Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

VOTO-VISTA

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN**: Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS contra acórdão pelo qual o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 1.102 da sistemática da Repercussão Geral, negou provimento ao recurso extraordinário da autarquia federal e firmou a seguinte tese de julgamento:

> "O segurado que implementou as condições para o benefício previdenciário após a vigência da Lei 9.876, de 26 de novembro de 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, acaso esta lhe seja mais favorável."

Eis a ementa do acórdão embargado:

> "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. TEMA 1102 DA REPERCUSSÃO GERAL. 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 DO QUE A REGRA DE TRANSIÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 3º DA LEI 9.876/1999, AOS SEGURADOS QUE INGRESSARAM NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL ANTES DA PUBLICAÇÃO DA REFERIDA LEI 9.876/1999, OCORRIDA EM 26/11/1999. DIREITO DE OPÇÃO GARANTIDO AO SEGURADO.
>
> 1. A controvérsia colocada neste precedente com repercussão geral reconhecida consiste em definir se o segurado do INSS que ingressou no sistema previdenciário até o dia anterior à publicação da Lei 9.876, em 26 de novembro de 1999, pode optar, para o cálculo do seu salário de benefício, pela regra definitiva prevista no art. 29, I e II, da Lei 8.213/1991

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

quando essa lhe for mais favorável do que a previsão da lei, no art. 3º, de uma regra transitória, por lhe assegurar um benefício mais elevado.

2. O INSS argumenta que a única regra legal aplicável ao cálculo de todos os segurados, sejam eles filiados ao RGPS antes ou após a vigência da Lei 9.876/1999, é aquela que limita o cômputo para aposentadoria apenas às contribuições vertidas a partir de julho de 1994, "os primeiros, por expresso imperativo legal; os últimos, por consequência lógica da filiação ocorrida após 1999". Desse modo, não haveria que se falar em inclusão do período contributivo anterior a tal marco temporal.

3. A partir da leitura da exposição de motivos do Projeto de Lei que originou a Lei 9.876/1999 e os argumentos aduzidos no acórdão recorrido, depreende-se que a regra definitiva veio para privilegiar no cálculo da renda inicial do benefício a integralidade do histórico contributivo. A limitação imposta pela regra transitória a julho de 1994 teve escopo de minimizar eventuais distorções causadas pelo processo inflacionário nos rendimentos dos trabalhadores.

4. A regra transitória, portanto, era favorecer os trabalhadores com menor escolaridade, inserção menos favorável no mercado de trabalho, que tenham uma trajetória salarial mais ou menos linear, só que, em alguns casos, isso se mostrou pior para o segurado, e não favorável como pretendia o legislador na aplicação específica de alguns casos concretos.

5. A regra transitória acabou aumentando o fosso entre aqueles que ganham mais e vão progredindo e, ao longo do tempo, ganhando mais, daqueles que têm mais dificuldades em virtude da menor escolaridade e a sua média salarial vai diminuindo. Acabou-se ampliando a desigualdade social e a distribuição de renda, que não era essa hipótese prevista, inclusive, pelo legislador.

6. Admitir-se que norma transitória importe em

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

> tratamento mais gravoso ao segurado mais antigo em comparação ao novo segurado contraria o princípio da isonomia, que enuncia dever-se tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, a fim de conferir-lhes igualdade material, nunca de prejudicá-los.
>
> 7. 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.
>
> 8. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. Tese de julgamento: "O segurado que implementou as condições para o benefício previdenciário após a vigência da Lei 9.876, de 26 de novembro de 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, acaso esta lhe seja mais favorável". (RE 1.276.977, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator(a) p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 12/4/2023)

Em seus **embargos de declaração**, o INSS requer sejam suprimidas as afirmadas omissões quanto:

i. à necessidade de decidir sobre a alegação de nulidade do acórdão do E. Superior Tribunal de Justiça, por inobservância da reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição, não havendo decisão formada pelo colegiado deste E. Supremo Tribunal Federal, considerando a ausência de manifestação, quanto ao ponto, por parte do r. Min. Ricardo Lewandowski;

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

ii. à incidência dos prazos prescricionais e decadenciais para revisão dos benefícios abrangidos pela tese firmada no Tema n° 1.102;
iii. à extensão da tese firmada, esclarecendo os limites de sua incidência, em especial para definir a manutenção do divisor mínimo correspondente a 60% do número de competências verificado entre a data do primeiro recolhimento de contribuição do segurado e de início do benefício, previsto no §2º do art. 3º da Lei n. 9.876/99, esclarecendo os critérios para aferição do direito à revisão a fim de limitá-las às aposentadorias voluntárias em que a média atualizada dos salários-de-contribuição seja superior à média atualizada dos salários-de-contribuição com o período básico de cálculo fixado a partir de julho/1994; e
iv. à necessidade de adstrição da tutela ao pedido formulado e debatido na causa-piloto, que se refere a segurado beneficiário de aposentadoria voluntária, não havendo qualquer discussão nos autos quanto aos demais benefícios, em especial, os temporários.

Ademais, o INSS, considerando a alteração do panorama jurisprudencial sobre a matéria a partir do julgamento do Tema Repetitivo 999 pelo Superior Tribunal de Justiça, requer a modulação dos efeitos da decisão, para que a tese firmada no Tema 1.102 de Repercussão Geral tenha eficácia prospectiva, com efeitos a partir de 13/4/2023, data da publicação do acórdão embargado, **excluindo-se expressamente**:

i. a possibilidade de revisão de benefícios previdenciários já extintos; o
ii. a possibilidade de rescisão das decisões transitadas em julgado que, à luz da jurisprudência dominante, negaram o direito à revisão; e
iii. a possibilidade de revisão e pagamento de parcelas do benefícios quitadas à luz e ao tempo do entendimento então vigente, vedando-se por consequência o pagamento de

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

atrasados.

Iniciado o julgamento deste recurso na Sessão Virtual de 11/8/2023 a 21/8/2023, o Ministro Alexandre de Moraes acolheu, em parte, os embargos de declaração, tão somente para **modular os efeitos** da tese de repercussão geral objeto do Tema 1.102/RG. Consoante o voto do Relator, "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 [...]". Assim, Sua Excelência votou pela modulação dos efeitos da decisão nos seguintes termos:

> "[...] 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)."

Em seguida, e para melhor exame da controvérsia *sub judice*, pedi vista dos autos. Ato contínuo, a Ministra Rosa Weber antecipou o seu voto, divergindo **parcialmente** da modulação proposta pelo Ministro Alexandre de Moraes, e propôs o seguinte:

> "[...] a modulação de efeitos deve operar com marco ligeiramente distinto, qual seja, a contar da data da publicação do acórdão perante o Superior Tribunal de Justiça (17/12/2019).

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

[...]

para que se exclua do entendimento fixado no Tema 1102 a possibilidade de:

i. revisão dos benefícios previdenciários já extintos;

ii. ajuizamento de ação rescisória, com fundamento na tese firmada neste recurso extraordinário, contra decisões que tenham transitado em julgado antes de 17.12.2019;

iii. pagamento de diferença de valores anteriores a 17.12.2019, ressalvados os processos ajuizados até 26.6.2019."

