Social. Comendador da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho admitido no Conselho em agosto/95. Agraciado com a Comenda da Ordem Ministro Silvério Fernandes de Araújo Jorge, no Grau Máximo (Grã-Cruz).*

## I – INTRODUÇÃO

“A vida do ser humano, nos seus mais variados matizes, não prescinde na intermediação do fator tempo. Esse domina o homem, quer na vida biológica, como nas suas relações com a sociedade e no campo profissional. Mas não é só. As relações jurídicas também não o dispensam.”

Edilson Pereira Nobre Junior<sup>1</sup>

Em sentido legal, se pode afirmar que a prescrição exprime o modo pelo qual o direito extingue, em vista do não exercício dele, por certo lapso de tempo.<sup>2</sup>

Assim, a negligência ou inércia na defesa de determinado direito material, dentro de um prazo assinalado em lei, possui, em determinados casos, o condão de sepultar situações lesivas ao interesse de outrem.

Por igual, pelo instituto da preclusão opera-se a extinção ou consumação de uma faculdade legal, por força de uma omissão ou do simples transcurso do prazo.

A preclusão é, conseqüentemente, um fato jurídico secundário, pois não extingue nem impede o exercício do direito, mas somente uma determinada faculdade processual.

Vale dizer, que a preclusão funciona como uma conseqüência da prescrição que seria, sem sombra de dúvida, o fato jurídico extintivo do exercício de um determinado direito.

Sendo certo, que os fatos jurídicos extintivos são os que possuem a eficácia de fazer cessar a relação jurídica.

---

<sup>1</sup> Prescrição: Decretação de ofício em favor da Fazenda Pública”, Revista de Informação Legislativa, n 136, Dez/97, pág. 161

<sup>2</sup> Cf “Vocabulário Jurídico” de Plácido e Silva, 13ª ed., pág. 634

Em uma síntese apertada, a prescrição funcionaria como o principal, e a preclusão como o acessório.

A diferença típica da preclusão para a prescrição vem do direito processual civil, que é disciplinado por prazos fixos, a fim de que se prestigie a celeridade da prestação jurisdicional, onde a perda de determinada faculdade processual extingue aquela etapa (preclusão), e não o direito material invocado pelas partes, que somente seria aniquilado, na presente hipótese, pela prescrição..

Feita esta radiografia embrionária sobre a conceituação da prescrição e da preclusão, surge a necessidade de adentrar ao tema sob a ótica do direito administrativo, que é composto por um universo de leis, que ensejam os mais variados procedimentos administrativos, onde alguns comandos legais expressamente estipulam os prazos prescricionais, e outros se silenciaram quanto a fruição dos mesmos.

Por certo que não se pode abstrair do conceito legal a envergadura do poder público quando confrontado com o servidor público ou administrado.

Para regular a desigual situação jurídica, a regra da prescrição e da preclusão funcionam de maneira diversa, dependendo de cada situação concreta, como se demonstrará nos tópicos seguintes, cabendo ressaltar que o objetivo dessas regras residem na necessidade da estabilidade das relações jurídicas<sup>3</sup>

## **II – DA PRESCRIÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO**

Em abono as colocações utilizadas ao final do tópico introdutório , o ex-Consultor Geral da República, Rafael Mayer,<sup>4</sup> teve a oportunidade de destacar que “a prescrição tem por base o interesse social pela estabilidade das relações jurídicas.”

Como o direito administrativo não possui codificação própria, o cultor do direito e o intérprete possuem a obrigação de consultar qual é a norma legal aplicada, dentre as inúmeras existentes, para cada caso concreto.

No que pertine ao prazo prescricional das ações e direitos reivindicados contra a Administração Pública, e vice versa, ainda vige o Decreto 20.910/32, que declara em seu artigo inaugural que “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal Estadual e Municipal seja qual for sua natureza prescrevem em cinco anos”. E o artigo 2º do citado Decreto determina: “Prescrevem igualmente no mesmo prazo todo o direito e as prestações correspondentes a pensões vencidas ou por vencerem ao meio soldo e ao montepio civil e militar ou a quaisquer restituições ou diferenças.”

Sucedo que a prescrição elencada pelo citado comando legal não possui como finalidade apenas regular o ingresso de ações por parte dos interessados contra o poder público, funcionando também como freio a revogabilidade dos atos administrativos baixados quando o Poder Público, utilizando-se da faculdade do seu autocontrole, pretende revogar ou até mesmo anulá-los.

