RETROSPECTIVA DIRETORIA DE ATUAÇÃO JUDICIAL

TESES FIXADAS PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES

IBDP
Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário

Retrospectiva Diretoria de Atuação Judicial

Sumário

1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL 4

[redacted] DATA DO JULGAMENTO 13/11/2014 – TEMA 277 4

1.1.1. Tema afetado (controvérsia) 4

1.1.2. tese firmada 13/11/2014 4

1.1.3. PETIÇÃO DE MÉRITO 25/03/2014 5

1.1.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO 11/02/2015 7

[redacted] DATA JULGAMENTO 16/10/2013 – TEMA 313 8

1.2.1. Tema afetado (controvérsia) 8

1.2.2. tese firmada 8

1.2.3. PETIÇÃO DE MÉRITO 14/12/2012 9

1.2.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO 23/09/2014 20

[redacted] DATA JULGAMENTO 03/09/2014 – TEMA 350 21

1.3.1. Tema afetado (controvérsia) 21

1.3.2. tese firmada 22

1.3.3. PETIÇÃO DE MÉRITO 23/10/2013 23

1.3.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO 10/11/2014 30

1.3.5. EMBARGOS 20/10/2014 31

1.3.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS 20/02/2017 35

[redacted] 2.4 DATA JULGAMENTO 04/12/2014 – TEMA 359 36

1.4.1. Tema afetado (controvérsia) 36

1.4.2. tese firmada 36

1.4.3. PETIÇÃO DE MÉRITO 05/09/2016 37

1.4.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO 06/08/2020 43

1.4.5. EMBARGOS 01/12/2020 43

1.4.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS 24/02/2021 49

[redacted] DATA JULGAMENTO 19/02/2020 – TEMA 445 50

1.5.1. Tema afetado (controvérsia) 50

1.5.2. tese firmada 51

1.5.3. PETIÇÃO DE MÉRITO – 08/10/2019 51

1.5.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO – 19/02/2020 61
1.5.5. EMBARGOS – 29/06/2020 62
1.5.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS – 07/12/2020 81
[redacted] Data do julgamento 26/10/2016 – TEMA 503 82
1.6.1. Tema afetado (controvérsia) 82
1.6.2. tese firmada 82
1.6.3. PETIÇÃO DE MÉRITO 24/07/2013 82
1.6.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO - 27/10/2016 107
1.6.5. EMBARGOS – 03/10/2017 108
1.6.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS – 06/02/2020 117
2.7 DATA JULGAMENTO 04/12/2014 – TEMA 555 119
1.6.7. Tema afetado (controvérsia) 119
1.6.8. tese firmada 119
1.6.9. PETIÇÃO DE MÉRITO 26/11/2013 120
1.6.10. ACÓRDÃO DE MÉRITO 12/02/2015 125
[redacted] Data do julgamento 10/03/2017 – TEMA 943 129
1.1.1. Tema afetado (controvérsia) 129
1.1.1. tese firmada 129
1.1.2. PETIÇÃO DE MÉRITO 02/06/2017 130
1.1.3. ACÓRDÃO DE MÉRITO – 20/04/2017 136
1.1.4. EMBARGOS 22/06/2017 136
1.1.5. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS - 23/02/2018 142
2. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 143
[redacted] DATA JULGAMENTO 25/04/2018 – TEMA 609 143
2.1.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA) 143
2.1.2. TESE FIRMADA 144
2.1.3. PETIÇÃO DE MERITO – 23/02/2018 144
2.1.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO 03/05/2018 157
2.1.5. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RESP 1676865/RS 15/05/2018 160
2.1.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS - 08/08/2018 164
[redacted] DATA JULGAMENTO 25/02/2015 – TEMA 640 165
2.2.1. Tema afetado (controvérsia) 165
2.2.2. tese firmada 165
2.2.3. PETIÇÃO DE MÉRITO – 27/03/2014 165

2.2.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO (05/11/2015) 168
[redacted] DATA JULGAMENTO 09/09/2015 – TEMA 642 169
2.3.1. Tema afetado (controvérsia) 169
2.3.2. tese firmada 169
2.3.3. PETIÇÃO DE MÉRITO - 13/05/2014 169
2.3.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO (10/02/2016) 177
2.3.5. EMBARGOS – 15/02/2015 178
2.3.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS – 08/06/2016 183
[redacted] DATA JULGAMENTO 14/05/2014 – TEMA 694 185
2.4.1. Tema afetado (controvérsia) 185
2.4.2. tese firmada 185
2.4.3. PETIÇÃO DE MÉRITO – 28/03/2014 185
2.4.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO (05/12/2014) 192
[redacted] DATA JULGAMENTO 13/02/2019 – TEMA n.º 966 193
2.5.1. Tema afetado (controvérsia) 194
2.5.2. tese firmada 13/02/2019 194
2.5.3. PETIÇÃO DE MÉRITO 20/06/2018 194
2.5.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO 13/02/2019 207
2.5.5. EMBARGOS - 22/03/2019 209
2.5.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS 27/05/2019 216
2.5.7. SEGUNDO EMBARGOS - 20/03/2019 217
2.5.8. ACÓRDÃO DO SEGUNDO EMBARGOS 27/05/2019 230
[redacted] DATA JULGAMENTO 11/12/2019 – TEMA 975 231
2.6.1. Tema afetado (controvérsia) 231
2.6.2. tese firmada 231
2.6.3. PETIÇÃO DE MÉRITO 20/06/2018 232
2.6.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO 11/12/2019 234
[redacted] DATA JULGAMENTO 22/10/2019 – TEMA 995 238
2.7.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA) 238
2.7.2. TESE FIRMADA 238
2.7.3. PETIÇÃO DE MÉRITO – 26/11/2018 238
2.7.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO – 23/10/2019 252
2.7.5. EMBARGOS – 09/12/2019 254
2.7.6. EMBARGOS - 06/01/2020 255

2.7.7. EMBARGOS – 21/05/2020 266
2.7.8. EMBARGOS – 27/05/2020 268
2.7.9. EMBARGOS – 27/05/2020 274
2.7.1. Acórdão dos embargos – 26/08/2020 284
[redacted] DATA JULGAMENTO 24/06/2020 – TEMA 1013 285
2.8.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA) 285
2.8.2. Tese firmada 286
2.8.3. Petição de mérito – 16/10/2019 286
2.8.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO – 24/07/2020 298
2.8.5. Embargos - 17/08/2020 303
2.8.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS – 09/09/2020 309

1. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

[redacted]DATA DO JULGAMENTO 13/11/2014 – TEMA 277

1.1.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/ Controvérsia:

Desvinculação do produto de arrecadação de contribuições sociais da União por Emenda Constitucional.

Relator: MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Diretor do IBDP Responsável: GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN

Data do Transito em julgado: 02/03/2015

1.1.2. TESE FIRMADA 13/11/2014

I - A eventual inconstitucionalidade de desvinculação de receita de contribuições sociais não acarreta a devolução ao contribuinte do montante correspondente ao percentual desvinculado, pois a tributação não seria inconstitucional ou ilegal, única hipótese autorizadora da repetição do indébito tributário;

II - Não é inconstitucional a desvinculação, ainda que parcial, do produto da arrecadação das contribuições sociais instituídas pelo art. 76 do ADCT, seja em sua redação original, seja naquela resultante das Emendas Constitucionais 27/2000, 42/2003, 56/2007, 59/2009 e 68/2011.

1.1.3. PETIÇÃO DE MÉRITO 25/03/2014

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sociocultural, sem fins lucrativos, apartidária, inscrito no CNPJ sob o nº 06.136.459/0001-01, estabelecido à Av. Luis Xavier, nº 68, 20º andar, conjunto 2017, Edifício Tijucas, Centro, Curitiba, Paraná, CEP: 80020-904, neste ato representada por sua Presidente, JANE LUCIA WILHELM BERWANGER, brasileira, divorciada, advogada, vem respeitosamente à presença de V.Exa., por sua procuradora constituída pela procuração anexa, requerer sua admissão na condição de AMICUS CURIAE, nos termos do art. 543-A, §6º, do CPC e do art. 323, §3º, do RISTF, nos autos do presente Recurso Extraordinário, pelos seguintes fatos e fundamentos:

A questão tratada nos autos é extremamente relevante e o IBDP possui representatividade e pertinência no trato da questão, bem como o momento processual é adequado para a admissão do amicus curiae como será demonstrado a seguir.

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, nos termos do art. 1º de seu Estatuto (doc. anexo), é uma associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sociocultural, sem fins lucrativos e apartidária.

(...)

2. DO TEMA EM ANÁLISE NO PRESENTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

O presente Recurso Extraordinário, que já teve Repercussão Geral reconhecido, trata da desvinculação do produto de arrecadação de contribuições sociais da União por Emenda Constitucional. A discussão do extraordinário reside, portanto, na determinação da constitucionalidade ou não da desvinculação do produto de arrecadação de contribuições sociais da União pelas EC nº. 27/2000 e 42/2003, ainda com fundamento no art. 76 do ADCT. A Ministra Relatora considerou importante a manifestação dessa máxima Corte sobre a matéria, assim decidindo:

> TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 76 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, COM AS ALTERAÇÕES FEITAS PELAS EMENDAS CONSTITUCIONAIS 27/2000 E 42/2003. Direito à repetição de indébito tributário proporcional ao percentual da desvinculação das receitas da União permitido pelas Emendas Constitucionais 27/2000 e 42/2003. Repercussão geral reconhecida.

3. DA OPORTUNIDADE PROCEDIMENTAL DA PRESENTE INTERVENÇÃO

A admissão do amicus curiae pode ocorrer em qualquer fase do procedimento, desde que seja antes dos autos serem liberados para julgamento conforme precedentes do STF (ADI 4067/DF e ADI 4071/DF). O presente feito ainda não foi encaminhado para a pauta de julgamento, razão pela qual o momento processual ainda admite a intervenção ora pleiteada.

Assim, não há como deixar de reconhecer o interesse institucional do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário para pleitear sua intervenção no presente Recurso Extraordinário como amicus curiae, com o objetivo de enriquecer o debate desta relevante questão de ordem pública.

4. PEDIDOS

Ex positis, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP requer:

a) sua admissão na figura de amicus curiae no presente RE, nos termos do art. 543-A, §6º, do CPC e do art. 323, §3ºº, do RISTF. Destaca-se que o IBDP já foi admitido em outras Repercussões Gerais em Recurso Extraordinário, a exemplo dos RE 626.489 e 661.256 e que tem contribuído de forma favorável para a elucidação dos temas previdenciários em julgamento;

b) na hipótese de ser designada uma breve instrução processual, requer seja habilitado a acompanhar o feito, proceder as manifestações e apresentar documentos que se façam necessário ao justo deslinde da questão;

c) seja admitido a proceder a sustentação oral na sessão de julgamento do presente RE, nos termos do art. 131, §2º, do RISTF, mediante a intimação do subscritor desta peça para tal finalidade.

d) seja julgado procedente o Recurso Extraordinário nº 566.007/RS para declarar inconstitucional a desvinculação do produto de arrecadação de contribuições sociais da União pelas EC nº. 27/2000 e 42/2003.

Pede deferimento.

Florianópolis, 25 de março de 2014.

GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN OAB/SC 18.200

1.1.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO 11/02/2015

Ementa: DIREITOS CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO – DRU. ART. 76 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS. AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE A ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA DRU E O DIREITO À DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA PROPORCIONAL À DESVINCULAÇÃO. ILEGITIMIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

1. A questão nuclear deste recurso extraordinário não é se o art. 76 do ADCT ofenderia norma permanente da Constituição da República, mas se, eventual inconstitucionalidade, conduziria a ter a Recorrente direito à desoneração proporcional à desvinculação das contribuições sociais recolhidas.

2. Não é possível concluir que, eventual inconstitucionalidade da desvinculação parcial da receita das contribuições sociais, teria como consequência a devolução ao contribuinte do montante correspondente ao percentual desvinculado, pois a tributação não seria inconstitucional ou ilegal, única hipótese autorizadora da repetição do indébito tributário ou o reconhecimento de inexistência de relação jurídico-tributária.

3. Não tem legitimidade para a causa o contribuinte que pleiteia judicialmente a restituição ou o não recolhimento proporcional à desvinculação das receitas de contribuições sociais instituída pelo art. 76 do ADCT, tanto em sua forma originária quanto na forma das alterações promovidas pelas Emendas Constitucionais n. 27/2000, 42/2003, 56/2007, 59/2009 e 68/2011. Ausente direito líquido e certo para a impetração de mandados de segurança.

4. Negado provimento ao recurso extraordinário.

[redacted]DATA JULGAMENTO 16/10/2013 – TEMA 313

1.2.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/ Controvérsia: Aplicação do prazo decadencial previsto na Medida Provisória nº 1.523/97 a benefícios concedidos antes da sua edição.

Transitado em julgado em 08/10/2014.

Relator: MINISTRO ROBERTO BARROSO

Diretor do IBDP Responsável: GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN

1.2.2. TESE FIRMADA

I – Inexiste prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário;

II – Aplica-se o prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefícios concedidos, inclusive os anteriores ao advento da Medida Provisória 1.523/1997, hipótese em que a contagem do prazo deve iniciar-se em 1º de agosto de 1997.

Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

1.2.3. PETIÇÃO DE MÉRITO 14/12/2012

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – **IBDP**, associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sociocultural, sem fins lucrativos, apartidária, inscrito no CNPJ sob o nº 06.136.459/0001-01, estabelecido à Av. Luis Xavier, nº 68, 20º andar, conjunto 2017, Edifício Tijucas, Centro, Curitiba, Paraná, CEP: 80020-904, neste ato representada por sua Presidente, **JANE LUCIA WILHELM BERWANGER**, brasileira, divorciada, advogada, vem respeitosamente à presença de V.Exa., por sua procuradora constituída pela procuração anexa, requerer sua admissão na condição de ***AMICUS CURIAE***, nos termos do art. 543-A, §6º, do CPC e do art. 323, §3º, do RISTF, nos autos do RE n° 626.489/ SE, proposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, pelos seguintes fatos e fundamentos:

A questão tratada nos autos é extremamente relevante e o IBDP possui representatividade e pertinência no trato da questão, bem como o momento processual é adequado para a admissão do *amicus curiae* como será demonstrado a seguir.

1. A REPRESENTATIVIDADE DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, nos termos do art. 1º de seu Estatuto (doc. anexo), é uma associação civil de cunho científico jurídico e de finalidade sociocultural, sem fins lucrativos e apartidária.

(...)

2. DA RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E DO MÉRITO DISCUTIDO

2.1 BREVE RESENHA FÁTICA

Trata-se de demanda ajuizada com a finalidade de obter a revisão de RMI de benefício previdenciário, bem como o pagamento de parcelas atrasadas desde a data do seu deferimento, respeitada a prescrição quinquenal.

A sentença de primeiro grau (JEF do estado de Sergipe) julgou improcedente o pedido. Trouxe em sua fundamentação, que a instituição do prazo decadencial de 10 anos para revisão do cálculo dos benefícios previdenciários se deu pela Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.06.1997, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.1997, que deu nova redação ao art. 103 da Lei 8.213/91.

Dessa forma, por força do princípio *tempus regit actum*, entendeu o r. juízo que o prazo decadencial de 10 anos não se aplica aos benefícios concedidos antes da MP.

Porém, defendeu ainda que a partir do momento da entrada em vigor da MP começou a correr, mesmo para os beneplácitos concedidos antes dela, o prazo decenal, o seja, o termo inicial não é a concessão da aposentadoria, mas a entrada em vigor da MP. Por essa lógica a partir de 27.06.1997, todos os benefícios concedidos antes da MP nº 1.523 tiveram o prazo decadencial iniciado. Para todos esses o prazo teria se encerrado em 1/08/2007, tendo em vista ser 1/8/1997 o primeiro dia do mês seguinte ao primeiro pagamento após a publicação da MP.

Tal lógica não merece prosperar, posto que cria regra de transição alheia a norma. Vale lembrar que se o legislador desejasse a aplicação retroativa da norma, que deveria fazê-lo expressamente, não cabendo ao judiciário interpretar de forma extensiva criando regra por demais inovadora e restritiva de direito. Veremos mais a frente os motivos, continuemos o resumo processual.

O Colegiado de origem afastou a decadência do direito no qual se funda a ação e determinou o prosseguimento da ação revisional previdenciária. Ressaltou que o prazo decadencial somente foi previsto pela Medida Provisória 1.523, de 27/06/1997, que por se tratar de instituto de direito material, é de ser aplicado apenas aos benefícios concedidos após a respectiva vigência da medida.

Por fim, o INSS interpôs Recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal, que aceitou em 17.09.2010 a Repercussão Geral do tema. Em resumo o que discute, à luz dos artigos 5º, XXXVI; 201, § 1º, da Constituição

Federal, é a aplicação o não do prazo decadencial previsto na Medida Provisória nº 1.523, de 27.06.1997 aos benefícios concedidos em data anterior à sua edição.

2.2 DA NATUREZA DO INSTITUTO DA DECADÊNCIA E DA IMPOSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO PARA OS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTES DE 27 DE JUNHO DE 1997

Detalhe importante para solucionarmos o questionamento apresentado diz respeito à natureza da decadência.

Tal instituto é qualificado pelos estudiosos e pela jurisprudência como de natureza de direito material, fato que vai importar para seu tratamento legislativo e sua aplicação no direito intertemporal, principalmente no que diz respeito à impossibilidade de aplicação da decadência para os benefícios concedidos antes de 27 de junho de 1997.

Vale destacar que na busca da tipologia dos institutos jurídicos não devemos apenas observar sua posição do regramento (CPC ou CC, por exemplo). Como bem ensina Pontes de Miranda:

> O fato de serem metidas nas leis processuais regras de direito material e no direito material, regras de direito processual não lhes muda a natureza.[3]

Além disso, no caso da decadência, sua aplicação não se esgota em sua natureza, ou seja, mesmo sendo sua natureza de direito material, sua influência é forte no tocante ao direito processual envolvido.

Cabe lembrar que a conclusão de que tanto a prescrição quanto a decadência fazem parte do direito material ou substantivo é amplamente apoiada na doutrina, da qual citamos com especial ênfase os ensinamentos de CAHALI:

> Assim, a disciplina da prescrição extintiva e da caducidade **deve ser** atribuída ao direito substantivo, através dos códigos civil, comercial, penal, e não o direito chamado adjetivo, nos respectivos códigos de processo.[4]

Destaca-se ainda que a decadência se insere no contexto do direito material pois diz respeito à uma das formas de extinção do direito subjetivo. Assim, tal instituto resolve-se numa exceção equiparada a qualquer outra causa extintiva do direito concedido e, portanto, é norma de direito material. Tais afirmações são apresentadas em especial por CARNELUTTI:

> Se il diritto, della cui prescrizione, extintiva si trata, viene fato valere com la domanda, è certo che la sua estinzione, cosi per prescrizione come pe qualunque altra causa é materia di uma eccezione.[5]

Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que decidiu:

> O prazo estatuído em lei como termo para a extinção do direito, seja ele considerado de decadência ou de prescrição, é de direito material (das que se integram no ramo do direito em que nasce a pretensão); de direito processual é a norma sobre a forma de ação. (Pleno, 5/4/1972, Rel Oswlado Trigueiro, RTJ 61/393). (grifei)

Sabe-se, claro, que o remédio jurídico, no caso, a ação, é regrada pelas norma de direito processual. Entretanto tal mecanismo de proteção é secundário, necessário apena caso haja o ferimento ao direito subjetivo envolvido. Isso porque **o** direito material o subjetivo existe antes e independentemente do direito processual (ação) relacionado ao seu exercício. Primeiro o direito material, depois, eventualmente, os remédios processuais necessários à sua proteção. Para efeito jurídico da decadência, sua definição como direito material vai influir diretamente na interpretação necessária para a questão que atualmente permanece não respondida pelo STF: Poderá a decadência criada em 1997 atingir direitos iniciados antes de sua vigência?

Parece-nos claramente que não. Isso porque, se a decadência é caso de extinção do direito, sua regra deve surgir com o próprio direito, não podendo ser

inserida posteriormente à sua existência. Se fosse direito meramente processual, poder-se-ia até falar em aplicação em direitos e processos em andamento.

Entretanto, o direito material, e no caso a regra de extinção de tal direito, nasce com seu surgimento. A regra de extinção deve nascer com o próprio **direito e em matéria de direito previdenciário o prazo para a revisão do benefício ou nasce com sua concessão ou é inexistente, posto que inaplicável norma posterior, ainda que de forma a iniciar sua contagem como querem alguns, ou seja, com a publicação da Lei criadora, no caso, a partir de 27 de junho de 1997**.

No direito previdenciário, o princípio da norma vigente à época do fato é **tido como um dos preceitos basilares de sua existência e validade.** A irretroatividade de comando posterior é uma regra geral, e assim é por força das inúmeras disposições normativas que se sucedem nesse ramo do direito brasileiro bem como pela interpretação sistemática e reiterada apresentada pela jurisprudência sobre o assunto.

A razão principal de sua aplicação é o resguardo das conquistas sociais dos beneficiários do sistema previdenciário, impedindo que lei posterior venha a prejudicar o já tão combalido segurado da previdência social. Esse pressuposto jurídico é até o princípio do direito previdenciário – *o princípio da não retroação social*.

Tal “acerto” de prazo que alguns querem adotar desvirtua todos os institutos envolvidos e nos parece mera forma de impedir a revisão dos benefícios.

Não há fundamento para tal interpretação a não ser a mera vontade do julgado em limitar direitos que nasceram sem qualquer limitação no prazo de revisão e que, portanto, se incorporaram ao patrimônio jurídico de seus titulares dessa forma.

Vale lembrar que se o legislador quisesse tal forma de aplicação da lei deveria dispor expressamente no texto da norma.

Agora não cabe ao julgador criar tal espécie de extinção do direito que nasceu sem essa limitação de exercício no tempo.

Assim, entendimento contrário, permitindo a aplicação para os benefícios concedidos antes de 27 de junho de 1997 estaria ferindo diretamente o direito adquirido, protegido constitucionalmente.

Desta forma, a entrada em vigência da MP 1.523 não pode ser considerada como o ponto destacado na lei como o início do prazo decadencial para os benefícios concedidos antes de 27 de junho de 1997, ou seja, como o primeiro dia do mês seguinte do recebimento.

E tal resposta se dá por dois claros motivos: primeiro porque a MP não previu tal hipótese e segundo porque a decadência é regra de direito material, mas precisamente, regra de extinção de direito. Ou a regra nasce com o direito ou não pode ser aplicada ao mesmo.

E devemos ter em mente que não estamos possibilitando a esses segurados o recebimento de valores astronômicos porque, desde o início, a Lei n. 8.213/91 trouxe a determinação de prescrição. Assim, um beneficiário que teve seu benefício concedido antes 27 de junho de 1997 terá direito a revisar o mesmo em qualquer tempo, entretanto, somente poderá receber os últimos 5 anos de atrasados (prescrição).

Por obvio que não se pode admitir que o retalho normativo do direito previdenciário permita ao judiciário a criação de institutos mutantes, verdadeiros Frankensteins jurídicos, mediante invenção de regras por jurisprudência, normas inexistentes na Lei e por demais criativas, na clara usurpação do poder legislativo de sua real fonte Constitucional.

Espera-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal corrija rapidamente tal posicionamento adotado recentemente pelo judiciário, de forma a garantir a aplicação lógica e real do direito material envolvido na decadência previdenciária.

2.3 DA IRRETROATIVIDADE DA LEI JÁ DEFINADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO

No direito previdenciário, o princípio tempus regit actum, que prevê a aplicabilidade da norma vigente à época do fato (concessão ou trabalho) é tido como um dos preceitos basilares de sua existência e validade.

A irretroatividade de comando posterior é uma regra geral, e assim o é por força das inúmeras disposições normativas que se sucedem nesse ramo do direito brasileiro bem como pela interpretação sistemática e reiterada apresentada pela jurisprudência sobre o assunto, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal.

A razão principal de sua aplicação é o resguardo das conquistas sociais dos beneficiários do sistema previdenciário, impedindo que lei posterior venha a prejudicar o já tão combalido segurado da previdência social. Esse pressuposto jurídico é até princípio do direito previdenciário: o princípio da não retroação social.

Entretanto, destacamos que a irretroatividade já foi utilizada também em detrimento dos beneficiários, tendo sido decidido pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos (7 X 4) que **Lei posterior, ainda que mais benéfica**, não pode ser aplicada aos benefícios previdenciários em manutenção. Ficaram vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Carlos Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. Nesse sentido, foi a decisão do julgamento do RE n. 415.454/SC, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 8.2.07, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, DJ 26.10.07, p. 42.

Assim, resta claro que ao analisar a possibilidade da aplicação de Lei posterior prejudicial ao segurado, no caso o prazo decadencial que não existia no momento da concessão do benefício, parece-nos que podemos apenas chegar à conclusão de impossibilidade da aplicação da nova norma para todos os benefícios concedidos sobre a vigência da anterior.

Não há como se defender a aplicação do prazo decadencial aos benefícios concedidos antes de 1997. Isso porque, como inexistia limitação no tempo quanto à possibilidade de revisão do ato concessório, existe a incorporação ao patrimônio jurídico do segurado o direito de questionar o ato concessório de seu benefício a qualquer tempo.

Em decisão do Superior Tribunal de Justiça, ele entendia que a Lei que instituiu o prazo decadencial de 10 anos para a revisão dos benefícios previdenciários só poderia gerar efeitos em relação aos segurados que tiveram seus benefícios concedidos após a sua vigência:

> Processo civil. Previdenciário. Prescrição e decadência. Art. 103 da Lei n. 8.213/91. Sucessivas modificações legislativas. Aplicação da regra vigente na data da concessão do benefício. Recurso especial a que se nega provimento.
> 1. A lei que institui o prazo decadencial só pode produzir efeitos após a sua vigência. Assim, decadência deve incidir apenas em relação aos

segurados que tiveram seus benefícios concedidos após a publicação da Lei.
2. Recurso especial improvido. (Superior Tribunal de Justiça, REsp n. 240.493/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJ 10.9.07. p. 314.)

Entretanto, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça tem emitido decisões divergentes sobre o tema.

A Sexta Turma mantém o entendimento anteriormente exposto, senão vejamos:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DECADÊNCIA. ART. 103 DA LEI Nº 8.213/91. INAPLICABILIDADE. APOSENTADORIA. REVISÃO. LEI VIGENTE QUANDO DA IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. POSSIBILIDADE. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL - CLPS (DECRETO Nº 89.312/84). RECÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. ART. 144 DA LEI Nº 8.213/91. REGIME MISTO. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
1.Não se verifica ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o tema relativo à decadência foi devidamente enfrentado, tendo o acórdão hostilizado, inclusive, decidido, quanto ao ponto, em **harmonia com a jurisprudência desta Corte** no sentido de que **o prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/91, a partir da MP 1.523/97, que resultou na Lei 9.528/97, não atinge as relações jurídicas constituídas anteriormente. 2. É pacífico o entendimento nesta Corte e também do Excelso Pretório no sentido de que os proventos da aposentadoria devem ser calculados em conformidade com a legislação vigente ao tempo em que preenchidos todos os requisitos para a aposentação.** (...) (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1210744/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 09/04/2012). (grifei)

Mas a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça mudou o entendimento que antes era aplicado pela Terceira Seção e admitiu que a decadência poderia ser aplicada para os benefícios antes de 1997. Segundo

entendimento da Primeira Seção o prazo para a ação daqueles aposentados antes deveria ser contado a partir de 28 de junho de 1997, quando o novo prazo entrou em vigor no direito brasileiro.

Nesse sentido colaciona-se a seguinte decisão:

> PREVIDÊNCIA SOCIAL. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIOPREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. PRAZO. ART. 103 DA LEI 8.213/91.BENEFÍCIOS ANTERIORES. DIREITO INTERTEMPORAL. 1038.2131. Até o advento da MP 1.523-9/1997 (convertida na Lei 9.528/97), não havia previsão normativa de prazo de decadência do direito ou da ação de revisão do ato concessivo de benefício previdenciário. Todavia, com a nova redação, dada pela referida Medida Provisória, ao art. 103 da Lei 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social), ficou estabelecido que "É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo". 9.5281038.2132. Essa disposição normativa não pode ter eficácia retroativa para incidir sobre o tempo transcorrido antes de sua vigência.
>
> Assim, relativamente aos benefícios anteriormente concedidos**, o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28/06/1997).** Precedentes da Corte Especial em situação análoga (v.g.: MS 9.112/DF Min. Eliana Calmon, DJ 14/11/2005; MS 9.115, Min César Rocha (DJ de 07/08/06, MS 11123, Min. Gilson Dipp, DJ de 05/02/07, MS 9092, Min. Paulo Gallotti, DJde 06/09/06, MS (AgRg) 9034, Min. Félix Ficher, DL 28/08/06).3. Recurso especial provido. (1303988 PE 2012/0027526-0 Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 14/03/2012, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 21/03/2012). (grifei).

Entretanto, nos parece incorreta a interpretação exarada pela Primeira Seção.

Nesse sentido destacamos ainda o posicionamento de Hélio do Valle Pereira sobre assunto:

> Esta precisão conceitual é fundamental, uma vez que apenas os benefícios nascidos sob a égide da Lei n. 9.258/97 estão sujeitos a novel decadência; os anteriores são a ela estranhos. A afirmação tem base simples. **Um benefício implantado antes da nova regra estava desvinculado do fator tempo. A inclusão de decadência em sua definição representaria a inclusão de novo aspecto dentro de sua própria definição. Haveria evidente depreciação da situação material do obreiro**.
> O que ocorreria, em tal caso, seria indevida retroatividade da lei prejudicial.
> Em nosso direito, as leis destinam-se a regrar fatos que lhe são posteriores. **A aplicação da lei nova ao fato pretérito, bem verdade, é viável, mas exige expressa previsão normativa.** E só é possível, pena de inconstitucionalidade, se não vulnerar o art. 5º, inciso XXXVI, da CF, que resguarda o **direito adquirido**, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Não seria o caso relativo a decadência, onde o obreiro sofreria **abalo em sua situação jurídica, vendo-a prejudicada em face da inclusão de hipótese de perecimento do direito, inexistente no momento da sua constituição**"[6] (grifei).

Portanto, o direito dos segurados com benefícios concedidos antes 27.06.1997 deve ser garantido, tendo o beneficiário o direito de rever a concessão de seu benefício a qualquer tempo.

Destarte, resta claro que o correto posicionamento é o adotado inicialmente pelo Superior Tribunal de Justiça, posto que a lei não foi clara quanto à retroação do novo instituto que estava criando (decadência) e se estaria permitindo uma interpretação por demais prejudicial aos aposentados e pensionistas, coisa que vai de encontro a própria fundamentação e princípios de todo o Regime Geral de Previdência Social.

A Lei foi clara ao determinar qual seria o termo inicial da contagem do prazo decadencial: O PRIMEIRO DIA DO MÊS SEGUINTE AO PRIMEIRO PAGAMENTO DO BENEFÍCIO7. E foi omissa quanto a possibilidade de retroação de suas normas aos benefícios anteriormente concedidos, para os quais tal termo já havia acontecido.

