

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (Relator):

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS opôs Embargos de Declaração apontando omissão no acórdão do Tema 1102 da repercussão geral, acerca de (I) ausência de decisão quanto à nulidade do acórdão recorrido do STJ por inobservância ao artigo 97 da Constituição Federal (reserva de plenário); (II) prazos prescricionais e decadenciais para a revisão do benefício; (III) aplicação do divisor mínimo de 60% constante da Lei 9.876/1999, art. 3º, § 2º.

Postulou a suspensão liminar da eficácia do acórdão embargado, ante a necessidade de manutenção do sobrestamento de todos os processos sobre o presente tema 1102, pois há o risco grave de dano caso o grande número de processos retome seu trâmite normal, o que permitirá a execução provisória dos julgados que têm determinado a implantação imediata da revisão sem aguardar o trânsito em julgado.

Por fim, requer a modulação dos efeitos da decisão.

Passo à análise das omissões apontadas pelo INSS:

(I) Alegada ausência de pronunciamento quanto à nulidade do acórdão recorrido do STJ por inobservância ao artigo 97 da Constituição Federal (reserva de plenário)

Não há que se falar em omissão no julgado embargado acerca de eventual violação ao art. 97 da CF.

Ao votar, consignei que o STJ conferindo interpretação teleológica a aludida disposição normativa, entendeu que deveria prevalecer a regra permanente do art. 29 da Lei 8.213/1991, quando esta fosse mais favorável ao segurado. Ou seja, procedeu à mera exegese da norma, sem a declaração de inconstitucionalidade seja da regra permanente, seja da regra de transição. Conseqüentemente, não haveria necessidade de declaração pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou da Corte Especial, no caso do Superior Tribunal de Justiça, consoante a firme a jurisprudência desta CORTE no sentido de que não viola a reserva de Plenário a decisão que se limita a interpretar a legislação infraconstitucional, sem negar-lhe vigência.

O INSS argumenta, em seus Embargos, que essa posição foi acompanhada pelos Ministros MARCO AURÉLIO, EDSON FACHIN, CÁRMEN LÚCIA e ROSA WEBER, sendo que o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI não teria se pronunciado sobre esse ponto, assim o Plenário não teria formado maioria acerca desse ponto, pois não se admite decisão implícita.

Razão não assiste ao INSS, pois, ao final do julgamento, o voto que proferi foi acompanhado pelos Ministros citados acima, sem qualquer ressalva.

Ou seja, a alegação de afronta ao art. 97 da CF foi enfrentada no acórdão embargado, e os votos que seguiram o acórdão condutor são suficientes para formar a maioria e configurar a questão como decidida.

(II) Prazos prescricionais e decadenciais para a revisão do benefício

No que toca à alegada omissão quanto aos prazos prescricionais e decadenciais para revisão do benefício, deve-se registrar que inexistente controvérsia acerca dessa matéria no caso julgado.

O presente tema de repercussão geral cingiu-se debater a possibilidade de revisão de benefício previdenciário mediante a aplicação da regra definitiva do artigo 29, incisos I e II, da Lei 8.213/1991, quando mais favorável aos segurados que ingressaram no Regime Geral de Previdência Social antes da publicação da Lei 9.876/1999 do que a regra de transição contida no artigo 3º dessa última lei.

Assegurado esse direito aos segurados pelo julgamento do recurso paradigma, por óbvio, o prazo para a revisão do benefício seguem as regras de prescrição e decadência previstas na legislação de regência.

O próprio INSS, em seus declaratórios, consigna que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no Tema 313, já se pronunciou sobre a questão, oportunidade em que firmou tese no sentido de que: *“I – Inexiste prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário; II – Aplica-se o prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefícios concedidos, inclusive os anteriores ao advento da Medida Provisória 1.523/1997, hipótese em que a contagem do prazo deve iniciar-se em 1º de agosto de 1997”*, e cuja a ementa do acórdão foi assim resumida:

“EMENTA: RECURSO EXTRAODINÁRIO. 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. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE 626489, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2013, DJe de 23/9/2014)

Portanto, caberá às instâncias de origem analisar, no caso concreto, a ocorrência da prescrição ou da decadência à luz da legislação infraconstitucional pertinente e do precedente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Assim, ausente a omissão apontada.