Esse raciocínio lógico depreende-se do próprio texto legal, visto que o artigo 2º do Decreto 20.910/32 impõe o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o exercício de “todo o direito”, sem exceção. O que leva o intérprete a concluir que pela dicção do sadio princípio da igualdade, norma

---

<sup>3</sup> Sobre o que foi afirmado, Clovis Bevilacqua já deixara consignado assaz de tempo: “a prescrição é uma regra de ordem, de harmonia e de paz imposta pela necessidade de certeza nas relações jurídicas.” (Tratado Geral do Direito Civil, 4ª ed., 1972, pág. 310)

<sup>4</sup> RDA 118/384

assente no *caput* do art. 5º da C.F., a consumação do lapso prescricional é endereçada tanto para o ente público como também para o administrado.

Pensar de modo diverso seria o mesmo que desprezar o Estado Democrático de Direito, ao qual se refere a C.F. no seu artigo 1º.

Portanto, o ente público possui, como regra legal, a faculdade de rever os seus atos administrativos dentro de cinco anos, sob pena de, não o fazendo nesse aprazamento legal, precluir o direito de autotutela em outra oportunidade.

Ratificando o que acabamos de dizer, nada melhor do que se ater ao recente julgado do Col. STJ, que pela voz do conceituado Ministro Relator, Luiz Vicente Cernicchiaro, deixou registrado nos anais daquela Corte que a prescrição do ato administrativo afeta o direito do administrado como e, sobretudo, da Administração:

“Resp – ADMINISTRATIVO – PRESCRIÇÃO – A prescrição afeta o direito de o credor exigir parcelas do direito ao devedor, a decadência atinge o próprio direito. A prescrição pode ser argüida tanto pela Pública Administração, como pelo servidor. Além do princípio da igualdade, o instituto visa a resguardar, com a seqüência do tempo, a estabilidade das situações jurídicas. Conta-se tempo igual para ambos.”<sup>5</sup>

Nesse enredo, a prescrição administrativa estabiliza as relações intersubjetivas das partes, tornando-se irreversíveis e intocáveis, ainda mais quando se trata de aposentadoria excepcional.

Sobre o *thema*, o saudoso administrativista lusitano, Marcelo Caetano, deixou consignado que a prescrição administrativa cura o ato que possa ser enquadrado no futuro como ilegal:

“O ato doente cura-se com o decurso do tempo, e isso se dá porque o legislador pensa que a ilegalidade cometida não é tão grave que deva sobrepor-se ao interesse de pôr termo à insegurança dos direitos. Aos interessados, incluindo os representantes do interesse público, é facultada a anulação do ato; mas se não usarem oportunamente dessa faculdade, o interesse geral impõe que não fique indefinidamente a pesar sobre este ato a ameaça de anulação.”<sup>6</sup>(g.n.)

Em abono ao que foi dito, abra-se parênteses para registrar o voto condutor do eminente Min. Cernicchiaro no citado Resp n.º 136.204-RS:

“Na vida social, importa que não se eternize o estado de incerteza e de luta quanto aos direitos das pessoas; por isso, consolida-se a situação criada pelo ato nascido, embora com pecado original (...). O Eminentíssimo Professor Helly Lopes Meirelles, na sua conhecida e renomada obra, menciona também que, salvo disposição expressa, em contrário, o Estado deverá, para desconstituir uma situação jurídica, manifestar-se no prazo de cinco anos.”

---

<sup>5</sup> (STJ, Resp n.º 136.204-RS/97.0041207-5, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª T., julgado em 21/10/97).

<sup>6</sup> “Princípios Fundamentais de Direito Administrativo”, Almedina, pág. 187

Citado pelo eminente Ministro Cernicchiaro, o pranteado Helly Lopes Meirelles em curtas, porém robustas palavras, assim define a controvérsia:

“A prescrição administrativa opera a preclusão da oportunidade de atuação do Poder Público sobre a matéria sujeita à sua apreciação (...). O instituto da prescrição administrativa encontra justificativa na necessidade de estabilização das relações entre o administrado e a Administração e entre esta e seus servidores. Transcorrido o prazo prescricional fica a Administração, o administrado ou o servidor impedido de praticar o ato prescrito, sendo inoperante o extemporâneo.”<sup>7</sup>

Portanto, se ocorre a prescrição para a Administração revogar seus atos no prazo de 5 (cinco) anos, por igual tal preceito atinge o ato administrativo da aposentadoria na sua essência.

Tal imposição não é fruto apenas da doutrina e da jurisprudência, decorrendo do mandamento contido no artigo 178, VI do Código Civil, que foi amplamente ratificado pelo Decreto 20.910/32.

O prazo de prescrição decorre da data do ato ou do fato genesis.