Caso houvesse intenção do legislador da aplicação retroativa, o mesmo deveria ter expressamente previsto. Não cabe agora que o Judiciário crie leis,

inovando por demais na aplicação da norma, ultrapassando a mera interpretação para criar soluções alheias ao texto expresso e resultante apenas de vontade restritiva de direito do julgador.

Tal ato seria claramente inconstitucional frente ao ferimento de direito adquirido e a implementação do retrocesso social contra os beneficiários do RGPS.

Desta forma a entrada em vigência da MP não pode ser considerada como o ponto destacado na lei para o início do prazo decadencial, ou seja, como o primeiro dia do mês seguinte do recebimento.

Devemos ter em mente que não estamos possibilitando a esses segurados o recebimento de valores astronômicos porque, desde o início, a Lei n. 8.213 trouxe a determinação de prescrição.

Com a interpretação aqui defendida, qual seja, da inaplicabilidade do prazo decadencial para os benefícios concedidos anteriormente à Medida Provisória n. 1.523/97, garantimos que a lei nova somente poderá atingir as relações jurídicas constituídas a partir de sua vigência até porque a norma não é expressamente retroativa e trata de instituto de direito material.

Assim, no tocante aos benefícios concedidos antes de 27 de junho de 1997, não deve existir a aplicação do instituto de decadência, restando ao segurado o direito adquirido de ingressar com o pedido de revisão do ato concessório a qualquer tempo, estando o mesmo apenas limitado em seu direito pela prescrição das parcelas não reclamadas anteriores a 5 anos.

Não há ainda que se falar em aplicação semelhante às regras de transição no tocante à prescrição trazidas pelo novo Código Civil. Até porque a lei não trouxe tal disposição nem foi expressa quanto ao intuito retroativo de seus novos termos.

3. DA OPORTUNIDADE PROCEDIMENTAL DA PRESENTE INTERVENÇÃO

A admissão do *amicus curiae* pode ocorrer em qualquer fase do procedimento, desde que seja antes dos autos serem liberados para julgamento conforme precedentes do STF (ADI 4067/DF e ADI 4071/DF).

O presente feito ainda não foi encaminhado para a pauta de julgamento, razão pela qual o momento processual ainda admite a intervenção ora pleiteada.

Assim, não há como deixar de reconhecer o interesse institucional do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário para pleitear sua intervenção no presente Recurso Extraordinário como amicus curiae, com o objetivo de enriquecer o debate desta relevante questão de ordem pública.

4 . CONCLUSÃO / PEDIDOS

Ex positis, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP requer:

a) sua admissão na figura de *amicus curiae* no presente RE nº 626.489/ SE, nos termos do art. 543-A, §6º, do CPC e do art. 323, §3ºº, do RISTF;

b) seja julgado improcedente o Recurso Extraordinário nº 626.489/ SE para declarar que a MP nº 1.523 de 27.06.1997, posteriormente convertida na Lei n.º 9.528, que trata do prazo decadencial para revisão dos benefícios previdenciários, possa ser aplicada apenas para os benefícios concedidos após a sua edição, ou seja, a partir de 27.06.1997;

c) na hipótese de ser designada uma breve instrução processual, requer seja habilitado a acompanhar o feito, proceder as manifestações e apresentar documentos que se façam necessário ao justo deslinde da questão;

d) seja admitido a proceder a sustentação oral na sessão de julgamento do presente RE, nos termos do art. 131, §2º, do RISTF, mediante a intimação do subscritor desta peça para tal finalidade.

Pede deferimento.

Florianópolis, 14 de dezembro de 2012.

GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN - OAB/SC 18.200

1.2.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO 23/09/2014

EMENTA: RECURSO EXTRAODINÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL (RGPS). REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. DECADÊNCIA.

1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexiste prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário.

2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário.

3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição.

4. Inexiste direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência.

5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 626489, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-184 DIVULG 22-09-2014 PUBLIC 23-09-2014 RTJ VOL-00230-01 PP-00561)

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário. Votou o Presidente.

Brasília, 16 de outubro de 2013.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – RELATOR

[redacted]**DATA JULGAMENTO 03/09/2014 – TEMA 350**

1.3.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/ Controvérsia: Prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário

Transitado(a) em julgado em 03/05/2017

Relator: Ministro ROBERTO BARROSO

Diretor do IBDP Responsável: GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN

1.3.2. TESE FIRMADA

I - A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas;

II – A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado;

III – Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão;

IV – Nas ações ajuizadas antes da conclusão do julgamento do RE 631.240/MG (03/09/2014) que não tenham sido instruídas por prova do prévio requerimento administrativo, nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte:

(a) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito;

(b) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão;

e (c) as demais ações que não se enquadrem nos itens (a) e (b) serão sobrestadas e baixadas ao juiz de primeiro grau, que deverá intimar o autor a dar entrada no pedido administrativo em até 30 dias, sob pena de extinção do processo por falta de interesse em agir. Comprovada a postulação administrativa,

o juiz intimará o INSS para se manifestar acerca do pedido em até 90 dias. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir;

V – Em todos os casos acima – itens (a), (b) e (c) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

1.3.3. PETIÇÃO DE MÉRITO 23/10/2013

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO, RELATOR DO RE 631.240/MG DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sociocultural, sem fins lucrativos, apartidária, inscrito no CNPJ sob o nº 06.136.459/0001-01, estabelecido à Av. Luis Xavier, nº 68, 20º andar, conjunto 2017, Edifício Tijucas, Centro, Curitiba, Paraná, CEP: 80020-904, neste ato representada por sua Presidente, **JANE LUCIA WILHELM BERWANGER**, brasileira, divorciada, advogada, vem respeitosamente à presença de V.Exa., por sua procuradora constituída pela procuração anexa, requerer sua admissão na condição de ***AMICUS CURIAE***, nos termos do art. 543-A, §6º, do CPC e do art. 323, §3º, do RISTF, nos autos do presente Recurso Extraordinário, pelos seguintes fatos e fundamentos:

A questão tratada nos autos é extremamente relevante e o IBDP possui representatividade e pertinência no trato da questão, bem como o momento processual é adequado para a admissão do *amicus curiae* como será demonstrado a seguir.

1. A REPRESENTATIVIDADE DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP (...)

2. DO TEMA DISCUTIDO E DA RELEVÂNCIA PARA O DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO..... 5
3. DA OPORTUNIDADE PROCEDIMENTAL DA PRESENTE INTERVENÇÃO 10
4. PEDIDOS 10

(...)

2. DO TEMA DISCUTIDO E DA RELEVÂNCIA PARA O DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Trata-se de demanda ajuizada com a finalidade de definir se nas ações previdenciárias o **prévio requerimento administrativo** seria condição objetiva para o acesso ao Judiciário.

Discute-se assim, no presente Recurso Extraordinário, à luz dos artigos 2º e 5º, XXXV, da Constituição Federal, a exigibilidade, ou não, do prévio requerimento administrativo, perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, Autarquia Federal, como requisito para o exercício do direito à postulação jurisdicional.

Essa Máxima Corte reconheceu a repercussão geral pelo plenário virtual em 10/12/2010.

Vejamos a decisão:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PREVIDÊNCIÁRIO. PRÉVIA POSTULAÇÃO ADMINISTRATIVA COMO CONDIÇÃO DE POSTULAÇÃO JUDICIAL RELATIVA A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. EXISTÊNCIA. Está caracterizada a repercussão geral da controvérsia acerca da existência de prévia postulação perante a administração para defesa de direito ligado à concessão ou revisão de benefício previdenciário como condição para busca de tutela jurisdicional de idêntico direito.
> **Decisão**
> O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencido o Ministro Ricardo Lewandowski. Não se manifestaram os Ministros Cezar Peluso, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Ellen Gracie. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator O tema tem, portanto, relevância inegável para os aplicadores e estudiosos do direito previdenciário brasileiro e merece a colaboração do IBDP para a discussão da matéria em todos os seus ângulos.

Quanto a exigência do prévio ingresso na via administrativa como condição para propositura de ação de natureza previdenciária, embora seja assunto há muito debatido e superado em nossos Tribunais, é tema frequente de discussão pela autarquia em seus recursos.

Primeiro, devemos destacar que em muito mais casos o beneficiário se vê impedido de protocolar seu pedido administrativo de benefício, seja por procedimento do INSS seja por distância e dificuldade de comparecimento em agência da Autarquia.

Parece absurdo nos grandes centros, mas o Brasil é vasto e possui realidades muito diferentes das grandes cidades, como no caso da Amazônia, Roraima, Rondônia... Em alguns locais os segurados acabam acessando a justiça itinerante de forma mais fácil e próxima do que as agências do INSS. Muitas vezes o acesso ao pedido de benefício administrativo depende de viagem longa e árdua, além de cara.

Nesse sentido, a jurisprudência da justiça especializada já sensibiliza para situações como a do trabalhador boia-fria, em que há consenso sobre a desnecessidade do prévio requerimento administrativo, pois na grande maioria dos casos não possuem início de prova material ocasionando o indeferimento de plano ou a negativa de protocolo do pedido pelo INSS (frisando-se que esta última situação é ilegal e caracteriza afronta ao direito fundamental de petição). A esse respeito: TNU, PEDILEF n.º 2007.38.00.732910-0/MG, Rel. Juiz Fed. José Antônio Savaris, *DJ* 11.3.2010.

Assim, afirmar nessa Máxima Corte a necessidade de prévia invocação do Poder Público Administrativo como condição para o ingresso da prestação jurisdicional pode sim significar lesão ao direito de ação garantido pela Constituição, no art. 5.º, inciso XXXV.

Isso causaria enorme transtorno e privação de acesso à justiça, ainda que na tentativa de garantir que somente os casos de lesão ou ameaça de lesão aos direitos previdenciários sejam apreciados pelo Poder Judiciário.

Portanto, espera-se aqui solução idêntica àquela até o momento adotada por essa corte que já declarou que

> NÃO PODE A INEXISTÊNCIA DO PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO SER ÓBICE OU CRITÉRIO OBJETIVO PARA O IMPEDIMENTO DO INGRESSO DA AÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Esse também é o entendimento STJ sobre o tema, senão vejamos:

> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REPERCUSSÃO GERAL NA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. INCABÍVEL O SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. **DESNECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO** COMO REQUISITO PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO EM QUE SE PLEITEIA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DO INSS DESPROVIDO.
>
> (...) 3. É firme o entendimento desta Corte de que a ausência de prévio requerimento administrativo não constitui óbice para que o segurado pleiteie judicialmente a concessão, revisão ou estabelecimento de seu benefício previdenciário. Entendimento outrora consolidado no enunciado 213 da Súmula de jurisprudência do extinto Tribunal Federal de Recursos, que dispõe: o exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura de ação de natureza previdenciária. 4. Agravo Regimental do INSS desprovido. (AGARESP 201202147168; NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO; STJ – PRIMEIRA TURMA; DJE DATA: 12/04/2013). (grifei).

Também seria absurda a exigência do exaurimento da via administrativa para a propositura da ação de natureza previdenciária, consoante jurisprudência consolidada na Súmula n.º 213 do extinto Tribunal Federal de Recursos:

> O exaurimento da via administrativa não é condição para a propositura da ação de natureza previdenciária.

Além do mais, não se pode exigir prévia provocação administrativa quando se cuida de procedimento público e notório do INSS, que não atende às postulações dos segurados por divergência de interpretação de normas, ou quando não cumpre, por ação própria, as obrigações legais. É o caso da desaposentação, por exemplo. O INSS já deixou claro que entende que o benefício é irrenunciável e irretratável, logo, não se deve exigir do segurado que solicite a desaposentação primeiro na via administrativa para somente após entrar com ação, tendo em vista que o INSS já possui normas internas determinando seu entendimento contrário ao direito pleiteado.

Exigir diferente seria ineficaz e burocrático, além de possibilitar ao INSS que impeça o acesso à justiça pelo mero impedimento do protocolo administrativo. Isso porque, se a comprovação do pedido administrativo for requisito para a ação previdenciária, basta ao INSS não protocolar aquilo que não entende devido e o segurado se verá impossibilitado de exercer seu direito. Por isso é sem dúvida inconstitucional qualquer interpretação da norma que procure criar critério objetivo para ingresso de ação previdenciária o prévio requerimento administrativo vez que latente configuração do CERCEAMENTO do direito previsto no art. 5º, XXXV[3] CF/88.

Por fim, ressaltarmos que esta Corte Constitucional já pacificou, em suas duas Turmas, o entendimento de que é dispensável o prévio requerimento para o ajuizamento de ações previdenciárias. Neste sentido, diversas decisões:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESNECESSIDADE DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PRÉVIO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO PARA O ACESSO AO JUDICIÁRIO. PRECEDENTES.
> 1. A jurisprudência desta nossa Corte firmou-se no sentido de ser desnecessário para o ajuizamento de ação previdenciária o prévio requerimento administrativo do benefício à autarquia federal. Precedentes.
> 2. Agravo regimental desprovido. (RE 549055 AgR, Relator(a): **Min. AYRES BRITTO**, Segunda Turma, julgado em 05/10/2010).
> AGRAVO REGIMENTAL. BENEFÍCIO. AÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. A decisão agravada está em perfeita harmonia com o **entendimento firmado por ambas as Turmas deste Tribunal, no sentido**

de afastar a exigibilidade de prévio requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 545214 AgR, Relator(a): **Min. JOAQUIM BARBOSA**, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010). AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA COMO CONDIÇÃO DA AÇÃO: DESNECESSIDADE. ART. 557 DO CPC. ATRIBUIÇÕES DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I - Não há previsão constitucional de esgotamento da via administrativa como condição da ação que objetiva o reconhecimento de direito previdenciário. Precedentes.

II - Quanto ao art. 557 do CPC, na linha do entendimento desta Corte, é constitucionalmente legítima a, "atribuição conferida ao Relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou recurso e dar provimento a este - RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/98 - desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado" (RE 321.778-AgR/MG, Rel. Min. Carlos Velloso).

III - Agravo regimental improvido. (RE 549238 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 05/05/2009).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO POR MORTE. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NEGATIVA DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA COMO CONDIÇÃO PARA O ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO. DESNECESSIDADE. 1. Não há no texto constitucional norma que institua a necessidade de prévia negativa de pedido de concessão de benefício previdenciário no âmbito administrativo como condicionante ao pedido de provimento judicial. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 548676 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 03/06/2008).

Requer-se, portanto, a solução da presente repercussão geral em Recurso Extraordinário para determinar que o prévio requerimento administrativo não é condição para o ingresso de ação previdenciária.

3. DA OPORTUNIDADE PROCEDIMENTAL DA PRESENTE INTERVENÇÃO

A admissão do *amicus curiae* pode ocorrer em qualquer fase do procedimento, desde que seja antes dos autos serem liberados para julgamento conforme precedentes do STF (ADI 4067/DF e ADI 4071/DF). O presente feito ainda não foi encaminhado para a pauta de julgamento, razão pela qual o momento processual ainda admite a intervenção ora pleiteada.

Assim, não há como deixar de reconhecer o interesse institucional do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário para pleitear sua intervenção no presente Recurso Extraordinário com Agravo como *amicus curiae*, com o objetivo de enriquecer o debate desta relevante questão de ordem pública.

4. PEDIDOS

Ex positis, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP requer:

a) sua admissão na figura de amicus curiae no presente RE nº 631.240/MG, nos termos do art. 543-A, §6º, do CPC e do art. 323, §3ºº, do RISTF. Destaca-se que o IBDP já foi admitido em outras repercussões Gerais em Recurso Extraordinário, a exemplo dos RE 626.489 e 661.256 e que tem contribuído de forma favorável para a elucidação dos temas previdenciários em julgamento;

b) na hipótese de ser designada uma breve instrução processual, requer seja habilitado a acompanhar o feito, proceder as manifestações e apresentar documentos que se façam necessário ao justo deslinde da questão, inclusive pareceres e documentos técnicos que julgar necessário V. Exa.;

c) seja admitido a proceder a sustentação oral na sessão de julgamento do presente RE, nos termos do art. 131, §2º, do RISTF, mediante a intimação da subscritora desta peça para tal finalidade.

d) seja julgado improcedente o Recurso Extraordinário nº 631.240/ MG, para que se pacifique o entendimento de ser desnecessário o prévio requerimento administrativo do benefício na autarquia federal para o ajuizamento de ação previdenciária;

Pede deferimento.

Florianópolis, 28 de novembro de 2013.

GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN - OAB/SC 18.200

1.3.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO 10/11/2014

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.

6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte:

(i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito;

(ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão;

(iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir.

1.3.5. EMBARGOS 20/10/2014

EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO

Processo: Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 631.240/MG

Recorrente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

Recorrido: MARLENE DE ARAÚJO SANTOS

O **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**, autarquia federal representada pela Procuradoria-Geral Federal, por sua Procuradora Federal ao final assinado, nos autos em epígrafe, vem, respeitosamente, à presença de V. Exª, com fulcro no artigo 535, II, do CPC c/c artigo 337 do Regimento Interno desse Eg. Supremo Tribunal Federal, opor

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO a fim de sanar evidente contradição e omissão na r. decisão embargada, consoante se verá.

Termos em que espera acolhimento.

Brasília/DF, 20 de outubro de 2014.

ALINE PAULO SÉRVIO DE SOUSA CARDOSO

Procuradora Federal

RAZÕES DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

DA CONTRADIÇÃO E OMISSÃO

Trata-se de Recurso Extraordinário julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal sob o rito do art. 543-B do CPC, ao qual foi dado parcial provimento para estabelecer que é necessário o prévio requerimento administrativo perante o INSS para que se possa ajuizar, com a demonstração do interesse de agir, a respectiva ação judicial pleiteando o benefício previdenciário.

Acrescente-se que diante da prolongada oscilação jurisprudencial sobre o tema, foram estabelecidas algumas regras de transição, conforme se vê do trecho abaixo transcrito da ementa do julgado:

> "6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito;
> (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.
> 7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo.
> Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio

> requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.
> 8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais. (Grifos acrescidos)"

Saliente-se que o julgamento do feito ocorreu de forma fracionada em duas sessões da Corte, nos dias 27/08/2014 e 03/09/2014, conforme ata de acórdãos publicada no DJE em 10/11/2014.

Na sessão do dia 27/08/2014, após intervenção da advogada Gisele Kravchychyn, representante do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP, em que alertou para um dos efeitos práticos das regras de transição, qual seja, a determinação do marco temporal a partir do qual seria devido o benefício, estabeleceu o Ilustre Ministro Relator que deveria ser considerado como termo a quo o **ajuizamento da ação**, conforme se observa do trecho abaixo:

> SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) **-** Se prevalecer a tese que eu proponho, deve prevalecer **a data do ajuizamento da ação**.
> E esse é um ponto muito importante, Presidente, que, a meu ver, depõe contrariamente à extinção dos processos, que é a data do início do benefício. Porque a data do início do benefício é a data do requerimento e, portanto, se extinguirmos o processo e exigirmos que eles ingressem com o requerimento administrativo, vai ser a partir da decisão que vai contar o prazo, o que é profundamente injusto com o segurado.
> De modo que eu acho que a observação é muito pertinente e eu me proponho a deixar isso claro que, mesmo no caso de deferimento administrativo, o termo a quo é o termo do ajuizamento da ação, certamente. (Grifos acrescidos)

Na sessão do dia 03.09.2014, tendo sido firmada a tese central pelo Plenário no sentido de que não é possível requerer benefício previdenciário diretamente em juízo, dando continuidade ao julgamento, o Ministro Relator esclareceu que quanto às regras de transição aplicáveis às ações que já ajuizadas sem prévio requerimento administrativo, foi apresentada uma proposta

pelo Procurador-Geral Federal, representante do INSS, e pelo Defensor Público da União retratando o consenso sobre como lidar com este estoque de ações, o qual foi adotado pelo Ministro Relator.

Após a leitura da parte da ementa que tratava das regras de transição pelo Ilustre Ministro Relator, interveio então na tribuna o Procurador-Geral-Federal para esclarecer o que se segue:

> "PROCURADOR-GERAL-FEDERAL - Só um único ponto Excelência. Houve também um consenso com a Defensoria Pública da União de fazer uma sugestão à Corte, com a devida vênia, de que não se fixasse como data do requerimento a data do ajuizamento da ação porque há uma discussão jurisprudencial que não está nesse processo de que em que casos é o ajuizamento ou a citação válida da Autarquia que fixa esse marco. A solução de consenso a que chegamos, Procuradoria-Geral e Defensoria, para superar essa tese, foi a de que o Tribunal fixasse que os marcos do processo original vão ser respeitados para todos os fins, pela Autarquia e pelo juízo, e assim não se traz essa discussão específica para o Plenário." (Conforme transcrição literal do vídeo da seção disponibilizado no link: http://www.youtube.com/watch?v=vH5gx1-L3iA)

Após a referida intervenção, assim se manifestou o Ministro Relator:

> MINISTRO ROBERTO BARROSO: A dúvida é se a data de início do processo seria o ajuizamento ou a citação? Então eu posso colocar a data de início do processo. Não tem problema de mudar. Ministro Fux está bom assim processualmente? Portanto, Presidente, esta é a posição de consenso, que corresponde substancialmente ao que me parece correto e justo, de modo que estou encaminhando desta forma. (Conforme transcrição literal do vídeo da seção disponibilizado no link: http://www.youtube.com/watch?v=vH5gx1-L3iA)

Efetivamente, na ementa publicada consta a expressão "data do início da ação". Não obstante, no corpo do acórdão ainda remanesce a expressão "data do ajuizamento da ação", referida pelo Em. Relator após intervenção da Il. Advogada do IBDP.

Ocorre que do inteiro teor do acórdão não constou a intervenção do Procurador-Geral Federal aqui referida, nem tampouco a concordância dos Ministros do STF com a nova redação das regras de transição para que se estabelecesse que a data do início do processo, e não necessariamente a do ajuizamento da ação, é que deve ser considerada.

Tal omissão é de extrema relevância, tendo em vista que, confrontada com a presença expressa no acórdão do esclarecimento anteriormente prestado pelo Em. Ministro relator ao IBDP em sentido contrário, gera dúvidas quanto à aplicação prática das regras de transição estabelecidas pelo Pretório Excelso, pois não restou registrado que a alteração da expressão que afinal apareceria na ementa não foi meramente acidental, mas efetivamente significou que a Corte não fixou especificamente a data do ajuizamento da ação como marco temporal a ser considerado.

Nestes termos, imprescindível a integração do julgado para que conste do acórdão tanto a intervenção do Procurador-Geral-Federal da tribuna, bem como a concordância dos Ministros quanto à fixação da data do início da ação como marco do requerimento administrativo.

DA CONCLUSÃO

Em face do exposto, espera o INSS o acolhimento dos presentes embargos de declaração para, sanando a contradição e omissão ventiladas, e integrando a r. decisão embargada, estabelecer, nas regras de transição, que a data do requerimento deve ser considerada como sendo a data do início da ação, com seus marcos temporais e consequências próprias, e não necessariamente a data de seu ajuizamento.

Termos em que espera acolhimento.

Brasília/DF, 20 de outubro de 2014.

ALINE PAULO SÉRVIO DE SOUSA CARDOSO - Procuradora Federal

1.3.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS 20/02/2017

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE DE AGIR.

1. Ausência, no inteiro teor do acórdão, de manifestação do Procurador-Geral Federal na tribuna, que resultou na alteração da expressão “data do ajuizamento da ação” para “data do início da ação”.

2. Embargos de declaração providos, sem modificação do julgado, para sanar a omissão alegada.

A C Ó R D Ã O: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento aos embargos de declaração, sem modificação do julgado, para sanar a omissão alegada, nos termos do voto do Relator.

[redacted] 2.4 DATA JULGAMENTO 04/12/2014 – TEMA 359

1.4.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/ Controvérsia: Incidência do teto constitucional remuneratório sobre o montante decorrente da acumulação de proventos e pensão.

Relator: MIN. MARCO AURÉLIO

Diretor do IBDP Responsável: Nazário Nicolau Maia Gonçalves

Data do Trânsito em julgado: 26/03/2021

1.4.2. TESE FIRMADA

Ocorrida a morte do instituidor da pensão em momento posterior ao da Emenda Constitucional nº 19/1998, o teto constitucional previsto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal incide sobre o somatório de remuneração ou provento e pensão percebida por servidor

1.4.3. PETIÇÃO DE MÉRITO 05/09/2016

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sociocultural, sem fins lucrativos, apartidária, inscrito no CNPJ sob o nº 06.136.459/0001-01, estabelecido à Av. Luis Xavier, nº 68, 20º andar, conjunto 2017, Edifício Tijucas, Centro, Curitiba, Paraná, CEP: 80020-904, neste ato representada por sua Presidente, **JANE LUCIA WILHELM BERWANGER**, brasileira, divorciada, advogada, vem respeitosamente à presença de V.Exa., por sua procuradora constituída pela procuração anexa, requerer sua admissão na condição de ***AMICUS CURIAE***, nos termos do art. 543-A, §6º, do CPC, nos autos do presente Recurso Extraordinário, pelos seguintes fatos e fundamentos: A questão tratada nos autos é extremamente relevante e o IBDP possui representatividade e pertinência no trato da questão, bem como o momento processual é adequado para a admissão do *amicus curiae* como será demonstrado a seguir.

1. A REPRESENTATIVIDADE DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP

(...)

2. DO TEMA EM ANÁLISE NO PRESENTE RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O objeto do presente Recurso Extraordinário é de fundamental relevância para o Direito Previdenciário e reside na discussão envolvendo a aplicação do limite de remuneração, subsídios e pensão, determinado pelo art. 37, XI, da CR/88 e sua aplicação no caso de cumulação de pensão e remuneração na ativa.

Trata-se de recurso interposto pela servidora pública em mandado de segurança contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que determinou a redução da remuneração da servidora pública do DF, alegando em síntese que a servidora, ora impetrante, percebia pensão por morte de seu marido falecido (servidor vinculado ao mesmo Regime de Previdência) e teria a soma de remuneração e proventos que observar a limitação constitucional disposta, nos termos do art. 37, XI, da CR/88.

A impetrante argui em síntese, violação ao art. 5º, XXXVI, da CR/88, que trata de direito adquirido e ato jurídico perfeito, inconstitucionalidade do art. 17 da ADCT, por violar cláusula pétrea ao tentar afastar direito adquirido e violação ao art. 7º, VI, da CR/88, que trata sobre a irredutibilidade de salário.

> 1 Art. 1.035 §4º - O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Este é o resumo da presente questão, em que o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, por entender a matéria com forte cunho social, e diretamente ligado ao fim social do instituto, conforme antes referido, que é fomentar o debate, desenvolvimento e demais aspectos relacionados ao Direito Previdenciário postula a presente intervenção no feito, na condição de AMICUS CURIE, cumprindo com um de seus papeis estatutários que é colaborar para o desenvolvimento do Direito Previdenciário.

Assim, o papel do instituto na condição de AMICUS CURIE é reforçar a tese no sentido de que o Recurso Extraordinário interposto pela servidora pública do DF deve ser dado provimento, visando garantir a observância do limite constitucional de remuneração/subsídios/proventos, separadamente para pensão e remuneração.

DAS RAZÕES DO IBDP ENQUANTO AMICUS CURIE

O posicionamento do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário é no sentido de respeitar as normas jurídicas vigentes à época do ingresso no serviço público pelos cidadãos, havendo alterações posteriores ao ingresso dos servidores públicos, far-se-á regras de transição, para garantir direitos aos quais os cidadãos possuíam expectativas.

No que tange a possibilidade de cumulação de pensão por morte e remuneração/provento, deve ser visto ainda com mais cautela as alterações ocorridas nessas relações jurídicas. Com efeito, o Direito Previdenciário tem como objetivo garantir aos cidadãos a possibilidade de sustentarem, viabilizando que o cidadão tenha possibilidade de parar de trabalhar.

As relações jurídicas administrativas remuneratórias e previdenciárias entre os servidores públicos e a administração pública são de longa duração, não podendo meramente se limitar a interpretação de direito adquirido e expectativa de direito.

Cumpre ressaltar que o presente recurso trata de direitos e garantias fundamentais, que visam garantir a própria subsistência dos cidadãos, não podendo ficar a mercê da administração pública que pode a qualquer tempo alterar as normas jurídicas e com essas alterações, pode alterar todo planejamento de vida dos cidadãos, O art. 37, XI, da CR/88 em sua redação original tinha o objetivo aproximar as remunerações dos servidores públicos, garantindo a relação entre maior e menor remuneração, *verbis:*

> XI - a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, *observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos poderes, os valores percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;*

O supracitado artigo em nenhum momento tratou da cumulação de remuneração e pensões, limitando a tratar cada cargo individualmente frente aos limites remuneratórios.

A Emenda Constitucional 19/98, alterou o supracitado inciso do art. 37 da CR/88, incluindo no texto constitucional a necessidade da observância da cumulação de cargos e pensões para observar o limite do teto constitucional, fixando ainda os subsídios dos Ministros do STF, *verbis:*

> XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as

> vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;

O Supracitado artigo estabelece novos limites remuneratórios ao servidor público, limitando assim direitos e garantias individuais, violando expressamente o art. 60, §4º, IV, da CR/88, vez que reduz proventos e remunerações de servidores públicos que já cumulavam remunerações, pensões, proventos ou subsídios.

A EC 41/03 novamente alterou o art. 37, XI, da CR/88, determinando novos parâmetros de limite de teto constitucional, *verbis:*

> XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

A referida EC 41/03, incluiu ainda a redação do art. 17 da ADCT, determinando imediata implementação dos limites constitucionais estabelecidos para remuneração, subsídios, proventos e pensões, *verbis:*

> Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

A aplicação imediata dos limites constitucionais alterados pelas Emendas Constitucionais, sem qualquer implementação de regras de transição são inconstitucionais por violarem direitos e garantias fundamentais, sendo, portanto, inconstitucionais, nos termos do art. 60, §4º, IV da CR/88.

As referidas alterações sem qualquer implementação de regras de transição violam ainda o **princípio da confiança legitima**, vez que os cidadãos que optaram por se tornarem servidores públicos verificaram as normas estabelecidas constitucionalmente, bem como, complementadas em leis, dentre as quais as normas de limitação ao teto, que fizeram esses cidadãos optarem por uma forma de guiar sua carreira, vendo inclusive que as normas aplicadas eram aplicadas para cada vinculo individualmente e passaram a determinar a analise com a cumulação das remunerações/proventos, surpreendendo todos os servidores que se encontravam nessa situação.

É flagrante a violação a segurança jurídica, vez que ocorreu alteração das normas constitucionais sem qualquer preocupação em resguardar as pessoas que já se encontravam vinculadas ao serviço público, não sendo estabelecidas quaisquer regras de transição que garantissem o direito desses cidadãos.

Destaca-se ainda que a redução abrupta da remuneração dos servidores, inviabilizando que eles recebam a totalidade da remuneração decorrente de suas atividades laborativas, viola o art. 7º, VI, da CR/88, **sendo flagrantemente inconstitucional a redução da remuneração dos servidores públicos exercendo integralmente suas atividades, ensejando inclusive em enriquecimento sem causa para os entes federativos.**

Cumpre esclarecer que ao estabelecer como critério a soma dos vínculos ou remunerações de cargos, pensões ou proventos para fins de aplicação do teto, o dispositivo constitucional alterado por meio do constituinte derivado, **estabeleceu critério discriminatório, punindo muitas vezes o cidadão que mais trabalha para administração pública vez que ele possui dois cargos.**

Assim, ante os argumentos acima colacionados, de índole constitucional requer o IBDP que seja julgado procedente o Recurso Extraordinário interposto pela impetrante, determinando que seja aplicado o art. 37, XI, da CR/88, para cada vínculo de remuneração/proventos/pensão, isoladamente.

