

# PRESCRIÇÃO E DIREITOS ESTATUTÁRIOS DO SERVIDOR PÚBLICO - IMPRESCRITIBILIDADE DE FUNDO DO DIREITO - PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

**J. E. CARREIRA ALVIM**

*Juiz do Tribunal Regional Federal - 2ª Região. Professor de Direito Processual Civil da PUC-RIO*

## **1. SÚMULA Nº 85 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Dispõe o enunciado da Súmula nº 85 Superior Tribunal de Justiça:

*“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.”*

Essa já era a jurisprudência dominante no eg. Supremo Tribunal Federal, extratificada na Súmula nº 443:

*“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.”*

## **2. COERÊNCIA LÓGICA DAS SÚMULAS**

Os enunciados sumulares têm indiscutível consistência lógica, ao fazer alusão à prescrição das prestações “vencidas” ou “anteriores”, sem qualquer referência à prescrição da própria ação. Realmente, enquanto não há exigência substancial, deduzida pelo servidor em face da Administração, e resistência caracterizada pela “negativa” em satisfazê-la, não há controvérsia, não tendo sentido falar-se em prescrição.

### 3. RELAÇÕES ENTRE O FUNCIONÁRIO PÚBLICO E O ESTADO

A relação entre o funcionário e o Estado é de índole estatutária, pelo que não pode o Estado ter outro interesse senão em que as relações (ou situações) jurídicas para com seus servidores sejam exatamente aquelas que resultam da lei (ou do estatuto). Para quem vislumbra, e proclama, no ato administrativo o atributo da legitimidade, cobrindo-o inclusive com o manto de uma presunção legal (presunção de legitimidade), não pode admitir que a Administração pactue com uma situação contrária ao direito. Ao contrário, ela tem o dever de, *ex propria auctoritate*, ajustar-se à lei, corrigindo eventuais distorções que se verifiquem nas suas relações com seus servidores. E, para isto, não existe tempo.

Vale a pena transcrever as seguintes observações do Min. Cunha Peixoto:

*“A relação entre o funcionário e o Estado, como é pacífico na doutrina e na jurisprudência, é estatutária; e isto leva a admitir, em tese, a imprescritibilidade de seu direito, já que este direito está preso a modificações necessárias ao interesse do Estado. O que comanda é o interesse público, se este leva a conceder determinada situação ao funcionário, este direito não precisa ser pleiteado, nem mesmo invocado. A administração deve enquadrá-lo na nova situação.*

*Daí não se poder dizer que o direito do funcionário à nova condição atribuída por lei prescreve, se a administração não o coloca nesta posição e ele não reclama dentro de cinco anos.*

*Ora, no caso dos autos, cumpria à Administração agir de ofício compatibilizando a situação de cada funcionário de acordo com a lei posta em vigor, se ficou inerte, isso não corresponde a uma negativa.”*  
(cf. Jesus Costa Lima, **Comentários às Súmulas do STJ**, v. 2, p. 137).

### 4. FINALIDADE DA PRESCRIÇÃO

A prescrição existe mas para legitimar juridicamente situações de fato legítimas, e não para perpetuar situações ilegítimas, dando-lhes colorido de legalidade, onde esta não existe. Também não é a prescrição um passaporte para que a Administração transite impunemente pela ilegalidade, e, muito menos, um manto mágico a cobrir as ilegalidades cometidas pelos agentes públicos à sombra da lei ou do estatuto.

## **5. PRESCRIÇÃO DAS PARCELAS VENCIDAS**

Se, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” vê-se que, nas relações funcionais (estatutárias) entre o Estado e seus servidores prescrevem apenas as prestações devidas nos cinco (5) anos anteriores ao exercício da ação e nunca o direito de reclamar, judicialmente, que se reconduza aos trilhos da legalidade a situação jurídica que se mostre divorciada da lei.

## **6. TERMO “A QUO” DA PRESCRIÇÃO**

A prescrição flui a partir do momento em que tiver sido negado, pela Administração, o próprio direito reclamado ou a situação jurídica de que ele resulta porque, neste caso, há uma decisão (ato comissivo) administrativa sobre o pedido, coberta pelo que se denomina impropriamente “coisa julgada administrativa” (na verdade, não passa de uma preclusão).

## **7. NATUREZA DA PRESCRIÇÃO**

Bem andou o ilustre Min. Moreira Alves, ao esclarecer que “A prescrição se situa no âmbito do direito material e não no direito processual. O que prescreve não é o direito subjetivo público de ação, mas a pretensão que decorre da violação do direito subjetivo” (AI nº 139.004-3, Rel. Min. Moreira Alves, STF, 1ª T., un., DJ 2/2/96, p. 853). Na linha deste entendimento, estou convicto de que o princípio da *actio nata* não tem a extensão que lhe empresta certa jurisprudência (eu, inclusive, que já cometi esse pecado). O entendimento capitaneado pelo ilustre Min. Luiz Galloti no RE nº 51.813 (RTJ 100/387), admitindo a prescrição da ação, não se ajusta à tutela do direito do servidor público.