Merece destaque, a jurisprudência administrativa baixada pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, em 25/3/93, que pelo Parecer CJ nº 074, da lava da Coordenadora CEP/CJ/MJ, Dra. Rosa Maria de Guimarães Fleury, devidamente aprovado pelo ilustre Consultor Jurídico, Dr. Guilherme Magaldi Netto, ficou assim ementado:

“EMENTA: DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO QÜINQUENAL. INCIDÊNCIA. 1 - A pretensão deduzida perante a Administração Pública para rever ato com vício de nulidade está sujeita à prescrição qüinquenal estabelecida no Decreto 20.910/32, que não pode ser superada. 2 - “A orientação administrativa não há de estar em conflito com a jurisprudência dos Tribunais em questão de direito, mormente quando a interpretação emanada do Egrégio Supremo Tribunal Federal.”(CGR, Pareceres nº S-011, de 12.02.1986, 261-T, de 30.04.53; C-15, de 13.12.1960; H-76; I-222, de 11.06.73; L-211, de 04.10.1978; P-33, de 14.04.1983). 3 - Sugestão de revisão do Parecer CR/CG nº 01/92, aprovado pelo Parecer JCF-011, porque conflitante com a Jurisprudência consolidada, a doutrina predominante e o princípio da legalidade insculpido no art. 37, *caput*, a C.F.”

E a Advocacia Geral da União, acatando a sugestão citada anteriormente pela Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, baixou o parecer nº CQ-10, de 6 de outubro de 1993<sup>8</sup>:

“Ato Nulo – Revisão – Prescrição Qüinquenal. - A prescrição qüinquenal prevista no artigo 1º do Decreto nº 20.910/32 abrange tanto o ato nulo, quanto o anulável. - Revisão do Parecer JCF, de 30 de novembro de 1992, da Consultoria Geral da República.”

---

<sup>7</sup> “Direito Administrativo Brasileiro”, 1989, 15ª ed., ed. RT, pág. 577

<sup>8</sup> RDA 194:307-314

No embasamento do aludido Parecer nº GQ-10/93, são citados alguns arestos, que, pelo brilho e eloquência jurídica, tornam-se necessários virem a tona, para espancar qualquer tipo de dúvida quanto a prescrição do ato administrativo nulo e o anulável:

“PRESCRIÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE APONTADA POR PARTICULAR. DECURSO DO PRAZO DE CINCO ANOS. RECONHECIMENTO DA CAUSA EXTINTIVA DE ACIONAR. 1 – O Decreto nº 20.910, de 06/01/32, ao determinar a prescrição quinquenária de qualquer ação contra ato administrativo não fez qualquer distinção entre nulidade e anulabilidade. O prazo da prescrição incide em relação a quaisquer direitos pessoais, como o são os decorrentes de relação de serviço público. 2 – A prescrição quinquenal referida abrange qualquer direito ou ação. 3 – Se é certo que o ato administrativo ilegítimo não se torna válido pelo tempo decorrido, qualquer que seja o período de sua duração, pois, o que é vicioso sempre continua vicioso. Certo, também, é que prescreverá, no prazo de 5 (cinco) anos a ação do interessado para invalidar, por não se justificar a instabilidade jurídica, mesmo que potencial, por todo e sempre. 4 – Em consequência, se o interessado não agiu dentro dos cinco anos autorizados pelo ordenamento positivo, o ato, mesmo inválido, firma-se, estabiliza-se, não podendo ser mais anulado, quer por meio administrativo, quer por decisão judicial. 5 – Sentença reformada. Provimento do Recurso.”<sup>9</sup>

“...Os termos da lei são incisivos, peremptórios mesmo: atinge a prescrição quinquenal que beneficia o Poder Público todo e qualquer direito a ação, seja qual for sua natureza. Não distinguiu o legislador os direitos assegurados por lei ao servidor público, que se integram no seu *status* para declará-los imprescritíveis. Na enfática e até redundante afirmação de que prescreve em cinco anos todo e qualquer direito, seja qual for a sua natureza, não se podem, *data venia*, entrever distinções. Todo e qualquer direito, é, *data venia*, só pode ser, todo e qualquer mesmo.”<sup>10</sup>

Na trilha da moldura jurisprudencial, os tribunais pátrios sedimentam o entendimento de que os atos administrativos nulos também se incorporam ao princípio da prescrição quinquenal: TRF-AC nº 010865/90-DF *in* DJU 22/4/91; TRF AC nº 0200233/89-RJ, *in* DJU de 7/5/91. STJ-RE nº 5.559/90-SP, *in* DJU de 19/11/90.

Portanto, dúvidas não existem quanto a prescrição quinquenal do ato administrativo, devendo a Administração Pública, no lapso prescricional, respeitar as situações consolidadas pelo transcurso dos anos.