DA OPORTUNIDADE PROCEDIMENTAL DA PRESENTE INTERVENÇÃO

A admissão do *amicus curiae* pode ocorrer em qualquer fase do procedimento, desde que seja antes dos autos serem liberados para julgamento conforme precedentes do STF (ADI 4067/DF e ADI 4071/DF).

O presente feito ainda não foi encaminhado para a pauta de julgamento, razão pela qual o momento processual ainda admite a intervenção ora pleiteada.

Assim, não há como deixar de reconhecer o interesse institucional do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário para pleitear sua intervenção no presente Recurso Extraordinário como *amicus curiae*, com o objetivo de enriquecer o debate desta relevante questão de ordem pública.

3. PEDIDOS

Ex positis, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP requer:

a) sua admissão na figura de *amicus curiae* no presente Recurso Extraordinário, nos termos do art. 1.035, §4º, do CPC. Destaca-se que o IBDP já foi admitido em outras Repercussões Gerais em Recurso Extraordinário, a exemplo dos RE 566.007, RE 626.489, RE 631.240, RE 639.856, RE 661.256 e que tem contribuído de forma favorável para a elucidação dos temas previdenciários em julgamento;

b) na hipótese de ser designada uma breve instrução processual, requer seja habilitado a acompanhar o feito, proceder as manifestações e apresentar documentos que se façam necessário ao justo deslinde da questão;

c) seja admitido a proceder a sustentação oral na sessão de julgamento do presente Recurso Extraordinário, mediante a intimação do subscritor desta peça para tal finalidade.

d) A habilitação do Dr. Nazário Nicolau Maia Gonçalves de Faria, OAB/MG 119.891, Dra. Gisele Lemos Kravchychyn, OAB/SC 23.111, como procuradores do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP.

e) Requer, pelos motivos já expostos nessa petição, seja julgado procedente o Recurso Extraordinário.

Pede deferimento.

Belo Horizonte, 5 de setembro de 2016.

NAZÁRIO NICOLAU MAIA GONÇALVES DE FARIA - OAB/MG 119.891

1.4.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO 06/08/2020

TETO CONSTITUCIONAL – PENSÃO – REMUNERAÇÃO OU PROVENTO – ACUMULAÇÃO – ALCANCE. Ante situação jurídica surgida em data posterior à Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, cabível é considerar, para efeito de teto, o somatório de valores percebidos a título de remuneração, proventos e pensão.

A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em, apreciando o tema 359 da repercussão geral, prover o recurso extraordinário para indeferir a ordem, nos termos do voto do relator e por maioria. Em seguida, foi fixada a seguinte tese: “Ocorrida a morte do instituidor da pensão em momento posterior ao da Emenda Constitucional nº 19/1998, o teto constitucional previsto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal incide sobre o somatório de remuneração ou provento e pensão percebida por servidor”, em sessão realizada por videoconferência, em 6 de agosto de 2020, presidida pelo Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 6 de agosto de 2020.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

1.4.5. EMBARGOS 01/12/2020

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR MARCO AURÉLIO

O Estado do Rio Grande do Sul, na qualidade de *amicus curiae*, pela procuradora signatária, vem à presença de Vossa Excelência, respeitosamente,

opor **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**, na forma dos artigos 1.022, I e II, e 138, §1º, do Código de Processo Civil, expondo e requerendo o que segue:

1. SOBRE O ACÓRDÃO EMBARGADO.

O acórdão ora embargado julgou o recurso procedente, em acórdão assim ementado:

> TETO CONSTITUCIONAL – PENSÃO – REMUNERAÇÃO OU PROVENTO – ACUMULAÇÃO – ALCANCE. Ante situação jurídica surgida em data posterior à Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, cabível é considerar, para efeito de teto, o somatório de valores percebidos a título de remuneração, proventos e pensão. **[destaquei]**

Fixou-se a seguinte tese de repercussão geral:

> Ocorrida a morte do instituidor da pensão em momento posterior ao da Emenda Constitucional nº 19/1998, o teto constitucional previsto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal incide sobre o somatório de remuneração ou provento e pensão percebida por servidor. [destaquei]

A menção à Emenda Constitucional nº 19/98 advém da alteração constitucional operada pela emenda no inciso XI do artigo 37, que passou a considerar para efeito do teto todas as espécies remuneratórias, recebidas cumulativamente ou não.

Os seguintes excertos retirados do voto do relator esclarecem a questão:

> [...]
> Até a Emenda Constitucional nº 19, considerava-se, para efeito do teto, a remuneração. O tratamento dispensado levava em conta aquelas recebidas diretamente pelo servidor presentes relações jurídicas mantidas com a Administração Pública:
> […]

> Com a Emenda de nº 19, de 4 de junho de 1998, deu-se a mudança do preceito, lançando-se o teto de forma mais abrangente, ou seja, alcançando, além da remuneração, subsídio, proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, “percebidos cumulativamente ou não”. Confiram a redação dada ao inciso XI do artigo 37 da Carta da República:
> […]
> O dispositivo veio a ser modificado novamente por intermédio da Emenda de nº 41/2003, ficando mantida, no texto, a expressão “percebidos cumulativamente ou não”.

O ora embargante não se opõe ao uso da Emenda Constitucional 19/98 como ponto temporal a delimitar a aplicação da tese.

Contudo, com a devida vênia, defende-se nesta peça que a referência à EC 19/98 feita na tese firmada (“Ocorrida a morte do instituidor da pensão em momento posterior ao da Emenda Constitucional nº 19/1998”) encontra-se em contradição com a referência feita na ementa do acórdão (Ante situação jurídica surgida em data posterior à Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998) – o que demanda esclarecimentos nos termos do artigo 1.022 do Código de Processo Civil.

Sobre a legitimidade do *amicus curiae,* a jurisprudência desta Corte ratifica o artigo 138, §1º, do Código de Processo Civil:

> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. INQUÉRITO. PARTIDO POLÍTICO. INCLUSÃO COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. ENTIDADE QUE NÃO FIGURA COMO SUJEITO PASSIVO DOS FATOS EM APURAÇÃO. INVIABILIDADE. ADMISSÃO COMO AMICUS CURIAE. INEXISTÊNCIA. RECORRIBILIDADE RESTRITA. ILEGITIMIDADE RECURSAL. INSURGÊNCIA NÃO CONHECIDA.
> […]
> 3. A disciplina do amicus curiae prevista no novo Código de Processo Civil veda ao interveniente a interposição de recursos, excepcionando apenas os embargos de declaração e a insurgência contra decisão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 138, §§ 1º e 3º, do CPC), hipóteses que não se amoldam ao caso em análise. 4. Ainda que houvesse decisão admitindo o ora agravante como amicus curiae nestes autos - o que, frise-se, não existe -, a legislação de regência não lhe garantiria legitimidade recursal ampla e irrestrita, em

razão das limitações legais já citadas, circunstância que impediria, de qualquer forma, o conhecimento da presente insurgência. 5. Agravo regimental não conhecido. (Inq 4383 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 27/10/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-272 DIVULG 28-11-2017 PUBLIC 29-11-2017) [destaquei]

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROCESSO SUBJETIVO. PEDIDO DE INGRESSO COMO AMICUS CURIAE. INTERESSE INSTITUCIONAL COLABORATIVO E DEMOCRÁTICO. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE JURÍDICA. IRRECORRIBILIDADE. ART. 138 DO CPC. AGRAVO NÃO CONHECIDO. 1. Cabe ao amicus oferecer sua opinião sobre a causa, sobretudo nas questões técnico-jurídicas de maior complexidade. Assim, a tradução literal para “amigo da corte”, ainda que possa ser insuficiente para expressar o papel que desempenha, bem sintetiza a razão de ser eminentemente colaborativa do instituto. 2. O instituto do amicus curiae, historicamente, caracterizava-se pela presunção de neutralidade de sua manifestação, tanto na experiência romano-germânica, quanto na tradição anglo-saxônica. 3. Aos amici cabia apresentar elementos de fato e de direito que, por qualquer razão, escapassem do conhecimento dos juízes, assegurando a paridade de armas entre as partes, atuando de forma presumidamente imparcial. 4. A experiência norte-americana demonstra que os amici curiae ao longo do tempo perderam sua presumida imparcialidade (SORENSON, Nancy Bage, The Ethical Implications of Amicus Briefs, 30 St. Mary's L.J. 1225-1226. 1999). 5. A Suprema Corte americana alterou sua Rule 37 com o fito de clarificar quais os aspectos aptos a justificar a atuação da figura, independentemente de seus eventuais interesses: “1. A manifestação de amicus curiae que chame a atenção do Tribunal para uma questão relevante que ainda não tenha sido comunicada pelas partes pode ser de grande ajuda para o Tribunal. A manifestação de amicus curiae que não sirva a este propósito sobrecarrega o Tribunal, e sua juntada não é recomendável. A manifestação de amicus curiae pode ser apresentada apenas por um advogado admitido a praticar perante este Tribunal, conforme previsto na regra 5.” (Rules of The Supreme Court of The United States. Part VII. Rule 37. Brief for an Amicus Curiae) 6. A doutrina do tema reconhece que há uma multiplicidade de interesses a orientar a atuação do colaborador da Corte, o que não macula a ratio essendi da participação. O eventual interesse individual não pode ser o fundamento a justificar seu
ingresso; não se confundindo com o interesse tipicamente subjetivado das partes, nem com o interesse institucional, de viés colaborativo e democrático, que constitui o amicus como um representante da sociedade.

(SCARPINELLA BUENO, Cássio. Amicus Curiae no Processo Civil brasileiro: um terceiro enigmático. 2012. p. 121-122). 7. O amicus curiae presta sua potencial contribuição com a jurisdição, mas não se submete à sucumbência – nem genérica, nem específica - apta a ensejar o interesse de recorrer da decisão que, apreciando o pedido de ingresso, não vislumbra aptidão contributiva suficiente para a participação no caso concreto. A manifestação do amicus não pode ser imposta à Corte, como um inimigo da Corte. 8. O ingresso do amicus curiae, a par do enquadramento nos pressupostos legais estabelecidos Código de Processo Civil – notadamente
que a causa seja relevante, o tema bastante específico ou tenha sido reconhecida a repercussão geral –, pode eventualmente ser obstado em nome do bom funcionamento da jurisdição, conforme o crivo do relator, mercê não apenas de o destinatário da colaboração do amicus curiae ser a Corte, mas também das balizas impostas pelas normas processuais, dentre as quais a de conduzir o processo com eficiência e celeridade, consoante a análise do binômio necessidade-representatividade. 9. **O legislador expressamente restringiu a recorribilidade do amicus curiae às hipóteses de oposição de embargos de declaração e da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme explicita o artigo 138 do CPC/15, ponderados os riscos e custos processuais**. 10. É que o amicus curiae não se agrega à relação processual, por isso não exsurge para ele uma expectativa de resultado ou mesmo uma lesividade jurídica a ensejar a recorribilidade da denegação de
seu ingresso. O status de amicus encerra-se no momento em que se esgota – ou se afere inexistir – sua potencialidade de contribuição ou sugestão (COVEY, Frank. Amicus Curiae: Friend of The Court. 9 DePaul Law Review, nº 30. 1959, p. 30). 11. A irrecorribilidade da decisão do Relator que denega o ingresso de terceiro na condição de amicus curiae em processo subjetivo impede a cognoscibilidade do recurso sub examine, máxime porque a possibilidade de impugnação de decisão negativa em controle subjetivo Corte; e (ii) na vontade democrática exposta na legislação processual que disciplina a matéria. 12. Agravo regimental não conhecido.
(RE 602584 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 19-03-2020 PUBLIC 20-03-2020) **[destaquei]**

2. SOBRE AS RAZÕES PARA ESCLARECIMENTO DO JULGADO. CONTRADIÇÃO.

O acórdão ora embargado consignou que partiu da Emenda Constitucional 19/98 a impossibilidade de cumulação de verbas de natureza remuneratória acima do teto constitucional (à exceção das ressalvas feitas nos Temas 377 e 384 da Repercussão Geral).

Como dito na ementa do acórdão, o ponto temporal para que se avalie a constitucionalidade da cumulação acima do teto é a "**situação jurídica surgida em data posterior à Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998**".

Ocorre que a tese fixada considerou como marco temporal não a data de surgimento da situação jurídica", mas o óbito do instituidor da pensão: "Ocorrida a morte do instituidor da pensão em momento posterior ao da Emenda Constitucional nº 19/1998 [...]".

Com efeito, tratando-se de julgado que discute a possibilidade de cumulação de verbas remuneratórias acima do teto constitucional, a "situação jurídica" mencionada no acórdão como marco temporal diz respeito ao início da acumulação: iniciada a acumulação após a EC 19/98, limita-se o teto constitucional ao resultado da soma dos proventos com a pensão.

De tal modo, o teto remuneratório deve incidir sobre o somatório dos benefícios (remuneração ou proventos e pensão), de acordo com o inciso XI do artigo 37 da CF, não apenas nas hipóteses em que a morte do instituidor tenha ocorrido posteriormente à EC 19/1998.

O exato raciocínio que sustenta a conclusão pelo respeito ao limite máximo remuneratório é também incidente à hipótese em que o servidor que já percebesse um benefício pensão anteriormente à EC 19/1998, venha, em data posterior, *a)* a se aposentar em cargo público, passando a perceber proventos, ou *b)* a prover cargo público, passando a perceber remuneração.

A justificativa de situação legítima de acúmulo - que não se questiona - é a mesma. Significa dizer, também a percepção de proventos ou remuneração em data posterior à EC 19/1998 é fato jurídico apto a fazer incidir o teto remuneratório, quando cumulada com outros benefícios.

Contudo, tal como redigida a tese, as hipóteses em que a cumulação se deu pela superveniência de proventos ou remuneração após a EC 19/98 podem ser excluídas do Tema 359, de forma flagrantemente inconstitucional.

Por isso mesmo, defende-se que a tese firmada consigne com exatidão o entendimento trazido no acórdão, pelo qual “Ante situação jurídica [acumulação de pensão com proventos ou remuneração] surgida em data posterior à Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, cabível é considerar, para efeito de teto, o somatório de valores percebidos a título de remuneração, proventos e pensão”.

São as razões pelas quais o Estado do Rio Grande do Sul postula o conhecimento e provimento destes embargos de declaração, de modo a eliminar a contradição entre a tese de repercussão geral e o acórdão.

Brasília/DF, 01º de dezembro de 2020.

MÁRCIA DOS ANJOS MANOEL - OAB/RS 106.381

1.4.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS 24/02/2021

EMBARGOS DECLARATÓRIOS – VÍCIO – INEXISTÊNCIA. Não havendo, no acórdão formalizado, qualquer dos vícios que respaldam os embargos de declaração – missão, contradição, obscuridade e erro material –, impõe-se o desprovimento.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conhecer dos embargos de declaração no recurso extraordinário e desprovê-los, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão virtual, realizada de 12 a 23 de fevereiro de 2021, presidida pelo Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pela assessora Isabela Leão Monteiro:

Na Sessão Virtual concluída em 6 de agosto de 2020, o Pleno proveu o extraordinário. Eis a ementa:

TETO CONSTITUCIONAL – PENSÃO – REMUNERAÇÃO OU PROVENTO – ACUMULAÇÃO – ALCANCE. Ante situação jurídica surgida em data posterior à Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, cabível é considerar, para efeito de teto, o somatório de valores percebidos a título de remuneração, proventos e pensão.

Foi fixada a tese: "Ocorrida a morte do instituidor da pensão em momento posterior ao da Emenda Constitucional nº 19/1998, o teto constitucional previsto no inciso XI do artigo 37 da Constituição Federal incide sobre o somatório de remuneração ou provento e pensão percebida por servidor."

O Estado do Rio Grande do Sul, em embargos de declaração, aponta contradição entre a ementa e a tese firmada, uma vez que a primeira tem como marco temporal a data do surgimento da situação jurídica – início da acumulação – e a segunda adota o momento do óbito do instituidor.

Não houve formalização de contrarrazões.

A Procuradoria-Geral da República, em declaratórios, ressalta omissão, porquanto não diferenciados os regimes de capitalização e patrocínio. Busca a modulação dos efeitos do pronunciamento, considerados a segurança jurídica, o direito adquirido e a irredutibilidade de vencimentos.

Não foram formalizadas contrarrazões.

Brasília, 24 de fevereiro de 2021.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR

[redacted] **DATA JULGAMENTO 19/02/2020 – TEMA 445**

1.5.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/ Controvérsia: Incidência do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999 para a Administração anular ato de concessão de aposentadoria.

Relator: Gilmar Mendes

Diretor do IBDP Responsável: Nazário Nicolau Maia Gonçalves
Data do Trânsito em julgado: 05/03/2021

1.5.2. TESE FIRMADA

Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas.

1.5.3. PETIÇÃO DE MÉRITO – 08/10/2019

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR GILMAR MENDES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Processo nº RE 636553 de origem no Rio Grande do Sul

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sociocultural, sem fins lucrativos, apartidária, inscrito no CNPJ sob o nº 06.136.459/0001-01, estabelecido à Av. Luis Xavier, nº 68, 20º andar, conjunto 2017, Edifício Tijucas, Centro, Curitiba, Paraná, CEP: 80020-904, neste ato representada por sua Presidente, Adriane Bramante de Castro Ladenthin, brasileira, advogada, vem respeitosamente à presença de V.Exa., por seus procuradores constituídos na procuração anexa nos autos, **apresentar razões sobre o tema objeto da presente demanda em razão da condição de *AMICUS CURIAE***, pelos seguintes fatos e fundamentos

DA DELIMITAÇÃO DO TEMA OBJETO DA PRESENTE PERCUSSÃO GERAL

Trata-se do TEMA 445 do STF, acerca de incidência do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei Federal nº 9.784/99 para administração pública anular ato de concessão de benefício previdenciário.

O presente tema tem como paradigma o RE nº 636553 /RS, ao qual o requerente é servidor público federal aposentado e postula a manutenção de seus proventos conforme fixados pela União.

A aposentadoria do paradigma se deu em 01 de setembro de 1995, tendo o processo do TC 009.100/1996-2, **autuado em 20 de junho de 1996.**

O Processo do Tribunal de Contas da União foi julgado em 04/11/2003, mais de 08 anos após a aposentadoria do servidor público, sendo a decisão mantida em 13/07/2004, ao argumento de inaplicabilidade de decadência.

Para tanto far-se-á necessária a abordagem e discussão das seguintes situações relevantes:

A natureza jurídica do ato de aposentadoria;

a) Os efeitos da decisão da União quanto à publicação do ato concessório de aposentadoria;
b) A competência do Tribunal de Contas da União e os efeitos jurídicos da convalidação do ato administrativo originário ou a determinação de sua alteração;
c) O momento da aplicação do art. 54 da Lei Federal nº 9.784/99, nos casos de atos concessórios de aposentadoria.

DAS ESPÉCIES DE ATOS ADMINISTRATIVOS E A DEFINIÇÃO DO ATO DE APOSENTADORIA E CONSEQUENTE MARCO TEMPORAL DO PRAZO DECADENCIAL

O Supremo Tribunal Federal, atualmente possui o entendimento que o ato administrativo de aposentadoria é complexo, inclusive em julgamento relatado pelo Ministro Roberto Barroso, ARE 1128137 ED-AGR/SC, *verbis:*

> EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. APOSENTADORIA. ATO COMPLEXO. DECADÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Os dispositivos constitucionais alegados por violados não foram apreciados pelo acórdão impugnado. Tampouco foram opostos embargos de declaração para sanar eventual omissão. O recurso carece de prequestionamento (Súmulas 282 e 356/STF). 2. O acórdão proferido pelo Tribunal de origem ajusta-se à jurisprudência desta Corte no sentido da impossibilidade de aplicação do prazo decadencial enquanto não ocorrer o aperfeiçoamento do ato complexo de concessão de aposentadoria. 3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não houve fixação de honorários advocatícios. 4. Agravo interno a que se nega provimento.
> (ARE 1128137 ED-AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 25-10- 2018 PUBLIC 26-10-2018)

Ocorre, *data venia,* que a melhor interpretação do conceito de ato administrativo, não coaduna com a afirmação que o ato de aposentadoria é complexo, sendo na realidade ato administrativo composto, conforme será demonstrado.

Segundo Hely Lopes Meirelles, ato administrativo complexo "se forma pela conjugação de vontade de mais de um órgão administrativo"[1]. O ato administrativo complexo possui uma característica essencial, qual seja, para que o ato administrativo complexo produza efeito é necessário que todos os órgãos administrativos envolvidos tenham manifestado e somente neste momento, o ato terá sua eficácia, produzindo efetivamente seus efeitos e tão somente nessa hora poderá ser objeto de discussões judiciais.

Ao definir ato composto Hely Lopes Meirelles afirmou ser resultado "da vontade única de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro, para se tornar exequível", nesse sentido o ato composto, poderá produzir seus efeitos mediante manifestação de vontade de um ou mais dos órgãos envolvidos, **sendo apenas ratificado por outro órgão.**

Portanto, há nesse caso dois atos administrativos diversos, sendo o primeiro o ato produzido pela União, em pleno exercício do direito e de suas competências concede benefícios previdenciários no âmbito Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos Federais – RPPS, que passam a produzir todos seus efeitos após a decisão da autoridade competente no âmbito da União, devidamente publicada no Diário Oficial da União, iniciando-se, imediatamente, o pagamento do benefício previdenciário concedido em razão do ato administrativo, **sem qualquer participação do Tribunal de Contas da União.**

Após o encerramento do processo administrativo concessório de aposentadoria feito no âmbito da União, que se encerra apenas com a publicação do deferimento ou indeferimento do benefício previdenciário, ou seja, após o trânsito em julgado administrativo, **o processo de aposentadoria é remetido ao Tribunal de Contas da União para que seja iniciado outro processo, agora de apreciação de legalidade para fins de registro.**

O Tribunal de Contas da União é definido como órgão de controle externo do governo federal, nos termos do art. 71, da CR/88.

Dentre suas atribuições, tem a competência e apreciar, **para fins de registro,** a legalidade, dentre outros, dos atos administrativos de concessão de aposentadoria, nos termos do art. 71, III, da CR/88, *verbis:*

> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
> III - apreciar**, para fins de registro**, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como **a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões**, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

Conforme se depreende do supracitado artigo compete ao Tribunal de Contas da União a homologação de atos administrativos que já produzem efeito na esfera jurídica, eis que já praticados pela União, por meio do devido processo administrativo, devidamente publicado no diário oficial sua decisão e efetivamente implementado o benefício concessório de aposentadoria.

Nesse diapasão, resta claros e incontestes de dúvidas que o ato concessório de aposentadoria do servidor público federal é na realidade ato administrativo composto, do contrário, somente produziria seus efeitos após a homologação pelo Tribunal de Contas da União.

Portanto, o prazo decadencial se inicia quando da publicação no Diário Oficial da União do ato concessório de aposentadoria, antes mesmo do encaminhamento do processo administrativo para o Tribunal de Contas da União. Corroborando com esse entendimento a Lei Federal nº 9.784/99, trata expressamente sobre o início do prazo decadencial, especificamente no art. 54, verbis:

> Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.
> § 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiropagamento.

Conforme se depreende do supracitado artigo o prazo da administração pública em anular os atos administrativos que ensejam em efeitos favoráveis para o destinatário decai em 05 anos contados da data que foram praticados.

Considera-se como data do início do prazo decadencial a percepção do primeiro pagamento do benefício previdenciário, por se tratar de ato que produz efeitos patrimoniais contínuos, nos termos do art. 54, §1º da Lei Federal nº 9.784/99.

Nesse sentido, o próprio dispositivo da lei federal esposada corrobora com o entendimento do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP, eis que o ato administrativo concessório de aposentadoria, em razão de já produzir efeitos imediatos sem a necessidade de homologação/ratificação do Tribunal de Contas da União é marco temporal para contagem de prazo decadencial.

DOS REFLEXOS DA MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO DE ATO COMPLEXO E VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS E NORMAS CONSTITUCIONAIS

O Tribunal de Contas da União em sua defesa argui em síntese que os processos administrativos de aposentadoria, quando encaminhados pela administração pública para o referido órgão de controle, já se passaram do ato concessório de aposentadoria, mais de 06 anos em média, defendendo ainda se tratar de ato administrativo complexo e portanto, somente produziria seus efeitos após a homologação no Tribunal de Contas da União e portanto esse seria o marco temporal para contagem de tempo do prazo decadencial de 05 anos.

Ocorre, que a demora de encaminhamento do processo administrativo para o Tribunal de Contas da União enseja em flagrante ilegalidade, tanto da conduta da administração pública que tem como obrigação o encaminhamento dos processos administrativos concessórios de aposentadoria, quando encerrados, a obrigação constitucional de encaminhá-los ao Tribunal de Contas da União.

Quanto do Tribunal de Contas da União tem a obrigação de acompanhar e verificar a legalidade dos atos administrativos concessórios de aposentadoria, nos termos do art. 71, III, da CR/88 e ao deixar de questionar a administração pública em tempo hábil, deixa de exercer suas atribuições constitucionais de maneira eficaz.

Com efeito, todo cidadão tem direito a duração razoável do processo, nos termos do art. 5º, LXXVIII, da CR/88, *verbis:*

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios quegarantam a celeridade de sua tramitação.

Reconhecida a tese de ato complexo concessório de aposentadoria, o que admitimos por argumentar, esta egrégia corte estará determinando aos *servidores* públicos federais, após a efetiva publicação de sua aposentadoria no diário oficial da união, a efetiva implementação e recebimento de seu benefício, poderão ter seus benefícios revistos após, 08 anos como é o caso dos autos, ou

mesmo 30 anos como em outros casos em tramitação que aguardam resposta da presente repercussão geral, **eis que enquanto não houver decisão terminativa do Tribunal de Contas da União, seu processo concessório de aposentadoria é acessório, não produzindo efeitos plenos e portanto, passível de anulação,** violando expressamente o art. 5º, LXXVIII, da CR/88 eis que passa a não ser de fato razoável a duração do processo, eventualmente.

A administração pública federal e o Tribunal de Contas da União se utilizam da sua própria desídia, morosidade e desorganização para dilatar prazo decadencial prejudicando o polo hipossuficiente da relação jurídica.

Com efeito, o prazo prescricional do servidor público inicia-se no ato concessório do benefício, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, *verbis:*

> Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, **prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem**.

O entendimento majoritário dos tribunais é da aplicação do prazo prescricional de 05 anos a contar da publicação do ato concessório de aposentadoria, independente da homologação do Tribunal de Contas da União.

Ora, não há como sustentar a diferença do marco temporal para ambosos institutos, eis que o prazo decadencial e o prazo prescricional remetem ao ato que origina o benefício.

Segundo Marcelo Barroso Lima Brito de Campos:

> "segurança jurídica é o ambiente que permite aos direitos fundamentais serem criados e desenvolvidos, porquanto aquela contribui para formação desses e esses, ao se desenvolverem, atestam a validade daquela. Segurança Jurídica é, pois condição de validade e de legitimidade o Estado e no Direito".

Portanto, o objetivo principal quando observamos e nos valemos do princípio da segurança jurídica é a proteção dos direitos fundamentais, dentre os

quais a Dignidade da Pessoa Humana e o próprio Direito Previdenciário como direito fundamental.

Com efeito, ao fragilizarmos relações jurídicas já estabelecidas no tempo, em razão de ausência de homologação do TCU exclusivamente por culpa do próprio órgão e da União, **o que enseja em milhares de pessoas que não tiveram homologado seus benefícios após mais de cinco, dez, vinte e as vezes mais de trinta anos, em terem anulados seus benefícios, em circunstancias que por ausência da duração razoável do processo inviabilizam o retorno a atividades no serviço público.**

Os servidores públicos federais, após todo o devido processo administrativo e publicação no Diário Oficial da União, passam para inatividade no serviço público e diante da confiança depositada no órgão de origem do ato concessório, acreditam estar efetivamente aposentados, **não podendo, passados mais de 05 anos da publicação de sua aposentadoria, serem comunicados do cancelamento ou revisão de seu benefício previdenciário.**

Além do próprio princípio da segurança jurídica, a ainda o princípio da segurança social como condição de validade e legitimidade do Estado Democrático de Direito, o professor Marcelo Barroso Lima Brito de Campos, em sua obra *Direitos Previdenciários Expectados, A Segurança na Relação Jurídica dos Servidores Públicos,* assim dispõe:

> É cediço que no Estado Democrático de Direito não basta sua validade, eis que o princípio democrático exige legitimidade. A segurança social construída por ser destinatários é condição de legitimidade para o Estado e para o Direito sob o paradigma Democrático. Construir segurança social, para legitimar as instituições estatais, jurídicas e democráticas. ”[2]

Nesse sentido, para termos eficácia nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legitima, deve ser garantida a segurança social, para tanto, no caso em tela, é necessário proteger os benefícios previdenciários concedidos, estabelecendo critérios criveis, razoáveis de observância plena, não coadunando com um sistema jurídico constitucional a existência de prazo decadencial infindável conforme atualmente estabelecido.

Portanto, o estabelecimento como critério do início do prazo decadencial da data da implementação do benefício viabiliza um prazo razoável para que o TCU exija da União o encaminhamento dos processos administrativos concessórios de aposentadoria e faça um julgamento com o dedo processo legal, **prestigiando assim, a segurança jurídica, a proteção da confiança legitima, a duração razoável do processo e a dignidade da pessoa humana.**

CONCLUSÃO

Ex positis, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP conclui em relação ao tema objeto da presente Repercussão Geral:

a) Que o ato administrativo de concessão de aposentadoria é composto, produzindo seus efeitos a partir da publicação do ato concessório no Diário Oficial da União, independente da homologação/ratificação ou retificação do Tribunal de Contas da União;
b) Que em razão de se tratar de ato administrativo que já produz efeitos imediatos a partir de sua publicação, deve ser este o marco temporal para aplicação da decadência, eis que em razão deste ato, há o primeiro pagamento de benefício, portanto, inicio do marco temporal, nos termos do art. 54, §1º da Lei Federal nº 9.784/99;
c) Que não se pode olvidar que os prazos entre a publicação do ato de aposentadoria e a homologação do Tribunal de Contas da União, em média, superam os 05 anos do prazo decadencial, não podendo, no entanto, ambos os órgãos se eximir de suas responsabilidades, eis que a duração razoável do processo depende exclusivamente dos mesmos, tendo inclusive findado o processo administrativo no âmbito

da União, cabendo tanto a União remeter o processo ao TCU quanto o TCU exigir da União o encaminhamento dos processos administrativos, sob pena de violar o princípio da publicidade, transparência, eficiência e segurança jurídica;

d) Se mantido o entendimento que o ato de aposentadoria é ato complexo, o que admitimos por argumentar, o prazo decadencial de 05 anos não deve ser iniciar quando da decisão terminativa do Tribunal de Contas da União, uma vez que manter o referido marco temporal como inicio da contagem do prazo decadencial, viola o princípio da segurança jurídica, princípio da confiança legitima, princípio da Dignidade da Pessoa Humana, eis que em muitos casos as decisões do Tribunal de Contas da União demoram décadas, **portanto,** a manutenção do prazo decadencial na publicação do ato prolatado pelo Tribunal de Contas da União ensejará em punição ao cidadão que versou todo o devido processo legal em pró de órgãos desidiosos e morosos, ensejando em situações catastróficas no âmbito do Direito Previdenciário. Nesse sentido, necessário a modulação de efeitos para determinar um marco temporal razoável, para não gerar prejuízos aos servidores públicos, viabilizando ainda que o TCU consiga eventualmente julgar os processos administrativos dentro do prazo legal.

e) Reitera ainda o pedido de sustentação oral na sessão de julgamento da presente Repercussão Geral, mediante a intimação do subscritor desta peça para tal finalidade.