É o relato necessário. Passo a votar.

De início, peço vênia ao Ministro Alexandre de Moraes e à Ministra Rosa Weber para divergir, notadamente quanto: (i) à alegação de omissão no acórdão embargado relativo à ofensa ao art. 97 da Constituição da República, e (ii) à extensão da modulação de efeitos que entendo pertinente para o presente processo, especialmente cotejando todos os interesses envolvidos na demanda.

Observo que os embargos de declaração são cabíveis apenas para esclarecer obscuridade, eliminar contradição e erro material ou suprir omissão em decisão judicial (art. 1.022 do CPC). Em outras palavras, são pressupostos de conhecimento dos embargos a indicação de um desses vícios e a fundamentação no sentido de demonstrar sua existência no acórdão embargado.

Em seu recurso, o INSS alega omissão no acórdão embargado quanto à alegação de inobservância, pelo Superior Tribunal de Justiça, da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República. Consoante o embargante, o acórdão impugnado teria sido

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

omisso nesse ponto, notadamente em virtude da ausência de formação da maioria sobre a questão. Transcrevo trecho do recurso ora em julgamento:

> "9. O INSS interpôs o Recurso Extraordinário contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que fixou a seguinte tese em Recurso Especial repetitivo:
>
> Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário-de-benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3o. da Lei 9.876/1999, aos Segurado que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999. (STJ, RESP 1.554.596, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 1ª Seção, unânime, julg. 11/12/2019)
>
> 10. No Recurso Extraordinário, o INSS sustentou que o acórdão do C. STJ teria violado a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF/88), ao afastar a aplicação da regra contida no art. 3º da Lei n. 9.876/1999 por incompatibilidade com princípios constitucionais sem, contudo, suscitar incidente de inconstitucionalidade.
>
> 11. O INSS, respeitosamente, entende que a alegação de contrariedade ao art. 97 da Constituição não ficou decidida pelo acórdão embargado. É certo que o voto do Relator (Min. Marco Aurélio) e de mais nove ministros trataram da questão: alguns trataram da questão para afirmar que houve contrariedade ao art. 97 ou que acompanhavam o voto que assim decidia, outros para afirmar que não houve contrariedade, e um voto não tratou do ponto e nem afirmou que estaria acompanhando outro voto. Seja como for, cinco votos não são suficientes para configurar a questão como decidida, pois não formam maioria.
>
> (...)
>
> 12. Como se vê, portanto, não se formou decisão do colegiado a respeito dessa questão prejudicial ao julgamento do mérito, que é a nulidade do acórdão recorrido, do STJ, em razão

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

> da inobservância da reserva de plenário (art. 97, CF/88). Não seria correto pensar que, havendo decisão sobre o mérito, presumir-se-ia afastada a prejudicial. Isso seria admitir 'decisão implícita', sabendo que verdadeiras decisões jamais podem ser implícitas, especialmente porque precisam ser fundamentadas, sob pena de nulidade, conforme garante a CF/88 (art. 93, IX)." (documento eletrônico 194, p. 3-4;)

Nesse ponto, e pedindo vênia aos entendimentos em sentido contrário, entendo que assiste razão ao embargante.

Consoante a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, "constatada a ausência de manifestação no acórdão embargado acerca de ponto constante da petição de recurso sobre o qual deveria o Órgão julgador manifestar-se, impõe-se o acolhimento dos embargos de declaração para a análise do ponto omisso" (Rcl 35.529/CE-AgR-ED, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 24/6/2021). Com essa mesma orientação, destaco o RE 1.248.212/RJ-AgR-ED, Rel. Min. Edson Fachin, Redator p/ Acórdão Min. André Mendonça, Segunda Turma, DJe 13/4/2023.

Ademais, ante a natureza da omissão que se pretende sanar no presente julgamento, entendo ser o caso de dar parcial provimento aos declaratórios, com efeitos modificativos, de sorte a alterar-se a conclusão do acórdão embargado. Recordo, nesse sentido, lição doutrinária de Barbosa Moreira:

> "[...] **às vezes, suprida a omissão, impossível se torna, sem manifesta incoerência, deixar subsistir o que se decidira (ou parte do que se decidira) no pronunciamento embargado**. Assim, por exemplo, se o órgão julgador saltara por sobre alguma preliminar - já relativa à admissibilidade de recurso, já concernente a qual - quer circunstância que impediria o ingresso no *meritum causae*, ou mesmo a aspecto deste

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

> (prescrição, decadência)- e, apreciando-a nos embargos de declaração, vem a acolhê-la, necessariamente cai a decisão sobre a restante matéria, a cujo exame obstaria o acolhimento da preliminar. **Em tal medida é lícito reconhecer ao julgamento dos embargos efeito modificativo**." (BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V. arts 476 a 565.* Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 559; grifei)

Acrescento, ainda, que a citada lição doutrinária está em harmonia com a jurisprudência há muito tempo consolidada desta Suprema Corte, de que é exemplo o seguinte julgado da relatoria do saudoso Ministro Moreira Alves:

> "EMENTA: Embargos de declaração com efeito modificativo. - **Procedência da alegação de omissões do acórdão embargado**, especialmente no tocante às questões relativas ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição e da não-observância da súmula 339 que se funda nos princípios constitucionais da separação dos Poderes e da legalidade na fixação de vencimentos. - Ofensa pelo aresto recorrido extraordinariamente ao disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna que por ele foi erroneamente aplicado, bem como inobservância do disposto na súmula 339. **Embargos declaratórios recebidos com efeito modificativo, para alterar-se a conclusão do acórdão ora embargado no sentido de se conhecer do recurso extraordinário e se lhe dar provimento**." (RE 216.482-ED, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 2/5/2003; grifei)

Nesse mesmo sentido, menciono ainda, os seguintes julgados: RE 1.293.704-AgR-ED; Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 9/9/2022; RE 1.198.117-ED-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 9/5/2022; RE 1.334.332-

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

ED, Rel. Min. Nunes Marques, DJe 4/4/2022; Rcl 38.529-AgR-ED, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 24/6/2021; Rcl 17.477-AgR-ED, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 8/1/2021.

Consoante alegado nos aclaratórios, verifico que, no acórdão embargado, de um lado, cinco Ministros manifestaram-se pela existência de violação ao art. 97 da Constituição da República: Ministro Luís Roberto Barroso, Ministro Nunes Marques, Ministro Dias Toffoli, Ministro Gilmar Mendes e Ministro Luiz Fux.

De outro lado, cinco Ministros e Ministras manifestaram-se pela inexistência de violação ao art. 97 da Constituição: Ministro Marco Aurélio, Ministro Alexandre de Moraes, Ministro Edson Fachin, Ministra Cármen Lúcia e Ministra Rosa Weber.