Assim sendo, como os aposentados excepcionais recebem seus direitos e vantagens (gratificações de férias, abonos e etc.) há mais de vários anos, imutabilizando qualquer revisão sobre os mesmos.

Nesse diapasão, até mesmo a Súmula 473 do STF, que após a edição do novo Texto Maior, em 05/10/88, vem sendo interpretada com temperamentos, pelo fato de permitir que após a regra do devido processo legal e a ampla defesa (art. 5, LV da C.F.), a Administração revogue os seus

---

<sup>9</sup> TRF – 5ª Região, Ae 195-SE, julgado em 3/8/89, *in* RDA 194:309

<sup>10</sup> STF – RE nº 107.503-MG, Rel. Min. Octávio Galloti, Ac. Publ. na RT 106/1095

atos nulos, possui freio nos cinco anos legais, contados da data do ato administrativo hostilizado, conforme imposição legal, jurisprudencial e doutrinária.

### **III – A ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS CONVALIDAM ATOS CONSTITUTIVOS DE DIREITO TRANSFERIDOS AOS SERVIDORES QUE SÃO ADQUIRENTES DE BOA-FÉ.**

Um dos fatores que é prestigiado pela fruição do instituto da prescrição administrativa é a manutenção da estabilidade das relações jurídicas firmadas pelo poder público com os seus subordinados, ainda mais quando se cinge os direitos e vantagens deferidos a aposentações.

Sobre este posicionamento legal, tivemos a oportunidade de afirmar que:

“No campo do Direito Público a boa-fé é o fator preponderante para manter a intangibilidade dos atos administrativos praticados em prol da coletividade, sendo irrevogável o ato que haja criado direito, mesmo que no futuro seja alterado ou revogado o comando legal instituidor do aludido direito.”<sup>11</sup>

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho também observa que são irrevogáveis atos que já radiaram seus efeitos:

“O desfazimento, anulando relações, tornando o ato ineficaz, não apaga conseqüências nem anula efeitos produzidos, pois os atos em começo de execução ou executados ‘são considerados como irrevogáveis’ tendo em conta condições materiais e o tempo de vigência.”<sup>12</sup>

Com o mesmo brilho, Francisco Campos, ao analisar a irretratabilidade dos atos administrativos que já produziram efeitos, ensina:

“a irretratabilidade dos atos administrativos, que decidem sobre a situação individual, é ainda, um imperativo de segurança jurídica.”<sup>13</sup>

Ainda sobre a estabilidade das relações jurídicas, Celso Antônio Bandeira de Mello, arremata:

“Finalmente, vale considerar que um dos interesses fundamentais do Direito é a estabilidade das relações constituídas. É a pacificação dos vínculos estabelecidos a fim de se preservar a ordem. Este objetivo importa muito mais no direito administrativo do que no direito privado. É que os atos administrativos têm repercussão mais ampla, alcançando inúmeros sujeitos, uns direta, e outros indiretamente, como observou Seabra Fagundes. Interferem com a ordem e estabilidade das relações sociais em escala muito maior. Daí que a possibilidade de convalidação de certas situações - noção antagônica à de nulidade em seu sentido corrente - tem especial relevo no direito administrativo. Não obrigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe

---

<sup>11</sup> Mauro Roberto Gomes de Mattos, “Compêndio de Direito Administrativo – Servidor Público”, ed. Forense, 1998, pág. 373

<sup>12</sup> “Atos Administrativos”, ed. Saraiva, 1980, pág. 174

<sup>13</sup> “Direito Administrativo”, Forense, vol. II, pág., 7

o espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida. Portanto, não é repugnante ao direito administrativo a hipótese de convalidação dos atos inválidos.”<sup>14</sup>

Da mesma forma, Lúcia Valle Figueiredo ensina:

“Destarte, por força de erro administrativo, podem surgir situações consumadas, direitos adquiridos de boa-fé. Diante das situações fáticas constituídas, rever tais promoções (hipótese consideradas) seria atrair com princípios maiores do ordenamento jurídico, sobretudo com a segurança jurídica, princípio maior de todos, sobre o princípio, como diz Norberto Bobio”.<sup>15</sup>

E José Frederico Marques, se filiando a corrente citada, adverte que o “limite imposto à revogabilidade está no respeito aos direitos subjetivos por perfeitos criados pelo ato administrativo.”<sup>16</sup>

No mesmo contexto, a Jurisprudência constitui elemento sólido que preserva a boa-fé do administrado, e convalida o ato já praticado sob este manto:

“O Poder Público atentaria contra a boa-fé dos destinatários da administração se, com base em suposta irregularidade por ela tanto tempo tolerada, pretendesse a supressão do ato.”<sup>17</sup>

Como se vê, tanto a moderna doutrina, como a jurisprudência dominante, orientam, de modo firme e consensual, no sentido de que, em face do caso concreto, pode acontecer que situações resultantes de ato administrativo, embora nascidos “irregularmente” pela ótica da Administração, devem ser convalidados, não só pela aquisição de direitos dos servidores públicos (art. 5, XXXVI da C.F.), como também pelo fato da aquisição de direitos ter sido consumado pelo manto da boa-fé.