Pede deferimento.

Florianópolis, SC, 8 de outubro de 2019.

NAZÁRIO NICOLAU MAIA GONÇALVES DEFARIA - OAB/MG 119.891

GISELE LEMOS KRAVCHYCHYNOAB/SC 18.200

1.5.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO – 19/02/2020

EMENTA

Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Aposentadoria. Ato complexo. Necessária a conjugação das vontades do órgão de origem e do Tribunal de Contas. Inaplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/1999 antes da perfectibilização do ato de aposentadoria, reforma ou pensão. Manutenção da jurisprudência quanto a este ponto. 3. Princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. Necessidade da estabilização das relações jurídicas. Fixação do prazo de 5 anos para que o TCU proceda ao registro dos atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, após o qual se considerarão definitivamente registrados. 4. Termo inicial do prazo. Chegada do processo ao Tribunal de Contas. 5. Discussão acerca do contraditório e da ampla defesa prejudicada. 6. TESE: "Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas". 7. Caso concreto. Ato inicial da concessão de aposentadoria ocorrido em 1995. Chegada do processo ao TCU em 1996. Negativa do registro pela Corte de Contas em 2003. Transcurso de mais de 5 anos. 8. Negado provimento ao recurso.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, apreciando o tema 445 da repercussão geral, negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto ora reajustado do Relator.

Brasília, 19 de fevereiro de 2020.

Ministro GILMAR MENDES - Relator

1.5.5. EMBARGOS – 29/06/2020

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Excelentíssimo Senhor MINISTRO GILMAR MENDES, Relator do RecursoExtraordinário nº 636.553/RS.

A UNIÃO, neste ato representada por seu Advogado-Geral[1], vem, respeitosamente, com fundamento nos artigos 1.022, I e II c/c 927, § 3º, do Código de Processo Civil, opor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO com pedido de modulação de efeitos em face do acórdão que negou provimento ao recurso extraordinário, o que fazcom base nas razões a seguir expostas.

DO CASO DOS AUTOS

Trata-se de recurso extraordinário interposto pela União em que se discute, à luz dos artigos 5º, XXXV e LV; 37, *caput*; 71 e 74 da Constituição Federal, a incidência do prazo de cinco anos previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999 para a Administração anular ato de concessão de aposentadoria, notadamente acerca do termo inicial do prazo decadencial, se da concessão da aposentadoria ou se do julgamento pelo Tribunal de Contas da União.

Esse Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada, nos termos no **Tema 445**: Incidência do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/1999 para a Administração anular ato de concessão de aposentadoria.

No julgamento de mérito deste recurso paradigma, finalizado em 19/02/2020, essa Suprema Corte, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto ora reajustado do Ministro Relator, vencido o Ministro MARCO AURÉLIO.

Na ocasião, **superando a pacífica jurisprudência desse STF quanto ao tema em análise**, restou fixada a seguinte tese: "Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos

ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas".

O respectivo acórdão foi publicado em **26/05/2020**. Veja-se a ementa:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Aposentadoria. Ato complexo. Necessária a conjugação das vontades do órgão de origem e do Tribunal de Contas. Inaplicabilidade do art. 54 da Lei 9.784/1999 antes da perfectibilização do ato de aposentadoria, reforma ou pensão. Manutenção da jurisprudência quanto a este ponto. 3. Princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. Necessidade da estabilização das relações jurídicas. Fixação do prazo de 5 anos para que o TCU proceda ao registro dos atos de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, após o qual se considerarão definitivamente registrados. 4. Termo inicial do prazo. Chegada do processo ao Tribunal de Contas. 5. Discussão acerca do contraditório e da ampla defesa prejudicada. 6. TESE: "Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas". 7. Caso concreto. Ato inicial da concessão de aposentadoria ocorrido em 1995. Chegada do processo ao TCU em 1996. Negativa do registro pela Corte de Contas em 2003. Transcurso de mais de 5 anos. 8. Negado provimento ao recurso.

Em face dessa decisão a União opõe tempestivamente os presentes embargos de declaração, com pedido de modulação de efeitos, a fim de seja conferida eficácia prospectiva ao novo entendimento firmado por essa Suprema corte, bem como sejam sanadas omissões e obscuridades.

DA TEMPESTIVIDADE E DO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

De início, cumpre salientar que a União foi intimada eletronicamente da publicação do acórdão ora embargado em 05/06/2020 (sexta-feira), conforme certificado no andamento do processo judicial.

Assim, a contagem do prazo para apresentação do recurso se iniciou em 08/06/2020 (segunda-feira), tendo como termo final o dia 19/06/2020, conforme prevê o art. 1.023 c/c art. 183 do CPC.

Isto posto, resta demonstrada a perfeita tempestividade dos presentes aclaratórios, passando-se à análise do cabimento do recurso.

É cediço que o Código de Processo Civil estabelece como requisitos específicos dos embargos de declaração uma ou mais das seguintes máculas verificáveis no ato judicial impugnado: omissão, contradição, obscuridade ou erro material. Tanto que a doutrina o conceitua como sendo recurso de fundamentaçãovinculada à alegação de tais vícios.

Além disso, a jurisprudência dessa Suprema Corte entende ser esse o recurso cabível para o fim de requerer a modulação dos efeitos da decisão proferida da Pleno, consoante dispõe o § 3º do artigo 927 do CPC, mormente porque inexiste outro instrumento apto a debatê-la neste momento processual. Nesse sentido:

> CONSTITUCIONAL E PROCESSO CIVIL. **MODULAÇÃO DE EFEITOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIABILIDADE**. DEMONSTRAÇÃO DE SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO ACÓRDÃO PARA MANTER, NA JUSTIÇA DO TRABALHO, ATÉ FINAL EXECUÇÃO, TODOS OS PROCESSOS DESTA MATÉRIA EM QUE JÁ TENHA SIDO PROFERIDA SENTENÇA DE MÉRITO, ATÉ O DIA DA CONCLUSÃO DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (24/5/2018). 1**. O § 3º do art. 927 do**
> Código de Processo Civil de 2015 preconiza que, “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”. 2. Tendo em vista a duradoura jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho em sentido oposto ao decidido pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL neste precedente, surge, inevitavelmente, o interesse em resguardar os atos praticados ao longo de vários anos, enquanto perdurou a indefinição acerca do

> Juízo competente para dirimir a controvérsia. 3. Precedente: RE 586.453, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Rel. p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 6/6/2013, Tema 190 da Repercussão Geral. 4. Embargos de Declaração acolhidos para efeitos de modulação. (RE 594435 ED, Rel. Min, MARCO AURÉLIO, Relator p/
> Acórdão: Min, ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, DJe 20/09/2019; grifou-se)
> CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CABIMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. CONCESSÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS. I – Conhecimento excepcional dos embargos de declaração em razão da **ausência de outro instrumento processual para suscitar a modulação dos efeitos da decisão após o julgamento pelo Plenário**. II – Modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante 12, ressalvado o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico. III – Embargos de declaração acolhidos. (RE 500171 ED, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, DJe 02/06/2011; grifou-se)

Destarte, no caso em apreço, pugna-se, nesta via recursal, *(i)* pela modulação dos efeitos da tese definida em sede de repercussão geral, tendo em vista a substancial alteração da jurisprudência pacífica dessa Suprema Corte quanto ao tema em análise, assim como (*ii*) pela supressão de obscuridades quanto a pontos relevantes não esclarecidos no acórdão, consoante será demonstrado a seguir.

DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

O Código de Processo Civil prevê, no § 3º do art. 927, que, na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, "*pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica*".

Sendo assim, impende destacar que, até o julgamento de mérito deste RE nº 636.553, a jurisprudência desse STF era pacífica no sentido da não incidência do art. 54 da Lei 9.784/1999 ou de qualquer outro prazo decadencial previamente

à manifestação do Tribunal de Contas quanto à validade do ato inicialde concessão de aposentadoria, reforma ou pensão, no exercício da função constitucional prevista no art. 71, III, da CF.

Entendia essa Suprema Corte que, "sendo a aposentadoria atocomplexo, que só se aperfeiçoa com o registro no Tribunal de Contas da União, o prazo decadencial da Lei n. 9.784/99 tem início a partir de sua publicação".(MS 25.552, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 30/05/2008).

No mesmo sentido, dentre muitos outros precedentes, tem-se: MS 35700 AgR, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 08/11/2018; MS 31487 AgR-segundo, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 20/09/2017; MS 30.780, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 11/09/2017; MS nº 31704, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe de 16/05/2016; MS 25916, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 13/12/2013; MS 27580 AgR, Rel. MIN. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 07/10/2013; MS 27966, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 25/09/2012; MS 30916, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 08/06/2012; MS 28520, Relator Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em02/04/2012.

A respeito da apreciação da legalidade do ato inicial de aposentadoria, reforma ou pensão pelo Tribunal de Contas, quanto ao exercício do contraditório e da ampla defesa, esse Supremo Tribunal editou a **Súmula Vinculante nº 3**, DJe de 06/06/2007, nos seguintes termos:

> Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade doato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

A partir do julgamento do MS 25.116, Rel. Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 10/02/2011, esse STF passou a entender que, se decorridos mais de cinco anos da data do ingresso do processo no Tribunal de Contas, deveriao órgão de controle oportunizar o contraditório e a ampla defesa à parte interessada[2].

Ou seja, era pacífica a jurisprudência dessa Egrégia Corte segundo a qual (**1**) a concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão se compreendia como ato complexo e, portanto, a análise de sua legalidade pelo Tribunal de Contas não se submeteria ao prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/94; o lapso temporal deveria ser observado tão somente para o exercício do contraditório e da ampla defesa, se decorridos mais de cinco anos do ingresso do ato na Corte de Contas.

Tal entendimento fora reafirmado pelo Min. GILMAR MENDES no julgamento deste RE nº 636.553, no que foi acompanhado pelo Min. ALEXANDRE DE MORAES, quando, inicialmente, o Relator proferiu voto pelo provimentoparcial do recurso extraordinário paradigma, nos seguintes termos:

> O Tribunal de Contas da União não está adstrito ao prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão. Todavia, caso ultrapassados mais de cinco anos do recebimento pela Corte de Contas do referido procedimento, sem que tenha havido a apreciação de sua legalidade, deve ser assegurado aos interessados o uso das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. (Grifou-se)

No entanto, o Min. EDSON FACHIN divergiu do Relator, propondo uma **nova reflexão** sobre o tema em análise. No início do seu voto, o Ministro apresentou um breve histórico do entendimento até então consolidado por essa Suprema Corte:

> Primeiramente, gostaria de cumprimentar o acutíssimo voto do Ministro Relator, o qual coerentemente propõe a reafirmação da jurisprudência já consolidada nesta Corte a respeito do tema posto em debate, dando provimento parcial ao recurso extraordinário determinando a anulação do Acórdão prolatado pelo Tribunal de Contas da União para observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa e propondo como tese objetiva a seguinte:
> Com efeito, desde o julgamento do MS 3.881, de relatoria do Ministro Nelson Hungria, proferido pelo Plenário do STF em 22.11.1957, adotou-se na Corte o entendimento de que o ato administrativo que

confere a servidor público federal uma aposentadoria de qualquer espécie, ou pensão a seus dependentes, é classificado como ato administrativo complexo, pois só se perfectibiliza após o registro perante o Tribunal de Contas da União, para fins de controle de legalidade. [...]Desse julgamento derivaram inúmeros outros, em que o Supremo Tribunal Federal reiterou o entendimento de que o ato administrativo de aposentadoria é um ato administrativo complexo. Como exemplo, citam-se os seguintes precedentes: MS 19.681/DF, Rel. Min. Djaci Falcão, Pleno, 31.03.1971; RE 195.861/ES, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, 26.08.1997.

Calcados nessa premissa, de que o ato administrativo de aposentadoria é um ato complexo, a Corte, quando provocada após a entrada em vigência da Lei 9.784/99, que instituiu, para a Administração, o prazo de 5 anos para a revisão de atos administrativos dos quais decorram efeitos favoráveis aos administrados, passou a assentar que o prazo decadencial previsto no art. 54, da Lei 9.784/99, não se aplicava ao ato de concessão inicial de aposentadoria, porquanto dependente de verificação de regularidade perante o TCU. Apenas após o registro do ato perante a Corte de Contas é que seria possível a contagem desse prazo. Alguns precedentes foram apropriadamente citados no voto do Ministro Relator.

Ademais, consolidou-se, com a edição da Súmula Vinculante 3, que nem mesmo seria necessário o respeito ao contraditório e à ampla defesa quando da revisão do ato pelo Tribunal de Contas, justamente porque, até a análise para fins de registro por esse Tribunal, em atendimento ao disposto no art. 71, III, da CF, o ato de concessão de aposentadoria não estaria acabado e, portanto, poderia ser revisto a qualquer tempo. No entanto, a proposição final da Súmula Vinculante passou a ser flexibilizada pelo STF, ao se considerar a necessidade de observância, pelo TCU, dos princípios do contraditório e da ampla defesa quando a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial da aposentadoria, reforma ou pensão, for realizada após cinco anos, contados do ingresso do processo na Corte de Contas. O acórdão paradigma e os julgamentos que o sucederam foram apropriadamente mencionados pelo Ministro Gilmar Mendes no voto condutor, razão pela qual, por apego à celeridade, reputo desnecessária nova citação. Nesse contexto, o Ministro Gilmar Mendes, ilustre relator, propõe, portanto, a reafirmação da jurisprudência, com a fixação da tese acima já descrita.

Ressalto, entretanto, que embora tenha como premissa de atuação o respeito aos precedentes firmados por este Plenário, tanto que em demandas submetidas à minha relatoria tenho aplicado o entendimento até aqui formatado no que tange às revisões de aposentadorias e

pensões pelo TCU (v.g. ARE 900.179, j. 13.10.2015; MS 25.967-ED, j. 28.06.2016; MS 31.704, j.19.04.2016), analisando profundamente a matéria agora posta novamente em debate para o Plenário, ouso divergir, com a devida vênia, do Ministro Relator, o que faço pelas razões a seguir expostas.

Mesmo reconhecendo que, desde 1957, esse STF tem se posicionado no sentido da **natureza complexa** de ato de aposentadoria, reforma ou pensão, o Min. EDSON FACHIN afirmou tratar-se de **ato simples**, razão pela qual votou pela **superação da jurisprudência pacífica**, com fixação da seguinte tese de repercussão geral: "*Aplica-se o prazo decadencial de 5 anos à pretensão de denegação do registro do ato de concessão do benefício de aposentadoria, reforma ou pensão, pelo Tribunal de Contas, salvo comprovada má-fé, iniciando-se o respectivo termo inicial na data da publicação do ato normativo que concede o benefício pela autoridade competente*".

A partir da divergência inaugurada pelo Min. EDSON FACHIN, o Min. Rel. GILMAR MENDES também resolveu "***revisitar parcialmente o tema***", aditando o voto inicialmente proferido.

Desta vez, o Relator assentou que, na sua concepção, a concessão de aposentadoria, reforma ou pensão constitui ato administrativo complexo, que somente se aperfeiçoa após o julgamento de sua legalidade pelo Tribunal de Contas, razão pela qual não incidiria o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/94. No entanto, "*por motivos de segurança jurídica e necessidade da estabilização das relações*", entendeu que deveria ser aplicado ao caso, por analogia, o art. 1º Decreto 20.910/1932, a fim de que o prazo de cinco anos fosse observado pelo Poder Público no exercício do controle externo, a contar da chegada do ato à Corte de Contas.

Apesar de não ter sido formado consenso quanto à natureza do ato e quanto ao fundamento legal do prazo a ser observado pelo Tribunal de Contas, prevaleceu a tese proposta pela Min. GILMAR MENDES: "***Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas***".

Destaca-se que, durante todo o julgamento deste RE nº 636.553, restou expresso que a tese de repercussão geral fixada representa a alteração da consolidada jurisprudência quanto à matéria constitucional em debate. Veja-se o que consignou o Min. ROBERTO BARROSO e a Min. ROSA WEBER:

> O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Eu também cumprimento tanto o Ministro Fachin quanto o Ministro Gilmar por voltarmos a essa discussão. Quando eu estudei esse caso, lá atrás, e tive acesso ao voto do Ministro Gilmar, **eu disse que nós deveríamos virar a jurisprudência, mas mexer em jurisprudência é sempre delicado, está consolidada há muito tempo**. Em boa hora, o Ministro Fachin trouxe a questão e o Ministro Gilmar reajustou. E eu também estou indo pela mesma linha.
> [..]
> A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu, na assentada anterior, houvera trazido manifestação escrita acompanhando o posicionamento inicial esposado pelo Ministro Gilmar Mendes, cujo estudo, agora, a partir desse incentivo à revisita do tema, trazido pelo Ministro Fachin, eu louvo e acompanho.
> Adotei como norma, **em se tratando de uma Corte Constitucional, a observância da jurisprudência firmada sobre o assunto, e, há numerosos precedentes da minha lavra a respeito do tema ora em debate** inclusive um bem antigo, o Mandado de Segurança nº 25.562, em que eu fiquei redatora designada, Vossa Excelência era o Relator, defendendo a tese da ampla defesa, do contraditório.
> Acho interessantíssimo que agora tenhamos conseguido dar um passo que me leva à firme convicção de que estamos decidindo de uma forma mais justa, em favor do jurisdicionado. (Grifou-se)

Desta feita, não se pode olvidar que a substancial mudança da jurisprudência, em decorrência da nova interpretação do texto constitucional sem alteração do parâmetro normativo (art. 71, III, da CF), demanda a modulação dos efeitos da decisão, **conferindo-lhe eficácia *ex nunc***, de modo a garantir **segurança jurídica** às situações já consolidadas no tempo e à atuação das Cortes de Contas sob a égide da anterior orientação desse Supremo Tribunal.

A necessidade em serem conferidos **efeitos prospectivos** à decisão, sob pena de se "***criar uma instabilidade imensa***", foi destaca pelo Min. ROBERTO

BARROSO. Os Ministros DIAS TOFFOLI e ALEXANDRE DE MORAES também se manifestaram no mesmo sentido:

> O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Presidente, uma observação. Aqui há um ponto importante. Nós temos uma jurisprudência firme, de muitos anos, e a estamos alterando, agora, com caráter prospectivo, senão nós vamos invalidar tudo o que foi feito para trás. Portanto, eu acho que essa é uma mudança que vale para este caso, que aliás, nem precisava, e vale daqui para frente.
> O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (PRESIDENTE): Mas vai valer para os casos que estão suspensos nos tribunais, porque é repercussão geral.
> O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Só **não** valeria para os casos já definidos.
> O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Isso, ao que está em tramitação se aplica, mas **ao que já foi definido não, porque senão vamos criar uma instabilidade imensa**.

Cumpre salientar que, até o final do julgamento de mérito deste paradigma, o Tribunal de Contas da União pautava-se no entendimento consolidado quanto a não incidência de prazo decadencial no exercício da competência prevista no art. 71, III, da CF.

Com efeito, em razão da jurisprudência pacífica, o TCU moldou a sua atuação, estabelecendo ritos e procedimentos internos peculiares, a fim de alinhar o controle externo à interpretação constitucional firmada por essa Suprema Corte. Evidentemente, não se poderia exigir que a Corte de Contas viesse a observar diretriz jurisprudencial diversa daquela que ora prevalecia.

Portanto, no aspecto da decadência, todos os procedimentos de apreciação da legalidade da concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão já realizados ou ainda em curso, mesmo aqueles que ultrapassaram o prazo de cinco anos contados do ingresso do ato no TCU, conformam-se com a interpretação dominante nessa Suprema Corte até então.

Nesse sentido, **é imperioso que seja preservada a validade dos atos já praticados pelo Tribunal de Contas**. Faz-se necessário garantir estabilidade às relações jurídicas constituídas em consonância com a compreensão que

preponderou nesse STF por tantos anos, mormente quando a apreciação da legalidade da concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão já fora devidamente realizada pelo TCU, operando-se o trânsito em julgado administrativo.

Ademais, não se pode desconsiderar que, além dos casos em que o controle externo já foi concluído, há um considerável estoque de processos, com data de ingresso no TCU há mais de cinco anos, que ainda estão pendentes de análise pela Corte de Contas. De acordo com a tabela elaborada pela Secretaria de Fiscalização de Pessoal do Tribunal de Contas da União, encontram-se nessa situação mais de **35.900** (trinta e cinco mil e novecentos) atos de pessoal, dentre os quais a maioria se refere a concessões de aposentadoria, reforma ou pensão:

ATOS COM DATA DE **INGRESSO** NO TCU HÁ MAIS DE CINCO ANOS

Tipo Ato	TOTAL
Admissão	3.252
Aposentadoria	14.124
OUTROS	217
Pensão Civil	13.729
Pensão Especial de ex-combatente	1.133
Pensão Militar	2.529
Reforma	928
TOTAL	**35.912**

Considerando os milhares de atos que ingressaram no TCU há mais de cinco anos e que ainda não tiveram a sua legalidade apreciada, sem contar inúmeros outros casos que se encontram próximos de atingir o limite quinquenal, é imprescindível que sejam assegurados efeitos prospectivos à decisão, com o fim de também ser garantindo prazo razoável para que a Corte de Contas possa se adequar ao novo entendimento firmado.

Registre-se que o Min. MARCO AURÉLIO, em seu voto, reforçou a preocupação a respeito dos processos que ainda estão pendentes de análise pelo TCU e pelas demais Cortes de Contas e que, portanto, poderão ser potencialmente atingidos pela mutação da interpretação constitucional dessa Suprema Corte:

> Seria interessante fazer-se levantamento, só no Tribunal de Contas da União, de quantos processos versando aposentadorias e pensões estão pendentes de apreciação e ficarão prejudicados com a decisão do Supremo, desconhecendo que o registro preconizado na

> Constituição Federal, da aposentadoria ou da pensão, considerados os cálculosefetuados na origem, encerra formalidade essencial.
> [...]
> Não existe como órgão de controle apenas o Tribunal de Contas da União. Tem-se situações concretas que não deságuam no Tribunal de Contas da União; tem-se situações concretas que envolvem servidores de Municípios, servidores de Estados que se encerram no Tribunal de Contas de origem. E são muitos, Presidente, <u>são milhares os processos que aguardamo crivo do órgão de controle há mais de cinco anos</u>. O ato é complexo e não se pode afastar o exame visando o registro, sacramentando-se, ante a passagem dos cinco anos, o que estabelecido pelo órgão de origem do servidor? Onde está, no arcabouço normativo pátrio, que, passados cinco anos, os órgãos de controle decaem do direito de examinar a situação jurídica? Sem o registro, o ato continua precário; o ato continua submetido a uma condição resolutiva, que pode se operar mesmo após cinco anos, ou seja, à revelada pela glosa dos cálculos efetuados, sabe lá como, pelo órgão de origem.

Isto posto, a aplicação imediata da tese fixada neste RE nº 636.553 aos casos que já foram julgados pelos Tribunais de Contas e àqueles que ingressam nos órgãos de controle há mais (ou há quase) cinco anos e ainda estãopendentes de análise poderá acarretar evidente prejuízo ao exercício constitucional do controle externo, com risco de significativo impacto financeiroaos cofres públicos.

Nos termos da lição doutrinária do Min. GILMAR MENDES, “Em casos como este, em que se altera jurisprudência longamente adotada, parece sensato considerar seriamente a necessidade de se modularem os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica. Essa tem sido a praxe no Supremo Tribunal Federal, quando há modificação radical de sua jurisprudência”.[3]

No mesmo sentido, merece ser citado trecho elucidativo do precedente firmado no MS nº 26.603, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 19/12/2008:

> [..] REVISÃO JURISPRUDENCIAL E SEGURANÇA JURÍDICA: A INDICAÇÃO DE MARCO TEMPORAL DEFINIDOR DO MOMENTO INICIAL DE EFICÁCIA DA
> NOVA ORIENTAÇÃO PRETORIANA. - 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 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. Doutrina. Precedentes. - A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, com o reconhecimento do caráter partidário do mandato eletivo proporcional, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica. - Marco temporal que o Supremo Tribunal Federal definiu na matéria ora em julgamento: data em que o Tribunal Superior Eleitoral apreciou a Consulta nº 1.398/DF (27/03/2007) e, nela, respondeu, em tese, à indagação que lhe foi submetida. [...]

Ressalta-se que, em homenagem à segurança jurídica, à legítima proteção da confiança, à boa-fé objetiva, à racionalidade e à necessária estabilidade do sistema de precedentes, o Código de Processo Civil de 2015 passou a prever expressamente o dever de os tribunais manterem sua jurisprudência "*íntegra, estável e coerente*" (art. 926). Além disso, estabeleceu que, "*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 interessesocial e no da segurança jurídica*" (art. 927, § 3º*).*

Em comentário ao § 3º do art. 927 do CPC, Daniel Amorim Assumpção Neves dispõe que:

> Conforme ensina a melhor doutrina, a vinculação da superação dos entendimentos consagrados pelos tribunais ao princípio da irretroatividade é decorrente da atuação dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé objetiva.
> Como é impossível defender que um sistema baseado em precedentes asfixie o direito, a possibilidade de sua superação, nas condições já analisadas, é imprescindível. Mas essa necessidade não afasta o problema prático advindo de tal revogação: a quebra da confiança das partes que se conduziram conforme o entendimento consolidado e agora são surpreendidascom um novo entendimento.
> Parece claro que se o sujeito se portou de determinada maneira confiando no entendimento consolidado pelo Tribunal, a mudança de entendimento não pode desprestigiar essa confiança. Em razão disso deve ser saudado o § 3º do art. 927 do Novo CPC no sentido de permitir ao tribunal a modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica, consagrando no direito pátrio a possibilidade de *prospective overrruling*. (Grifou-se)

Dessarte, diante da superação da pacífica jurisprudência dessa Suprema Corte no julgamento deste paradigma de repercussão geral, devem ser conferidos efeitos prospectivos à decisão, a fim de que o novo entendimento passe a valer apenas em relação às concessões de aposentadoria, reforma ou pensão que ingressarem nos Tribunais de Contas a partir da publicação do acórdão ora embargado.

Conforme os fundamentos apresentados, a modulação dos efeitos da decisão é medida essencial à segurança jurídica e à estabilização das relações sociais, pilares do Estado Democrático de Direito, que tem por base a presunção de legitimidade dos atos praticados por agentes públicos.

Assim, deve ser (***i***) resguardada a validade dos atos de controle externo realizados sob a égide da anterior interpretação constitucional sobre o tema e (***ii***) garantido tempo razoável para que as Cortes de Contas possam se adequar ao novo entendimento desse STF, especialmente diante da situação de milhares de processos que aguardam o crivo dos órgãos de controle há mais de cinco anos ou que já estão próximos de atingir esse limite temporal.

DAS OBSCURIDADES DA DECISÃO

Consoante já assentado, no julgamento deste RE nº 636.553, foi superada a pacífica jurisprudência dessa Egrégia Corte quanto ao tema em análise, tendo sido fixada a seguinte tese de repercussão geral: "*Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos* ***ao prazo de 5 anos*** *para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas*".

Ocorre que a decisão restou **obscura** quanto à natureza do prazo quinquenal que, agora, deve ser observado pelas Cortes de Contas no exercício do controle externo previsto art. 71, III, da CF, ainda que contado somente da chegada do processo ao TCU, em especial diante do trecho do voto do Min. GILMAR MENDES ao considerar que, após o decurso de 5 (cinco) anos, haveria o registro tácito do ato de concessão.

Isso porque, nos termos do voto reajustado do Min. GILMAR MENDES, na apreciação da legalidade dos atos iniciais de aposentadoria, reformaou pensão pelos Tribunais de Contas, não é aplicável diretamente o prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9784/1999. No entanto, por **analogia**, o Ministro reputou necessário fixar um prazo prescricional e, diante da inexistênciade norma que incida diretamente à hipótese, invocou a aplicação do artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932, além de fazer referência ainda a outros diplomas legislativos que trazem prazos quinquenais: a Lei nº 9.873/1999 e a própria Lei nº 9.784/1999. Confira-se, *in verbis*:

> O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):
> [...]
> Nesses termos, tendo em vista o princípio da isonomia, parece-me que o mais correto seria a aplicação, por analogia, do Decreto 20.910/1932, que assim dispõe:
> "Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, **prescrevem em cinco anos** contados da data do ato oufato do qual se originarem".
> Ora, se o administrado tem o prazo de 5 anos para buscar qualquer direito contra a Fazenda Pública, também podemos considerar que o Poder Público, no exercício do controle externo, teria o mesmo prazo para rever eventual ato administrativo favorável ao administrado. Podemos citar ainda a utilização do **prazo de 5 anos pela Lei**

> **9.873/1999** (que dispõe sobre a "**prescrição** para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta"), bem como **a própria Lei 9.784/1999, que, apesar de não se aplicar diretamente ao caso, pode servir de diretriz para a fixação de prazo razoável ao Tribunal de Contas**.
> [...]
>
> Ante o exposto, nego provimento ao recurso da União, pois, **apesar de entender que o art. 54 da Lei 9784/1999 não se aplica diretamente à análise da legalidade do ato de aposentadoria pelo Tribunal de Contas, é necessária a observância do prazo de 5 anos, a contar da chegada dos autos à Corte de Contas**, em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima. (Grifou-se)

Ou seja, mesmo no voto do Min. Relator, não há clara definição acerca do fundamento legal do prazo quinquenal, pois o Min. GILMAR MENDES faz referência a diferentes diplomas legislativos, inclusive, à própria Lei nº 9.784/199, "***que, apesar de não se aplicar diretamente ao caso, pode servir de diretriz para a fixação de prazo razoável ao Tribunal de Contas***". O impasse restou assentadona manifestação do Min. ROBERTO BARROSO:

> O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – [...]
> Nem vou entrar na discussão, neste momento, porque acho desnecessária, do ato ser complexo ou não, mas considero que otermo a quo é de 5 anos.
> **Tampouco vou entrar na discussão, Presidente – o Ministro Gilmar fez referência ao Decreto nº 20.910/1932, que é regra geral da prescrição em relação a Fazenda Pública – do art. 54 da Lei 9.784, num caso seria prescrição, no outro caso seria decadência. Mas a proposta de tese de Sua Excelência fala 5 anos, tout court, e, portanto, estou de acordo com a tese dos 5 anos**. Em verdade, estou de acordo com a tese do Ministro Gilmar Mendes de que o prazo é de 5 anos, conta-se da entrada no Tribunal de Contas. Principalmente tratando-se a superação do entendimento até então dominante, faz-se necessário que sejam esclarecidos aspectos essenciais quanto à nova conduta a ser adotada pelos Tribunais de Contas

A definição do ponto denota-se sobremaneira relevante para a correta adequação da atuação dos Tribunais de Contas ao novo entendimento desse STF. A questão precisa ser aclarada, a fim se assegurar a exata compreensão deste inédito precedente, evitando-se novas controvérsias judiciais sobre o tema.