Por fim, destaco que o meu antecessor, o eminente Ministro Ricardo Lewandowski, não se manifestou sobre esse ponto.

Nesse contexto, entendo necessário suprir a omissão quanto à alegação de nulidade do acórdão extraordinariamente recorrido.

Passo seguinte, acolho a **alegação de nulidade do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, por inobservância da reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República**:

> "Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público."

Em síntese, adiro à posição externada pelos Ministros Luís Roberto Barroso, Nunes Marques, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Luiz Fux no

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

acórdão embargado, no sentido de que o referido acórdão, oriundo da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, violou a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República. Nesse diapasão, colho do voto proferido pelo Ministro Nunes Marques o seguinte excerto:

> "**Em primeiro lugar, observo que o acórdão recorrido provém da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ou seja, de órgão fracionário da Corte**.
>
> Aquele Colegiado deferiu a segurado que já era filiado ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) antes da publicação da Lei n. 9.876/1999 o cômputo de todo o período contributivo, inclusive o anterior a julho de 1994, afirmando ser-lhe inaplicável a expressa disciplina do art. 3º da Lei n. 9.876/1999. Em vez da norma ali contida, invocou outra, a do art. 2º do mesmo diploma legal, que alterou o art. 29 da Lei n. 8.213/1991 2 e se dirige a segurados filiados ao RGPS após o advento da referida Lei n. 9.876/1999 .
>
> Esse seria um problema apenas de legalidade, de modo que o recurso extraordinário não deveria nem sequer ser conhecido, não fosse a circunstância de a invocação da norma do art. 2º da Lei n. 9.876/1999 ter ocorrido não por erro ou inadvertência, mas por haver a Corte Superior assumido que o legislador ordinário andou mal ao estabelecer uma regra de transição supostamente mais gravosa que a regra permanente . Assim, o STJ fez crítica à lei, naturalmente sob o influxo de valores constitucionais que reputou agredidos pelo legislador, o que é, nada mais, nada menos, verdadeiro controle de constitucionalidade.
>
> Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça reprovou a solução legislativa ao entendimento de que o aludido dispositivo legal – art. 3º da Lei n. 9.876/1999 – não era compatível com os princípios constitucionais da contrapartida,

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

da isonomia e da razoabilidade.

É certo que não é estranho àquela Corte o controle de constitucionalidade das leis, mesmo no bojo de recurso especial, se a controvérsia constitucional surge como antecedente lógico necessário à deliberação da questão legal. Ocorre que, no caso, o Tribunal Superior, em vez de devolver o conhecimento da matéria a sua Corte Especial, que deliberaria em nome do Plenário, conforme expressamente previsto no art. 97 da Carta da República, escolheu exercer verdadeiro controle difuso de constitucionalidade por órgão fracionário inferior, em evidente infringência ao enunciado vinculante n. 10 da Súmula, ***in verbis***

> Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

A tão só violação da cláusula de reserva de plenário constitui razão suficiente para a cassação do acórdão recorrido [...]" (documento eletrônico 189, pp. 22-24; grifei).

Ademais, no acórdão embargado, o Ministro Luís Roberto Barroso assim se manifestou sobre a questão:

"A decisão na origem foi desfavorável à pretensão do contribuinte. A decisão originária foi no sentido de que a regra transitória se aplicava, era legítima e deveria valer. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, reformou a decisão da instância originária.

Aqui, acho que se coloca a questão constitucional mais delicada que estamos discutindo. Em teoria do Direito, existem os chamados casos fáceis e os chamados casos difíceis. Os casos fáceis são aqueles para os quais existe uma solução pré-pronta

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

no ordenamento jurídico. Os casos difíceis são aqueles para os quais não há uma solução nítida pré-pronta e você precisa resolver o problema aplicando um princípio ou um conceito jurídico indeterminado.

Por esse critério, do ponto de vista jurídico, esse é um caso fácil, porque existe uma regra expressa que dá a solução para o problema que estamos enfrentando. O que aconteceu, no entanto, foi que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que essa regra não era justa, que se causaria uma injustiça a esse contribuinte, a esse segurado, se se aplicasse a regra de transição.

Com todas as vênias de quem entenda diferentemente, justiça ou não justiça não é um critério voluntarista de juiz ou de tribunal. A justiça ou injustiça de uma lei é aferida com base na Constituição, com base nos valores que a Constituição institui. Para um tribunal dizer: "Não aplico essa lei, porque a considero injusta", ele está dizendo: "Não aplico essa lei, porque a considero incompatível com a Constituição". Mesmo que ela não seja incompatível, em tese, no seu relato, ela pode ser incompatível em uma incidência concreta específica, aí temos uma declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade - você considera inconstitucional aquela incidência da norma, mas não a norma em si. Com a devida vênia dos entendimentos contrários, acho que foi exatamente isso que fez o Superior Tribunal de Justiça: entendeu que essa norma, naquela incidência, era uma norma inconstitucional.

Se assim é, peço vênia aos entendimentos contrários, mas houve sim uma declaração incidental de inconstitucionalidade dessa norma sem pronúncia de nulidade. Aí incide, na minha visão, o art. 97 da Constituição, que institui que somente o Plenário ou o Órgão Especial dos tribunais podem declarar uma lei inconstitucional. Essa decisão do Superior Tribunal de Justiça foi tomada pela Seção

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

> **e não pela Corte Especial, que era o órgão competente para dizer: "Essa incidência é inconstitucional".**
>
> Não entendo aqui, respeitando as posições contrárias já manifestadas, que havia duas interpretações razoáveis, e o Superior Tribunal de Justiça escolheu uma. A norma era claríssima: a quem já estava no sistema ainda não aposentado quando da vigência da lei aplicava-se a regra de transição - ali não tinha nenhuma exceção prevista. A exceção que se criou foi uma exceção que considerou inconstitucional a incidência da norma. É diferente de uma norma que comporte uma ou mais interpretações e a escolha de uma não importe em declaração de inconstitucionalidade.
>
> **Aqui, com todas as vênias, ao ler a literalidade do dispositivo, não vejo possibilidade de mais de uma interpretação. Como as regras são aplicadas na modalidade tudo ou nada, se você não aplica uma regra é porque você a considerou inconstitucional.**
>
> **De modo que assento meu entendimento de que a hipótese é de retorno dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para que a decisão seja tomada pelo órgão competente, que é a Corte Especial.**" (documento eletrônico 189, pp. 95-97; grifei).

Nesse mesmo sentido, em passagem do voto do Ministro Luiz Fux, Sua Excelência assenta que "o Superior Tribunal de Justiça, na forma da nossa Súmula 10, ao não fazer incidir a nova lei, ele se equiparou a uma declaração de inconstitucionalidade. Isso aqui foi bem destacado pelo Ministro Luís Roberto Barroso". (documento eletrônico 189, p. 99)

Por fim, destaco que o Ministro Dias Toffoli expressamente acompanhou a divergência (documento eletrônico 189, p. 106), assim como o Ministro Gilmar Mendes (documento eletrônico 189, pp. 134-169

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

e em seu aparte às fls. 124- 133).

