



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA E EXCELENTÍSSIMOS
SENHORES MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.276.977

REPERCUSSÃO GERAL TEMA Nº 1.102

O CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, apresentar o presente **MEMORIAL**, consoante os fundamentos a seguir apresentados, tendo em vista o voto proferido no plenário virtual pelo Min. Cristiano Zanin em 24/11/2023, a despeito da eventual violação da cláusula de reserva de plenário, alterando, assim, o voto proferido pelo Min. Ricardo Lewandowski.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

1. DO VOTO APRESENTADO PELO MINISTRO CRISTIANO ZANIN

Sintetiza-se do voto apresentado pelo Min. Cristiano Zanin no dia 24/11/2023, em plenário virtual, dois pontos acolhidos dos embargos opostos pela Autarquia Previdenciária: i) anulação do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, sob arguição de violação da cláusula de reserva de plenário; ii) modulação de efeitos, a partir de 13/12/2022, data da publicação da ata de julgamento do acórdão embargada impossibilitando: *“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; 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; 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 parcelas pretéritas.”*

No que concerne a manifestação sobre a violação da cláusula de reserva de plenário, extrai-se do voto no Min. Zanin: *“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.”*

Contudo, nota-se que ao se manifestar sobre eventual violação a cláusula de reserva de plenário o ministro dessa Corte altera o voto e o entendimento do Min. Ricardo Lewandowski, que além de acompanhar integralmente a tese sugerida pelo Min. Alexandre de Moraes no voto proferido em plenário no dia 01/12/2022, também acompanhou na íntegra o voto apresentado pelo Min. Marco Aurélio na sessão virtual em 04/06/2021.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Em ambos os votos vitoriosos dos Min. Alexandre de Moraes (relator do voto vista e da tese) e Marco Aurélio (aposentado antes da conclusão do julgamento e relator do voto inicial favorável) houve manifestação expressa em referência a ausência da violação a cláusula de reserva de plenário pelo STJ ao julgar o tema 999.

2. DA IMPOSSIBILIDADE DE MANIFESTAÇÃO DA CADEIRA DE MINISTRO APOSENTADO POR INEXISTÊNCIA DE FATO OU ARGUMENTO NOVO

Rediscutir o mérito e anular o voto já proferido pela cadeira recentemente ocupada não é algo permitido pelo CPC e pelo Regimento Interno dessa Suprema Corte. Somente poderia votar a cadeira de MINISTRO APOSENTADO diante de fato novo, o que não existe no presente caso. Nesse sentido, destacamos as razões firmadas pelo Min. Dias Toffoli no julgamento da ADI 5399 e que foi acompanhado por maioria: *“Então, minha proposição, ao fim e ao cabo, é que nós, já com a experiência que temos vivido, façamos um aperfeiçoamento da resolução, prevendo que, no surgimento de fatos novos, a cadeira poderá falar, mas que fica preservado o voto já proferido.”* (pag. 21 acórdão ADI 5399). Importante sobre o tema ouvirmos também o Min. Lewandowski, que bem exemplificou que fato novo não poderia ser tema já debatido nos argumentos já julgados.

Vejamos sua manifestação na ADI 5399: *“Eu estou apenas imaginando o seguinte. O jus postulandi de qualquer parte, seja no processo subjetivo, seja no processo objetivo, adquire uma feição final no momento em que se inicia o julgamento. Então, a partir daí, nada pode ser aditado à petição inicial formulada. Quando o juiz que posteriormente se aposenta emite um julgamento, profere um voto, ele o fez com base na petição inicial que acabou estando perfeitamente configurada no momento do início do julgamento. Exceto que podem surgir fatos novos, fatos supervenientes, fatos de natureza prejudicial, que podem levar até à perda de objeto da ação. Nesse caso, eu penso que o juiz que substitui o ministro aposentado evidentemente poderá se pronunciar sobre esse*



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

fato superveniente, mas não mais sobre aquilo que estava na petição inicial. Essa é uma questão.”