Isso porque, embora discorram sobre o mesmo período de cinco anos, a disposições previstas no art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 (prazo prescricional) e no art. 54 da Lei nº 9.784/1999 (prazo decadencial) fundamentam-se em disciplinas jurídicas distintas, especialmente no que se refere à possibilidade de impedimento, de suspensão e de interrupção desses prazos.

Tendo em vista as potenciais diferenças entre a aplicação dos dispositivos, observa-se que a ausência de clara definição legal quanto ao prazo quinquenal pode gerar **insegurança jurídica**, além de questionamentos de ordem prática quanto aos procedimentos a serem adotados pelas Cortes de Contas, tais como, nos termos dos esclarecimentos solicitados pelo Tribunais de Contas da União no TC-023.897/2016-3 (em anexo): (1) ***se o prazo de 5 anos é ou não interrompido com eventual oitiva do interessado ou com eventuais diligências feitas pelo TCU junto ao órgão de origem do interessado, com o intuito de sanear o processo***; (2) ***se a tese fixada no julgamento do RE 636.553 é aplicável às hipóteses em que for detectada má-fé ou fraude referentes às irregularidades***; ***se atos cujos vícios impliquem violação direta da Constituição Federal submetem-se ao prazo de 5 anos***.

Ademais, em razão da processualística delineada pela Lei 8.443/1992 e pelo Regimento Interno do TCU, que, nos termos dos arts. 277 e seguintes, permite a interposição de recursos após o julgamento inicial***, é necessário que seja esclarecido se o limite quinquenal se refere à prolação da primeira decisão pelo colegiado do TCU ou à conclusão da análise da legalidade do ato de aposentadoria, reforma ou pensão***. Ou seja, se transcorrido o prazo quinquenal, haveria o registro tácito do ato de concessão, *com ocorrência de decadência administrativa a estabilizar por completo o ato de concessão, sem qualquer possibilidade de seu reexame por intermédio dos instrumentos recursais previstos na sistemática processual que regula a atuação do TCU*.

Impende destacar que, à luz do *caput* do art. 54 da Lei 9.784/1999, resta claro que o prazo quinquenal para a apreciação da legalidade dos atos de

aposentadoria, reforma ou pensão não é aplicável às hipóteses em que for constatada má-fé ou fraude por parte dos interessados. Nesse sentido, veja-se o que restou assentado pelo Min. EDSON FACHIN:

> **Nos casos em que verificada fraude ou má-fé do interessado, ou mesmo conluio entre este e o administrador** para, por exemplo, postergar o envio do processo ao TCU, não há prazo para revisão desse ato, por conta do disposto na parte final do próprio artigo 54, "salvo comprovada má-fé".

Por sua vez, o § 2º do art. 54 dispõe sobre a possibilidade de interrupção do prazo de cinco anos: "Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato". A esse respeito, tem-se o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça na edição 132 de sua "Jurisprudência em Teses"[5], nos termos a seguir:

> 9) É possível interromper o prazo decadencial com base no art. 54, § 2º, da Lei n. 9.784/1999 desde que haja ato concreto, produzido por autoridade competente, em prol da revisão do ato administrativo identificado como ilegal, cujo prazo será fixado a partir da cientificação do interessado. (Grifou-se)

Ainda, vale lembrar a orientação jurisprudencial desse Supremo Tribunal Federal no sentido de que o "prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei 9.784/99 não alcança situações flagrantemente inconstitucionais, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal" (MS 30294, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES,

Primeira Turma, DJe 07/06/2019). O mesmo entendimento foi recentemente reafirmado pelo Plenário dessa Egrégia Corte no julgamento do RE nº 817.338 (Tema 839 da repercussão geral), ocorrido em 16/10/2019.

Observa-se, portanto, que a aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/1932 tem o potencial de gerar dúvidas quanto ao exato alcance do prazo quinquenal, que, na verdade, pode ser mais bem assimilado quando observado o fundamento do art. 54 da Lei nº 9.784/1999.

Por outro lado, o acórdão embargado, a partir da leitura do voto condutor, além de invocar a aplicação analógica do Decreto 20.910/1932, ao mesmo tempo refere-se, também, a outros diplomas legislativos, inclusive à própria Lei nº 9.784/1999, que, como foi destacado pelo Min. GILMAR MENDES, "***apesar de não se aplicar diretamente ao caso, pode servir de diretriz para a fixação de prazo razoável ao Tribunal de Contas***".

Sendo assim, a fim de serem evitadas novas controvérsias quanto à correta compreensão da decisão paradigma, é necessário que a obscuridade seja sanada e, por consequência, reste expressamente consignada a possibilidade de aplicação da disciplina jurídica do art. 54 da Lei 9.784/1999 ao prazo quinquenala ser observado pelo Tribunal de Contas, em especial para que:

1. reste esclarecido que o prazo quinquenal não é aplicável às hipóteses em que for constatada má-fé ou fraude por parte dos interessados;
2. reste consignada a possibilidade de interrupção do prazo quinquenal;
3. reste esclarecido que o prazo quinquenal não alcança as situações flagrantemente inconstitucionais.

DO PEDIDO

Pelo exposto, a União requer o provimento dos presentes embargos de declaração para que, diante da superação da pacífica jurisprudência desse STF, (i) sejam **modulados os efeitos da decisão** (art. 927, § 3º, do CPC), conferindo- lhe eficácia prospectiva, de modo que o novo entendimento passe a valer apenas em relação aos atos de aposentadoria, reforma ou pensão que **ingressarem nos Tribunais de Contas a partir da publicação do acórdão**.

Pugna, ainda, que **(ii)** sejam sanadas as obscuridades apontadas, notadamente para correta compreensão quanto ao fundamento legal do prazo quinquenal que deve ser observado pelas Cortes de Contas no exercício constitucional do controle externo (art. 71, III, da CF), restando expressamente consignado que, mesmo prevalecendo o prazo disposto no art. 1º do Decreto nº

20.910/1032, é possível a aplicação da disciplina jurídica do art. 54 da Lei 9.784/1999, em especial para que:

ii.1) reste esclarecido que o prazo quinquenal não é aplicável às hipóteses em que for constatada má-fé ou fraude por parte dos interessados;

ii.2) reste consignada a possibilidade de interrupção do prazo quinquenal;

ii.3) reste esclarecido que o prazo quinquenal não alcança as situações flagrantemente inconstitucionais.

Nesses termos, pede deferimento.

Brasília, de junho de 2020.

JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR - Advogado-Geral da União

IZABEL VINCHON NOGUEIRA DE ANDRADE - Secretária-Geral de Contencioso

1.5.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS – 07/12/2020

Embargos de declaração em recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Tema 445 da sistemática da repercussão geral. Julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria reforma ou pensão, pelos Tribunais de Contas. 3. Prazo decadencial de cinco anos, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas. 4. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. 5. Efeitos infringentes. Não configuração de situação excepcional. 6. Embargos de declaração rejeitados.

A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, rejeitar os embargos de declaração , nos termos do voto do Relator. Brasília, Sessão Virtual de 27de novembro a 4 de dezembro de 2020.

Ministro GILMAR MENDES – Relator

[redacted]DATA DO JULGAMENTO 26/10/2016 – TEMA 503

1.6.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/ Controvérsia: Conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral por meio do instituto da desaposentação.

Relator: Roberto Barroso

Diretor do IBDP Responsável: Gisele Lemos Kravchychyn

Data do Trânsito em julgado: 08/12/2020

1.6.2. TESE FIRMADA

No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação' ou à ‘reaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

1.6.3. PETIÇÃO DE MÉRITO 24/07/2013

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 661.256 - SC DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sócio-cultural, sem fins lucrativos, apartidária, inscrito no CNPJ sob o nº 06.136.459/0001-01, estabelecido à Av. Luis Xavier, nº 68, 20º andar, conjunto 2017, Edifício Tijucas, Centro, Curitiba, Paraná, CEP: 80020-904, neste ato representada por sua Presidente, **JANE LUCIA WILHELM BERWANGER**, brasileira, divorciada, advogada, vem respeitosamente à presença de V.Exa., por sua procuradora constituída pela procuração anexa, requerer sua admissão na condição de ***AMICUS CURIAE***, nos termos do art. 543-A, §6º, do CPC e do art. 323, §3º, do

RISTF, nos autos do RE n° 66.125-6/SC, proposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, pelos seguintes fatos e fundamentos:

A questão tratada nos autos é extremamente relevante e o IBDP possui representatividade e pertinência no trato da questão, bem como o momento processual é adequado para a admissão do *amicus curiae* como será demonstrado a seguir.

1. A REPRESENTATIVIDADE DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP

(...)

2. BREVE RESENHA FÁTICA

Trata-se de demanda ajuizada com a finalidade de desaposentação em favor de Valdemar Roncaglio, com a utilização de tempo de contribuição vertida depois da aposentadoria no intuito de obter benefício mais vantajoso do que o atualmente percebido pela parte autora. O autor propôs ação contra o Instituto Nacional do Seguro Social, visando "a condenação do INSS em cessar o atual benefício do autor e, imediatamente, conceder-lhe o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição com DIB em 21.09.2006."

Segundo consta nos autos que após mais de 25 anos de tempo de serviço, a parte autora requereu ao INSS o benefício da aposentadoria especial, que foi deferido, em 08.10.1992, sob o nº 46/049.316.267-4. Entretanto, apesar de já aposentado, o autor permaneceu em atividade remunerada até o ajuizamento da ação em 2009, promovendo as respectivas contribuições previdenciárias e, portanto pleiteou a troca dos benefícios através da desaposentação.

A sentença de primeiro grau julgou com o seguinte dispositivo:

> **ISTO POSTO**, e nos termos da fundamentação, afasto a prescrição, e, no mérito, julgo **IMPROCEDENTE** o pedido, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R$ 200,00 (duzentos reais). Contudo, sendo o autor beneficiário da assistência judiciária gratuita, a execução da sentença fica, nos termos do art. 11 § 2º, da Lei 1.060/50, condicionada a perda da condição legal de necessitado.

A Apelação foi interposta pelo Autor e conhecida pelo TRF 4ª. Região, cujo julgamento restou assim determinado:

> PREVIDENCIÁRIO. DESAPOSENTAÇÃO PARA RECEBIMENTO DE NOVA APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NORMA IMPEDITIVA. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DO MONTANTE RECEBIDO NA VIGÊNCIA DO BENEFÍCIO ANTERIOR.
> 1. Tratando-se a aposentadoria de um direito patrimonial, de caráter disponível, é passível de renúncia. 2. Pretendendo o segurado renunciar à aposentadoria por tempo de serviço para postular novo jubilamento, com a contagem do tempo de serviço em que esteve exercendo atividade vinculada ao RGPS e concomitantemente à percepção dos proventos de aposentadoria, os valores recebidos da autarquia previdenciária a título de amparo deverão ser integralmente restituídos. Precedente da Terceira Seção desta Corte. 3. O art. 181-B do Dec. n. 3.048/99, acrescentado pelo Decreto n.º 3.265/99, que previu a irrenunciabilidade e a irreversibilidade das aposentadorias por idade, tempo de contribuição/serviço e especial, como norma regulamentadora que é, acabou por extrapolar os limites a que está sujeita, porquanto somente a lei pode criar, modificar ou restringir direitos (inciso II do art. 5º da CRFB).

A parte autora interpôs REsp e o INSS interpôs o presente RE e um REsp.

Na sequência, depois da distribuição nessa Altíssima Corte, a repercussão geral foi reconhecida pelo plenário virtual em 17/11/2011, época em que o Ministro Relator do processo era o Dr. Ayres Britto. Vejamos a decisão:

> CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. § 2º do ART. 18 DA LEI 8.213/91. DESAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA. UTILIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO/CONTRIBUIÇÃO QUE FUNDAMENTOU A PRESTAÇÃO PREVIDENCIÁRIA ORIGINÁRIA. OBTENÇÃO DE BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. MATÉRIA EM DISCUSSÃO NO RE 381.367, DA RELATORIA DO MINISTRO MARCO AURÉLIO. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL DISCUTIDA.

> Possui repercussão geral a questão constitucional alusiva à possibilidade de renúncia a benefício de aposentadoria, com a utilização do tempo se serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária para a obtenção de benefício mais vantajoso. (RE 661256 RG, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 17/11/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 25-04-2012 PUBLIC 26-04- 2012)

Em resumo o que se discute, à luz dos artigos 5º, inciso XXXVI, 194 e 195, todos da CF/88, é a possibilidade do cômputo de tempo de serviço e contribuições posteriores à primeira aposentadoria para a concessão de nova jubilação além de eventual necessidade ou não da devolução dos valores recebidos a título do benefício que se quer cancelar.

3. DA RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E DO MÉRITO DISCUTIDO

3.1 DO DIREITO À APOSENTADORIA – DEFINIÇÕES

A aposentadoria é um direito garantido a todo trabalhador pela Constituição Federal:

> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIV – aposentadoria;

Tal direito é mais uma vez tratado em nossa Carta Magna no artigo 201 que define princípios e parâmetros para o Regime Geral de Previdência Social, cujos benefícios foram estabelecidos na Lei 8.213/91. Para os Regimes Próprios temos os parâmetros criados pelo art.40 e para a Previdência Complementar os detalhes trazidos no art. 202 ambos da CF/88

Segundo Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2006, p. 543), **aposentadoria é**:

> A prestação por excelência da Previdência Social, juntamente com a pensão por morte. Ambas substituem, em caráter permanente (ou pelo menos duradouro), os rendimentos do segurado e asseguram sua subsistência e daqueles que dele dependem.

Já Marcelo Tavares (2002, p.87) considera os benefícios previdenciários, neles incluídos as aposentadorias como:

> **Prestações pecuniárias, devidas pelo Regime Geral de Previdência Social aos segurados, destinadas a prover-lhes a subsistência**, nas eventualidades que os impossibilite de, por seu esforço, auferir recursos para isto, ou a reforçar-lhes aos ganhos para enfrentar os encargos de família, ou amparar, em caso de morte ou prisão, os que dele dependiam economicamente.

A aposentadoria é, portanto, um direito social dos trabalhadores, com caráter patrimonial e pecuniário, personalíssimo e individual, com característica de seguro social. Vejamos o comentário de Celso Barros Leite (1993, p. 14/15):

> Embora se trate de poupança coletiva, a base está na participação individual. É a união que faz a força, mas na realidade cada um de nós está cuidando de si mesmo e só depende dos outros na medida que os outros dependem de nós (...) **Falando em termos mais técnicos a previdência é um seguro obrigatório.**

Vale lembrar ainda que as aposentadorias são concedidas mediante o requerimento do segurado do sistema, sendo exceção as eventualmente concedidas de ofício, que ocorrem nos Regimes Próprios de Previdência Social.

Normalmente é a partir do requerimento pelo segurado ao órgão gestor do Regime à que está filiado que se inicia o procedimento de concessão, sendo feita a análise do cumprimento dos requisitos necessários ao benefício, e caso deferido o pedido, emitir-se-á o ato administrativo de concessão, ato este vinculado por parte da Administração Pública.

Se regularmente concedida a aposentadoria, ela nasceria com o ato de aposentação e acabaria com a desaposentação (se considerarmos possível a mesma) ou com a morte do segurado.

Wladimir Novaes Martinez (2011, p. 946/947) destaca ainda que a Carta Magna assegura o direito do trabalhador de permanecer prestando serviço caso a aposentadoria se dê no Regime Geral de Previdência Social, mesmo após a aposentação.

Somente nos Regimes Próprios dos servidores públicos é que a inatividade significa o encerramento de prestação de serviço para o empregador. Mas nada impede, entretanto, que o servidor, ao se aposentar no regime próprio, passe a exercer atividade remunerada na iniciativa privada, dentro dos limites disciplinares de sua função anterior.

3.2 DA RENÚNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

Como a desaposentação consiste no ato de renúncia à aposentadoria com posterior concessão de novo benefício, consideramos importante o esclarecimento a respeito do instituto da renúncia do direito brasileiro.

A renúncia é um instituto de natureza eminentemente civil, de direito privado. Apenas direitos de natureza civil são passíveis de renúncia, ante o caráter pessoal e, sobretudo, disponível destes direitos, ao contrário dos direitos públicos e dos de ordem pública.

Os direitos de ordem privada têm como interessados e destinatários o indivíduo ou os indivíduos envolvidos na relação, tendo assim caráter eminentemente pessoal e, portanto, comportariam a possibilidade de desistência por seus titulares.

A renúncia passa a ser então uma das formas de extinção de direitos, sem que haja, contudo transferência do mesmo a outro titular.

Roseval Rodrigues da Cunha Filho (2003, p. 782/783) conceitua **renúncia** como:

> O abandono ou a desistência do direito que se tem sobre alguma coisa. Nesta razão, a renúncia importa sempre num abandono ou numa

> desistência voluntária pela qual o titular de um direito deixa de usá-lo ou anuncia que não o que utilizar.

Já Maria Helena Diniz DINIZ (1998, p. 36) define renúncia como:

Desistência de algum direito. Ato voluntário pelo qual alguém abre mão de alguma coisa ou direito próprio. Perda voluntária de um bem ou direito.

A renúncia típica ou própria constitui-se de ato explícito e voluntário de não exercício ou abandono de um direito sem que se opere a transferência do mesmo a outrem.

Importante destacar a ressalva que alguns doutrinadores fazem com relação à renúncia em favor de outrem. No caso, muitos consideram que a mesma não se configuraria propriamente em renúncia, mas sim numa transferência de direito, ou até alienação, posto que tal depende do consentimento do destinatário.

Outro ponto importante trazido pela doutrina é a diferenciação entre o abandono e a renúncia. O abandono compõe-se do ato de abandonar a coisa e com o evidente propósito de abandonar, sendo este segundo aspecto de caráter subjetivo. Em tal ato o adquirente da coisa não tem relação jurídica com aquele que a abandonou, tratando-se de aquisição originária, como exemplo, o usucapião.

Assim, pode-se conceituar renúncia como ato unilateral do agente, e assim independe da vontade ou deferimento de outrem, consistente no abandono voluntário de um direito ou de seu exercício, é ato, portanto, que independe da aquiescência de outrem. (CUNHA FILHO, 2003, p.782/783)

No âmbito do direito administrativo é interessante destacarmos que:

> Renúncia é ato administrativo unilateral, discricionário, pelo qual se abdica de um direito. Constitui modo de extinção de direito. E ato puro e simples, por isso não admite condição e é irreversível, uma vez consumado. (MELLO, 1979, p. 565).

Sendo assim, a Administração Pública não pode impedir o segurado de promover a renúncia de seu direito patrimonial disponível, tendo em vista do ato eficaz e exequível. Neste sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO DE RENÚNCIA. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO PARA NOVA APOSENTADORIA.
> 1. Não compete ao relator determinar o sobrestamento de recurso especial em virtude do reconhecimento de repercussão geral da matéria pelo Supremo Tribunal Federal, tratando-se de providência a ser avaliada quando do exame de eventual recurso extraordinário a ser interposto, nos termos previstos no artigo 543-B do Código de Processo Civil.
> 2. O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de se admitir a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário que se encontra o segurado.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AGRESP 201000975090**.** Relator: Des. Haroldo Rodrigues. DJE 11 out 2010. Rio de Janeiro, vol. 36, pág. 113).

Quando o ato administrativo eficaz “é desconstituído pela renúncia não significa a invalidade do ato ou sua revogação, mas tão somente os efeitos por ele produzidos” (LADENTHIN; MASOTTI, 2010. p. 65).

No caso da desaposentação, os efeitos da renúncia são *ex nunc* (não retroagem), pois não há como dizer que as prestações recebidas pelo segurado tenham sido indevidas, pois o ato administrativo que concedeu o benefício não deixou de ser eficaz pela renúncia. Neste sentido se posiciona o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA. DIREITO À RENÚNCIA. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO DE TEMPO DE SERVIÇO. CONTAGEM RECÍPROCA. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS RECEBIDAS.
> 1. A aposentadoria é direito patrimonial disponível, passível de renúncia, portanto.

> 2. A abdicação do benefício não atinge o tempo de contribuição. Estando cancelada a aposentadoria no regime geral, tem a pessoa o direito de ver computado, no serviço público, o respectivo tempo de contribuição na atividade privada.
> 3. No caso, não se cogita a cumulação de benefícios, mas o fim de uma aposentadoria e o consequente início de outra.
> 4. O ato de renunciar a aposentadoria tem efeito *ex nunc* e não gera o dever de devolver valores, pois, enquanto perdurou a aposentadoria pelo regime geral, os pagamentos, de natureza alimentar, eram indiscutivelmente devidos. (STJ, REsp 692.628/DF, Rel. Ministro NILSON NAVES, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2005, DJ 05/09/2005, p. 515).

No mesmo diapasão, também é o preconizado pelo doutrinador Wladimir Novaes Martinez (MARTINEZ, 2010. p. 43):

> a renúncia não põe fim ao direito à prestação, apenas suspende o seu exercício como direito. Ela continuará produzindo efeitos jurídicos (que é exatamente o que deseja o titular), entre os quais o seu arrependimento. Não se pode ajuizar que a renúncia destrói esse direito, apenas suspende o seu exercício; quando desaposentado porta o tempo de serviço para outro regime e o direito a esse tempo está Certidão de Tempo de Contribuição.

Desta forma, de acordo com o pensamento preconizado acima, entende-se que a renúncia a aposentadoria não prejudicará o direito à prestação da benesse, uma vez que tal ato apenas sobresteja o seu exercício.

Define-se, portanto, que a renúncia é ato vinculado para a administração pública, originado do possuidor do direito, eminentemente voluntário e unilateral, através do qual alguém abandona ou abre mão de um direito já em exercício e incorporado ao seu patrimônio jurídico.

Cabe-nos agora analisar se a desistência da aposentadoria seria então uma renúncia ao direito e se ela seria permitida no direito brasileiro. A definição do direito à aposentadoria como direito público ou privado é ponto marcante na discussão quanto à possibilidade ou não da desaposentação. Vejamos o próximo tópico:

3.3 DO DIREITO À DESAPOSENTAÇÃO NO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

3.3.1 DEFINIÇÃO DO INSTITUTO DA DESAPOSENTAÇÃO

Como visto, a aposentadoria constitui direito personalíssimo na forma de prestação. Uma característica dessa prestação é que a mesma não admite transação ou transferência a terceiros. O que não significa que a aposentadoria seja um direito indisponível para seu titular, o segurado.

Roberto Luis Luchi Demo (2002, p. 887) explica:

> A aposentadoria, a par de ser direito personalíssimo (não admitindo, só por isso, a transação quanto a esse direito, v. g., transferindo a qualidade de aposentado a outrem) é ontologicamente direito disponível, por isso que direito subjetivo e patrimonial decorrente da relação jurídico-previdenciária.

Ao entramos na ceara do instituto da desaposentação, temos que ela seria a desistência mediante renúncia expressa do segurado à aposentadoria já concedida visando um segundo benefício, novo e de maior valor, que levará em consideração contribuições vertidas depois da concessão do primeiro benefício.

O termo desaposentação foi criado por Wladimir Novaes Martinez (1988, p. 188) com a seguinte definição:

> Desaposentação é o ato administrativo formal vinculado, provocado pelo interessado no desfazimento da manutenção, que compreende a desistência com declaração oficial desconstitutiva.

Fábio Zambitte Ibrahim (2011, p. 35) conceitua a desaposentação como sendo a "*possibilidade de o segurado renunciar à aposentadoria com o propósito de obter benefício mais vantajoso, no Regime Geral da Previdência Social,*

mediante a utilização de seu tempo de contribuição, com o objetivo de melhoria do status financeiro do aposentado".

Já de acordo com Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2006. p. 509):

> A desaposentação é o direito do segurado ao retorno à atividade remunerada, com o desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário.

Na Carta Magna não há qualquer vedação à desaposentação. Na legislação específica da Previdência Social tampouco existe dispositivo legal proibitivo da renúncia aos direitos previdenciários.

Existe apenas um ditame no Decreto regulamentador (3.048/99), que se pode afirmar inconstitucional, posto que limitando exercício de direito quando a lei não o fez.

Entretanto, os opositores da desaposentação defendem o caráter indisponível e irreversível da aposentadoria, conforme disposto no artigo 181-B do Decreto n. 3.048/99. Vejamos:

> Art.181-B. As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis. (Artigo acrescentado pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/99)
> Parágrafo único. O segurado pode desistir do seu pedido de aposentadoria desde que manifeste essa intenção e requeira o arquivamento definitivo do pedido antes do recebimento do primeiro pagamento do benefício, ou de sacar o respectivo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou Programa de Integração Social, ou até trinta dias da data do processamento do benefício, prevalecendo o que ocorrer primeiro. Acrescentado pelo Decreto nº 4.729, de 9/06/2003)

É patente que um Decreto, como norma subsidiária que é, não pode restringir a aquisição de um direito do aposentado, prejudicando-o, quando a lei

quedou-se omissa. Não podem prosperar os argumentos de irrenunciabilidade e irreversibilidade da aposentadoria, que constituem garantias em favor do segurado, quando da pretensão de tolhimento do benefício pelo concessor, não cabendo sua utilização em desfavor do aposentado, quando este optar pela desaposentação.

Mas cabe destacar que a desaposentação é muito mais fruto da construção doutrinária e jurisprudencial do que propriamente retirada do texto legal.

O que existe no sistema previdenciário brasileiro é a ausência de norma proibitiva, um *vacuum legis*, tanto no tocante à desaposentação quanto no tocante à nova contagem do tempo referente ao período utilizado na aposentadoria renunciada.

No caso, por ausência de expressa proibição legal, subsiste a permissão, portanto, ao particular segurado de renunciar o benefício, posto que **a limitação da liberdade individual deve ser tratada explicitamente, não podendo ser reduzida ou diminuída por omissão**.

No entanto, o INSS bem como os opositores da desaposentação costumam destacar o princípio da legalidade de observância obrigatória para a administração pública, nos termos do artigo 37, *caput* da CF/88 para impedir o deferimento do instituto. Sob esse enfoque, a ausência de previsibilidade legal para o procedimento de desaposentação e suas implicações no sistema de seguridade seria impeditivo da concessão do requerimento por parte da Autarquia na via administrativa.

Defende-se então que a Administração Pública estaria impedida de conceder a desaposentação por ausência de previsão legal.

Aí se cria um impasse: uns defendem que no tocante ao segurado a desaposentação seria possível porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Já outros defendem que a Administração pública somente pode conceder aquilo que a lei prevê. Logo, pela ausência de previsão, não haveria que se falar em direito a desaposentação. Até porque, assim como a concessão do benefício, a desaposentação também seria um ato vinculado feito pela Autarquia Previdenciária mas não previsto em lei portanto impossível.

Entretanto, para ponderar o defendido pela corrente, devemos analisar no enfoque: direito particular *versus* direito público ou da administração pública.

Em no nosso entender, mais uma vez sai vitoriosa a interpretação que a liberdade individual se sobrepõe ao direito da administração.

Portanto, a liberdade concedida e garantida constitucionalmente de que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei é mais consistente do que o dever da administração de somente fazer aquilo que a lei permite ou determina.

No caso, até se entende que, *interna corpus,* exista o impedimento da autarquia previdenciária de criar um procedimento para a desaposentação em virtude da ausência da previsão legal. Isso até se admite no âmbito administrativo. Agora, discutir esse enfoque de forma a justificar a impossibilidade de deferimento, ainda que judicial, nos parece absurda.

Alguns princípios basilares do Estado brasileiro também coadunam com o instituto da desaposentação. Vejamos a definição de Hamilton Antônio Coelho (1999. p.1130-1134):

> A contagem do tempo de serviço vinculado à antiga aposentadoria para fins de averbação em outra atividade profissional ou mesmo **para dar suporte a uma nova e mais benéfica jubilação**.

Devemos esclarecer, entretanto, que a desaposentação não se confunde com a anulação ou revogação do ato administrativo da jubilação, que pode ocorrer por iniciativa do INSS, motivada por ilegalidade ou irregularidade na concessão.

O objetivo principal da Desaposentação é possibilitar a aquisição de benefícios mais vantajosos no mesmo ou em outro regime previdenciário.

Isso acontece pela continuidade laborativa do segurado aposentado que, em virtude das contribuições vertidas depois da aposentação, pretende obter novo benefício em condições melhores, em função do novo tempo e dos novos valores contribuídos.

Não se trata, portanto de tentativa de cumulação de benefícios, mas sim do cancelamento de uma aposentadoria e o posterior início de outra.

A nova aposentadoria poderia, inclusive, não ser imediata, entretanto, esse não tem sido o caso mais comum de pleito pelos segurados.

Passemos então a análise de outros temas pertinentes a desaposentação.

3.3.2 DESNECESSIDADE DE ANUÊNCIA DO ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ENVOLVIDO (INSS)

No caso em tela, deve se analisar que na desaposentação é o direito do segurado à renúncia e obrigação da aceitação desta como ato vinculado por parte da administração pública.

Sustentar posição contrária seria entender que a renúncia do benefício não poderia ser configurada como a renúncia cível posto que dependeria da concordância da Administração (órgão pagador e gestor do benefício), excluindo-se assim a necessária unilateralidade do instituto.

Nesse sentido, devemos lembrar que restando pacificado o entendimento da disponibilidade do direito a aposentadoria não haveria que se falar na impossibilidade de renúncia.

E assim, a anuência do poder ou órgão gestor deveria ser automática. Isso porque, como vimos anteriormente, a aposentadoria, apesar de influir no direito da coletividade (fundo previdenciário do regime geral, caráter solidário do sistema) é um direito eminentemente pessoal e individual, sendo intransferível.

Portanto, se adotarmos tal entendimento, a Autarquia poderia apenas criar requisitos para a anuência da desaposentação, como, por exemplo a devolução dos valores, desde que prevista a necessidade em lei.

Entretanto, não haveria que se falar na primazia do interesse público, até porque não nos parece lógico pensar que o interesse público (no caso, da continuidade da aposentadoria) poderia se sobrepor ao do indivíduo (que seria o da desaposentação).

Não se pode, portanto, obrigar alguém a continuar aposentado, da mesma forma que não se poderia obrigá-lo a continuar trabalhando uma vez implementadas as condições para a concessão de uma aposentadoria.

Por óbvio que na desaposentação o direito individual se sobrepõe ao público, ainda que subsistam lado a lado.

Assim, deve-se concluir que o aceite a renúncia para a desaposentação deve ser ato vinculado da Administração, portanto a ser praticado sem margem para a subjetividade na apreciação do direito.

3.3.3 CONTAGEM DE TEMPO EM DIFERENTES REGIMES E DESAPOSENTAÇÃO

Outro ponto a se destacar quando tratamos de desaposentação é que a hipótese de renúncia de um benefício no Regime Geral para a utilização do tempo no Regime Próprio, caso em que a diferença entre o benefício antigo e o novo costuma ser mais alta.