Destarte, não se admite na doutrina e na jurisprudência que ocorra anulação ou revogação de ato administrativo que já tenha gerado direitos aos beneficiários de boa-fé, acarretando instabilidade jurídica para os mesmos, imperando o princípio clássico de que “a parte útil não deve ser afetada pela inútil.” (utile per inutile sem vitiatur).

O STF, através da autorizada visão do Ministro Lafayette de Andrada, firmou o entendimento que o tempo é o verdadeiro verdugo da retratabilidade do ato administrativo:

“A verdade, porém, é, que se criou uma situação de fato, que o tempo já consolidou. Em casos semelhantes, a orientação do Supremo Tribunal ter sido no sentido de atender a tais situações cuja excepcionalidade aconselha encarar o problema mais sob o aspecto da finalidade social das leis do que de uma severa interpretação literal dos textos.”<sup>18</sup>

E o Ministro Prado Kely, também do STF, assim redigiu a ementa de outro julgado:

---

<sup>14</sup>“Curso de Direito Administrativo”, 9ª ed., Malheiros, pp 297/298) (“Curso de Direito Administrativo”, 9ª ed., Malheiros, pp 297/298)

<sup>15</sup> “Curso de Direito Administrativo”, 1994, pág. 151

<sup>16</sup> RDA 39:18

<sup>17</sup> Ap em Ms n.º 90.04.06891-0-RS, in RTRF-4, n.º6, pág. 269

<sup>18</sup> MRS n.º 17.444, in RTJ 45/589

“Ocorrência, na espécie, de circunstâncias excepcionais que aconselham a inalterabilidade da situação de fato e de direito constituída pela concessão da liminar.”<sup>19</sup>

Ademais, já escreveu Miguel Reale:

“Assim sendo, se a decretação de nulidade é feita tardiamente, quando da inércia da Administração já permitiu se constituírem situações de fato revestidas de forte aparência de legalidade, a ponto de fazer gerar nos espíritos a convicção de sua legitimidade, seria deveras absurdo que, a pretexto da eminência do Estado, se concedesse às autoridades um poder-dever indefinido de autotutela. Desde o famoso *affaire chochet*, é esta a orientação dominante no Direito francês, com os aplausos de Maurice Hauriou, que bem soube pôr em realce os perigos que adviriam para a segurança das relações sociais se houvesse possibilidade de indefinida revisão dos atos administrativos.”<sup>20</sup>

Assim, em nome da estabilidade das relações jurídicas, os atos administrativos baixados em período razoável (mínimo de 5 anos) são imutabilizados pelo tempo.

Dessa forma, é arbitrário e ilegal qualquer ato que atente contra a estabilidade das vantagens deferidas às aposentadorias excepcionais, visto que a prescrição não permite a eterna modificação dos *status quo ante*.

#### IV – DA PRECLUSÃO

A doutrina e a jurisprudência nacional não seguiram os passos da corrente doutrinária argentina e da austríaca, desprestigiando a coisa julgada administrativa.

Todavia, juntamente com a doutrina vigente na Europa Continental, firmaram o entendimento da preclusão dos efeitos internos do ato administrativo, que pela fruição do tempo não poderá mais ser revisto.

A preclusão dos efeitos internos atinge a vontade tanto da Administração como do administrado ou aposentado:

Em mais um memorável posicionamento, Hely Lopes Meirelles espanca qualquer dúvida sobre a consumação da preclusão que possui o efeito de tornar irretratável o ato interno:

“Realmente, o que ocorre nas decisões administrativas finais é, apenas, preclusão administrativa, ou a irretratabilidade do ato perante a própria Administração. É a sua imodificabilidade na via administrativa, para estabilidade das relações entre as partes. Por isso não atinge, nem afeta situações ou direitos de terceiros, mas permanece imodificável entre a Administração e o administrado destinatário da decisão interna do Poder Público. (...) Exauridos os meios de impugnação administrativa, torna-se irretratável, administrativamente, a última decisão...”<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> RMS n.º 13807, in RTJ 37/248

<sup>20</sup> “Revogação e Anulamento do Ato Administrativo, 1968, ed. Forense, pág. 72