Agora, vejamos o Recurso Extraordinário no INSS:

STJ-Petição Eletrônica (RE) 00145189/2020 recebida em 16/03/2020 15:56:58(e-STJ Fl.589)



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
DEPARTAMENTO DE CONTENCIOSO

existência do requisito da repercussão social nos recursos extraordinários interpostos pelo INSS, uma vez que é essa Autarquia a entidade que, na ordem social brasileira, tem a finalidade específica de prestar a previdência pública, finalidade esta que será extremamente prejudicada se deferida a pretensão deduzida em demandas como a dos presentes autos.

Demonstrada, portanto, a repercussão geral, merece ser admitido o presente recurso extraordinário, remetendo-se os autos ao e. Supremo Tribunal Federal para conhecimento e julgamento da matéria constitucional em discussão.

3. PRELIMINARMENTE: DA OFENSA A CLAUSULA DE RESERVA DE PLENARIO. ART. 97, CF/88. SÚMULA VINCULANTE Nº 10.

O acórdão recorrido Corte deu provimento ao recurso especial do segurado, fixando 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 Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999”.*

Além de constar na petição de RE, o argumento foi também defendido na sustentação oral do INSS quando do plenário presencial e virtual, ambos os julgamentos com a participação do Min. Lewandowski.

Assim, não há fato novo ou superveniente que permita a votação do Min. Zanin quanto ao suposto desrespeito à reserva de plenário. Cogitar eventual anulação do julgamento do tema 999 do STJ após decisão por maioria, com votação em plenário virtual e presencial, se revela notório desrespeito às decisões colegiadas, além de subverter os comandos constitucionais da segurança jurídica e do juiz natural.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

3. DOS VOTOS APRESENTADOS PELO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

O Min. Cristiano Zanin em seu voto, naquilo que concerne a eventual violação da cláusula de reserva de plenário pelo STJ, interpreta que o Min. Ricardo Lewandowski não se manifestou sobre esse ponto, *in verbis*: “*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.*” [Grifo Nosso].

Contudo, é incorreta a tese sustentada pela Autarquia Embargante e acolhida pelo Ministro Zanin, tendo em vista que o Ministro Lewandowski acompanhou na íntegra todos os votos apresentados pelos relatores do tema 1.102.

Necessário se faz observar o voto apresentado em plenário virtual pelo Ministro Marco Aurélio, o relator do processo que se manifestou expressamente sobre a ausência de desrespeito a cláusula de reserva de plenário (p. 1 voto): “*De início, quanto à evocação do artigo 97 da Lei Maior, a direcionar a atuação do Tribunal Pleno ou do órgão especial que lhe faça as vezes, o Colegiado de origem não incorreu em erro de procedimento. Limitou-se a apreciar a controvérsia à luz da legislação de regência. Descabe confundir simples interpretação de norma, à luz do caso concreto, com declaração de inconstitucionalidade.*”

Importa salientar que no plenário virtual o Excelso Min. Ricardo Lewandowski acompanhou integralmente o voto do relator em 2021, senão vejamos:



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Relator  MIN. MARCO AURÉLIO  	
Acompanho o Relator  MIN. EDSON FACHIN Voto  MIN. CÁRMEN LÚCIA  MIN. ROSA WEBER  MIN. RICARDO LEWANDOWSKI	Divérjo do Relator  MIN. NUNES MARQUES Voto Acompanho a divergência  MIN. DIAS TOFFOLI Acompanha: MIN. NUNES MARQUES  MIN. ROBERTO BARROSO Acompanha: MIN. NUNES MARQUES  MIN. GILMAR MENDES Acompanha: MIN. NUNES MARQUES  MIN. LUIZ FUX Acompanha: MIN. NUNES MARQUES
Pedido de Vista  MIN. ALEXANDRE DE MORAES	

Como cediço, devolvido o pedido de vista feito pelo Min. Alexandre de Moraes, após todos os ministros terem votado, o Min. Nunes Marques pediu destaque retornando o julgamento no plenário em 30/11/2022 e finalizado em 01/12/2022, sendo fixada após conclusão do julgamento a seguinte tese:

“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 103/2019, tem o direito de optar pela regra definitiva, caso esta lhe seja mais favorável.”