Apenas a título de esclarecimento, destacamos que existem atualmente no Brasil alguns tipos diferentes de Regimes Previdenciários: Regime Geral (INSS), Regimes Próprios (servidores públicos) e Regimes de Previdência Complementar (que podem ser privados ou públicos).

O transporte de tempo entre regimes só é possível quando tratamos de Regimes Próprios e Regime Geral. Essa hipótese de mudança de regime previdenciário, isto é, migrar tempo entre regimes distintos, existe no instituto da contagem recíproca, previsto constitucionalmente no art. 201, § 9°, CF/88.

O objetivo dessa transferência de tempo é possibilitar a implementação dos requisitos legais para a concessão do benefício de aposentadoria em outro regime previdenciário, ao qual o segurado esteja devidamente vinculado na ocasião do requerimento do benefício.

Para a comprovação do tempo de um regime previdenciário em outro se utiliza a certidão de tempo de contribuição (CTC), emitida pelo regime de origem com os dados do tempo contribuído e dos valores vertidos pelo segurado, para possibilitar a concessão do benefício.

Quando tratamos do instituto da contagem recíproca para fins de Desaposentação encontramos algumas poucas discordâncias a respeito da possibilidade do aproveitamento do tempo.

Não obstante o confronto de opiniões, deve-se enfatizar que predomina, notadamente, a concepção mais abrangente, que considera o instituto da

desaposentação como cabível tanto na hipótese em que o aproveitamento do tempo de contribuição se dê no mesmo regime previdenciário, quanto em um outro regime, admitindo assim o referido instituto em ambas as situações.

Marina Vasques Duarte (2003, p. 91-92) adota tal posicionamento ao explicar que tanto quando se tratar de renúncia dentro do mesmo regime quanto entre regimes distintos não subsiste razão para a diferenciação, já que o órgão de origem deverá compensar sempre o órgão concessor, a teor do que determina a Lei n.º 9.796/99.

Além disso, tanto doutrina quando a jurisprudência se pacificou o entendimento de que a aposentadoria é direito patrimonial disponível. É, portanto, o benefício previdenciário, passível de renúncia ou desistência para eventual obtenção de certidão de tempo de contribuição para a contagem em outro regime previdenciário.

Não haveria, caso se entenda possível a desaposentação, a possibilidade constitucional de diferenciação entre a contagem no mesmo regime ou em regime diferente.

Diante do exposto, a dúvida que permanece é no tocante a necessidade de devolução dos valores recebidos a título do primeiro benefício, que se quer ver cancelado.

3.3.4 DA IRREPETIBILIDADE DE VALORES RECEBIDOS A TÍTULO DO BENEFÍCIO QUE SE QUER CANCELAR

Resumimos o visto até aqui: a aposentadoria é direito disponível e, portanto, passível de renúncia. Tal renúncia poderia se pura ou para fins de desaposentação, instituto possível no direito brasileiro. A matéria que ainda permanece controvertida é a necessidade de devolução dos valores recebidos a título de aposentadoria para que o tempo possa ser reutilizado para a concessão de novo jubilamento.

Por isso alguns julgadores e doutrinadores diferenciam a desaposentação da simples renúncia da aposentadora. Nessa diferenciação, a renúncia que seria aquele na qual o aposentado não ressarce os cofres públicos, mas também não manteria o direito de utilizar o tempo já considerado.

Existem, portanto, mesmo entre os autores que defendem a possibilidade de desaposentação, aqueles que acreditam ser necessária a devolução dos valores ao erário para que o tempo possa ser contato para nova aposentadoria.

Nesse caso, os opositores da desaposentação alegam o enriquecimento ilícito do segurado bem como o ferimento ao princípio da isonomia.

Entretanto, mais volumosa é a corrente que defende a desnecessidade de devolução de valores. Isso porque as verbas recebidas a titulo de aposentadoria têm natureza alimentar, o que impossibilita a devolução das parcelas recebidas. Tal entendimento é pacífico, ficando, portanto, a verba protegida pelo PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE OU DA NÃO DEVOLUÇÃO DOS ALIMENTOS. Esse posicionamento é adotado pelos tribunais pátrios, em especial o STJ. Vejamos:

> Uma vez reconhecida a natureza alimentar dos benefícios previdenciários é inadmissível a pretensão de restituição dos valores pagos aos segurados, em razão do princípio da irrepetibilidade ou da não-devolução dos alimentos.
> É indevida a restituição dos valores recebidos a título de conversão da renda mensal do benefício previdenciário em URV por se tratar de benefício previdenciário, que tem natureza alimentar.
> Inadmissível o pleito de restituição dos valores pagos aos segurados por força da decisão rescindida, em razão do reconhecimento da natureza alimentar dos benefícios previdenciários. **INCIDE, À ESPÉCIE, O PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS.** Precedentes.

A propósito do tema, elucidou o nobre Jurista PONTES DE MIRANDA (2000, p.288) que “os alimentos recebidos não se restituem, ainda que o alimentário venha decair da ação na mesma instancia ou em grau de recurso”.

E nesse ponto, se não é exigível do segurado a devolução das verbas por seu caráter alimentar, não haveria que se falar em enriquecimento ilícito. Até porque o recebimento das verbas não foi indevido ou ilícito, as mesmas restaram “consumidas” e não é cabível a devolução pelo segurado.

Vale lembrar que a aposentadoria se destina a prover a subsistência do aposentado substituindo a renda do trabalhador.

Assim, a análise da devolução dos valores não é simples, como querem fazer parecer alguns julgadores. E tampouco estaria atrelada a possibilidade de utilização do tempo com a devolução dos valores recebidos. Isso porque, não se podem considerar indevidos os vencimentos pagos pelo INSS à época da aposentadoria, tampouco, pelo caráter alimentar, pode ser considerada válida a vinculação da nova utilização do tempo com a devolução das verbas recebidas.

4 DESAPOSENTAÇÃO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Nota-se, portanto, a relevância da análise legal e jurisprudencial no tocante ao instituto da desaposentação do caso em tela. Restou estabelecido o caráter alimentar do benefício previdenciário assim como sua irrepetibilidade de valores recebidos no tocante ao benefício que se quer cancelar.

Entretanto, nessa análise merece enfoque o princípio da isonomia, senão vejamos.

O direito a tratamento isonômico está diretamente ligado a análise da desaposentação, principalmente no tocante a necessidade ou desnecessidade da devolução dos valores recebidos a título do benefício que se quer cancelar.

Nesse enfoque, temos que estabelecer algumas comparações. Vejamos os casos em que o segurado recebe indevidamente um benefício, quando há erro do INSS e o benefício é concedido e depois cancelado.

Nesses casos já é pacífico o entendimento dessa corte de que o INSS não pode cobrar o valor do benefício recebido pelo segurado, por tratar-se de benefício recebido de boa-fé (nos casos de má-fé é possível a cobrança) e por ter o benefício caráter alimentar, portanto sendo irrepetível. Vejamos:

> “O julgamento pela ilegalidade do pagamento do benefício previdenciário não importa na obrigatoriedade da devolução das importâncias recebidas de boa-fé.” (AI 746.442-AgR, Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25-8-2009, Primeira Turma, DJE de 23-10-2009.)

No mesmo sentido foi a solução dada pelo **Ministro Luiz Fux** no AI 808.263, na decisão publicado no DJe de 16.09.2011, assim ementado, *verbis:*

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO A MAIOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE PELO SEGURADO AO INSS. ART. 115 DA LEI 8.213/91. IMPOSSILIDADE. BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONA.

E ainda:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO A MAIOR. REPETIÇÃO. IMPOSSILIDADE. BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA.
> **1**. O benefício previdenciário pago a maior, porém recebido de boa-fé pelo segurado, não está sujeito a repetição de indébito, dado o seu caráter alimentar. Precedente: Rcl. 6944, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje de 13/08/10.
> **2**. Agravo desprovido. (AI 808263, DJ 16/09/2011, Rel. MIN. LUIZ FUX)

Em decisão monocrática o Ministro Fux assim decidiu:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. PAGAMENTO A MAIOR. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSSILIDADE. BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA. NEGATIVA DE SEGUIMENTO.
> 3. O benefício previdenciário pago a maior, porém recebido de boa-fé pelo segurado, não está sujeito a repetição de indébito, dado o seu caráter alimentar. Precedentes: Rcl. 6944, Plenário, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje de 13/08/10, e AI n. 808.263-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 16.09.2011. (STF, ARE 722408 / MG - MINAS GERAIS, RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Julgamento: 14/06/2013).

Nesse diapasão, o Digníssimo Presidente desta Corte, **Ministro Joaquim Barbosa,** também já se manifestou em decisão monocrática:

> PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REVISÃO DE BENEFÍCIO. VALOR DA RENDA MENSAL INICIAL. ERRO ADMINISTRATIVO. DESCONTO DOS valores PAGOS INDEVIDAMENTE. REPETIÇÃO DE valores RECEBIDOS DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. Apesar de não ser ignorado que a Administração pode e deve rever os atos, se eivados de ilegalidade, também não pode ser ignorada a segurança jurídica que deve escudar aqueles mesmos atos, em especial se o segurado percebe de boa-fé, benefício em valor superior ao devido, como decorrência de erro administrativo devidamente reconhecido nos autos.
> **2. INCABÍVEL, PORTANTO, A DEVOLUÇÃO DE EVENTUAIS VALORES PERCEBIDOS PELO SEGURADO EM DECORRÊNCIA DE ERRO ADMINISTRATIVO, PORQUANTO TRATA-SE DE QUANTIA RECEBIDA DE BOA-FÉ.** E, como vem reconhecendo os Egrégios Tribunais Pátrios, as prestações alimentícias, onde incluídos os benefícios previdenciários se percebidas de boa-fé, não estão sujeitas a repetição. (…) Do exposto, nego seguimento ao agravo. Publique-se. Brasília, 28 de fevereiro de 2012. (AI 792906, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 28/02/2012, publicado em DJe-045 DIVULG 02/03/2012 PUBLIC 05/03/2012)

Também em decisão democrática se manifestou o Excelentíssimo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, no AR 2003 / RS, Julgamento: 17/04/2013

> “(...)Quanto ao pedido de restituição da importância recebida pela ré de forma indevida, verifica-se a sua total improcedência.
> Esta Corte possui entendimento consolidado no sentido de que a restituição à Administração Pública de valores indevidamente recebidos depende da comprovação da má-fé da parte beneficiária.
> Nesse sentido, cito os seguintes precedentes, entre outros: MS 26.085/DF e AI 746.442 – AgR/RS, Rel. Min. Carmén Lúcia.
> Ressalto, ainda, que, tratando-se de questão já pacificada no Supremo Tribunal Federal, é possível que a decisão seja prolatada monocraticamente, conforme deliberou esta Corte no julgamento da AR 1.409/SC, Rel. Min. Ellen Gracie”.

Vale ressaltar que o mesmo entendimento se repete nos casos em que o pagamento indevido se dá em razão de tutela antecipada, por exemplo, que posteriormente é cancela por improcedência do pedido.

Nessas hipóteses o INSS também não tem o direito de cobrança dos valores pagos, tendo em vista que o benefício foi recebido de boa-fé.

Observa-se a jurisprudência RE 597467, DJ 14/06/2011, **da relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI**, que se reporta ao julgamento unânime, pelo Plenário do STF, da Reclamação 6944-DF, **REL. MIN. CARMEN LÚCIA**, que entendeu que a não aplicação do dispositivo contido no art. 115, II, da Lei 8.213/91, não violaria a Súmula Vinculante 10 do STF (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).

O mesmo se entendendo tocante a servidores públicos que recebam benefício por erro da administração pública, senão vejamos:

> MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE CONSIDEROU ILEGAL APOSENTADORIA E DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DE VALORES. ACUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS DE PROFESSOR. AUSÊNCIA DE COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. UTILIZAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA OBTENÇÃO DE VANTAGENS EM DUPLICIDADE (ARTS. 62 E 193 DA LEI N. 8.112/90). MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. DESNECESSIDADE DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES PERCEBIDOS. INOCORRÊNCIA DE DESRESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AO DIREITO ADQUIRIDO.
> 3. O reconhecimento da ilegalidade da cumulação de vantagens não determina, automaticamente, a restituição ao erário dos valores recebidos, salvo se comprovada a má-fé do servidor, o que não foi demonstrado nos autos.
> **(...)6.** Segurança parcialmente concedida. (MS26.085, Rel. Min. Carmen Lúcia, DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 13/06/2008)

E ainda:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. VIOLAÇÃO AO ART. 46 DA LEI Nº 8.112/90. INEXISTÊNCIA DE COMANDO CAPAZ DE ALTERAR O ACÓRDÃO RECORRIDO.
> 1. É descabida a devolução de valores indevidamente recebidos pelos servidores em face de errônea interpretação ou má aplicação da lei pela Administração Pública, desde que constatada a boa-fé do beneficiário. 2. É cabível o desconto em folha dos valores indevidamente recebidos pelo servidor, quando não se tratar de errônea interpretação ou má aplicação da lei, mas sim de erro da Administração, consubstanciado no pagamento em Gratificação de Atividade Executiva, em duplicidade nos meses de setembro e outubro de 2005, voltando à normalidade em novembro. 3. A controvérsia sobre a devolução de valores pagos em duplicidade, por erro da administração, calcada no artigo 46 da Lei 8.112/90 é matéria de índole infraconstitucional, por isso que eventual ofensa à Constituição opera-se de forma indireta, circunstância que inviabiliza a admissão do recurso extraordinário.

Nesse mesmo sentido: AI 662.168/RJ, rel. Min. Joaquim Barbosa, Dje 23.11.2010 e o RE 567.681-AgR/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, Dje 08.05.2009.

Logo, considerando que:

- se o servidor público, caso receba de boa-fé mas **INDEVIDAMENTE** um valor a título de remuneração ou benefício, por errônea interpretação legal, não precisa devolver,

- se o segurado do INSS que receba de boa-fé mas **INDEVIDAMENTE** um benefício seja por ordem judicial seja por erro do INSS na concessão, não precisa devolver o valor recebido,

Como se pode considerar necessário de devolução o valor recebido pelo aposentado, **DEVIDAMENTE**, nos casos em que ele deseja desaposentar?

A diferença de tratamento é tamanha que sem dúvida fere o direito à isonomia do segurado que pretende a desaposentação.

Isso porque, de todos os casos acima apresentados, o aposentado que quer desaposentar é o único que recebeu o benefício por aquisição do direito e não por erro ou decisão precária.

Portanto, seria aquele que mais detém o direito a manter o valor recebido, isso sem nem adentrarmos de forma significativa o caráter alimentar do benefício previdenciário.

Assim, se levarmos em consideração o princípio da isonomia, temos que concluir, sempre, pela irrepetibilidade dos valores recebidos a título do primeiro benefício, que se quer cancelar para a concessão do novo.

5 CONCLUSÃO

Não restam dúvidas, portanto, quanto ao direito da parte autora, essa pode renunciar a sua aposentadoria, fazendo uso do instituto da desaposentação.

Encontra-se fundamento doutrinário, jurisprudencial e legal (permissiva omissiva), além de uma expectativa de fundamento legal (projeto de lei), tudo a respaldar o direito de renúncia à aposentadoria para a desaposentação e o consequente direito de aproveitamento do tempo de serviço que tenha dado origem ao benefício para efeitos de nova jubilação.

No tocante a permissão legal, a ausência de impedimento expresso, no presente caso, deve ser interpretada de forma a permitir a desaposentação.

O maior problema para a instrumentalização da desaposentação nos aprece a necessidade ou não de devolução dos valores recebidos a título da aposentadoria que se vai renunciar.

Nesse enfoque, sugere-se uma análise sistemática e constitucional do problema, em especial com enfoque no princípio da isonomia de tratamento para os demais casos de cancelamento de benefícios ou recebimentos de valores de aposentadoria que posteriormente interrompa ou reduza.

Ressalta-se para comparação o caso do servidor público que recebe indevidamente um valor a título de benefício ou remuneração, por erro da administração, que não precisa devolver os valores recebidos. Temos também como comparativo o caso do segurado do INSS que recebe indevidamente um benefício seja por ordem judicial seja por erro do INSS na concessão, e que não precisa devolver o valor recebido.

Tais interpretações já sedimentadas na doutrina e na jurisprudência devem ser levadas em consideração nos casos de julgamentos da desaposentação.

Isso porque, de todos os casos sugeridos, o aposentado que quer trocar o benefício é o único que o recebeu devidamente e por aquisição de direito e não por erro ou ordem judicial precária.

Portanto, seria aquele que mais detém o direito a não ter que devolver os valores recebidos a título de benefício.

Caso se considere devida a devolução nessa hipótese, entende-se que deve ser revisto todo o posicionamento no tocante a verbas alimentares e sua irrepetibilidade, não apenas de benefícios previdenciários, mas também de salários e remunerações em geral.

Por fim, com relação ao equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, cabe lembrar a colocação do Jurista Wladimir Novaes Filho, Procurador do Estado de São Paulo e Graduando em atuária:

> O aumento no tempo de contribuição e a diminuição da expectativa de vida podem, no caso concreto, garantir o equilíbrio atuarial do sistema. Isso porque, devemos lembrar que uma aposentadoria concedida mais tarde significará um pagamento por menos tempo, o que acabará se equilibrando com um aumento de valor do benefício. Sem falarmos nas parcelas vertidas ao regime após a primeira aposentadoria.

Outro ponto importante a ser destacado é que a legislação previdenciária tem sofrido inúmeras modificações tanto para o regime geral quanto para o regime próprio, que acabaram por transformar de forma marcante o cálculo de renda mensal dos benefícios previdenciários.

Atualmente, nem sempre um benefício com mais tempo de contribuição resultará num valor de renda mensal maior. Assim, a análise sobre a benesse da desaposentação deve ser feita caso a caso, já que ainda que legalmente cabível, pode ser mais vantajoso ao segurado permanecer aposentado pelas regras anteriores.

Desta forma, ainda que reste comprovado o direito do autor que continuou a contribuir e optou pela desaposentação visando um aumento de seu benefício, a análise deve ser cuidadosa de forma a prever as modificações legais que poderão afetar o valor final desse novo benefício.

6. DA OPORTUNIDADE PROCEDIMENTAL DA PRESENTE INTERVENÇÃO

A admissão do amicus curiae pode ocorrer em qualquer fase do procedimento, desde que seja antes dos autos serem liberados para julgamento conforme precedentes do STF (ADI 4067/DF e ADI 4071/DF).

O presente feito ainda não foi encaminhado para a pauta de julgamento, razão pela qual o momento processual ainda admite a intervenção ora pleiteada.

Assim, não há como deixar de reconhecer o interesse institucional do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário para pleitear sua intervenção no presente Recurso Extraordinário como amicus curiae, com o objetivo de enriquecer o debate desta relevante questão de ordem pública.

7. PEDIDOS

Ex positis, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP requer:

a) sua admissão na figura de amicus curiae no presente RE nº 661.256/ SC, nos termos do art. 543-A, §6º, do CPC e do art. 323, §3ºº, do RISTF;

b) seja julgado improcedente o Recurso Extraordinário nº 661.256/ SC para declarar que a desaposentação é possível no direito previdenciário brasileiro, bem como a mesma dispensa a necessidade de devolução dos valores recebidos a título do benefício que ser quer cancelar, tendo em vista a irrepetibilidade dos valores alimentares bem como o recebimento de boa-fé e o evento ex nunc da decisão proferida no tocante a troca de benefícios;

c) na hipótese de ser designada uma breve instrução processual, requer seja habilitado a acompanhar o feito, proceder as manifestações e apresentar documentos que se façam necessário ao justo deslinde da questão;

d) seja admitido a proceder a sustentação oral na sessão de julgamento do presente RE, nos termos do art. 131, §2º, do RISTF, mediante a intimação do subscritor desta peça para tal finalidade.

Pede deferimento.

Florianópolis, 24 de julho de 2013.

GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN - OAB/SC 18.200

1.6.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO - 27/10/2016

EMENTA

Constitucional. Previdenciário. Parágrafo 2º do art. 18 da Lei 8.213/91. Desaposentação. Renúncia a anterior benefício de aposentadoria. Utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária. Obtenção de benefício mais vantajoso. Julgamento em conjunto dos RE nºs 661.256/sc (em que reconhecida a repercussão geral) e 827.833/sc. Recursos extraordinários providos. 1. Nos RE nºs 661.256 e 827.833, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, interpostos pelo INSS e pela União, pugna-se pela reforma dos julgados dos Tribunais de origem, que reconheceram o direito de segurados à renúncia à aposentadoria, para, aproveitando-se das contribuições vertidas após a concessão desse benefício pelo RGPS, obter junto ao INSS regime de benefício posterior, mais vantajoso. 2. A Constituição de 1988 desenhou um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo. inexistindo inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91, a qual veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional. 3. Fixada a seguinte tese de repercussão geral no RE nº 661.256/SC: "[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8213/91". 4. Providos ambos os recursos extraordinários (RE nºs 661.256/SC e 827.833/SC).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, apreciando o tema 503 da repercussão geral, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso extraordinário. O Tribunal fixou tese nos seguintes termos: "[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91".

Brasília, 27 de outubro de 2016.

MINISTRO DIAS TOFFOLI - Relator p/o acórdão

1.6.5. EMBARGOS – 03/10/2017

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 661.256 - SC DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, já devidamente qualificado no presente RE na condição de ***AMICUS CURIAE***, vem propor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO com base nos art. 1022 c/c § 1º[1] do art. 138 do CPC/2015, pelos motivos a seguir expostos:

Diz o CPC que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial, nas seguintes hipóteses:

> Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisãojudicial para:
> I. esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
> II. suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciaro juiz de ofício ou a requerimento;
> III. corrigir erro material.

Passemos então ao cumprimento do art. 1023[2] do NCPC com a indicação dos pontos que entendemos merecem complementação/esclarecimento.

DO TEMA DA REPERCUSSÃO GERAL

Após os debates e votos, restou pacificada a seguinte tese da repercussão geral referenteao tema 503 do STF:

> No âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não

havendo, por ora, previsão legal do direito à "desaposentação", sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91.

Da norma mencionada, destacamos:

> Art. 18, § 2º Lei 8213/91: O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário- família e à reabilitação profissional, quando empregado.

Destacamos que o voto vencedor do Min. Dias Toffoli levantou premissas importantes para as conclusões que se chegou ao caso, as quais destacamos (pag. 56 do inteiro teor do acórdão):

> Como se sabe, a desaposentação permitiria que os salários de contribuição posteriores à aposentação fossem incluídos no cálculo de um novo benefício – concedido pelo RGPS ou não –, com o resultado prático de majorar o valor percebido pelo aposentado. Caso o segurado pretenda desaposentar-se no regime geral de previdência social para requerer emissão de certidão de tempo de contribuição e se aposentar perante outro regime previdenciário, o objetivo será o mesmo, qual seja, o de **somar aos salários de contribuição anteriores à aposentação os posteriores a essa, ainda que obtidos sob a égide de outro regime. Essas premissas são importantes para as reflexões que farei.**

Ante o exposto acima, entende o IBDP, *data venia*, que alguns pontos ainda merecem esclarecimentos, conforme detalharemos a seguir:

DA OMISSÃO QUANTO AO DIREITO DE RENÚNCIA AOBENEFÍCIO

Como demonstrado acima o julgamento da “desaposentação” foi tratado nessa máxima corte como possível revisão ou progressão de benefício,

entendendo-se a troca como uma “melhoria” de aposentadoria, sempre se considerando o tempo anterior já utilizado no primeiro benefício e somando-se ao novo tempo.

Assim, o STF, ao delimitar, o tema limitou-se a analisar a desaposentação com enfoqueem uma revisão de benefício, revisão essa que teria necessidade de previsão legal.

Entretanto, uma questão restou não respondida por essa máxima corte, questão essa queé basilar ao tema que se coloca em análise:

É POSSÍVEL A RENÚNCIA AO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO E SE POSITIVA A RESPOSTA, QUAIS AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DESSE ATO?

Entendemos que não houve no julgamento a declaração de constitucionalidade ou não do instituto da renúncia ao benefício previdenciário.

Entretanto, tal análise é primordial ao caso concreto, já que não é apenas a contribuição do segurado que está em debate, mas sim seu direito disponível de aposentar e também de requerer o cancelamento de seu benefício, discutindo-se ainda os efeitos jurídicos dessa renúncia.

Vale ressaltar que a declaração da constitucionalidade da regra do art. 18, §2º da Lei 8.213/91 não impede nem adentra o direito do segurado à renúncia do benefício ou suasconsequências jurídicas.

Levantada a omissão apontada, entendemos que duas são as possibilidades no caso concreto:

- Ou não há omissão no julgado porque o direito à renúncia é matéria infraconstitucional, ficando seu cabimento e reflexos aos cuidados da análise do STJ;
- Ou há omissão no julgado por ser o direito à renúncia matéria constitucional, podendo nesse caso seus reflexos jurídicos ficarem aos cuidados do STJ, já que matéria infraconstitucional.

Assim, requer-se expressamente que esse tribunal esclareça se não analisou o instituto da renúncia por considerá-lo matéria infraconstitucional ou porque houve efetivamente omissão que agora merece preenchimento.

DO POSSIBILIDADE DA RENÚNCIA A BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO

Caso entenda esse Tribunal que o direito à renúncia de benefício previdenciário trata de matéria constitucional a ser conhecida e enfrentada por essa nobre corte, cabe ao embargante apresentar alguns apontamentos:

Entende o IBDP deve haver a confirmação por essa máxima Corte da possibilidade de renúncia pelo segurado do benefício previdenciário do qual é titular.

Isso porque, sem dúvida a aposentadoria é um direito social dos trabalhadores, com caráter patrimonial e pecuniário, personalíssimo e individual.

Entretanto, a aposentadoria é também um direito voluntário e disponível. Nesse norte, Roberto Luis Luchi Demo leciona:

> A aposentadoria, a par de ser direito personalíssimo (não admitindo, só por isso, a transação quanto a esse direito, v. g., transferindo a qualidade de aposentado a outrem) **é ontologicamente direito disponível,** por isso que direito subjetivo e patrimonial decorrente da relação jurídico- previdenciária[3].

Como prova, vale lembrar que no RGPS o benefício somente é concedido em caso de requerimento do segurado e não a partir do momento do cumprimento dos requisitos. Assim, não basta ter o direito ao benefício, mas **é indispensável a vontade do segurado para o início do pagamento.**

O mesmo deve ser estabelecido no caso dos segurados que não mais desejem receber o benefício.

Esses teriam o direito disponível e poderiam fazer a renúncia do benefício na data que entendessem pela sua cessação. Aqui haveria a perda voluntária do direito à aposentadoria na forma recebida, com uma renúncia típica ou própria, definida no ato explícito e voluntário do segurado de promover o requerimento administrativo de interrupção dos pagamentos e cancelamento do benefício de aposentadoria.

Sobre o conceito de renúncia, cabe-nos ressaltar Roseval Rodrigues da Cunha Filho (2003, p. 782/783):

> O abandono ou a desistência do direito que se tem sobre alguma coisa. Nesta razão, a renúncia importa sempre num abandono ou numa desistência voluntária pela qual o titular de **um direito deixa deusá-lo ou anúncia que não o que utilizar**.

Já Maria Helena Diniz DINIZ (1998, p. 36) define renúncia como:

> Desistência de algum direito. Ato voluntário pelo qual alguém abre mão de alguma coisa ou direito próprio. **Perda voluntária de um bem ou direito**.

No âmbito do direito administrativo é interessante destacarmos que:

> Renúncia é ato administrativo unilateral, discricionário, pelo qual se abdica de um direito. Constitui modo de extinção de direito. E ato puro e simples, por isso não admite condição e é irreversível, uma vez consumado. (MELLO, 1979, p. 565).

Aqui então, nos parece que não há, nem pode haver, proibição constitucional ou legal a renúncia do benefício por parte do aposentado.

O INSS não pode obrigar alguém a permanecer aposentado da mesma forma não pode obrigar alguém a iniciar o recebimento de benefício, ficando a autarquia vinculada, em ambos oscasos, ao requerimento do segurado para início e fim da prestação.

Entender diferente seria ataque grave contra o direito de liberdade individual e do princípio da legalidade, até porque, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei. E a lei garante o direito de se aposentar e não obriga o segurado permanecer aposentado.

Esclarecido esse tema, nos parece que a resposta à primeira parte da pergunta por esse Supremo Tribunal deveria ser “sim, o aposentado pode renunciar ao benefício”.

Claro que a liberdade da renúncia pode gerar consequências jurídicas a serem também definidas. Tais consequências, entendemos, são matéria

infraconstitucional e, portanto, ficariam aos cuidados do STJ, já que tratam basicamente de intepretação de Leis Federais.

DA OMISSÃO QUANDO AO DIREITO A RENÚNCIA PARA ACESSO A NOVO BENEFÍCIO INDEPENDENTE DO TEMPO E DAS CONTRIBUIÇÕES ANTERIORES

Como demonstrado acima o julgamento da “desaposentação” foi tratado nessa máxima corte como possível revisão ou progressão de benefício, entendendo-se a troca como uma “melhoria” de aposentadoria, sempre se considerando o tempo anterior já utilizado no primeiro benefício e somando-se ao novo tempo.

Entretanto, o RE 827.833 que foi julgado junto ao tema 503 não trata de desaposentação, mas sim da reaposentação, ou seja, daquele segurado que pretende a renúncia do direito a aposentadoria em manutenção, renunciando também a utilização desse tempo e desses valores de contribuição, em busca de um novo benefício.

Esclarecido isso, parece-nos que todo o julgamento do tema se concentrou em apenas um dos casos postos em análise, sendo necessário, para a correta adequação do tema, a resposta aos dois casos.

Destacamos novamente que o voto vencedor do Min. Dias Toffoli levantou premissas importantes para as conclusões que se chegou ao caso, as quais destacamos (pag. 56 do inteiro teor do acórdão):

> Como se sabe, a desaposentação permitiria que os salários de contribuição posteriores à aposentação fossem incluídos no cálculo de um novo benefício – concedido pelo RGPS ou não –, com o resultado prático de majorar o valor percebido pelo aposentado. Caso o segurado pretenda desaposentar-se no regime geral de previdência social para requerer emissão de certidão de tempo de contribuição e se aposentar perante outro regime previdenciário, o objetivo será o mesmo, qual seja, o de **somar aos salários de contribuição anteriores à aposentação os posteriores a essa, ainda que obtidos sob a égide de outro regime. Essas premissas são importantes para as reflexões que farei.**

Com base nessas premissas foi declarada a constitucionalidade do art. 18, § 2º da Lei 8.213/91.

Entretanto, o tema apresentado não se limita aos casos em que o segurado deseja apenas aumentar seu tempo de contribuição, mantendo o anterior e somando-o aos novosperíodos.

Parece-nos necessária a diferenciação do segurado que utilizará apenas o tempo novo para um novo benefício, independente do benefício anterior, daquele que quer somar os dois períodos de contribuição.

Assim, *data venia,* há omissão no julgado que merece resposta, para que esse tribunal esclareça se a renuncia do benefício não seria possível para os casos em que o anterior seria desconsiderado, com a concessão de um novo, totalmente independente.

DO DIREITO A TROCA DE BENEFÍCIO PLEITEADA NO RE 827.833 - NOS CASOS EM QUE NÃO SE DEPENDE DAS CONTRIBUIÇÕES E TEMPO DO BENEFÍCIO ANTERIOR

No caso em análise no RE 827.833, a parte cumpre a carência e a idade mínima para o benefício pleiteado.