<sup>21</sup> ob. cit., pág. 576

Corroborando a ótica do citado mestre, o STJ já teve a oportunidade de prestigiar o instituto da preclusão administrativa, como forma de tornar irretratável o posicionamento adotado pela própria Administração:

“MANDADO DE SEGURANÇA. Ato Administrativo. Preclusão Administrativa. I – O ato administrativo conta com a retratabilidade que poderá ser exercida enquanto dito ato não gerar direitos a outrem, ocorrendo a existência de direitos, tais atos são atingidos pela preclusão administrativa, tornando-se irretratáveis por parte da própria Administração. II – É que, exercitando-se o poder da revisão de seus atos, a Administração tem que se ater aos limites assinalados na lei, sob pena de ferir o direito líquido e certo do particular, o que configura ilegalidade e ou abuso de poder. III – Segurança concedida.”<sup>22</sup>

No mesmo sentido o STJ julgou o MS 223-DF, 1ª S., Rel. Min. Garcia Vieira, julgado em 27/3/96, *in* RSTJ.

E Sérgio D’Andreia Ferreira<sup>23</sup>, no alto de sua cátedra, também defende o instituto da preclusão no direito administrativo:

“5. O transcurso do tempo é, sem dúvida, um dos fatos jurídicos naturais mais relevantes. Dentre seus efeitos no mundo do Direito, estão os que afetam a eficácia, outros efeitos já ocorrentes naquele mundo. Duas grandes linhas de fenômenos se identificam nessa área jurídica: de um lado, o da **preclusão**, **decadência** ou **caducidade**; de outro, o da **prescrição**. Embora muitas vezes confundidas essas duas séries de fenômenos jurídicos (o próprio Código Civil, na enumeração do art. 178, mistura-os sob o rótulo genérico da **prescrição**), extremam-se elas ontológica e eficazmente. Assim, a preclusão – de que são sinônimos os termos decadência e caducidade – opera a extinção de efeitos jurídicos, isto é, de direitos, de pretensões, de ações e de exceções. Fala-se em precluir, porque o que se encontrava incluído no mundo jurídico, deixa-o de estar (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Borsoi, Rio, 3ª ed., 1970, VI/135). O que “subira” ao mundo do Direito, cai (caducidade), sendo os mesmos técnicos, embora o mais usado, o vocábulo decadência: : “o direito cai, não decai”. (fontes, ob. e loc. cits.”

Mais a frente o eminente mestre define<sup>24</sup>:

“A **preclusão** é fato objetivo, no qual o que importa é o tempo mesmo, sem atinência ao credor ou devedor; escorre como tempo puro, sem ligação subjetiva, indiferente aos sujeito ativo e passivo. Há *dies supremus*, o dia de morte do direito, da pretensão, da ação ou da exceção... o tempo corre, malgrado a atividade do credor e do devedor, para a preclusão: a única atividade que impede a fluência é o exercício mesmo do direito, da pretensão, da ação, ou da exceção. Além disso, o prazo preclusivo pode ser independente

<sup>22</sup> STJ, MS 009-DF, 1ª s. Rel. min. Pedro Accioli, julgado em 31/10/89, *in* RSTJ 17/195

<sup>23</sup> “Ato Administrativo – CORREÇÃO DE OFÍCIO E PROVOCADA A ANULIBILIDADE – NULIDADE – PRESCRIÇÃO”, *in* RDP 80:69-70

<sup>24</sup> cit. Ant., pág. 70

do exercício: exerça-se, ou não se exerça o direito, a pretensão, a ação ou exceção, acaba no *dies supremus*”(Pontes, ib.).

Enquanto a prescrição extingue o próprio direito, a preclusão impede que seja tomado determinado ato extemporâneo.

## V - DA LIMITAÇÃO DE REDUZIR PROVENTOS OU SUA BASE DE CÁLCULO

Independente da prescrição administrativa, que aniquila a eterna modificação futura de critérios já sepultados pelo tempo.

O Art. 201, §2º, da CF foi o pilar da base de sustentação de que a futuridade de normas administrativas ou jurídicas não teriam o condão de invadir a aposentação, mantendo-se irreduzível o benefício já concedido, em total reverência ao direito adquirido, imune às alterações futuras.

Com efeito, Bandeira de Mello em magistral, arguta e erudita análise, assinala que ocorre direito adquirido para as hipóteses como a presente, diante de normas gerais em que:

“o único sentido do direito é a FUTURIDADE, é o resguardo ulterior do benefício legal (...) quando o sentido do ato jurídico gerador da situação só se explique logicamente (...) como uma decisão de dispor para o futuro, de modo que seu conteúdo nuclear consista precisamente em investir alguém numa posição de direito imperável às novas regras blindadas contra o influxo de ulteriores disposições normativas” (g.n).(Celso Antônio Bandeira de Mello, RDA, pág. 67).