Destaca-se que no julgamento de 01/12/2022, no plenário presencial, o Min. Lewandowski **acompanhou integralmente** o atual relator, Min. Alexandre de Moraes, **mas achou por bem fazer uma fala ADICIONAL**. Essa fala foi, após essa data, incluída no **site do STF como se tivesse sido proferida como voto original em 2021**. Do site retiramos:



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Voto: Desprovejo o recurso extraordinário. Eis a tese: "Na apuração do salário de benefício dos segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei nº 9.876/1999 e implementaram os requisitos para aposentadoria na vigência do diploma, aplica-se a regra definitiva prevista no artigo 29, incisos I e II, da Lei nº 8.213/1991, quando mais favorável que a norma de transição".

Relator(a): MIN. MARCO AURÉLIO
Órgão julgador: Plenário
Lista: 605-2021
Processo: RE 1276977
Data início: 04/06/2021
Data prevista fim: 11/06/2021

Relator

MIN. MARCO AURÉLIO

Relatório Voto

Pedido de Vista

MIN. ALEXANDRE DE MORAES

Acompanha o Relator

MIN. EDSON FACHIN
Voto Vogal

MIN. CÁRMEN LÚCIA
Voto

MIN. ROSA WEBER
Voto Vogal

MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
Voto

Tal informação está incorreta e pode ser o motivo de equívoco interpretativo. O Ministro Lewandowski iniciou sua fala no plenário presencial reafirmando seu voto virtual, como recortamos:

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Boa tarde, Senhora Presidente! Cumprimento Vossa Excelência e, em sua pessoa, cumprimento todos os presentes.

Senhora Presidente, também eu vou reafirmar o voto que proferi no Plenário Virtual.

Após, deu ênfase na defesa da jurisprudência já consolidada por esta Suprema Corte que garante a prevalência do direito ao melhor benefício, pois, não há **sobreposição de regra definitiva e de transição**, mas sim a observância da aplicabilidade da norma mais benéfica ao segurado: *“Portanto, claro, não estamos diante dessa hipótese, mas, no caso, penso que a solução do relator e, agora, a solução trazida de forma mais vertical pelo eminente Ministro Alexandre de Moraes, eu entendo que, entre a norma de transição e a definitiva, deve prevalecer aquela que revele um critério de cálculo mais benéfico ao segurado contribuinte.”* (vide, p. 123 do acórdão).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Impolida e forçosa a tese defendida pelo INSS e acolhida no voto do Min. Zanin de que o Min. Lewandowski não se manifestou a respeito da reserva de plenário. Além dos votos dos relatores que o Min. acompanhou, o tema foi amplamente debatido em plenário pelas demais cadeiras no julgamento presencial. Portanto, caso divergisse nesse ponto teria se manifestado expressamente, o que não ocorreu.

E mais, ainda que se pudesse entender pela omissão de voto-vogal do Min. aposentado no tocante à violação da reserva de Plenário, a jurisprudência dessa Corte afirma que não há omissão no voto-vogal que se declara de acordo com o Relator, embora manifeste-se, convergentemente, quanto ao objeto central da controvérsia e não se pronuncie, expressamente, sobre as demais questões.

Não há, nem nunca houve exigência de explicitação pormenorizada de todos os pontos em debate na apresentação de voto-vogal convergente, sem ressalvas, com o voto apresentado pelo relator. Tanto o STF como o STJ entendem que:

- Não se verifica contradição, omissão ou obscuridade no acórdão, por força de comparação entre votos vogais.
- Não admite que eventual obscuridade, contradição ou omissão em voto-vogal seja passível de reparo por meio de embargos de declaração.
- Nesse sentido: Inq 1070-ED, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/10/2005; EDcl nos EREsp 137.888/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/08/2003, DJ 22/09/2003, p. 253, REPDJ 17/12/2004, p. 394; EDcl no AgRg no Ag n. 1.244.022/RS, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 14/8/2013, DJe de 19/8/2013.