Em suma, a meu ver, ao definir a tese de que o segurado pode optar pela regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei n. 8.213/1991, para fins de apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei n. 9.876/1999, a Primeira Seção do Tribunal da Cidadania exerceu **controle de constitucionalidade** de lei nos exatos termos em que vedado pelo art. 97 da Constituição da República.

Rememoro, ainda, o teor da Súmula Vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal:

> "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

Cumpre destacar, por necessário, que a referida Súmula Vinculante foi aprovada em razão da orientação jurisprudencial que esta Suprema Corte firmou na matéria em análise. Veja-se, nesse sentido, julgado de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

> "I. Controle de constitucionalidade: reserva de plenário e quórum qualificado (Constituição, art. 97): aplicação não apenas à declaração em via principal, quanto à declaração incidente de inconstitucionalidade, para a qual, aliás, foram inicialmente estabelecidas as exigências .
>
> II. **Controle de constitucionalidade; reputa-se declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que – embora sem o explicitar – afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos**

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

> **alegadamente extraídos da Constituição.**" (RE 240.096/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; grifei)

Sobre o assunto, faço minhas as palavras do sempre decano Ministro Celso de Mello, para quem "**o respeito ao postulado da reserva de plenário** – consagrado pelo art. 97 da Constituição (e introduzido, em nosso sistema de direito constitucional positivo pela Constituição de 1934) – **atua como verdadeira condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público**". (Rcl 34.554/MG, Rel. Min. Celso de Mello; grifei).

Como se vê, o postulado da reserva de plenário é de suma importância para fins do controle de constitucionalidade, de sorte que o Supremo Tribunal Federal já assentou que "não há necessidade de pedido das partes para que haja o deslocamento do incidente de inconstitucionalidade para o Pleno do Tribunal. **Isso porque é dever de ofício do órgão fracionário esse envio, uma vez que não pode declarar expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, nem afastar sua incidência, no todo ou em parte**." (Rcl 12.275-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 18/6/2014; grifei)

O exame dos presentes autos revela que o órgão judiciário que proferiu a decisão impugnada pelo recurso extraordinário afastou a incidência da regra de transição contida no art. 3º da Lei 9.876/1999, apoiando-se, para tanto, em critério alegadamente extraído da própria Constituição Federal, sem observar, contudo, o princípio da reserva de plenário, consagrado no art. 97 do Texto Constitucional e na Súmula Vinculante 10.

Nesse sentido, transcrevo o seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho no acórdão prolatado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em que fica claro que a incidência

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

do art. 3º da Lei n. 9.876/1999, em sua interpretação literal e até então predominante no Tribunal da Cidadania, foi afastada em virtude do suposto caráter protetivo da norma transitória:

> "6. **Desse modo, não resta dúvidas, que a opção legislativa deve ser vista em caráter protetivo**. O propósito do artigo 3o. da Lei 9.876/1999 e seus parágrafos foi estabelecer regras de transição que garantissem que os Segurados não fossem atingidos de forma abrupta por normas mais rígidas de cálculo dos benefícios
>
> 7. De fato, a tradição no direito pátrio revela a necessidade de períodos de transição para que toda e qualquer mudança no ordenamento normativo seja implementada pouco a pouco. **Assim, as regras de transição existem para atenuar os efeitos das novas regras aos Segurados já filiados ao regime, e nunca – jamais – para prejudicar**.
>
> [...]
>
> 11. Da leitura dos julgados, se extrai que **a jurisprudência optou pela prevalência da opção legislativa**, consignando que, ainda que a regra de transição implique em situações desfavoráveis a um número de Segurados, há outros tantos beneficiados com a regra de cálculo, consignando que a ampliação do período básico de cálculo para considerar toda a vida laborativa do segurado, ao contrário dos 80% (oitenta por cento) maiores salários de contribuição a partir de julho de 1994, poderá resultar, a depender do caso, em regra menos favorável ao segurado, considerando a possibilidade de serem os salários mais antigos inferiores àqueles mais recentes, o que é bastante comum, resultando na média aritmética apurada um valor mensal do benefício mais reduzido.
>
> **12. Prevalecendo nesta Corte Superior, até aqui, o entendimento de não ser possível afastar a aplicação da regra de transição fixada no art. 3º. da Lei 9.876/1999 no cálculo do**

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

benefício dos Segurados que ingressaram no RGPS antes de 26.11.1999.

13. Contudo, a matéria merece uma melhor reflexão. Isso porque a ação não intenta tornar sem efeito a regra de transição, mas, tão somente, permitir a opção do Segurado pela regra que lhe for mais favorável, de modo a lhe conferir o direito ao melhor benefício possível com base no seu histórico contributivo.

14. O reconhecimento ao direito ao melhor benefício garante ao Segurado o recebimento de prestação previdenciária mais vantajosa dentre aquelas cujos requisitos cumpre, assegurando, consequentemente, a prevalência do critério de cálculo que lhe proporcione a maior renda mensal, a partir do histórico de suas contribuições.

[...]

26. Nesse termos, impõe-se reconhecer que o Segurado faz jus à opção pela regra definitiva de cálculo do benefício, nos termos do art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na hipótese em que a regra transitória do art. 3o. da Lei 9.876/1999 se revelar mais gravosa. **Não se podendo admitir que a aplicação literal do dispositivo legal conduza à alteração de sua finalidade, que é a de proteção**.

30. Com base nessas considerações, é de ser reconhecido o direito do Segurado de ver o seu benefício deferido ou readequado de modo que corresponda à maior renda possível no cotejo entre as regras de cálculos fixadas nos arts. 29, I e II da Lei 8.213/1991 e 3o. da Lei 9.876/1999, concretizando deste modo, o entendimento de que deve ser preservado o direito ao melhor benefício a que faz jus o trabalhador." (documento eletrônico 4, pp. 101-144; grifei)

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

Em sentido semelhante são as considerações constantes do voto-vista da Ministra Assusete Magalhães que, expressamente, remete à igualdade de tratamento entre os segurados do INSS para assegurar o afastamento do art. 3º da Lei n. 9.876/1999, caso a norma seja desfavorável ao filiado. Vejamos:

> "O que se está a assegurar é que o segurado, que implementou as condições para o benefício na vigência da Lei 9.876/99, com suas regras transitória e permanente, possa optar pela norma vigente mais favorável, **numa interpretação teleológica do art. 3º da referida Lei 9.876/99, que deve ceder lugar à regra permanente do art. 29 da Lei 8.213/91, se a última for mais favorável ao segurado**.
>
> (...)
>
> Por tudo isso, **a Lei 9.876/99 deve ser interpretada teleologicamente, para garantir, aos segurados que ingressaram no RGPS anteriormente à sua vigência, igualdade de tratamento com aqueles amparados pela regra permanente**, possibilitando-lhes utilizar a regra de transição, prevista no seu art. 3º, ou, se mais vantajosa, a regra permanente, inserta no art. 29, I e II, da Lei 8.213/91, na redação dada pela referida Lei 9.876/91." (documento eletrônico 4, pp. 138-144; grifei)

Enfim, filiando-me aos posicionamentos dos Ministros Nunes Marques, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes, entendo que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao afastar a incidência, ainda que em parte, da regra inserida no art. 3º da Lei n. 9.876/1999, violou o postulado da reserva de plenário.