Logo, atos que investem contra situação jurídico-legal consumados por comandos normativos anteriores, possuem apenas alcance material sobre os futuros casos, não atingindo situações consolidadas anteriormente, em estreita submissão à barreira imposta pelo Art. 5º, XXXVI, da C.F., que impõe a “lei não prejudicará o direito adquirido”

E não é outro o entendimento da Excelsa Corte. A autorizada voz do Exmo. Ministro Carlos Mário Velloso, na sua obra “Temas de Direito Público”, dá conta disto.

Assim sendo, não resta dúvida, *data venia*, que a Súmula 359 do STF estabiliza a situação auferida pelos anistiados, que não poderão sofrer revisão das suas aposentadorias excepcionais, face ao deferimento das mesmas ser regido por comandos legais anteriores ao do natimorto Decreto hostilizado na presente lide.

Em igual diapasão, o Exmo. Sr. Ministro Ilmar Galvão, do STF, não teve dúvida em consignar no RE-120.298-0 (1ª Turma RS), julgado em 19.11.91, que:

“observados, destarte, lei regente e requisitos necessários incidentes ao tempo da reforma, apenas e eventualmente poderiam limitar os proventos do impetrante restrições de caráter constitucional, não as de lei posterior, face ao evento jurídico constituído, como fato consolidado e direito adquirido, integrativo do patrimônio funcional do policial militar”

Um enfoque do direito adquirido, como feito pelo v. acórdão citado, guarda sintonia com a Súmula 359 da Excelsa Corte, não admitindo instabilidade causada por comandos legais pretéritos à data da aposentação, que no caso em tela é reparadora.

Como visto, a imutabilidade das aposentadorias concedidas aos anistiados é inquestionável, ainda mais quando se constata que são decorrentes da lei de anistia, possuindo o condão de se sobrepor a todas as leis, por ser de exceção, e não ter sido observado pelo réu o *due process of law*, em virtude de ter sido cortada a vantagem em tela sumariamente, sem o direito de defesa dos aposentados.

A imutabilidade das aposentadorias excepcionais decorre do art. 4 da Lei 6683/79 determinar que os anistiados serão considerados aposentados e não-aposentados, valendo a equiparação para efeito de pagamento de reparação patrimonial, instituída sob forma de prestações mensais vitalícias, que não poderão ser alterados ao arbítrio de outrem.

Após a inequívoca paridade do aposentado anistiado, a denominada “gratificação de férias”, teve este rótulo por uma conveniência do ex-empregador dos representados judicialmente pela CONAPE, haja vista que o Decreto n.º 89.253, de 28 de dezembro de 1983, que considerou remuneração, para fins do aludido decreto, uma vantagem pecuniária equivalente a 1/12 da remuneração pecuniária global, apurada em função do ano calendário consoante expressa determinação do seu artigo 3º, *verbis*:

“Art. 3º - Para fins deste decreto, considera-se remuneração mensal o equivalente a 1/12 (um doze avos) da remuneração pecuniária anual global, apurada em função do ano calendário, qualquer que seja sua forma ou designação, inclusive participação nos lucros, ressalvadas as parcelas referidas no § 2º do artigo 2:

§ 1º - Não serão considerados, para fins de remuneração pecuniária anual global, os depósitos relativos a FGTS e PIS/PASEP, a conversão de férias ou licença-prêmio em pecuniária, nem as parcelas de caráter indenizatório.

§ 2º - Para efeito de pagamento de remuneração ou complemento salarial a servidor ou empregado cedido ou requisitado, será considerado, no cálculo da remuneração pecuniária anual global, o montante das parcelas pagas , na origem, pelos órgãos e entidades da Administração Federal, Estadual ou Municipal, Autarquias ou por outras entidades estatais, durante o ano do calendário.”

Como visto, os empregados da Petrobrás (art. 1º, “a”, do Decreto 89.253/83), que sempre receberam o 13º salário, passaram a receber uma remuneração mensal equivalente a 1/12 (um doze avos) da remuneração pecuniária anual global, que, segundo o aludido diploma legal , pode ser pago com “qualquer que seja sua forma ou designação” (art. 3º). E por conveniência da própria Petrobrás a respectiva remuneração pecuniária foi rotulada como “gratificação de férias”, que não equivale às férias anuais recebidas pelos seus empregados, como se verifica na dicção do § 1º, do art. 3º, bem como o art. 5º, 6º e o 8º, ambos do Decreto em comento, que não considera, para fins de apuração da remuneração pecuniária anual global, os depósitos relativos a FGTS e PIS/PASEP, nem a conversão de férias ou licença-prêmio em pecuniária, nem as parcelas de caráter indenizatório.