De qualquer forma, Min. Lewandowski foi enfático em ambas as vezes em ressaltar que seu entendimento era de aplicação de regra de transição e regra nova, ambos institutos comuns no direito previdenciário, que têm existência simultânea no tempo e que não necessitam de inconstitucionalidade de uma para aplicação de outra. Ante o até aqui exposto, permitir o voto do Ministro Cristiano Zanin é violar o Regimento Interno dessa casa.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

4. NORMAS QUE IMPEDEM A ALTERAÇÃO DE VOTO POR MINISTRO INGRESSANTE E DA NECESSIDADE DE QUESTÃO DE ORDEM

O Regimento Interno do STF firma regra pela impossibilidade de alteração do voto proferido pelos ministros que deixaram o cargo, conforme disposto no §1º, do art. 134¹ do RISTF. Vale lembrar ainda quanto ao tema a **Questão de Ordem já apresentada pelo Ministro Alexandre de Moraes na ADI 5399**² em que foi observada a necessidade de que, no reinício do julgamento em caso de destaques, seja adotada a mesma sistemática do Regimento Interno do STF (artigo 134, parágrafo 1º) e do Código de Processo Civil (artigo 941, parágrafo 1º³) para os pedidos de vista, segundo a qual, no prosseguimento da análise, o voto proferido por magistrado que se afaste por aposentadoria ou outro motivo deve ser mantido.

Aqui tratamos da mesma temática e nova questão de ordem se faz necessária.

Ademais, embargos de declaração não são o instrumento hábil para reforma integral do entendimento do Min. aposentado Ricardo Lewandowski, tampouco podem servir para rediscussão de mérito.

¹ Art. 134. O ministro que pedir vista dos autos deverá apresentá-los, para prosseguimento da votação, no prazo de 90 (noventa) dias, contado da data da publicação da ata de julgamento. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 58, de 19 de dezembro de 2022.

§ 1º Ao reencetar-se o julgamento, serão computados os votos já proferidos pelos Ministros, ainda que não compareçam ou hajam deixado o exercício do cargo.

² Decisão na ADI 5399 em 9/6/2022: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, acolheu questão de ordem suscitada pelo Ministro Alexandre de Moraes no sentido de o Plenário fixar o entendimento da validade de voto proferido por Ministro posteriormente aposentado, ou cujo exercício do cargo tenha cessado por outro motivo, mesmo em caso de destaque em julgamento virtual, entendendo, no caso concreto, que a retomada deste julgamento preserve o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio na sessão virtual de 20 a 27/11/2020, garantindo, ainda, que tal posicionamento passe a ser adotado a partir do presente julgamento, não se aplicando aos processos já julgados...

³ Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.

§ 1º O voto poderá ser alterado até o momento da proclamação do resultado pelo presidente, salvo aquele já proferido por juiz afastado ou substituído.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

5. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO EM SEDE DE EMBARGOS DE TEMAS JÁ DEBATIDOS NO JULGAMENTO DE MÉRITO

Segundo o art. 1022, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual o juiz deve se pronunciar de ofício ou a requerimento e para corrigir erro material. No caso do tema 1102 entendemos não haver nenhuma das hipóteses para cabimento dos declaratórios, visto que inexistente qualquer omissão no julgamento de mérito, realizado duas vezes, em plenário virtual e físico, qual abordou profundamente todas as matérias trazidas a desate, principalmente quanto a violação da cláusula de reserva de plenário, qual o Recorrente tenta rediscutir o mérito em sede de embargos, o que é vedado por este Excelso Tribunal, neste sentido:

a) Precedente do Excelentíssimo Ministro Luiz Fux:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE, OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. CARÁTER PROTELATÓRIO DO RECURSO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS. DETERMINAÇÃO DE CERTIFICAÇÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO E BAIXA IMEDIATA DOS AUTOS. 1. Os embargos de declaração prestam-se à correção de vícios de julgamento que produzam ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão recorrido, aptos a impedir, ou dificultar, a correta compreensão da decisão ou, até mesmo, o seu devido cumprimento. 2. In casu, os embargos opostos pela parte não apontam omissões, ambiguidade, obscuridade ou contradições no acórdão embargado. Ao revés, rediscutem o próprio mérito do decisum proferido por esta Egrégia Primeira Turma, mercê sobretudo de sua impugnação do início ao fim perfilando 5 (cinco) obscuridades, 2 (duas) contradições e 2 (duas) omissões. **Deveras, trata-se de verdadeira tentativa de reforma da decisão hostilizada, razão pela qual não cumpre com o disposto no art. 1.022 do Código de Processo Civil, de**