Ressalto, ainda, que diante da natureza dessa omissão – prejudicial ao julgamento do mérito do recurso extraordinário – o seu suprimento,

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

via embargos de declaração, impõe que o recurso seja provido com excepcionais efeitos infringentes, tal como reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, verifico a omissão no acórdão embargado, especialmente quanto à alegação de inobservância do art. 97 da Constituição da República pelo órgão prolator do acórdão extraordinariamente recorrido. Assim, reconheço a nulidade do acórdão oriundo da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, e determino o retorno dos autos ao Tribunal da Cidadania, para que seja realizado novo julgamento do feito, com a devida observância do postulado da reserva de plenário.

Caso fique vencido neste ponto, entendo necessário, assim como propostos pelos Ministros que já votaram, modular os efeitos da decisão embargada. A meu ver, porém, com a devida vênia, as especificidades do caso demandam uma modulação diversa da que foi proposta pelo Ministro Alexandre de Moraes e pela Ministra Rosa Weber.

Antes de entrar nas particularidades do presente feito, rememoro as densas palavras do Ministro Celso de Mello, no sentido de que, em determinadas situações, deve o Supremo Tribunal Federal atribuir efeitos prospectivos às suas decisões, com o objetivo de preservar situações já consolidadas no passado, sempre tendo em vista os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança. Eis as palavras do sempre Decano:

> "Os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, pois lhes cabe conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais nas matérias por eles abrangidas, atribuir estabilidade às relações jurídicas constituídas sob a sua égide e em decorrência deles, gerar certeza quanto à validade dos efeitos decorrentes de atos praticados de acordo com esses mesmos precedentes e preservar, assim, em respeito à ética do

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

> Direito, a confiança dos cidadãos nas ações do Estado. **Os postulados da segurança jurídica e da proteção da confiança, enquanto expressões do Estado Democrático de Direito, mostram-se impregnados de elevado conteúdo ético, social e jurídico, projetando-se sobre as relações jurídicas, inclusive as de direito público, sempre que se registre alteração substancial de diretrizes hermenêuticas, impondo-se à observância de qualquer dos Poderes do Estado e, desse modo, permitindo preservar situações já consolidadas no passado e anteriores aos marcos temporais definidos pelo próprio Tribunal**." (MS 26.603, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 19/12/2008)

Feita essa observação, entendo que, *in casu*, a modulação de efeitos da decisão é medida que se impõe, e decorre da **alteração substancial do entendimento das Cortes Superiores sobre a matéria em julgamento,** primeiro, do Superior Tribunal de Justiça, e, depois, do Supremo Tribunal Federal. A alteração do posicionamento das Cortes Superiores atrai o art. 927, § 3º, do Código de Processo Civil e a consequente necessidade de modulação de efeitos da decisão em razão de **viragem jurisprudencial.** Eis o dispositivo:

> "Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
>
> [...]
>
> § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica."

Para fins da modulação dos efeitos em razão da viragem jurisprudencial, deve-se ter como premissa que o novo entendimento dos

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

tribunais superiores não decorre de modificação no contexto fático e de mudança legislativa. Nesse sentido, consoante leciona Humberto Ávila:

> "É preciso registrar que só se pode afirmar que há modificação de jurisprudência quando houver duas decisões contraditórias eficazes sobre a mesma matéria, assim entendidas aquelas decisões que envolvem o mesmo fundamento e a mesma situação fática. **Assim, se há uma mudança da base normativa para a decisão, a rigor, não se pode falar em mudança jurisprudencial**.
>
> (...)
>
> **E se houver alteração da situação fática também não se pode falar, a rigor, em mudança de jurisprudência.** Por exemplo, no tocante à necessidade de lei para o exercício de greve no setor público, em 2002, o Tribunal decidiu que havia necessidade de lei e que podia ser constatada a omissão do Poder Legislativo quanto à sua edição, mas esta omissão não poderia ser suprida pelo Tribunal, que deveria se limitar a dirigir uma notificação ao legislador, certificando a sua omissão.300 Em 2007, entendeu o Tribunal que os dispositivos da Lei de Greve (Lei n. 7.783/89), que regem o exercício de greve dos trabalhadores da iniciativa privada, também valem para as greves do serviço público. Ocorre, no entanto, que nesse meio-tempo caracterizou-se uma omissão por prazo razoável do Poder Legislativo em regulamentar o direito de greve do setor público e, em razão dessa omissão, decidiu o Tribunal aplicar por analogia a legislação existente. O fundamento de fato se modificou entre a decisão anterior e a posterior." (ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica. 4. ed., rev., atual. e ampl*. - São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 486/487; grifei)

No presente caso, é isento de dúvidas que não houve qualquer alteração fática ou legal acerca da matéria *sub judice*. Na realidade, e conforme expressamente reconhecido no acórdão embargado, é

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

inequívoco que o julgamento do Tema Repetitivo 999 representou alteração de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão em debate. Nesse sentido, extraio do voto condutor, proferido pelo Ministro Alexandre de Moraes, o seguinte excerto:

> "**Ao analisar as leis supramencionadas, 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, devendo ser aplicada a regra de transição prevista no diploma alterador**.
>
> Isso porque, ainda que em algumas hipóteses a regra de transição implique situações desfavoráveis a determinados segurados, outros tantos são beneficiados por essa regra de cálculo. E essa circunstância ocorre porque "*a ampliação do período básico de cálculo para considerar toda a vida laborativa do segurado, ao contrário dos 80% (oitenta por cento) maiores salários de contribuição a partir de julho de 1994, pode resultar, a depender do caso, em regra menos favorável ao segurado, considerando a possibilidade de serem os salários mais antigos inferiores àqueles mais recentes, resultando na média aritmética apurada um valor mensal do benefício mais reduzido*" (REsp. 1.679.866/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 25/5/2018)
>
> Nesse sentido, diversos julgados: REsp. 1.644.505/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 19/6/2017; EDcl no AgRg no AREsp. 609.297/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 2/10/2015; AgInt no REsp. 1.526.687/RS, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe de 5/12/2017; REsp. 1.679.866/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe de 25/5/2018; AgInt no REsp. 1.679.728/PR, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe de 26/3/2018;
>
> (...)