> Esse novo benefício **utilizará apenas os períodos contribuídos depois da aposentadoria.** portanto, é independente do benefício que se busca cancelar.

Não há aqui soma ou revisão do benefício anterior, mas sim o cancelamento mediante renúncia de um para a criação de outro, totalmente independente do primeiro.

Não há que se falar nesse caso em concessão de benefício não previsto em lei, já que a parte buscará apenas aquelas espécies de aposentadorias já dispostas na Lei 8.213/91, na forma vigente no momento do novo requerimento.

Ocorre que por ser titular de benefício previdenciário, a parte autora teve seu direito ao novo benefício negado pelo INSS. A negativa baseou-se no

entendimento administrativo que impede a renúncia do benefício, ainda que não se deseje dele nada utilizar, nem tempo nem valores de contribuição.

Vale ressaltar ainda que os requisitos para o novo benefício foram cumpridos pela parte apenas com as contribuições vertidas ao RGPS após a jubilação, portanto, não se há aqui tentativa de soma de tempo ou contribuições do benefício anterior com o novo que se pleiteia através da ação.

A discussão fica restrita ao direito de renúncia da parte ao primeiro benefício previdenciário, em especial porque a Lei n.º 8.213/1991 impede a cumulação de aposentadorias por seus segurados conforme artigo 124, II, da Lei n.º 8.213/1991.

Assim, necessário se faz o cancelamento do benefício em manutenção, com a consequente concessão da nova aposentadoria pleiteada.

Entretanto não tratamos no presente caso de pedido simples de desaposentação. Isso porque, no caso concreto o segurado cumpre os requisitos do novo benefício em tempo alheio a primeira contagem feita pelo INSS. Portanto, teria direito a concessão, independente do tempo anteriormente contribuído.

Na Carta Magna não há qualquer vedação à essa troca de benefícios, ao contrário, encontramos diversos dispositivos que defendem o direito adquirido, em especial art. 5.º, XXXVI[4].

Entende-se que a renúncia aqui é perfeitamente cabível, pois ninguém é obrigado a permanecer aposentado contra seu interesse[5]. E, neste caso, a renúncia tem por objetivo a obtenção de benefício mais vantajoso.

Quanto ao direito à contagem de tempo para uma nova aposentadoria, cabe destacar que o tempo anterior é dispensável para a concessão do novo benefício, portanto, não há que se exigir a devolução de valores para a concessão da aposentadoria por idade que ora se pleiteia.

Traduz-se, assim, na possibilidade de o segurado, depois de aposentado, renunciar ao benefício e buscar, independente desse, o direito ao seu melhor direito adquirido, ainda que interpretado de forma autônoma (depois da jubilação).

Quanto ao caso, lembramos que se trata, sem dúvida, do direito ao melhor benefício, premissa basilar da norma previdenciárias fundamentada no direito adquirido.

Vale lembrar ainda que o entendimento referente ao melhor benefício se consolidou no direito previdenciário brasileiro em 2013, com a decisão no Recurso

Extraordinário 630.501, emanada do STF, onde ficou decidido o direito do segurado à melhor forma de cálculo e ao melhor resultado dentro de sua realidade individual. Vejamos:

> APOSENTADORIA – PROVENTOS – CÁLCULO.
> **Cumpre observar o quadro mais favorável ao beneficiário**, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais. Considerações sobre o instituto dodireito adquirido, na voz abalizada da relatora – ministra Ellen Gracie –, subscritas pela maioria.
> (STF, RE 630501, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2013, PUBLIC 26-08-2013).

Assim, uma vez cabível benefício mais benéfico à parte, há que se garantir a renúncia, em especial para os casos em que o cancelamento do benefício anterior se dá de forma completa, sem utilização de tempo nem de valores de contribuição.

PEDIDOS

Ex positis, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP requer o conhecimento e provimento dos presentes embargos de declaração para:

a) sanar a omissão presente no julgado, de forma a se esclarecer se a ausência de manifestação expressa desse Tribunal no tocante ao instituto de renúncia ao benefício previdenciário se deu pelo entendimento de que se trataria de matéria infraconstitucional ou por omissão que precisa ser sanada;
b) em caso de reconhecimento da omissão no item acima, requer que esse tribunal dê provimento aos presentes embargos, com efeitos infringentes, para que se reconheça o direito dos segurados à renúncia ao benefício, devendo seus efeitos serem determinados pela análise infraconstitucional que ficará a cargo do STJ no presente caso;
c) requer o reconhecimento de omissão no presente julgado quanto ao

tema da reaposentação, discutido no RE 827.833, requerendo que esse tribunal se manifeste sobre o direito dos segurados que desejam renunciar ao benefício por completo, inclusive tempo de contribuição passado, para a obtenção de benefício novo, independente do anterior.

Pede deferimento.

Florianópolis, 3 de outubro de 2017

GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN - OAB/SC 18.200

1.6.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS – 06/02/2020

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TEMA 503 DA REPERCUSSÃO GERAL. DESAPOSENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. EXTENSÃO AO INSTITUTO DA REAPOSENTAÇÃO. AMPLIAÇÃO DA TESE, UNICAMENTE PARA FINS DE ESCLARECIMENTOS. IRREPETIBILIDADE DOS VALORES ALIMENTARES RECEBIDOS DE BOA-FÉ, POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL, ATÉ A PROCLAMAÇÃO DO RESULTADO DESTE JULGAMENTO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO JULGADO, PARA PRESERVAR AS HIPÓTESES RELATIVAS ÀS DECISÕES TRANSITADAS EM JULGADO ATÉ A DATA DESTE JULGADO.

1. Embargos de declaração em face de acórdão que tratou do Tema 503 da repercussão geral: “Conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral por meio do instituto da desaposentação”.

2. A parte embargante alega omissão no julgado, que teria deixado de abordar o instituto conhecido como “reaposentação”.

3. Embora o resultado final do julgamento não tenha sido favorável à recorrente, a “reaposentação” foi, sim, tratada no acórdão embargado.

4. Para fins de esclarecimento, sem alteração no que foi decidido, recomenda-se ampliar a tese de repercussão geral, incluindo-se o termo “reaposentação”.

5. Diante da boa-fé dos beneficiários, bem como da natureza alimentar da aposentadoria, reputa-se desnecessária a devolução dos valores recebidos, até a proclamação do resultado do julgamento destes embargos de declaração.

6. Em relação aos segurados que usufruem da desaposentação em razão de decisão judicial transitada em julgado até a data do julgamento destes embargos declaratórios, considera-se legítima a modulação dos efeitos, em conformidade com os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. Vencido, em parte, o Ministro Redator para o Acórdão, unicamente quanto ao marco temporal.

7. Embargos de Declaração conhecidos para dar-lhes provimento parcial, para:

a) acompanhar a proposta de alteração da tese de repercussão geral apresentada pelo Ilustre Ministro Relator, nos seguintes termos: “No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação' ou à reaposentação, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91”;

b) modular os efeitos do acórdão embargado e da tese de repercussão geral, de forma a preservar a desaposentação aos segurados que tiveram o direito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado até a data deste julgamento;

c) declarar a desnecessidade de repetição dos valores recebidos a título de desaposentação até a data deste julgamento.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a certidão de julgamento, por maioria, acordam em dar parcial provimento aos embargos de declaração, para assentar a irrepetibilidade dos valores alimentares recebidos de boa-fé, por força de decisão judicial, até a proclamação do resultado deste julgamento, e alterar a tese de repercussão geral, que ficou assim redigida: "No âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação' ou à ‘reaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, §

2º, da Lei nº 8.213/91", vencidos os Ministros Edson Fachin, que acolhia os embargos em maior extensão, e o Ministro Marco Aurélio, que já havia votado no sentido de acolher os embargos apenas para prestar esclarecimentos, sem eficácia modificativa. Em seguida, o Tribunal, por maioria, decidiu preservar as hipóteses relativas às decisões transitadas em julgado até a data deste julgamento. Ficaram vencidos quanto às decisões transitadas em julgado os Ministros Dias Toffoli (Presidente e Relator), Gilmar Mendes e Luiz Fux. Quanto à fixação do marco temporal do trânsito em julgado, ficaram vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso e Cármen Lúcia, que fixavam a data de 27.10.2016. Na votação desses pontos, o Ministro Marco Aurélio reafirmou seu voto no sentido de que acolhera os embargos apenas para prestar esclarecimentos, sem eficácia modificativa, ficando, portanto, vencido. Ausente, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello.

Brasília, 6 de fevereiro de 2020 Ministro

ALEXANDRE DE MORAES Redator p/ acórdão

2.7 DATA JULGAMENTO 04/12/2014 – TEMA 555

1.6.7. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/ Controvérsia: Fornecimento de Equipamento de Proteção Individual - EPI como fator de descaracterização do tempo de serviço especial.

Transitado em julgado em 04/03/2015.

Relator: MINISTRO LUIZ FUX

Diretor do IBDP Responsável: GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN

1.6.8. TESE FIRMADA

I - O direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo a sua saúde, de modo que, se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial;

II - Na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria.

1.6.9. PETIÇÃO DE MÉRITO 26/11/2013

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO LUIZ FUX, RELATOR ARE 664.335/SC DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sócio-cultural, sem fins lucrativos, apartidária, inscrito no CNPJ sob o nº 06.136.459/0001-01, estabelecido à Av. Luis Xavier, nº 68, 20º andar, conjunto 2017, Edifício Tijucas, Centro, Curitiba, Paraná, CEP: 80020-904, neste ato representada por sua Presidente, JANE LUCIA WILHELM BERWANGER, brasileira, divorciada, advogada, vem respeitosamente à presença de V.Exa., por sua procuradora constituída pela procuração anexa, requerer sua admissão na condição de *AMICUS CURIAE*, nos termos do art. 543-A, §6º, do CPC e do art. 323, §3º, do RISTF, nos autos do presente Recurso Extraordinário, proposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, pelos seguintes fatos e fundamentos:

A questão tratada nos autos é extremamente relevante e o IBDP possui representatividade e pertinência no trato da questão, bem como o momento processual é adequado para a admissão do *amicus curiae* como será demonstrado a seguir.

1. A REPRESENTATIVIDADE DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP

(...)

2. DO TEMA DISCUTIDO E DA RELEVÂNCIA PARA O DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Trata-se de demanda ajuizada com a finalidade de definir se o Fornecimento de Equipamento de Proteção Individual - EPI pode ser utilizado como fator objetivo de descaracterização da atividade como exercida nos termos do parágrafo 1º. Do art. 201 da CF/88:

> § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar.

Assim, o presente Recurso Extraordinário com Agravo discute, à luz do § 5º do art. 195, bem como do § 1º e do caput do art. 201 da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de o fornecimento de Equipamento de Proteção Individual - EPI, informado no Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), descaracterizar o tempo de serviço especial para aposentadoria no Regime Geral de Previdência Social.

Essa Altíssima Corte reconheceu a repercussão geral pelo plenário virtual em 15/06/2012. Vejamos a decisão:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA E TRANSCENDÊNCIA DE INTERESSES. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. Decisão: O Tribunal, por maioria, reputou constitucional a questão, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia. O Tribunal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e

> Ricardo Lewandowski. Não se manifestaram os Ministros Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.

O tema tem, portanto, relevância inegável para todos os aplicadores e estudiosos do direito previdenciário brasileiro e merece a colaboração do IBDP para a discussão da matéria em todos os seus ângulos.

No tocante a aposentadoria especial, vale lembrar que a mesma é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Em outras palavras, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas.

O tempo mínimo de exercício da atividade geradora do direito à aposentadoria especial foi estipulado em – 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos – pelo art. 31 da Lei n.º 3.807/1960, que instituiu o benefício, sendo mantido esse período pelas legislações subsequentes.

De acordo com o anexo IV do Decreto n.º 3.048/1999, o direito à concessão de aposentadoria especial aos quinze e aos vinte anos, constatada a nocividade e a permanência, aplicasse às seguintes situações:

> I – quinze anos: trabalhos em mineração subterrânea, em frentes de produção, com exposição à associação de agentes físicos, químicos ou biológicos;
> II – vinte anos:
> a) trabalhos com exposição ao agente químico asbestos (amianto);
> b) trabalhos em mineração subterrânea, afastados das frentes de produção, com exposição à associação de agentes físicos, químicos ou biológicos.
> Nos demais casos previstos no Anexo IV do Decreto n.º 3.048/1999, o tempo mínimo de exposição a agentes nocivos é de 25 anos.

Ainda é importante destacarmos que a Lei n.º 9.528, de 10.12.1997, ao modificar a Lei de Benefícios da Previdência Social, estabeleceu que a relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão

da aposentadoria especial, poderá ser definida pelo Poder Executivo. Fixou, também, a obrigatoriedade de as empresas manterem laudo técnico atualizado, sob pena de multa, assim como elaborar e manter perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador (art. 58, *caput,* e §§ 3.º e 4.º, da Lei n.º 8.213/1991).

Foi então levantado o questionamento que aqui se analisa, se, quanto ao direito à aposentadoria especial, a utilização de equipamentos de proteção poderia impedir o direito ao cômputo do tempo de atividade especial.

A matéria, na verdade, se encontra pacificada inclusive no âmbito de recurso administrativo, sendo relevante mencionar o Enunciado n.º 21 do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS):

> "O simples fornecimento de equipamento de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, devendo ser considerado todo o ambiente de trabalho".

Tal entendimento é renovado pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, senão vejamos:

> PREVIDENCIÁRIO. RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. RUÍDO. INCIDÊNCIA DA LEI VIGENTE NA ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL. SIMPLES FORNECIMENTO. MANUTENÇÃO DA INSALUBRIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO DO INCIDENTE.
> 1. Agravo regimental interposto em face de decisão proferida por Juiz Relator desta Turma Nacional de Uniformização, que não conheceu do incidente suscitado pela parte autora.
> 2. Em atendimento ao princípio do *tempus regit actum*, deve ser aplicada a legislação vigente no momento da prestação do serviço em condições especiais.
> 3. A legislação de regência da época estabelecia a exposição ao elemento físico ruído acima de 80 e 85 decibéis como insalubre, o que compreende o período pleiteado pelo segurado, uma vez que laborou exposto a 86,1 e 86,8 decibéis.

> 4. Entendimento firmado nesta Corte e no E STJ no sentido de que fornecimento de EPI – equipamento de proteção individual – não afasta o direito a contagem de tempo de serviço exercido em condições especiais.
> 5. Agravo regimental provido, para conhecer e dar parcial provimento ao incidente de uniformização (TNU, PEDILEF 200870950021399, Rel. Juiz Federal Vladimir Santos Vitovsky, *DOU* 1.º.6.2012).

Desta forma, parece-nos que permanece o direito da contagem de tempo especial mesmo em casos de fornecimento do EPI, tendo em vista que a diminuição do dano à saúde por eventual equipamento na verdade não altera o ambiente de trabalho, e ainda, não torna completamente eficaz o equipamento, nem a fiscalização e comprovação de sua utilização por parte do empregado em todos os momentos de trabalho.

Reconhecendo, entretanto, a complexidade do tema, o IBDP se propõe a trazer mais documentos e estudos, inclusive parecer de engenheiro especializado, de forma a permitir maior e melhor análise e conhecimento sobre o tema proposto.

3. DA OPORTUNIDADE PROCEDIMENTAL DA PRESENTE INTERVENÇÃO

A admissão do *amicus curiae* pode ocorre em qualquer fase do procedimento, desde que seja antes dos autos serem liberados para julgamento conforme precedentes do STF (ADI 4067/DF e ADI 4071/DF).

O presente feito ainda não foi encaminhado para a pauta de julgamento, razão pela qual o momento processual ainda admite a intervenção ora pleiteada.

Assim, não há como deixar de reconhecer o interesse institucional do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário para pleitear sua intervenção no presente Recurso Extraordinário com Agravo como *amicus curiae*, com o objetivo de enriquecer o debate desta relevante questão de ordem pública.

4. PEDIDOS

Ex positis, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP requer:

a) sua admissão na figura de *amicus curiae* no presente RE nº 664.335/ SC, nos termos do art. 543-A, §6º, do CPC e do art. 323, §3ºº, do RISTF. Destaca-se que o IBDP já foi admitido em outras Repercussões Gerais em Recurso Extraordinário, a exemplo dos RE 626.489 e 661.256, e que tem contribuído de forma favorável para a elucidação dos temas previdenciários em julgamento;

b) Tendo em vista a complexidade do tema, que trata não apenas de direito mas também de uma análise criteriosa das regras referentes a equipamentos de proteção individual, atividade especial e riscos no ambiente de trabalho, requer que seja marcada Audiência Pública na qual o IBDO se compromete a levar especialistas capacitados a explicar melhor esses elementos técnicos necessários à elucidação da lide;

c) na hipótese de ser designada uma breve instrução processual, requer seja habilitado a acompanhar o feito, proceder as manifestações e apresentar documentos que se façam necessário ao justo deslinde da questão, inclusive pareceres e documentos técnicos que julgar necessário V. Exa.;

c) seja admitido a proceder a sustentação oral na sessão de julgamento do presente RE, nos termos do art. 131, §2º, do RISTF, mediante a intimação do subscritor desta peça para tal finalidade;

d) seja julgado improcedente o Recurso Extraordinário com Agravo nº 664.335/ SC para que se declare que o simples fornecimento de equipamento de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, devendo ser considerado todo o ambiente de trabalho.

Pede deferimento.

Florianópolis, 26 de novembro de 2013.

GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN - OAB/SC 18.200

1.6.10. ACÓRDÃO DE MÉRITO 12/02/2015

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART.

201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO NO PERFIL PROFISSIOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RUÍDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIVIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Conduz à admissibilidade do Recurso Extraordinário a densidade constitucional, no aresto recorrido, do direito fundamental à previdência social (art. 201, CRFB/88), com reflexos mediatos nos cânones constitucionais do direito à vida (art. 5º, caput, CRFB/88), à saúde (arts. 3º, 5º e 196, CRFB/88), à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88) e ao meio ambiente de trabalho equilibrado (arts. 193 e 225, CRFB/88). 2. A eliminação das atividades laborais nocivas deve ser a meta maior da Sociedade - Estado, empresariado, trabalhadores e representantes sindicais -, que devem voltar-se incessantemente para com a defesa da saúde dos trabalhadores, como enuncia a Constituição da República, ao erigir como pilares do Estado Democrático de Direito a dignidade humana (art. 1º, III, CRFB/88), a valorização social do trabalho, a preservação da vida e da saúde (art. 3º, 5º, e 196, CRFB/88), e o meio ambiente de trabalho equilibrado (art. 193, e 225, CRFB/88). 3. A aposentadoria especial prevista no artigo 201, § 1º, da Constituição da República, significa que poderão ser adotados, para concessão de aposentadorias aos beneficiários do regime geral de previdência social, requisitos e critérios diferenciados nos “casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar”. 4. A aposentadoria especial possui nítido caráter preventivo e impõe-se para aqueles trabalhadores que laboram expostos a

agentes prejudiciais à saúde e a fortiori possuem um desgaste naturalmente maior, por que não se lhes pode exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição que aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo. 5. A norma inscrita no art. 195, § 5º, CRFB/88, veda a criação, majoração ou extensão de benefício sem a correspondente fonte de custeio, disposição dirigida ao legislador ordinário, sendo inexigível quando se tratar de benefício criado diretamente pela Constituição. Deveras, o direito à aposentadoria especial foi outorgado aos seus destinatários por norma constitucional (em sua origem o art. 202, e atualmente o art. 201, § 1º, CRFB/88). Precedentes: RE 151.106 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28/09/1993, Primeira Turma, DJ de 26/11/93; RE 220.742, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 03/03/98, Segunda Turma, DJ de 04/09/1998. 6. Existência de fonte de custeio para o direito à aposentadoria especial antes, através dos instrumentos tradicionais de financiamento da previdência social mencionados no art. 195, da CRFB/88, e depois da Medida Provisória nº 1.729/98, posteriormente convertida na Lei nº 9.732, de 11 de dezembro de 1998. Legislação que, ao reformular o seu modelo de financiamento, inseriu os §§ 6º e 7º no art. 57 da Lei n.º 8.213/91, e estabeleceu que este benefício será financiado com recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. 7. Por outro lado, o art. 10 da Lei nº 10.666/2003, ao criar o Fator Acidentário de Prevenção-FAP, concedeu redução de até 50% do valor desta contribuição em favor das empresas que disponibilizem aos seus empregados equipamentos de proteção declarados eficazes nos formulários previstos na legislação, o qual funciona como incentivo para que as empresas continuem a cumprir a sua função social, proporcionando um ambiente de trabalho hígido a seus trabalhadores. 8. O risco social aplicável ao benefício previdenciário da aposentadoria especial é o exercício de atividade em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física (CRFB/88, art. 201, § 1º), de forma que torna indispensável que o indivíduo trabalhe exposto a uma nocividade notadamente capaz de ensejar o referido dano, porquanto a tutela legal considera a exposição do segurado pelo risco presumido presente na relação entre agente

nocivo e o trabalhador. 9. A interpretação do instituto da aposentadoria especial mais consentânea com o texto constitucional é aquela que conduz a uma proteção efetiva do trabalhador, considerando o benefício da aposentadoria especial excepcional, destinado ao segurado que efetivamente exerceu suas atividades laborativas em “condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física”. 10. Consectariamente, a primeira tese objetiva que se firma é: o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial. 11. A Administração poderá, no exercício da fiscalização, aferir as informações prestadas pela empresa, sem prejuízo do inafastável judicial review. Em caso de divergência ou dúvida sobre a real eficácia do Equipamento de Proteção Individual, a premissa a nortear a Administração e o Judiciário é pelo reconhecimento do direito ao benefício da aposentadoria especial. Isto porque o uso de EPI, no caso concreto, pode não se afigurar suficiente para descaracterizar completamente a relação nociva a que o empregado se submete. 12. In casu, tratando-se especificamente do agente nocivo ruído, desde que em limites acima do limite legal, constata-se que, apesar do uso de Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas. O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. 13. Ainda que se pudesse aceitar que o problema causado pela exposição ao ruído relacionasse apenas à perda das funções auditivas, o que

indubitavelmente não é o caso, é certo que não se pode garantir uma eficácia real na eliminação dos efeitos do agente nocivo ruído com a simples utilização de EPI, pois são inúmeros os fatores que influenciam na sua efetividade, dentro dos quais muitos são impassíveis de um controle efetivo, tanto pelas empresas, quanto pelos trabalhadores. 14. Desse modo, a segunda tese fixada neste Recurso Extraordinário é a seguinte: na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual - EPI, não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria. 15. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Extraordinário.

(ARE 664335, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 04/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-029 DIVULG 11-02-2015 PUBLIC 12-02-2015)

[redacted]DATA DO JULGAMENTO 10/03/2017 – TEMA 943

1.1.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/ Controvérsia: Possibilidade de conversão do tempo de serviço comum para especial, mediante a aplicação do fator 0,71 de conversão, nas hipóteses em que o trabalho fora prestado em período anterior à Lei n. 9.032/1995, para fins de concessão de aposentadoria especial com data de início posterior à essa legislação.

Relator: Edson Fachin

Diretor do IBDP Responsável: Gisele Lemos Krachychyn

Data do Trânsito em julgado: 21/03/2018

1.1.1. TESE FIRMADA

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, caput, inc. XXXVI, e 201, § 1º, da Constituição da República, a possibilidade de conversão

do tempo de serviço comum para especial, mediante a aplicação do fator 0,71 de conversão, nas hipóteses em que o trabalho fora prestado em período anterior à Lei 9.032/95, para fins de concessão de aposentadoria especial com data de início posterior a essa legislação.

1.1.2. PETIÇÃO DE MÉRITO 02/06/2017

EXELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1029723/PR (TEMA 943)

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sociocultural, sem fins lucrativos, apartidária, inscrito no CNPJ sob o nº 06.136.459/0001-01, estabelecido à Av. Luis Xavier, nº 68, 20º andar, conjunto 2017, Edifício Tijucas, Centro, Curitiba, Paraná, CEP: 80020-904, neste ato representada por sua Presidente, JANE LUCIA WILHELM BERWANGER, brasileira, divorciada, advogada, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por sua procuradora constituída pela procuração anexa, EM RAZÃO DA DECISÃO QUE NEGOU A REPERCUSSÃO GERAL NO PRESENTE RE E DA EXISTÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA PARTE RECORRENTE, dizer e requer:

Tendo em vista a questão tratada nos autos, extremamente relevante, o IBDP considera importante apresentar algumas considerações sobre seu o conteúdo constitucional.

Isso porque, o tema tratado no presente RE ultrapassa os interesses das partes, porquanto possui relevância do ponto de vista jurídico-social, sendo imprescindível que o STF perquira a compatibilidade da regra jurídica - *que autoriza a conversão do tempo comum em especial vigente à época do trabalho prestado* - com a Constituição Federal, à luz dos princípios do *tempus regit actum*, da isonomia, do direito adquirido e da segurança jurídica – que têm relação não apenas com as constantes mudanças na lei, mas com o desrespeito aos princípios da coerência e integridade pela jurisprudência pátria.

A regra concreta – *a ratio decidendi* – fundamento das decisões tomadas sobre o tema dita o rumo da garantia do direito adquirido em matéria

previdenciária, no sentido não apenas do seu conteúdo, mas da sua existência. Isso porque, se o direito adquirido só existe se coincidir com a lei vigente na DER, nada se pode garantir/adquirir no passado.

O direito adquirido aparece refém de um dualismo cartesiano ("tudo ou nada"), pois se exige que, para ter direito à conversão do tempo comum em especial, o segurado preencha os requisitos ensejadores do beneficio até a edição da lei 9.032/95, ou seja, quando não se vislumbra mais qualquer conflito de leis no tempo, característica do direito consumado.

O mesmo se pode dizer sobre o princípio *tempus regit actum*, que, igualmente, possui destacada importância em matéria previdenciária, sobretudo na doutrina do Supremo Tribunal Federal: "*pela lei vigente à época de sua prestação, qualifica-se o tempo de serviço do funcionário público, sem a aplicação retroativa de norma ulterior que nesse sentido não haja disposto*".

Enquanto vigente o art. 64 do Decreto 357, de 07 de dezembro de 1991,[3] a discussão sobre a conversão do tempo comum em especial cingia-se aos critérios matemáticos definidores do fator de conversão (*e.g.*: 35/25 = 0,71, se homem, ou 30/25 = 0,83, se mulher), assim como na conversão do tempo de serviço especial e comum.

A exegese filosófica aponta para a necessidade de se considerar a lei vigente à época do trabalho prestado, referindo-se o direito adquirido à própria conversão, direito à contagem diferenciada, o que não depende de lei futura que venha a garantir (ou não) tal possibilidade, uma vez que o fato aquisitivo (prestação do serviço) foi iniciado e completado na vigência do referido dispositivo.

Com efeito, a lei vigente na DER não precisa autorizar a conversão do labor desempenhado até a edição da lei 9.032/1995. A conversão é um critério matemático de proporcionalidade inversa a ser observado no momento da soma do tempo de serviço especial, em razão do princípio da isonomia.

Sobre este ponto fundamental, João Batista Pinto Silveira sintetiza a problemática: "[...]fato é que a lei definidora dos critérios que envolvem a concessão permite a adequada conversão, sem a existência de uma regra que informe, ao final, o que já estava obrigada a seguir, por um princípio de isonomia informado pela lógica matemática".

O próprio STF já se posicionou quanto ao pedido de conversão do tempo de serviço comum em especial, no RE n. 858261/RS, veja-se:

> 4. O Tribunal de origem assentou que o § 3º do art. 57 da Lei n. 8.213/1991 (norma originária) permitia ao segurado converter tempo comum em especial para fins deaposentadoria especial. Decidiu-se, ainda, ter o Recorrido preenchido os requisitos daaposentadoria especial:
> *"Até 27/04/1995, era possível ao segurado converter o tempo de serviço comum emespecial para fins de concessão do benefício de aposentadoria especial, a teor da redaçãooriginal do § 3º do art. 57 da Lei n. 8.213, de 1991. Isso apenas foi vedado a partir daedição da Lei n. 9.032, publicada em 28-04-1995.(...)*
> *A utilização do redutor no tempo de serviço rural se justifica, pois se trata de tempo deserviço comum na forma do art. 55, inciso I, da Lei n. 8.213/91 em cotejo com o art. 64 doDecreto n. 357/91, inexistindo diferenciações com o tempo de serviço exercido na esferaprivada ou pública, militar, urbana ou rural para fins de conversão anterior a Lei n.9.032/95.*
> *No presente caso as atividades foram prestadas em períodos anteriores à vigência do referido diploma legal, assim possível a conversão de tempo de serviço comum em especial do período de 11-11-1974 a 19-02-1978 (tempo rural reconhecido em açãojudicial - Evento 1, ROCADM7), o que resulta em 02 anos, 03 meses e 27 dias de tempoespecial.*
> *Da conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em Aposentadoria especial Para fazer jus à aposentadoria especial, deve a parte autora preencher os requisitosprevistos no art. 57 da Lei de Benefícios, quais sejam, tempo de serviço (no caso, 25 anos) e carência mínima.*
> *Com relação ao tempo de serviço, somando-se o período judicialmente reconhecido, oautor demonstrou ter desempenhado atividade especial por 29 anos e 03 meses, suficientes à concessão da aposentadoria especial pretendida.*
> *A carência exigida já foi verificada por ocasião da concessão da aposentadoria por tempo de contribuição.*
> *Desse modo, contando a parte autora mais de 25 anos de tempo de serviço especial e cumprida a carência exigida, tem direito à concessão do benefício de aposentadoria especial" (fls. 43-44, doc. 2, grifos nossos).*

Esse entendimento harmoniza-se com a jurisprudência deste Supremo Tribunal, pela qual se assentou dever a averbação de tempo serviço ser realizada considerando-se a legislação vigente ao tempo da prestação do serviço (princípio *tempus regit actum*) e não do requerimento da aposentadoria. Em caso idêntico aos dos autos:

> "O acórdão recorrido entendeu que o trabalhador 'fará jus à conversão do tempo de atividade especial se assim considerado à época da prestação do serviço, mesmo que não tenha implementado todas as condições para concessão do benefício até a edição da Lei9.032/95.'
> No presente caso o Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS alega que o recorrido não possui direito adquirido e que o caso seria de mera expectativa de direito.
> O parágrafo 3º do artigo 57 da Lei n. 8.213, de 1990, em sua redação original, estabelecia:
> '§ 3º - O tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício.'
> A Lei n. 9.032, de 1995, alterou o citado parágrafo, que passou a ter a seguinte redação:
> '§ 3º - A concessão de aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante um período mínimo fixado.'
> No período anterior ao advento da Lei n. 9.032, de 1995, a legislação previdenciária concedia o benefício de acordo com a atividade profissional. Com a edição da norma supra mencionada, passou a ser expressamente exigida a comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos, através de laudo técnico.
> Verifica-se que o tempo de serviço prestado pelo empregado foi anterior à edição da Lei n. 9.032, de 1995, conforme documentos de folhas 12/17 e 19/20. Além disso, a atividade era 1979.
> O acórdão recorrido, ao entender que a classificação da atividade como especial deve observar os requisitos previstos na Lei n. 8.213, de 1990, não divergiu da jurisprudência desta Corte no sentido de que a averbação de tempo se serviço deve ser realizada levando em consideração a legislação vigente ao tempo da prestação do serviço.