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

2015. 3. Consectariamente, percebe-se que as arguições de obscuridade, omissão e contradição são desacompanhadas de argumentos que comprovem a existência destes vícios. Data vênua, não existe dúvida razoável quanto a clareza solar do acórdão embargado. 4. No afã de conferir efeitos infringentes ao aclaratório, apresentando argumentos infundados e protelatórios, o embargante se utiliza das vias impróprias para requerer uma reforma da decisão prolatada, o que impõe a determinação do trânsito em julgado da contenda, conforme firme jurisprudência desta Corte. Precedentes. 5. Embargos de declaração não conhecidos. Determinação de certificação do trânsito em julgado com a conseqüente baixa imediata dos autos, independentemente de publicação do acórdão. (STF - AgR-ED MS: 34493 BA - BAHIA 0061421-43.2016.1.00.0000, **Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 11/05/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-129 26-05-2020**)

b) Precedente Excelentíssimo Ministro André Mendonça:

EMENTA: **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. OMISSÃO: INEXISTÊNCIA. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA, COM EFEITOS MODIFICATIVOS: IMPOSSIBILIDADE.** 1. Omissão, contradição, obscuridade e erro material são as hipóteses exaustivas de cabimento de embargos de declaração, previstas no art. 1.022 do Código de Processo Civil. 2. Inexistente alegada omissão fundada na alegação de que os fundamentos da impetração não foram apreciados. 3. O órgão julgador não está obrigado a rebater todos os argumentos apresentados pela parte, um a um, se já motivou a decisão com as razões suficientes à formação do seu convencimento. 4. **Os embargos de declaração, por regra, não são o meio processual adequado para, mediante atribuição de efeitos modificativos, se obter a reforma da decisão.** 5. **Embargos declaratórios rejeitados.**(STF - MS: 28714 DF, Relator: ANDRÉ MENDONÇA, Data de Julgamento: 01/03/2023, Primeira Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-042 DIVULG 06-03-2023 PUBLIC 07-03-2023)



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

c) Precedente do Excelentíssimo Gilmar Mendes:

Embargos de declaração no agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus. 2. Inexistência de contradição. 3. **Os embargos de declaração não servem à rediscussão do julgado.** 4. Embargos rejeitados. (STF - RHC: 211981 MS, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/10/2022, Segunda Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 14-10-2022 PUBLIC 17-10-2022)

d) Precedente Excelentíssimo Ministro Nunes Marques:

EMENTA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO INTERNO EM **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.** 1. **Omissão, contradição, obscuridade e erro material são as hipóteses exaustivas de cabimento dos embargos de declaração, previstas no art. 1.022 do Código de Processo Civil.** Não constatada a pecha imputada ao acórdão embargado, impõe-se a rejeição dos aclaratórios. 2. Embargos de declaração rejeitados. (STF - RE: 1101933 PR, Relator: NUNES MARQUES, Data de Julgamento: 05/12/2022, Segunda Turma, Data de Publicação: PROCESSO ELETRÔNICO DJe-257 DIVULG 14-12-2022 PUBLIC 15-12-2022)

Por tratar-se de questão expressa e exaurida no debate em julgamento de mérito pelo plenário virtual e presencial, não há omissão no caso concreto. **Ao contrário, temos assim a consumação da preclusão, não podendo, portanto, ser objeto de rediscussão do mérito.** À vista do exposto, importa o recebimento da questão de ordem suscitada e seu acolhimento para que seja garantida a validade do voto proferido em plenário virtual e presencial pelo Excelso Min. aposentado Ricardo Lewandowski e, assim, que impossibilite a rediscussão do mérito em face de alegada e infundada ofensa à reserva de plenário.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

6. DA INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STJ NO TEMA 999

Necessário salientar que uma das razões defendidas pela Autarquia Previdenciária e acolhida pelo Min. Zanin é a hipotética declaração de inconstitucionalidade pelo STJ, sem suscitar incidente de inconstitucionalidade. Como já demonstrado pela parte embargada, ao julgar o Tema 999 o STJ não discute inconstitucionalidade do art. 3º, da Lei 9.976/1999, mas tão somente a confirmação da jurisprudência predominante nesse Tribunal – o direito ao melhor benefício.