(III) Aplicação do divisor mínimo de 60% constante da Lei 9.876/1999, art. 3º, § 2º

O INSS sustenta que se deve suprir o acórdão, a fim de definir se as pessoas que possuem a média de salários-de-contribuição da “vida toda” com valor menor que a média dos salários-de-contribuição a partir de julho/1994, pelo afastamento do divisor mínimo (60%) constante na regra transitória (§2º do art. 3º da Lei 9.876/1999), podem se beneficiar da tese do acórdão embargado, pois não há justificativa para que aqueles que tenham salários-de-contribuição menores antes de julho/1994 também possam desconsiderar a regra imperativa do art. 3º da Lei 9.876/1999.

Afirma que esse esclarecimento é necessário, “*caso contrário a judicialização das questões derivadas poderá abarrotar o Judiciário, com*

prejuízo para toda a sociedade”, na medida em que “ há situação na qual, mesmo com as piores contribuições localizadas no período anterior a julho /1994, o ‘segurado antigo’ (filiado antes da Lei n. 9.876/1999) consegue obter benefício de valor mais elevado que aquele resultante das regras que a lei estabelece para ele (“o segurado filiado à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação desta Lei”).

Esclarece que, em alguns casos, ao afastar-se o divisor mínimo da regra transitória, a renda correspondente acaba por ser maior do que aquela em que o divisor mínimo integra o cálculo, mesmo para os segurados que possuem a média de salários-de-contribuição da “vida toda” com valor menor que a média dos salários-de-contribuição a partir de julho/1994.

Cita o seguinte exemplo:

“um segurado possua uma média aritmética simples dos salários-de-contribuição corrigidos desde julho/1994 no valor de R\$ 4.000,00. Ele requereu a aposentadoria em março de 2011, de modo que o seu período básico de cálculo foi de julho/1994 a março/2011 (200 meses). No entanto, ele somente possuía 108 salários-de-contribuição no período. Neste caso, o divisor mínimo será de 120 salários (60% de 200), devendo ser somados os valores dos 108 salários e dividido o total por 120, e não por 108. Daí que, embora a média atualizada seja de R\$ 4.000,00, o salário-de-benefício será de R\$ 3.600,00 (aplicação de 0,9 da média, decorrente da incidência de 108/120 sobre a média, desconsiderado aqui o fator previdenciário).”

Nessa situação, pondera que “a ‘vida toda’ reduz a média atualizada dos salários-de-contribuição do beneficiário, mas que a revisão é favorável pela elevação do salário-de-benefício em decorrência do afastamento do divisor mínimo de 60% do PBC, situação que não foi tratada pelo r. acórdão embargado. Em nenhum momento o STJ ou o STF julgaram ou determinaram o afastamento do divisor mínimo de 60% de que trata o artigo 3º, §2º, da Lei n. 9.876/1999.”

Assim, o INSS propõe que, para a aplicação da tese do precedente paradigmático, devem ser verificadas as seguintes situações:

1) “se média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo (regra definitiva) é superior à média aritmética simples dos maiores salários-de-

contribuição correspondentes a oitenta por cento do período desde a competência julho de 1994 (regra transitória)”;

2) se ocorrendo “a primeira situação acima (regra definitiva), deve ser aplicado um divisor mínimo de equivalente a 60% do número de meses decorridos entre a primeira contribuição do segurado e a data da concessão do benefício, na forma da legislação regente. Uma vez estabelecido o valor da média com aplicação do divisor mínimo, quando for o caso, sobre ela aplicam-se os demais critérios legais para o cálculo da renda mensal inicial”.

Ou seja, o INSS pretende que o acórdão recorrido esclareça o momento específico para a aplicação da tese do Tema 1102; se no momento do item 1 ou do item 2 acima.

Neste recurso paradigma debateu-se se deveria prevalecer a regra permanente do art. 29, I, e II, da Lei 8.213/1991, com a redação da Lei 9.876/1999, ou a regra transitória trazida pela Lei 9.876/1999, para os segurados que ingressaram no regime antes da publicação dessa última norma, tendo em conta os diferentes períodos de contribuição considerados por ambas as normas para o cálculo do benefício.

A regra permanente dispõe:

“Art. 29. O salário-de-benefício consiste: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

I - para os benefícios de que tratam as alíneas b e c do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário; (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

II - para os benefícios de que tratam as alíneas a, d, e e h do inciso I do art. 18, na média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição correspondentes a oitenta por cento de todo o período contributivo. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)”

De outro lado, eis o teor da regra transitória:

Art. 3º Para o segurado filiado à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação desta Lei, que vier a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, no cálculo do salário-de-benefício será

considerada a média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do caput do art. 29 da Lei no 8.213, de 1991, com a redação dada por esta Lei.