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

> **No entanto, a partir do julgamento do Recurso Especial pela sistemática dos recursos repetitivos, que deu origem ao acordão 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.**" (documento eletrônico 189, pp. 59-62; grifei)

Acrescento, ainda, que o próprio acórdão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça reconhece que o julgamento do Tema Repetitivo 999 representou alteração da jurisprudência dominante daquele Tribunal:

> "11. Da leitura dos julgados, se extrai que a jurisprudência optou pela prevalência da opção legislativa, consignando que, ainda que a regra de transição implique em situações desfavoráveis a um número de Segurados, há outros tantos beneficiados com a regra de cálculo, consignando que a ampliação do período básico de cálculo para considerar toda a vida laborativa do segurado, ao contrário dos 80% (oitenta por cento) maiores salários de contribuição a partir de julho de 1994, poderá resultar, a depender do caso, em regra menos favorável ao segurado, considerando a possibilidade de serem os salários mais antigos inferiores àqueles mais recentes, o que é bastante comum, resultando na média aritmética apurada um valor mensal do benefício mais reduzido.
>
> 12. **Prevalecendo nesta Corte Superior, até aqui, o entendimento de não ser possível afastar a aplicação da regra de transição fixada no art. 3º da Lei 9.876/1999 no cálculo do benefício dos Segurados que ingressaram no RGPS antes de 26.11.1999**." (documento eletrônico n. 4; pp. 108-109; grifei)

Destarte, a meu ver, é evidente que houve alteração da

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça acerca da observância obrigatória da regra de transição inserida no art. 3º da Lei n. 9.876/1999, o que é suficiente para atrair a incidência do art. 927, § 3º, do CPC, com a necessária modulação dos efeitos do acórdão embargado ao menos a partir da conclusão do julgamento pelo Tribunal da Cidadania.

Contudo, *in casu*, e com as mais rogadas vênias aos entendimentos em sentido contrário, entendo que a posição majoritária do acórdão embargado resultou, ainda, em **alteração jurisprudencial do próprio Supremo Tribunal Federal**.

Afinal, esta Suprema Corte já teve a oportunidade de julgar, ainda que em sede cautelar, alegação de inconstitucionalidade dos arts. 2º e 3º da Lei n. 9.876/1999. Com efeito, no julgamento da medida cautelar na ADI 2.111/DF, a arguição de inconstitucionalidade dos referidos dispositivos foi rechaçada pelo Plenário do Tribunal, nos seguintes termos:

> "EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL: CÁLCULO DO BENEFÍCIO. FATOR PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.876, DE 26.11.1999, OU, AO MENOS, DO RESPECTIVO ART. 2º (NA PARTE EM QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 29, "CAPUT", INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, BEM COMO DE SEU ART. 3º. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI, POR VIOLAÇÃO AO ART. 65, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DE QUE SEUS ARTIGOS 2º (NA PARTE REFERIDA) E 3º IMPLICAM INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL, POR AFRONTA AOS ARTIGOS 5º, XXXVI, E 201, §§ 1º E 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 3º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. MEDIDA

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

CAUTELAR.

1. Na inicial, ao sustentar a inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, por inobservância do parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, segundo o qual "sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora", não chegou a autora a explicitar em que consistiram as alterações efetuadas pelo Senado Federal, sem retorno à Câmara dos Deputados. Deixou de cumprir, pois, o inciso I do art. 3o da Lei nº 9.868, de 10.11.1999, segundo o qual a petição inicial da A.D.I. deve indicar "os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações". Enfim, não satisfeito esse requisito, no que concerne à alegação de inconstitucionalidade formal de toda a Lei nº 9.868, de 10.11.1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, nesse ponto, ficando, a esse respeito, prejudicada a medida cautelar.

2. Quanto à alegação de inconstitucionalidade material do art. 2o da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91, a um primeiro exame, parecem corretas as objeções da Presidência da República e do Congresso Nacional. É que o art. 201, §§ 1o e 7o, da C.F., com a redação dada pela E.C. nº 20, de 15.12.1998, cuidaram apenas, no que aqui interessa, dos requisitos para a obtenção do benefício da aposentadoria. No que tange ao montante do benefício, ou seja, quanto aos proventos da aposentadoria, propriamente ditos, a Constituição Federal de 5.10.1988, em seu texto originário, dele cuidava no art. 202. O texto atual da Constituição, porém, com o advento da E.C. nº 20/98, já não trata dessa matéria, que, assim, fica remetida "aos termos da lei", a que se referem o "caput" e o § 7o do novo art. 201. Ora, se a Constituição, em seu texto em vigor, já não trata do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, ou melhor, dos respectivos proventos, não pode ter sido violada pelo art. 2o da Lei nº 9.876, de 26.11.1999, que, dando nova redação ao art. 29 da Lei nº 8.213/91, cuidou exatamente disso. E em cumprimento, aliás, ao "caput" e ao parágrafo 7o do novo

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

art. 201.

3. Aliás, com essa nova redação, não deixaram de ser adotados, na Lei, critérios destinados a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, como determinado no "caput" do novo art. 201. O equilíbrio financeiro é o previsto no orçamento geral da União. E o equilíbrio atuarial foi buscado, pela Lei, com critérios relacionados com a expectativa de sobrevida no momento da aposentadoria, com o tempo de contribuição e com a idade, até esse momento, e, ainda, com a alíquota de contribuição correspondente a 0,31.

4. Fica, pois, indeferida a medida cautelar de suspensão do art. 2o da Lei nº 9.876/99, na parte em que deu nova redação ao art. 29, "caput", incisos e parágrafos, da Lei nº 8.213/91.

5. Também não parece caracterizada violação do inciso XXXVI do art. 5o da C.F., pelo art. 3o da Lei impugnada. É que se trata, aí, de norma de transição, para os que, filiados à Previdência Social até o dia anterior ao da publicação da Lei, só depois vieram ou vierem a cumprir as condições exigidas para a concessão dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

6. Enfim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade não é conhecida, no ponto em que impugna toda a Lei nº 9.876/99, ao argumento de inconstitucionalidade formal (art. 65, parágrafo único, da Constituição Federal). **É conhecida, porém, quanto à impugnação dos artigos 2o (na parte em que deu nova redação ao art. 29, seus incisos e parágrafos da Lei nº 8.213/91) e 3o daquele diploma. Mas, nessa parte, resta indeferida a medida cautelar."** (ADI 2.111/DF-MC, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, DJe 5/12/2003 - grifei)

Aliás, quando do julgamento do acórdão embargado, esse relevantíssimo fato não passou despercebido pelo Ministro Luiz Fux, que, em seu voto, assim se manifestou:

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

> "De fato, a constitucionalidade dos artigos 2° e 3° da Lei 9.876/99 já foi afirmada, em sede liminar, pelo Plenário do STF, no julgamento da ADI 2.111-MC:
>
> > "O TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, NÃO CONHECEU DA AÇÃO DIRETA POR ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI Nº 9.868/99. PROSSEGUINDO NO JULGAMENTO, O TRIBUNAL, POR MAIORIA, INDEFERIU O PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR RELATIVAMENTE AO ART. 2º DA LEI Nº 9.876/99, NA PARTE EM QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 29, CAPUT, SEUS INCISOS E PARÁGRAFOS DA LEI Nº 8.213/91, NOS TERMOS DO VOTO DO SENHOR MINISTRO RELATOR, VENCIDO O SENHOR MINISTRO MARCO AURELIO, QUE O DEFERIA. AINDA POR MAIORIA, O TRIBUNAL INDEFERIU O PEDIDO DE SUSPENSÃO CAUTELAR DO ART. 3º DA LEI Nº 9.876/99, VENCIDO O SENHOR MINISTRO MARCO AURELIO. VOTOU O PRESIDENTE." (Rel. Min. Sidney Sanches, julgado em 16/3/2000)
>
> **O simples fato de essa liminar estar em vigor há mais de 20 anos já recomendaria a manutenção desse entendimento para preservação da segurança jurídica**." (documento eletrônico 189, pp. 103-104 - grifei)

Em sentido semelhante, também o Ministro Nunes Marques bem observou, no aludido acórdão, que esta Suprema Corte já havia reconhecido a constitucionalidade, ainda que em sede cautelar, dos dispositivos pertinentes para a presente controvérsia:

> "A limitação temporal estipulada no art. 3º da Lei n. 9.876/1999 se apresenta uma opção legislativa que teve como

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

razão de ser o razoável escopo de evitar dificuldades operacionais intransponíveis causadas pelo cômputo de contribuições previdenciárias anteriores à implementação do Plano Real – período notoriamente conhecido pela instabilidade econômica, pelos frágeis registros das contribuições, pelas inúmeras dificuldades administrativas de recuperação das informações de maneira fidedigna.

Tudo isso tornava precário o equilíbrio atuarial projetado no médio e no longo prazo. Tanto assim que a Emenda Constitucional n. 103/2019 trouxe, em seu art. 26, a previsão de que a competência de julho de 1994 seria igualmente adotada como a referência mais remota do cálculo do período contributivo, até que lei ordinária viesse a disciplinar o assunto, *in verbis* :

> Art. 26. Até que lei discipline o cálculo dos benefícios do regime próprio de previdência social da União e do Regim Geral de Previdência Social, será utilizada a média aritmética simples dos salários de contribuição e das remunerações adotados como base para contribuições a regime próprio de previdência social e ao Regime Geral de Previdência Social, ou como base para contribuições decorrentes das atividades militares de que tratam os arts. 42 e 142 da Constituição Federal, atualizados monetariamente, correspondentes a 100% (cem por cento) do período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde o início da contribuição, se posterior àquela competência.

Isso quer dizer que as normas impugnadas (arts. 2º e 3º da Lei n. 9.876/1999) não apenas foram declaradas constitucionais por esta Corte (no julgamento da ADI 2.111 MC), como foram, elas mesmas, incorporadas ao texto da Constituição pelo poder reformador. Parece bastante exagerado, com a devida vênia, afastar todo esse arcabouço normativo e jurisdicional a fim de criar tese nova, a projetar

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

> **uma retroatividade normativa que pode atingir mais de três décadas, imprevista pelo legislador e, de resto, ressuscitando antigos fantasmas econômicos que felizmente já superamos.**" (documento eletrônico 189, pp. 29-30; grifei).

Sendo assim, diante da evidente alteração da jurisprudência acerca da matéria *sub judice*, representado inclusive pela mudança de entendimento desta Suprema Corte, exsurge a necessidade de preservar os princípios da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé objetiva, com a consequente necessidade de promover-se modulação dos efeitos da decisão, nos termos do mencionado art. 927, § 3º, do CPC. Como marco temporal, entendo cabível a data da publicação da ata de julgamento do mérito, ou seja, 13/12/2022.

Destaco a orientação do Supremo Tribunal Federal no sentido da ata de julgamento como marco para modulação de efeitos: RE 605.552-ED-segundos, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 12/4/2021; ADI 2040-ED, Rel. Min. Marco Aurélio, Redator p/ Acórdão Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe 8/9/2021; ADI 1220, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 13/3/2020; ADI 3498, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 1º/6/2020.

Também entendendo incabível, *in casu*, qualquer tipo de ressalva à modulação de efeitos. Por um lado, não desconheço que este Supremo Tribunal Federal, em determinadas oportunidades, ressalva da modulação as ações judiciais em curso quando do marco temporal escolhido, a fim de prestigiar aqueles que ajuizaram ações em busca do reconhecimento judicial do seu direito. Por outro lado, entendo que, diante das circunstâncias do caso em análise, ressalvar da modulação as ações judiciais em curso representaria verdadeira quebra do princípio da segurança jurídica e da confiança legítima.

Nesse sentido, o próprio curso do processo que deu origem ao

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

presente recurso extraordinário é bastante ilustrativo da desnecessidade de qualquer ressalva à modulação de efeitos, especialmente quanto às ações judiciais em curso.

A presente ação foi ajuizada em 27/6/2014 (documento eletrônico 1, p. 1), tendo o Juízo de primeiro grau julgado improcedente o pedido da autora (documento eletrônico 1, p. 100). Em seguida, a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negou provimento ao recurso de apelação da autora, com ampla referência à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça predominante à época (documento eletrônico 2, pp. 21-22).

Quando da interposição do recurso especial, em 4/3/2015, ainda predominava no Tribunal da Cidadania o entendimento pela validade da regra transitória, de caráter obrigatório ao segurado filiado à Previdência Social até o dia anterior à data da publicação da Lei n. 9.876/1999 (documento eletrônico 2., p. 50-67). Veja-se, nesse sentido, excerto da decisão que inadmitiu o recurso especial do autor, proferida em 13/5/2015:

> "Sustenta a parte recorrente, em síntese, que pretende através da presente ação é a aplicação da regra atual e permanente, prevista no Art. 29, I da Lei 8.213/91 com alteração dada pela Lei nº 9.876/99, uma vez que tal norma já estava vigente no momento da concessão do benefício ora em discussão. (Evento 20 - RECESPEC1 fl. 3) Aponta dissídio jurisprudencial e pede, ao fim, o provimento do recurso.
>
> **A pretensão não merece trânsito, pois o acórdão impugnado harmoniza-se com a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça, incidindo, na espécie, o óbice da Súmula 83 (Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.) que se aplica também ao**

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

> **permissivo do artigo 105, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal.**" (documento eletrônico 2, p. 108; grifei)

Com a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, em 24 de agosto de 2015, determinou a conversão do agravo em recurso especial, "tendo em vista as razões lançadas pelo agravante" (documento eletrônico 2, p. 139).