Vejam os a ementa do tema 999:

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DOS REPETITIVOS. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. REVISÃO DE BENEFÍCIO. SOBREPOSIÇÃO DE NORMAS. APLICAÇÃO DA 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 SEGURADOS QUE INGRESSARAM NO SISTEMA ANTES DE 26.11.1999 (DATA DE EDIÇÃO DA LEI 9.876/1999). CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO MELHOR BENEFÍCIO. PARECER DO MPF PELO DESPROVIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DO SEGURADO PROVIDO.

1. A Lei 9.876/1999 implementou nova regra de cálculo, ampliando gradualmente a base de cálculo dos benefícios que passou a corresponder aos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% de todo o período contributivo do Segurado.

2. A nova legislação trouxe, também, uma regra de transição, em seu art. 3º., estabelecendo que no cálculo do salário de benefício dos Segurados filiados à Previdência Social até o dia anterior à data de publicação desta lei, o período básico de cálculo só abarcaria as contribuições vertidas a partir de julho de 1994.

3. A norma transitória deve ser vista em seu 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.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

4. Nesse passo, não se pode admitir que tendo o Segurado vertido melhores contribuições antes de julho de 1994, tais pagamentos sejam simplesmente descartados no momento da concessão de seu benefício, sem analisar as consequências da medida na apuração do valor do benefício, sob pena de infringência ao princípio da contrapartida.

5. É certo que o sistema de Previdência Social é regido pelo princípio contributivo, decorrendo de tal princípio a necessidade de haver, necessariamente, uma relação entre custeio e benefício, não se afigurando razoável que o Segurado verta contribuições e não possa se utilizar delas no cálculo de seu benefício.

6. **A concessão do benefício previdenciário deve ser regida pela regra da prevalência da condição mais vantajosa ou benéfica ao Segurado, nos termos da orientação do STF e do STJ. Assim, é direito do Segurado o recebimento de prestação previdenciária mais vantajosa dentre aquelas cujos requisitos cumpre, assegurando, conseqüentemente, a prevalência do critério de cálculo que lhe proporcione a maior renda mensal possível, a partir do histórico de suas contribuições.**

7. Desse modo, **impõe-se reconhecer a possibilidade de aplicação da regra definitiva prevista no art. 29, I e II da Lei 8.213/1991, na apuração do salário de benefício, quando se revelar mais favorável do que a regra de transição contida no art. 30. da Lei 9.876/1999, respeitados os prazos prescricionais e decadenciais. Afinal, por uma questão de racionalidade do sistema normativo, a regra de transição não pode ser mais gravosa do que a regra definitiva.**

8. Com base nessas considerações, sugere-se a fixação da 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. 30. da Lei 9.876/1999, aos Segurados que ingressaram no Regime Geral da Previdência Social até o dia anterior à publicação da Lei 9.876/1999.

9. Recurso Especial do Segurado provido.

(RECURSO ESPECIAL Nº 1.554.596 - SC (2015/0089796-6).
[Grifo Nosso].

Aplicar regra de transição ou regra permanente não significa ter que definir uma ou outra inconstitucional.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ao julgar o tema 999 o STJ manifestou-se apenas acerca de matéria infralegal, no que tange ao direito do segurado de **optar pela aplicação da regra permanente** - vigente no momento da concessão de sua aposentadoria, presente no artigo 29, I ou II da Lei nº 8.213/91 **ou, a regra de transição**, prevista no artigo 3º da Lei nº 9.876/99. Eventual (in)compatibilidade *da norma* insculpida no art. 3º da Lei nº 9.876/99 com a Constituição Federal sequer foi defendida pela parte embargada em qualquer momento do processo.