Portanto, os anistiados aposentados possuem o direito adquirido de continuarem a receber a “gratificação de férias” a que alude o art. 3º do Decreto 89.253/83, quer pelo fato de sempre terem recebido, quando em atividade, quer pelos seus pares que se encontram em serviço ativo

continuarem recebendo a aludida vantagem, que é paga no mês de outubro de cada ano, quer também pelo fato da prescrição administrativa inviabilizar conduta predatória e ilegal do INSS.

A primeira vista, pela designação escolhida pela Petrobrás, parece que a remuneração pecuniária anual seria uma gratificação de férias pura e simples, pela retribuição das férias legais, determinada para todos os empregados que continuaram em atividade. Contudo, como ficou bem patenteado, a gratificação *sub oculis* representa verdadeira remuneração, que não é rotulada como tal, pois senão teria que ser computada para fins de FGTS, férias, parcelas indenizatórias e etc.

Após estas explanações, fica inequívoco, *data venia*, que o direito dos aposentados anistiados é imposterável, decorrendo do espírito indenizatório da própria lei anistiantes, não podendo a norma regulamentar alterar o espírito da *mem legis*, como inclusive averba o ilustre José Afonso da Silva<sup>25</sup>: “O regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada e a legislação em geral e as fontes subsidiárias a que ela se reporta. Ultrapassar limites importa em abuso de poder, usurpação de competência, tronando-se iníquo (nulo) o ato administrativo proveniente”.

Em igual diapasão, o abono também deverá ser pago pelos aposentados excepcionais, por ser uma vantagem paga aos empregados ativos da Petrobrás, e como tal extensível aos aposentados excepcionais *ex vi legis*.

## V – CONCLUSÃO

A indeterminação e a perpetuidade do INSS rever seus atos *ad eternum*, cria verdadeiro caos para a sociedade, administrados e servidores públicos, em razão da criação da instabilidade jurídica que passa a ser vivida por todos.

O emérito Caio Mario da Silva Pereira<sup>26</sup> já teve a oportunidade de afirmar que a prescritibilidade é a regra e a imprescritibilidade é a exceção.

Cabe trazer à lume, também, as sempre sóbrias colocações do magistral Caio Tácito<sup>27</sup>, que, em laço de extrema felicidade, afirmou: “também o direito público valoriza o decurso do *tempus* como elemento tanto aquisitivo como extintivo de direito e obrigações.”

E a colocação desse gigante do direito administrativo teve eco na Suprema Corte, que fixou a matéria prescricional como operante até no terreno do direito disciplinar, consoante deixou estampado o emérito Ministro Moreira Alves, no seguinte julgado:<sup>28</sup>

“Em matéria de prescrição em nosso Sistema Jurídico, inclusive no terreno do direito disciplinar, não há que se falar em *jus singulare*, uma vez que a regra é a da prescritibilidade.”

Assim, nessa moldura, a prescrição e a preclusão funcionam também em favor da coletividade, estabilizando situações jurídicas constituídas sob o manto da boa-fé, e acabando com o velho dogma de que a Administração Pública pode fazer tudo o que entender ser necessário, inclusive

---

<sup>25</sup> “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 9ª edição, SP, RT, 1993, pág. 372

<sup>26</sup> “Instituições de Direito Civil”, vol. I, pág. 477

<sup>27</sup> “Temas de Direito Público”, 2º volume, ed. Renovar, pág. 1928.

<sup>28</sup> RDA, 135:78

rever seus atos já sepultados pelo decurso dos anos, sob o argumento de que, por serem nulos, não geram direitos.

A evolução do direito administrativo e a necessária segurança jurídica que deve nortear as relações entre o ente de direito público e os particulares, são fatores suficientes para apagar as lições do passado, com a construção de soluções estabilizadores, colocando um ponto final na chaga da insegurança futura.

Portanto, em nome da segurança jurídica e do respeito aos atos administrativos consagrados pela fruição dos tempos, fale razão aos que entendem que a regra da aposentadoria excepcional pode ser alterada sempre que a legislação comum reduz ou cria fórmulas novas para os benefícios comuns.

Por tal razão, é que o art. 18º da Lei 8.213/91 não elenca a aposentadoria excepcional como integrante do Regime Geral de Previdência Social, exatamente para impedir que pudessem haver eternas e sucessivas mudanças, sempre vinculadas ao estado de espírito dos representantes máximos do INSS.