§ 1º Quando se tratar de segurado especial, no cálculo do salário-de-benefício serão considerados um treze avos da média aritmética simples dos maiores valores sobre os quais incidiu a sua contribuição anual, correspondentes a, no mínimo, oitenta por cento de todo o período contributivo decorrido desde a competência julho de 1994, observado o disposto nos incisos I e II do § 6º do art. 29 da Lei no 8.213, de 1991, com a redação dada por esta Lei.

§ 2º No caso das aposentadorias de que tratam as alíneas b, c e d do inciso I do art. 18, o divisor considerado no cálculo da média a que se refere o caput e o § 1º não poderá ser inferior a sessenta por cento do período decorrido da competência julho de 1994 até a data de início do benefício, limitado a cem por cento de todo o período contributivo.

Pela regra transitória acima transcrita, o § 2º prevê o divisor mínimo de 60% em questão.

Logo, temos duas regras: (a) permanente do art. 29, I, e II, da Lei 8.213/1991, com a redação da Lei 9.876/1999; e (b) transitória do art. 3º da Lei 9.876/1999.

No julgamento do recurso paradigma, esta CORTE decidiu que o segurado que implementou as condições para o benefício previdenciário após a vigência da Lei 9.876, de 26/11/1999, e antes da vigência das novas regras constitucionais introduzidas pela EC em 103/2019, que tornou a regra transitória definitiva, tem o direito de optar pela regra definitiva, conforme a jurisprudência desta CORTE que determina (i) aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para inatividade para o cálculo da renda mensal inicial; e que (ii) deve-se observar o quadro mais favorável ao beneficiário.

Ao votar consignei o seguinte:

“A lei de transição só será benéfica para o segurado que computar mais e maiores contribuições no período posterior a 1994, caso em que descartará as contribuições menores no cálculo da média. Neste caso, sim, a norma transitória cumpre o seu papel de produzir uma situação intermediária entre aquela prevista na legislação revogada (cálculo da

Renda Mensal Inicial - RMI considerados apenas os últimos 36 salários de contribuição), que lhe era mais benéfica, e a regra nova (que leva em conta todos os salários de contribuição, excluídos os 20% menores), menos favorável neste caso.

Para o segurado que realizou melhores contribuições antes de julho de 1994, a regra lhe é prejudicial, pois resulta em um menor benefício.

Efetivamente, os segurados que reuniram os requisitos para obtenção do benefício na vigência do art. 29 da Lei 8.213/1991, com a redação da Lei 9.876/1999, podem ter a sua aposentadoria calculada tomando em consideração todo o período contributivo, ou seja, abarcando as contribuições desde o seu início, as quais podem ter sido muito maiores do que aquelas vertidas após 1994, em decorrência da redução salarial com a consequente diminuição do valor recolhido à Previdência.”

Ou seja, ficou claro que para alguns segurados a regra transitória é prejudicial e, assim sendo, têm direito de optar pela regra definitiva.

Logo, não há a omissão apontada pelo INSS, pois a situação mais favorável ao segurado é aquela que produz benefício maior ao contribuinte, quando comparada a regra definitiva com a transitória.

Desnecessário esclarecer-se eventual necessidade de conjugar ou não as duas normas como pretende a autarquia, até porque essa matéria não foi objeto do Recurso Extraordinário.

Em verdade, a pretexto de sanar omissão, o embargante pretende alargar os lindes da discussão, inclusive de forma extemporânea, o que não se admite, muito menos em sede de embargos de declaração.

(IV) Limitação do alcance da tese às situações similares ao caso concreto, ou seja, às aposentadorias por tempo de contribuição

O INSS sustenta que o acórdão recorrido não se manifestou sobre a limitação do alcance da tese nos demais benefícios previdenciários, em especial os temporários.

O art. 29, I e II, da Lei 8.213/1991 supratranscrito alude aos benefícios previstos no art. 18 da mesma lei, *in verbis* :

“Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

a) aposentadoria por invalidez;
b) aposentadoria por idade;
c) aposentadoria por tempo de contribuição; (Redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 2006)

d) aposentadoria especial;

e) auxílio-doença;

f) salário-família;

g) salário-maternidade;

h) auxílio-acidente;

i) (Revogada pela Lei nº 8.870, de 1994)

II - quanto ao dependente:

a) pensão por morte;

b) auxílio-reclusão;

III - quanto ao segurado e dependente:

a) (Revogada pela Lei nº 9.032, de 1995)

b) serviço social;

c) reabilitação profissional.