A questão não é controversa, não foi objeto do pedido, não integrou a lide e não é objeto do julgado ou do tema afetado pelo STJ. Não houve declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público pelo STJ. O que foi amplamente debatido na Primeira Seção do STJ e no Plenário deste STF é a interpretação conforme uma hierarquia dinâmica das fontes, *válidas e vigorosas em abstrato*, para que, diante de sobreposição em eventual antinomia aparente, tenha eficácia *em concreto* a que seja mais vantajosa para o segurado, à luz da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (RE 630.501, Tema de Repercussão Geral nº 334).

Cristalina, portanto, a não incidência da cláusula de reserva de plenário, por absoluta falta de subsunção à regra insculpida no Art. 97 da Constituição, no julgamento do Tema de Recursos Repetitivos nº 999 pelo Superior Tribunal de Justiça, dada a inexistência de declaração de inconstitucionalidade de ato normativo do Poder Público. Insubsistente, também neste ponto, a pretensão recursal autárquica e, por consequência, cabe aqui o esclarecimento frente ao voto apresentado pelo Ministro Cristiano Zanin, não havendo motivo para questionar-se a validade do acórdão proferido pela 1ª Seção do STJ.

7. DA NÃO OCORRÊNCIA DE OFENSA À RESERVA DE PLENÁRIO

Este assunto não poderia mais ser discutido por meio de embargos de declaração, pois já foi decidido pelo colegiado no plenário, todavia, reiteraremos a não ocorrência de ofensa ao artigo 97 da Constituição Federal.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Frisamos que se mostra claro que, neste item, a Autarquia traz novamente aos autos o debate de matéria sumariamente rechaçada no julgamento de mérito. Conforme tratado no primeiro tópico, argumenta a autarquia que o Exmo. Senhor Ministro Ricardo Lewandowski não se manifestou sobre o tema. Ocorre que o Ministro seguiu os Relatores em seus votos no plenário virtual e posteriormente no plenário físico, onde ambos foram expressos sobre a não ocorrência da ofensa à reserva de plenário. Isso se dá, pois, não ocorreu qualquer declaração de inconstitucionalidade na decisão do STJ, e sim a interpretação de que jamais uma regra de transição pode ser mais desfavorável que a regra permanente no caso concreto. Aqui temos a aplicação da “ação do melhor benefício” pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em sua fundamentação, o Exmo. Ministro aposentado Marco Aurélio, que era o relator do processo julgado em plenário virtual, sendo seguido integralmente pelo Exmo. Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, afirmou que, *in verbis*: “*De início, quanto à evocação do artigo 97 da Lei Maior, a direcionar a atuação do Tribunal Pleno ou do órgão especial que lhe faça as vezes, o Colegiado de origem não incorreu em erro de procedimento. Limitou-se a apreciar a controvérsia à luz da legislação de regência. Descabe confundir simples interpretação de norma, à luz do caso concreto, com declaração de inconstitucionalidade.*”

Em nenhum momento foi abordada a questão de inconstitucionalidade do artigo 3º da Lei 9.876/99, e a reserva de plenário é necessária quando da declaração de inconstitucionalidade ou afastamento de lei. Na presente questão o STF também não trouxe a inconstitucionalidade da lei, apenas e tão somente a aplicação da regra permanente quando a de transição for mais gravosa ao segurado. Com a leitura do acórdão do Tema 1102 fica ainda mais evidente que não ocorreu qualquer declaração de incompatibilidade do artigo 3º da Lei 9.876/99 com a Constituição Federal. Cito o entendimento do Ministro Relator Alexandre de Moraes:



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Todavia, não é o que se denota da leitura do voto condutor do acórdão recorrido. 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. Consequentemente, não haveria necessidade de declaração pela maioria absoluta dos membros do tribunal ou da Corte Especial, no caso do Superior Tribunal de Justiça. É 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. Vejam-se: ‘Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Menor sob guarda judicial. Condição de dependente, para fins previdenciários. Discussão. Artigo 97 da Constituição Federal. Súmula Vinculante nº 10. Violação. Inexistência. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Pacífica a jurisprudência da Corte de que não há violação do art. 97 da Constituição Federal e da Súmula Vinculante nº 10 do STF quando o Tribunal de origem, sem declarar a inconstitucionalidade da norma, nem afastá-la sob fundamento de contrariedade à Constituição Federal, limita-se a interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional ao caso concreto. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise da legislação infraconstitucional e o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 3. Agravo regimental não provido’ (AgRg no ARE 804.313/PI, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, PRIMEIRA TURMA, DJe de 20/03/2015).

A decisão trazida pelo Superior Tribunal de Justiça acertadamente não negou a vigência, ela apenas se limitou a interpretação de legislação infraconstitucional, e o Exmo. Senhor Ministro Edson Fachin corrobora com tal entendimento: “No meu entendimento, o que o Superior Tribunal de Justiça aqui fez foi interpretar a norma e não realizar o controle constitucionalidade - com o devido respeito - e o fez à luz do dever de fundamentação do art. 97 da Constituição da República - matéria, aliás, que já constava do voto do Relator originário, o Ministro Marco Aurélio.”



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Citamos trecho do voto da Exma. Senhora Ministra Cármen Lúcia: “*A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça não declarou a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei n. 9.876/1999, apenas observou que a norma transitória deve ser vista em seu caráter protetivo, pelo que, quando mais favorável, deveria prevalecer a norma permanente. Este Supremo Tribunal Federal decidiu que não ofende a Cláusula de Reserva de Plenário acórdão de órgão colegiado que se limita a interpretar a legislação infraconstitucional.*”

A Exma. Senhora Presidente Rosa Weber contribuiu com a questão, afastando o alegado pela ora embargante: “*Entendo que não prospera a alegação de ofensa ao art. 97 da Magna Carta, uma vez que, tal como ressaltado no voto proferido pelo Relator, Ministro Marco Aurélio, interpretação de norma infraconstitucional, à luz do caso concreto, não se confunde com declaração de inconstitucionalidade sem observância da cláusula de reserva de Plenário.*”

E mais uma vez trazemos fundamentação no acórdão publicado, onde o Exmo. Senhor Ministro Ricardo Lewandowski traz em seu voto a consolidação de que houve a aplicação do Tema 334 pelo STJ: “*Então, com base no que já decidimos no passado, inclusive formulando uma tese relativamente ao citado Tema 334, Senhora Presidente, eu estou negando provimento ao recurso extraordinário, porque, se decidíssemos contrariamente a essa solução, estaríamos revisitando a jurisprudência, data venia, já firmada por este egrégio Plenário.*”

A questão da reserva de plenário foi exaustivamente debatida, e trazer à tona o tema neste momento é uma evidente rediscussão de matéria de mérito já assentada pelo Plenário, em afronta ao artigo 1.022 do CPC.

8. DA CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ante a relevância da matéria para sua finalidade institucional, **requer:**



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

a) a manutenção do voto proferido pelo Excelso Ministro Ricardo Lewandowski que entendeu inexistir violação a cláusula de reserva de plenário, em respeito ao §1º, do art. 134 do RISTF, tanto em seu voto virtual como presencial;

b) o reconhecimento da impossibilidade de rediscussão do mérito em embargos de declaração nos termos pacíficos da jurisprudência desta Suprema Corte;

c) a discussão da questão de ordem, antes de dar seguimento ao julgamento dos embargos declaratórios do INSS.

Pede deferimento.

Brasília/DF, 26 de janeiro de 2024.

José Alberto Ribeiro Simonetti Cabral
Presidente do Conselho Federal da OAB
OAB/AM 3.725
OAB/DF 45.240

Ulisses Rabaneda dos Santos
Conselheiro Federal da OAB
OAB/MT 8948/O

Lizandra Nascimento Vicente
OAB/DF 39.992

Égon Rafael dos Santos Oliveira
OAB/DF. 73.476