Em seguida, decorridos mais de três anos do recebimento do recurso especial, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na Sessão Virtual de 10/10/2018 a 16/10/2018, determinou a afetação do processo ao rito dos recursos repetitivos (documento eletrônico 2, p. 147). Nesse acórdão consta diversas referências a julgados daquele Tribunal que representavam o entendimento então predominante:

> "Analisando o tema esta Corte já manifestou o entendimento de que se tratando de Segurado filiado ao RGPS em momento anterior à edição da Lei 9.876/1999, o período de apuração para cálculo do salário de benefício será o interregno entre julho de 1994 e a data de entrada do requerimento - DER, não sendo admissível computar no período básico de cálculo os salários de contribuição de toda a vida contributiva do Segurado." (documento eletrônico n. 2, pp. 161-162)

Enfim, foi apenas com o julgamento do Tema Repetitivo 999, em 11/12/2019, que o Superior Tribunal de Justiça superou sua jurisprudência então dominante, e fixou a seguinte tese:

> "Aplica-se a regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando mais favorável do que a regra de transição contida no art. 3º da Lei9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

9.876/1999."

O histórico do processo que deu origem a este recurso extraordinário demonstra que por todo o seu curso processual predominava, no Superior Tribunal de Justiça, o entendimento pela aplicação obrigatória da regra transitória constante do art. 3º da Lei n. 9.876/1999. Esse entendimento consta (i) da sentença que julgou improcedente o pedido do autor; (ii) do acórdão que negou provimento à apelação; (iii) da decisão que inadmitiu o recurso especial do autor; e (iv) do acórdão que afetou o recurso à sistemática dos recursos repetitivos.

A essas decisões, proferidas pelas instâncias inferiores e pelo Tribunal da Cidadania, também se deve acrescer o mencionado julgamento da medida cautelar da ADI 2.111/DF, oportunidade em que foi reconhecida a constitucionalidade do art. 3° da Lei n. 9.876/1999 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ora, essas decisões representam verdadeiras orientações gerais de conduta direcionadas às partes interessadas, sejam elas os filiados ao regime geral de previdência social, sejam o próprio ente público e a autarquia responsável pelo sistema previdenciário. No presente caso, todas as orientações gerais conduzem os interessados ao entendimento de que o **benefício previdenciário** do segurado que era filiado ao regime geral de previdência social até o dia anterior à data de publicação da Lei n. 9.876/1999 **será regido pelo art. 3º do referido diploma legal**, de sorte que, "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".

Nesse contexto, entendo pertinente trazer à colação algumas

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

disposições da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942), as quais, com amparo nos postulados da proteção da confiança legítima, boa-fé e segurança jurídica, prescrevem a necessidade de preservar-se as situações jurídicas consolidadas e os atos jurídicos praticados à luz da legislação e práticas administrativas e judiciais vigentes:

> "Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
>
> **Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.** (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)
>
> (...)
>
> **Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.**
>
> **Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se**

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

> **houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)**
>
> **Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.**" (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018 - grifei)

Extraio da leitura desses dispositivos a necessidade de se "evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até então dominante" (RE 370.682/PR, Voto proferido pelo Min. Ricardo Lewandowski).

É de rigor, assim, a manutenção dos benefícios previdenciários pagos com base no entendimento vigente até a publicação da ata de julgamento do acórdão embargado, sem qualquer alteração. Tais benefícios, desse modo, não podem ser recalculados de acordo com a tese firmada neste julgamento, sob pena de ofensa aos postulados da segurança jurídica e da proteção à confiança.

Ressalto, por relevante, que foi apenas após os julgamentos do Tema Repetitivo 999 e do Tema 1.102 de Repercussão Geral que passou-se a ser possível afirmar a consolidação do novo entendimento dos tribunais superiores sobre a questão em discussão. Assim, eventual ressalva à modulação de efeitos aqui proposta, de sorte a autorizar o pagamento de valores retroativos antes da consolidação da virada jurisprudencial pelos tribunais superiores, acabaria por violar a expectativa da autarquia federal no cumprimento da norma prevista no art. 3° da Lei n. 9.876/1999, cuja legalidade e constitucionalidade foi, saliento, constantemente reafirmada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

Federal.

Em complemento, é certo que o pagamento de valores retroativos colocaria em risco o equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral de Previdência Social – verdadeira pedra de toque do sistema, consoante previsto no *caput* do art. 201 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 20/1998, e mantido pela Emenda Constitucional 103/2019:

> "Art. 201: A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei: (...)" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

> "Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (...)" (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

Nesse sentido, o excepcional interesse social que justifica a modulação de efeitos da decisão deve ser pensado, também, a partir prisma do equilíbrio atuarial e financeiro da Previdência Social, ou seja, da sustentabilidade do sistema previdenciário e do interesse público subjacente. Ao assim fazê-lo, esta Suprema Corte estará protegendo o interesse de todos os segurados do INSS, inclusive dos beneficiários da tese aqui discutida, que somente poderão receber seu benefício em um sistema de previdência que atue de forma equilibrada e sem distorções.

Destarte, é imperiosa a modulação de efeitos, a partir de 13/12/2022, data da publicação da ata de julgamento do acórdão embargado, de sorte

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

que todo e qualquer benefício previdenciário a ser pago com a nova forma de cálculo reconhecida nesta tese de repercussão geral somente valerá para as parcelas devidas após tal marco temporal. Considerando a abrangência da modulação de efeitos proposta, entendo importante deixar expresso a **impossibilidade** de:

i. revisão de benefícios previdenciários já extintos;
ii. rescisão das decisões transitadas em julgado que, à luz da jurisprudência dominante, negaram o direito à revisão; em tais casos, aplicam-se às parcelas posteriores a 13/12/2022 a cláusula *rebus sic stantibus*, para que sejam corrigidas observando-se a tese fixada neste processo;
iii. revisão e pagamento de parcelas de benefícios quitadas à luz e ao tempo do entendimento então vigente, vedando-se por consequência o pagamento de parcelas pretéritas.

Posto isso, e novamente rogando vênias ao Relator, divirjo de Sua Excelência, e voto pelo provimento, em parte, dos embargos de declaração, para:

i. sanar a omissão quanto à violação ao art. 97 da Constituição da República, aderindo, assim, aos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Nunes Marques, para reconhecer a nulidade do acórdão proferido pela colenda Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça e determinar a remessa dos autos àquela Corte, para que seja realizado novo julgamento nos termos do art. 97 da Constituição Federal; **e, caso fique vencido nesse ponto**,
ii. por razão de segurança jurídica, na esteira dos arts. 926 e 927 do CPC, modular os efeitos da decisão, atribuindo efeitos *ex nunc*, a contar da publicação da ata de julgamento, qual seja, 13/12/2022, sem qualquer ressalva, restando expressa a **impossibilidade** de (a) revisão de benefícios previdenciários

Plenário Virtual - minuta de voto - 08/11/2023

já extintos; (b) rescisão das decisões transitadas em julgado que, à luz da jurisprudência dominante, negaram o direito à revisão, aplicando, porém, a cláusula *rebus sic stantibus* para as parcelas posteriores a 13/12/2022, que devem ser corrigidas de acordo com a tese fixada neste processo; e (c) revisão e pagamento de parcelas dos benefícios quitadas à luz e ao tempo do entendimento então vigente, vedando-se por consequência o pagamento de parcelas pretéritas;

É como voto.