No caso concreto, o autor reuniu os requisitos para se aposentar na vigência da Lei 9.876/1999, e teve o cálculo do seu benefício efetuado de acordo com a regra permanente do art. 29 da Lei 8.213/1991, na redação dada pela Lei 9.876/1999, ou seja, com base na média das 80% maiores contribuições. Todavia, por ter ingressado no RGPS antes daquela lei de 1999, foram computadas suas contribuições pela regra de transição, isto é, de todo o período contributivo após julho de 1994. Por isso, pleiteou que fossem consideradas as contribuições de todo o período contributivo, por lhe proporcionar um benefício de aposentadoria maior.

O alcance da tese de repercussão geral deve sempre guardar estrita aderência ao caso concreto examinado, razão pela qual o acórdão embargado não carece de mais esclarecimentos no ponto.

Logo, ausente a omissão indicada pelo INSS.

(V) Modulação dos efeitos da decisão

O INSS requer sejam modulados os efeitos da decisão de forma que ele se aplique apenas para o futuro, excluindo-se expressamente a possibilidade de:

- “a) revisão de benefícios previdenciários já extintos;
- b) rescisão das decisões transitadas em julgado que, à luz da jurisprudência dominante, negaram o direito à revisão; e
- c) revisão e pagamento de parcelas de benefícios quitadas à luz e ao tempo do entendimento então vigente, vedando-se por consequência o pagamento de diferenças anteriores a anteriores a 13.04.2023 (data de publicação do acórdão do Tema 1.102/STF). “

Efetivamente, ao votar, consignei que, nada obstante, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no julgamento do Tema 334 (RE 630501, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Redator para o acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Dje de 26/8/2013) tivesse assentado que o segurado tem direito ao melhor benefício, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reiteradamente negava a opção pela regra definitiva.

Confira-se o seguinte trecho da minha manifestação:

“(…) tradicionalmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entendia não ser possível aos que se filiaram ao RGPS antes da edição da Lei 9.876/1999 optar pela regra definitiva da Lei 8.213/1991 para apuração do salário de benefício.

(…)

No entanto, a partir do julgamento do Recurso Especial pela sistemática dos recursos repetitivos, que deu origem ao acórdão ora recorrido, o STJ reviu sua jurisprudência, ressaltando a necessidade de interpretar-se a regra de transição de forma mais consentânea com o objetivo que orientou o legislador ao criar a disciplina transitória.”

Em verdade, sobre a específica questão debatida neste processo paradigma, esta CORTE ainda não tinha se pronunciado.

Essa circunstância, e considerando que a atuação do INSS estava pautada na jurisprudência de então, e não procedia afrontando comando legal, razões de segurança jurídica presentes na espécie, recomendam a modulação dos efeitos da decisão para que se exclua do entendimento fixado no Tema 1102:

- (a) a revisão de benefícios previdenciários já extintos; e

(b) a revisão retroativa e pagamento de parcelas de benefícios quitadas anteriormente ao julgamento por força de decisão já transitada em julgado. Todavia, nesta hipótese, o interesse social recomenda que, tendo em vista a orientação do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL adotada a partir do julgamento do Tema 1102 e, considerando a *cláusula rebus sic stantibus*, tais parcelas sejam corrigidas observando-se a tese fixada nesse *leading case*, a partir do julgamento do mérito (1º/12/2022). Esse entendimento prestigia o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que não pode prejudicar aqueles que recorreram ao Poder Judiciário.

(VII) Conclusão

Por todo exposto, acolho, em parte, os Embargos de Declaração, unicamente para modular os efeitos da tese fixada no Tema 1002, modulação dos efeitos da decisão para que se exclua do entendimento fixado no Tema 1102:

- (a) a revisão de benefícios previdenciários já extintos;
- (b) a revisão retroativa de parcelas de benefícios já pagas e quitadas por força de decisão já transitada em julgado; aplicam-se às próximas parcelas a *cláusula rebus sic stantibus*, para que sejam corrigidas observando-se a tese fixada neste *leading case*, a partir da data do julgamento do mérito (1º/12/2022).

É o voto.