## **8. NECESSIDADE DE SER A PRESCRIÇÃO REPENSADA**

Se há um ponto que, a meu ver, precisa ser repensado pela jurisprudência é este, relativamente à prescrição de direitos (benefícios e vantagens) estatutários, com vistas à segurança que deve nortear as relações do servidor com a Administração. Quando nós, juízes, nos convenceremos de que não convém ao interesse público dar uma desmedida extensão à prescrição -, mormente nos termos em que em posta no vetusto Decreto nº 20.910/32 -, com o que se estimula demandas a fim de obstacular que o gozo do direito seja neutralizado pela incúria administrativa, ao cabo de cinco (5) anos, talvez melhorem bastante as relações funcionais da Admi-

nistração com seus agentes. Por outro lado, desentulhará também a Justiça, pois o Poder Público, em vez de manter uma relação sadia com seus agentes, reconhecendo e preservando seus legítimos direitos, sente-se estimulado em negá-los, confiante na convivência de uma jurisprudência irrealista, dessintonizada com o seu tempo, e em rota de colisão com as modernas tendências do Estado de Direito.

Como a prescrição, em tais casos, não pode beneficiar quem (como a Administração) tem, legalmente, o dever de agir na correção de seus próprios atos, quando inquinados de ilegalidade, estaria o Poder Público se beneficiando da sua própria omissão para lograr alcançar objetivo contrário à lei e ao direito.

No caso de incidência da Lei nº 5.844/72, por exemplo, que, assegura a todos os militares inativados antes da sua vigência, o direito de serem estipiados segundo a remuneração dos integrantes das Forças Armadas, não tem sentido venha essa determinação legal a ser neutralizada pela omissão administrativa em dar-lhe cumprimento.

Em outros termos, essa malsinada prescrição dita “do fundo do direito”, em sede estatutária, não passa de uma forma indireta de o Poder Público, por ato omissivo, obter resultado equivalente ao da revogação da lei; ou seja, a lei existe -, porque não foi revogada -, mas o seu destinatário não pode pedir a sua aplicação se não o fizer dentro, no prazo de cinco (5) anos, em que a Administração fez-se omissa. A justiça justa deve beneficiar aquele a quem a lei reconhece o direito e não aquele que o descumpre. Entender-se de outro modo, é reconhecer à Administração o proveito da própria torpeza.

## **9. RAZOABILIDADE DA PRESCRIÇÃO DE PARCELAS**

A prescrição relativamente às parcelas não reclamadas nos cinco (5) anos anteriores ao exercício da ação, se não justa, é menos irrazoável, podendo ser mantida, desde que preservado o direito do servidor de postular em qualquer tempo a sua satisfação.

## **10. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL**

Em sede jurisprudencial, essa diretriz, relativamente à imprescritibilidade do direito do militar, veio a ser agasalhada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, como se vê dos seguintes acórdãos:

*“Administrativo - Policiais militares do antigo Distrito Federal - Equiparação salarial com os integrantes das Forças Armadas -*

*Impossibilidade de equiparação daqueles que se inativaram após a vigência da Lei nº 5.844/72, fazendo jus somente à aplicação da legislação federal que trata da remuneração dos militares das Forças Armadas os que passaram à inatividade antes da inovação introduzida pela citada Lei nº 5.844 e pela Lei nº 5.959/73 - Tratando-se de prestação de trato sucessivo diferida no tempo, a prescrição não atinge o fundo do direito, mas as parcelas anteriores a cinco anos da data do ajuizamento da ação.”*

*Apelação dos autores improvida.*

*Apelação da União e remessa providas parcialmente. (AC nº 92.02.16151-8-RJ, TRF-2ª Reg., 1ª T., un., DJ 30/8/94, p. 46978).*

*“I- Administrativo - Militar - Integrantes do Corpo de Bombeiros do antigo Distrito Federal - Promoção por homologia - Inexistência de decadência. O art. 6º do Decreto-lei nº 9/66 previu um direito aos que optaram pelo retorno ao serviço federal, no sentido de que obtivessem situação igual aos que foram reincluídos na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros do novel Estado da Guanabara - O não cumprimento, por parte da Administração, do contido no referido dispositivo legal configura o que se denomina ilicitude permanente, não havendo que se falar em decadência, muito menos em prescrição do fundo do direito, mas tão-somente, de prescrição das parcelas anteriores aos cinco (5) anos anteriores à propositura da ação, pois, enquanto permanece a ilicitude, o direito fica paralisado, aguardando o cumprimento da lei. II - Apelação provida - Sentença reformada para determinar a remessa dos autos à primeira instância, para que seja julgado o mérito da questão.” (AC nº 93.02.16879-4/RJ, Rel. DF Frederico Gueiros, TRF-2ª Reg., 1ª T., un., DJ 12/9/95, p. 59840).*

## **11. CONCLUSÃO**

Como se vê, nas relações jurídicas materiais entre o funcionário público e o Estado, o que prescreve são apenas as parcelas não cobradas nos 5 (cinco) anos anteriores ao exercício da ação, mas não o próprio fundo do direito. E o que já é muito, considerando que beneficia quem, como o Estado, não pode atuar ao largo da lei - Administração Pública é sinônimo de administração legal - em detrimento do direito de seus próprios servidores. ◆