Esse posicionamento foi adotado por esta Corte, em casos de contagem de tempo de serviço especial de servidores públicos celetistas, que exerceram atividade insalubre, antes da conversão ao regime estatutário.
Nesse sentido, o RE 367.314, 1ª T., Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 14.05.04; e o RE 352.322,
2ª T., Rel. Ellen Gracie, DJ 19.09.03, no qual a relatora consignou em seu voto:
'O recorrente laborou em condições insalubres à época em que a legislação celetista permitia a contagem qualificada do tempo de serviço para efeito de aposentadoria. Logo, tal direito se encontra incorporado a seu patrimônio jurídico, ainda que posteriormente tenha havido mudança para o Regime Jurídico Único.'
Dessa forma, o serviço prestado antes da entrada em vigor da Lei no 9.032, de 1995, deve ser caracterizado como especial em virtude da atividade, não se exigindo o laudo previsto na citada lei.
Assim, nego provimento ao recurso extraordinário" (RE 392.559, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 3.3.2006). (g. n.)

Aliás, esse era o entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça:

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO ESPECIAL E COMUM. CONVERSÃO. POSSIBILIDADE. ART. 9º, § 4º, DA LEI 5.890/1973, INTRODUZIDO PELA LEI 6.887/1980. CRITÉRIO. LEI APLICÁVEL. LEGISLAÇÃO VIGENTE QUANDO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DA APOSENTADORIA. 1. *O STJ, no julgamento do Resp 1.310.034/PR, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, fixou o entendimento de que a configuração do tempo de serviço especial é regida pela legislação em vigor no momento da prestação do serviço. 2. A Lei 9.032/1995, ao alterar o § 3º do art. 57 da Lei 8.213/1991, vedando, a partir de então, a possibilidade de conversão de tempo de serviço comum em especial para fins de concessão do benefício de aposentadoria especial, não atinge os períodos anteriores à sua vigência, ainda que os requisitos para a concessão da inativação venham a ser preenchidos posteriormente, visto que não se aplica retroativamente lei nova que venha a estabelecer restrições em relação ao tempo de serviço. 3. Nesse contexto, deve ser aplicada a lei vigente à época em que a atividade foi exercida para embasar o reconhecimento do direito à conversão do tempo comum em especial, em observância ao princípio do tempus regit actum, razão pela qual merece ser mantido o aresto recorrido*. 4. Agravo Regimental não provido. (Processo AgRg no

AREsp 436240 / RS, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, 2013/0387658-2, Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132), Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 08/05/2014, Data da Publicação/Fonte DJe 22/05/2014)

Conclui-se, portanto, que o direito adquirido à conversão do tempo de serviço comum em especial não se revela em razão da emergência de regra futura, mas, e isso, como proteção de uma situação fática que se completou na época do trabalho.

Vale ressaltar ainda que o controle de constitucionalidade e a solução do conflito de leis no tempo se verifica em diversos julgados desse Supremo Tribunal, com destaque nos seguintes precedentes RE 226462, RE 564354, RE 328812 e RE 482411.

Da mesma forma, tem-se a repercussão geral existente em casos semelhantes (RE 392559, 174150, 258327, 463299, 174150 e AI 6268 e 600210).

Assim, ainda que uma regra futura venha a causar retirada de direito ao tempo, a proteção da forma de contagem de tempo trabalhada deve ser preservada nos termos da legislação vigente a à época, como forma de proteção ao direito adquirido, constitucionalmente garantido.

No mesmo sentido vale ressaltar o entendimento dessa casa no tocante:

- a contagem de tempo especial de professor, garantido para o serviço prestado antes da EC 18/81[4];

- a contagem de tempo especial de servidor público ex-celetista, garantido para serviços prestados até 11/12/1990[5];

Ficou determinado em diversos julgados que o direito à conversão de tempo e de contagem de tempo especial /comum não depende da existência de regramento do mesmo teor no futuro, na DER, e sim de regramento na época do trabalho prestado. A jurisprudência deste Tribunal é firmeno sentido de que mesmo que lei posterior não garanta mais ao trabalhador ao trabalhador a conversão, se a lei da época do trabalho garantiu, deve-se permitir a conversão.

Dito isso, o IBDP considera de extrema importância para o direito brasileiro que se defina, mais uma vez e em sede de repercussão geral, a proteção constitucional pertinente ao direito adquirido previdenciário e a regra

vigente no momento do trabalho para fins de contagem e conversão de tempo trabalhado, seja ele especial ou comum.

Assim, requer o reconhecimento da repercussão geral no presente RE, nos termos do art. 102, parágrafo 3º, da CF/88, uma vez que discute, à luz dos artigos 5º, *caput,* XXXVI, 201, §1º, da Constituição Federal e do princípio *tempus regit actum*, o direito à conversão do tempo de serviço comum em especial até a edição da lei 9.032/95, independente da lei vigente na DER; e

Nesses termos, pede deferimento.

Porto Alegre, RS, 2 de junho de 2017.
DIEGO HENRIQUE SCHUSTER - OAB/RS 80.210
GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN - OAB/SC 18.200

1.1.3. ACÓRDÃO DE MÉRITO – 20/04/2017

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DO TEMPO COMUM PARA ESPECIAL. TRABALHO PRESTADO EM PERÍODO ANTERIOR À LEI 9.032/1995. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. Decisão: O Tribunal, por maioria, reconheceu a inexistência de repercussão geral da questão, por não se tratar de matéria constitucional, vencido o Ministro Marco Aurélio. Não se manifestaram os Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

1.1.4. EMBARGOS 22/06/2017

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR DA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, autarquia federal, representada pela Procuradoria-Geral Federal, nos autos em epígrafe,

por seu Procurador Federal in fine assinado, vem, respeitosamente, à presença de V. Ex.ª, com fundamento no art. 535 do Código de Processo Civil, apresentar

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

ao respeitável acórdão dessa Colenda Turma, nos termos das razões que seguem.

A decisão embargada encerra omissão que deve ser sanada por meio dos presentes embargos, realizando, inclusive, o prequestionamento da matéria constitucional ou legal, de forma a viabilizar, na esteira do entendimento já sumulado pelo STF e STJ, o acesso aos Tribunais Superiores.

1 NECESSIDADE DE PREQUESTIONAMENTO

Inicialmente, de se ponderar que a decisão embargada encerra omissões que devem ser sanadas por meio dos presentes embargos, viabilizando, inclusive, o prequestionamento da matéria constitucional ou legal, de forma a viabilizar, na esteira do entendimento já sumulado pelo STF e STJ, o acesso aos Tribunais Superiores, sob pena de não conhecimento da insurgência.

Desta forma, patente a necessidade de conhecimento e provimento do presente recurso, analisando-se os dispositivos legais indicados para fins de prequestionamento recursal.

OBJETO DOS PRESENTES EMBARGOS.

Apesar de esta Egrégia Turma ter se manifestado sobre a possibilidade de conversão de tempo comum em especial, não foram abordados expressamente os dispositivos legais e respectivas teses jurídicas, o que pode inviabilizar a admissão dos recursos especial e extraordinário.

Em suma, o INSS sustenta a aplicação dos arts. 5º, XXXVI, 195, § 5º e 201, § 1º, da CF/88; art. 2º, § 1º da LICC (Decreto-Lei nº 4.657/42); art. 57 da Lei nº 8.213/91, além do Decreto n° 2.172/97, ao caso em comento.

A questão passa, primeiro, pelo regime jurídico que rege a aplicação das leis no tempo.

O principal princípio que rege a aplicação da lei no tempo estabelece que, em regra, a lei possui eficácia imediata, regendo as relações jurídicas a que se

referem desde o momento em que recebem execução até àquele em que cessa a sua virtude normativa.

Contudo, pode ocorrer que uma relação jurídica se prolongue tanto que apanhe dois momentos diversos, dois momentos em que sucessivamente vigorem normas de conteúdo substancialmente diversos.

Entre nós, na atualidade, preceitua o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal:

> Art. 5º ...
> XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

De outro norte, a LICC, sem eu art. 2º, § 1º, estabelece o seguinte:

> Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
> § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que trava a lei anterior.
> (...)

O pleito da parte autora reside no fato de que teria o direito adquirido à conversão para especial de todo o tempo de serviço comum desempenhado anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 9.032/95, porque, até então, este mecanismo era autorizado pelo direito vigente.

Diferente do que ocorre no presente caso, o trabalho que foi desempenhado anteriormente a 1995 é de natureza reconhecidamente comum. Assim, não assiste ao segurado qualquer tipo de direito adquirido a uma qualificação especial dos referidos períodos, mesmo porque é incontroversa a sua natureza comum.

A grande questão está em reconhecer direito adquirido à conversão de tempo comum em especial, pois a Lei que previa tal possibilidade (Lei 6.887/80, cujos efeitos foram mantidos pela redação do § 3º do art. 57, da Lei nº 8.213/91) foi revogada pela Lei nº 9.032/95, o que importa dizer que hoje só é possível a concessão de aposentadoria especial quando houver comprovação de efetivo

tempo especial, sob pena de dizer-se, contrariamente ao que já tem decido o STF, que há direito adquirido a regime jurídico.

No direito previdenciário a norma aplicável é sempre aquela vigente ao tempo dos fatos que deram origem ao direito, no caso, o requerimento administrativo de aposentadoria do segurado, segundo o princípio tempus regit actum.

Ora, a concessão do benefício é um ato único, ao qual se aplicam as leis vigentes à época do requerimento administrativo de concessão do beneficiário.

A concessão não é um ato continuado. A continuidade está presente apenas no pagamento mensal, mas o valor deste pagamento foi definido em ato único e não continuado.

A possibilidade de conversão de tempo comum em especial fazia parte de um regime jurídico revogado, razão pela qual não pode ser mais reconhecido.

De ser ponderado que a tese de que é possível a conversão de tempo especial em comum ainda prevalece porque não houve revogação do § 5º do art. 57.

Já para as hipóteses de conversão de tempo comum em especial houve revogação do dispositivo legal que previa tal direito (a Lei nº 9.032/95 revogou o § 3º do art. 57 da Lei nº 8.213/91).

Assim, desde o advento da Lei º 9.032/95, que deu nova redação ao art. 97 da Lei nº 8.213/91, só é possível a concessão de aposentadoria especial para o segurado que comprovar 15, 20 ou 25 anos de efetivo trabalho sujeito a condições especiais, nos seguintes termos:

> Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

De outro banda, a possibilidade de conversão do tempo especial em tempo comum persiste porque decorre de norma de caracterização da atividade laborativa (direito material do segurado); o mesmo não ocorre no sentido inverso, porque, neste caso, tratava-se de simples norma de conversão de tempo (direito

processual administrativo), a qual foi extinta em 1995, sendo inaplicável, pois, a todos e quaisquer requerimentos levados a efeito posteriormente.

Nem poderia ser diferente, mesmo porque, ao impor restrições à conversão de tempo de serviço, o legislador toma em consideração inúmeros aspectos de índole macroeconômica, sempre privilegiando o melhor equilíbrio atuarial e a garantia da autossutentabilidade do sistema, consoante arts. 195, § 5º e 201, § 1º da CF/88.

Neste exato sentido, destaca-se acórdão proferido pelo eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. TEMPO DE SERVIÇO COMUM. CONVERSÃO A ESPECIAL. VEDAÇÃO DA LEI Nº 9.032/95. INCIDÊNCIA. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. INVIABILIDADE. COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS POR ENTIDADE FECHADA DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. INCOMPETÊNCIA DA CORTE. RECONHECIMENTO.
> (...)
> VI - No que toca à conversão do tempo de serviço comum cumprido pela apelante ao tipo especial, para fins de concessão de aposentadoria especial, sua viabilidade perdurou até a edição da Lei nº 9.032/95, em virtude da redação então atribuída ao § 5º do art. 57 da Lei nº 8.213/91.
> VII - A vedação a partir de então instituída para a transformação de tempo de trabalho comum em especial alcança todos os pleitos de benefício formulados a contar da entrada em vigor do dispositivo legal em questão, porquanto o que está protegido seja pelo ato jurídico perfeito, seja pelo direito adquirido, é o reconhecimento da natureza do trabalho prestado - se comum ou especial - em conformidade à legislação positivada à época de seu exercício.
> VIII - Em outras palavras, não se deve confundir norma de conversão de tempo de serviço com norma de caracterização de atividade laborativa, mormente porque, na hipótese da prestação de labor de natureza comum, não há, por óbvio, condição outra a ser a ela atribuída, sujeitando-se o segurado, por isso, às regras impostas pelo legislador e vigentes quando da reunião dos requisitos necessários à obtenção da prestação de seu interesse, as quais podem depender de múltiplos fatores, como, por exemplo, o equilíbrio atuarial, sem que de tal conduta se possa extrair malferição a qualquer dispositivo constitucional, até mesmo por conta do princípio da solidariedade do

> custeio da seguridade social, veiculado pelo art. 195, caput, da Constituição Federal.
> IX - In casu, a apelante pretende a conversão da aposentadoria por tempo de serviço, deferida na via administrativa em 28 de novembro de 1998, para aposentadoria especial, data em que, porém, já vigorava a proibição para a conversão, a especial, do trabalho de natureza comum presta do nos períodos de 1º de outubro de 1971 a 30 de junho de 1972, 1º de dezembro de 1972 a 28 de março de 1973 e 02 de maio de 1973 a 31 de maio de 1974.
> X - Cumpre observar que, na data da edição da Lei nº 9.032/95, a apelante, realizada a conversão ao tipo especial da atividade comum já mencionada, contava com 21 (vinte e um) anos, 10 (dez) meses e 17 (dezessete) dias de trabalho, insuficiente à concessão de aposentadoria especial, consoante o art. 57, caput, da Lei nº 8.213/91.
> (...)
> (TRIBUNAL - TERCEIRA REGIÃO, AC 647005, Processo: 200003990697718, UF: SP, Órgão Julgador: NONA TURMA, Rel. JUÍZA MARISA SANTOS, Data da decisão: 28/05/2007, DJU DATA:28/06/2007)

No mesmo sentido, calha transcrever a fundamentação do acórdão da Turma Recursal de Santa Catarina, que julgou o Recurso Cível nº 2002.72.04.008831-8, relatado pela MM. Juíza Eliana Paggiarin Marinho:

> “A partir da Lei nº 9.032/95, não mais foi permitida a conversão de tempo de serviço comum em especial, para obtenção da aposentadoria especial. Permaneceu, entretanto, a possibilidade de consideração da atividade especial na aposentadoria por tempo de serviço comum, após a devida conversão (situação posteriormente modificada em parte com a Lei nº 9.711/98).
> Diante das reformas introduzidas pela Lei nº 9.032/95, concluo que não é possível, depois de 28-04-1995, a concessão de aposentadoria especial com conversão de tempo de serviço comum (mesmo prestado anteriormente àquela data), pois passou a ser requisito do benefício a presença de 25, 20 ou 15 anos de tempo de serviço especial (exclusivamente).
> Não se trata, aqui, de desrespeitar o direito adquirido à contagem privilegiada do tempo de serviço, mas sim de observar as regras relativas à própria concessão da aposentadoria especial.”

A tendência, a propósito, é a de tornar estritas as hipóteses de aposentadoria especial, como forma de garantir a aplicação da norma que introduziu o fator previdenciário no sistema. Como a aposentadoria especial não sofre a incidência do fator previdenciário, ocorreria uma distorção no sistema se permanecesse aberta a praticamente todos os segurados a possibilidade de optar pela aposentadoria especial em vez da por tempo de contribuição.

É verdade que o ordenamento protege o direito adquirido do segurado à qualificação da atividade desempenhada como especial, desde que qualificada como tal pela lei de regência à época de seu desempenho. Já o tempo de serviço da parte autora foi juridicamente qualificado, quando exercido, como tempo comum, e como tal terá seus efeitos jurídicos sob a legislação futura.

No caso em exame, repita-se, o pedido da parte autora não trata do reconhecimento da atividade especial. Ao contrário, ela requer a conversão de atividades reconhecidamente comuns em tempo especial, mediante a aplicação do coeficiente de 0,71.

Esta alternativa foi possível apenas até o advento da Lei nº 9.032, de 1995, que alterou a redação do art. 57, §3º, da Lei nº 8.213, de 1991.

Assim, a norma que revogou a Lei que permitia a conversão do tempo comum para tempo especial atinge todos os requerimentos postulados posteriormente à sua entrada em vigor (28.04.1995).

DO PEDIDO

DIANTE DO EXPOSTO, o INSS requer sejam conhecidos e providos os presentes embargos para suprir as omissões apontadas nas presentes razões, atribuindo-se-lhes, se necessário, os efeitos infringentes, e prequestionar a matéria infraconstitucional e constitucional pertinente.

Nestes Termos, pede deferimento.

Mariângela Dias Bandeira - Procurador Federal Mat. 1288033

1.1.5. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS - 23/02/2018

EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECONHECIMENTO DA INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DO TEMPO COMUM PARA ESPECIAL. TRABALHO PRESTADO EM PERÍODO ANTERIOR À LEI 9.032/1995. REEXAME DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. INEXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. ART. 1.022 DO CPC. LITIGÂNCIA PROTELATÓRIA. MULTA. 1. Os embargos de declaração não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição, obscuridade ou erro material, o que não ocorreu no caso. 2. Embargos de declaração rejeitado, com fixação de multa em 2% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 1.026, § 2º, do CPC.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária virtual de 16 a 22 de fevereiro de 2018, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em rejeitar os embargos de declaração, com fixação de multa em 2% do valor atualizado da causa, nos termos do art. 1.026, § 2º, do CPC, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 23 de fevereiro de 2018.

Ministro EDSON FACHIN - Relator

2. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[redacted]DATA JULGAMENTO 25/04/2018 – TEMA 609

2.1.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/controvérsia: “Questiona se o art. 55, § 2º, da Lei 8.213/91, que dispensa o pagamento de contribuições previdenciárias para fins de comprovação do tempo de serviço rural anterior à vigência da Lei 8.213/91, estende-se, ou não,

ao caso em que o beneficiário pretende utilizar o tempo de serviço para contagem recíproca no regime estatutário, ou se está restrito ao regime geral de previdência".

Relator: Ministro Og Fernandes

Diretor IBDP Responsável: Jane Lucia Wilhelm Berwanger

Data do trânsito: 28/06/2018

2.1.2. TESE FIRMADA

"O segurado que tenha provado o desempenho de serviço rurícola em período anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991, embora faça jus à expedição de certidão nesse sentido para mera averbação nos seus assentamentos, somente tem direito ao cômputo do aludido tempo rural, no respectivo órgão público empregador, para contagem recíproca no regime estatutário se, com a certidão de tempo de serviço rural, acostar o comprovante de pagamento das respectivas contribuições previdenciárias, na forma da indenização calculada conforme o dispositivo do art. 96, IV, da Lei n. 8.213/1991".

2.1.3. PETIÇÃO DE MERITO – 23/02/2018

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO OG FERNANDES, RELATOR DO RECURSO ESPECIAL Nº 1676865/RS DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tema 609

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP), qualificado nos autos, reporta-se a Vossa Excelência para apresentar as razões de mérito.

Discute-se, nos Recursos Especiais afetados ao tema 609, a (des)necessidade de indenização do período rural anterior a 1991 para fins de cômputo do período pelo servidor público, no Regime Próprio de Previdência Social.

Na decisão que reconhece tratar-se de matéria repetitiva, questão que restou assim expressa:

> Em análise superficial do processo, plenamente passível de revisão pelo relator destes autos, entendo preenchidos os requisitos formais previstos no art. 256 do Regimento Interno do STJ. A análise dos RRCs pelo Presidente da Comissão Gestora de Precedentes deve ser restrita aos limites regimentais, não abrangendo, pelo menos de forma definitiva, umjuízo de valor sobre a admissibilidade do recurso especial. Nesse sentido, o valoroso parecer do Ministério Público Federal, que concluiu pela inadmissão do recurso especial e, em consequência, pela impossibilidade de seu processamento como representativo da controvérsia, certamente contribuirá para a análise do relator destes autos. Quanto ao aspecto numérico, mesmo não tendo sido consignado na decisão de admissibilidade o quantitativo de processos sobrestados na origem, registro que, segundo informações prestadas pelo Núcleo de Gerenciamento de Precedentes do STJ, há pelo menos 134 processos aguardando o julgamento do Tema repetitivo n. 609, distribuídos entre os Tribunais Regionais Federais da 3ª e 4ª Regiões. Nesse sentido, o julgamento deste processo sob o rito dos recursos repetitivos, precedente qualificado de estrita observância pelos juízes e tribunais nos termos do art. 121-A do RISTJ e do art. 927 do CPC, orientará as instâncias ordinárias, com importantes reflexos em institutos de aceleração processual, tais como a tutela da evidência e a improcedência liminar do pedido, a depender do resultado do recurso repetitivo. O julgamento qualificado poderá, ainda, evitar decisões divergentes nas instâncias de origem e o envio desnecessário de recursos especiais e/ou agravos em recursos especiais a esta Corte Superior

O principal (e praticamente único) argumento da inconformidade com a desnecessidade de indenização do período rural anterior a 1991 é de que teria deixado de ser aplicado o art. 96, IV, da Lei n. 8.213/1991.

Assim dipõe o referido artigo:

> Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:

> IV - o tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social só será contado mediante indenização da contribuição correspondente ao período respectivo, com acréscimo de juros moratórios de zero vírgula cinco por cento ao mês, capitalizados anualmente, e multa de dez por cento.

Todavia, necessário se faz bem analisar e interpreter esse dispostivo, não só no sentido literal, mas dentro de um sistema de normas. Determinado texto não pode ser destacado do ordenamento jurídico como um todo. É necessário que se considere-no de forma harmônica com os demais dispositivos.

Como nos brinda Eros Grau:

> A interpretação do direito é interpretação do direito, no seu todo, não de textos isolados, desprendidos do direito.
> Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços.
> A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do texto - até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.

Na mesma linha, segue Norberto Bobbio:

> O próximo problema que se nos apresenta é se um ordenamento jurídico, além de uma unidade, constitui também um sistema. Em poucas palavras, se é uma unidade sistemática. Entendemos por ‘sistema’, uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si. Quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, nos perguntamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si, e em que condições é possível essa relação.

Assim, o art. 96, inc. IV, precisa ser apreciado sistematicamente, com os demaisdispositivos legais que tratam do tema da contagem recíproca.

PRIMEIRO, o tempo de serviço é regido pela lei do tempo do serviço prestado. Essa máxima representa o entendimento pacificado desta Corte. Alguns precedentes bemilustram:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RUÍDO. LIMITE DE 90DB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.
> Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC 1. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor.
> Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC.
> 2. O limite de tolerância para configuração da especialidade do tempode serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC). Precedentes do STJ.
> Caso concreto 3. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço decorrente da supressão do acréscimo da especialidade do período controvertido não prejudica a concessão da aposentadoria integral.
> 4. Recurso Especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008. (REsp 1398260/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 05/12/2014)
> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. SEGURADO INDIVIDUAL. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM Norberto Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico, 10ª ed., Brasilia: Editora UnB, 1999. P 71.
> CONDIÇÕES PREJUDICIAIS À SAÚDE OU INTEGRIDADE FÍSICA. POSSIBILIDADE.

O art. 57 da Lei n. 8.213/91, que regula a aposentadoria especial, não faz distinção entre os segurados, abrangendo também o segurado individual (antigo autônomo), estabelecendo como requisito para a concessão do benefício o exercício de atividade sujeita a condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador.
O contribuinte individual faz jus ao reconhecimento de tempo de serviço prestado em condições especiais, desde que seja capaz de comprovar o exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física, nos moldes previstos à época em realizado o serviço - até a vigência da Lei n. 9.032/95 por enquadramento nos Decretos 53.831/1964 e 83.080/1979 e, a partir da inovação legislativa, com a comprovação de que a exposição aos agentes insalubres se deu deforma habitual e permanente.
Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no REsp 1398098/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/11/2015, DJe 04/12/2015)
PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO COMUM EM ESPECIAL TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. INCIDÊNCIA DA LEI VIGENTE NO MOMENTO DA PRESTAÇÃO.
O tempo de serviço é regido pela legislação vigente à época em que efetivamente prestado o labor.
"O direito ao cômputo diferenciado do tempo de serviço prestado em condições especiais, por força das normas vigentes à época da referida atividade, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado. Assim, é lícita a sua conversão em tempo de serviço comum, não podendo ela sofrer qualquer restrição imposta pela legislação posterior, em respeito ao princípio do direito adquirido" (REsp 354.737/RS, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 9/12/2008). Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 473.260/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 02/04/2014)

Assim sendo, deve-se observar o disposto na Lei Complementar n. 11, de 25 dejulho de 1971:

Art. 1º É instituído o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL), nos termos da presente Lei Complementar.
§ 1º Ao Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural - FUNRURAL -, diretamente subordinado ao Ministro do Trabalho e Previdência Social e ao qual é atribuída personalidade jurídica de natureza autárquica,

caberá a execução do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural, na forma do que dispuser o Regulamento desta Lei Complementar.
§ 2º O FUNRURAL gozará em toda a sua plenitude, inclusive no que se refere a seus bens, serviços e ações, das regalias, privilégios e imunidades da União e terá por fôro o da sua sede, na Capital da República, ou o da Capital do Estado para os atos do âmbito deste.
Art. 3º São beneficiários do Programa de Assistência instituído nesta Lei Complementar o trabalhador rural e seus dependentes.
§ 1º Considera-se trabalhador rural, para os efeitos desta Lei Complementar: a) pessoa física que presta serviços de natureza rural a empregador, mediante remuneração de qualquer espécie.
b) o produtor, proprietário ou não, que sem empregado, trabalhe na atividade rural, individualmente ou em regime de economia familiar, assim entendido o trabalho dos membros da família indispensável à própria subsistência e exercido em condições de mutua dependência e colaboração.

A Lei Complementar n. 11/71 determinava a obrigatoriedade de contribuição.

Art. 15. Os recursos para o custeio do Programa de Assistência ao Trabalhador Rural provirão das seguintes fontes:
- da contribuição de 2% (dois por cento) devida pelo produtor sôbre o valor comercial dos produtos rurais, e recolhida: pelo adquírente, consignatário ou cooperativa que ficam sub-rogados, para êsse fim, em tôdas as obrigações do produtor; pelo produtor, quando ele próprio industrializar seus produtos vendê-los ao consumidor, no varejo, ou a adquirente domiciliado no exterior
- da contribuição de que trata o art. 3º do Decreto-lei nº 1.146, de 31 de dezembro de 1970, a qual fica elevada para 2,6% (dois e seis décimos por cento), cabendo 2,4% (dois e quatro décimos por cento) ao FUNRURAL.

A contribuição a que se refere o inc. II do ar. 15 da Lei Complementar n. 11/71 é devida pelas empresas. Portanto, havia base contributiva para os benefícios concedidos aos rurais: tanto das empresas urbanas, como dos trabalhadores rurais.

Reitere-se que os trabalhadores rurais, no período anterior a 1991, contribuíam para a Previdência Social, da forma que a lei determinava: sobre a produção comercializada. Não só: recebia um reforço de arrecadação provindo da contribuição das empresas urbanas. Não se diga, pois, que não havia contribuição.

Esta Corte já tratou da matéria inclusive em Recurso Repetitivo:

> PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. AVERBAÇÃO DE TRABALHO RURAL COM REGISTRO EM CARTEIRA PROFISSIONAL PARA EFEITO DE CARÊNCIA. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 55, § 2º, E 142 DA LEI 8.213/91. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
>
> Caso em que o segurado ajuizou a presente ação em face do indeferimento administrativo de aposentadoria por tempo de serviço, no qual a autarquia sustentou insuficiência de carência.
>
> Mostra-se incontroverso nos autos que o autor foi contratado por empregador rural, com registro em carteira profissional desde 1958, razão pela qual não há como responsabilizá-lo pela comprovação do recolhimento das contribuições.
>
> Não ofende o § 2º do art. 55 da Lei 8.213/91 o reconhecimento do tempo de serviço exercido por trabalhador rural registrado em carteira profissional para efeito de carência, tendo em vista que o empregador rural, juntamente com as demais fontes previstas na legislação de regência, eram os responsáveis pelo custeio do fundo de assistência e previdência rural (FUNRURAL).
>
> Recurso especial improvido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e Resolução STJ nº 8/2008. (REsp 1352791/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/11/2013, DJe 05/12/2013)

Do texto da Lei 8.213/91 “o tempo de serviço anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social só será contado mediante indenização da contribuição correspondente ao período respectivo, …”, a expressão: “anterior ou posterior à obrigatoriedade de filiação à Previdência Social” não se aplica ao trabalhador rural, porquanto, como se vê, o trabalhador rural era filiado à Previdência Social, ainda que a um regime distinto, mas que, por

força da Constituição Federal de 1988 foi recepcionado para integrar o Regime Geral de Previdência Social.

Em respeito à aplicação da lei da época do serviço prestado, em que havia contribuição sobre a Produção comercializada, bem como de outras fontes, não se pode exigir, hoje, uma segunda contribuição, se não se exige dos trabalhadores urbanos. Veja-se que se alguém trabalhou como empregado e contribuiu para a Previdência Social, no período anterior a 1991, poderá levar esse período para o Regime Próprio sem qualquer necessidade de indenização.

Exigir do rural, que contribuia para a Previdência na forma determinada pela lei em vigor, indenização quanto ao período anterior a 1991 afronta o princípio constitucional da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populaçõesurbanas e rurais.

SEGUNDO, nem mesmo o servidor público efetuava contribuições no período anterior a 1991. Ora, se o próprio servidor não contribuia, porque o INSS deveria exigir contribuições do segurado rural? A rigor, ainda que se entendesse que o trabalhador rural não contribuia (o que não é verdade, como acima demonstrado) não se pode impedir ele de computar o tempo de trabalho, vez que nem o Regime Próprio exigia contribuiçoes para a aposentadoria.

A contagem recíproca entre regime geral e regime próprio, encontra-se amparada na Constituição Federal.

> 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, nostermos da lei, a:
> § 9º Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

Conforme bem define Marcelo Barroso, ao tratar da contagem recíproca:

> A contagem recíproca tem por objeto o tempo já cumprido por servidor e qualquer alteração normativa que a suprima fere a segurança jurídica, a boa-fé e a confiança dos segurados e servidores públicos em relação aos seus sistemas previdenciários.

> Ainda que não seja um direito adquirido, pois passível de alteraçao, a contagem recíproca é decorrência natural da possível mudança de regimes previdenciários e constitui-se em direito expectado a ser respeitado pelo Estado, pela Constituição e pela sociedade no ambiente democrático. [3]

Exigir indenização é ultrapassar o que determina a Constituição Federal. A contagem de tempo deve, diga-se uma vez mais, levar em consideração, a lei da época do serviço prestado.

Nesse mesmo sentido, encontra-se respaldo na Emenda Constitucional n. 20/1998:

> Art. 4º - Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, seráconta do como tempo de contribuição.

O § 10 do art. 40 proíbe o cômputo de tempo ficto. Mas, não se pode nem de longe enquadrar o período de atividade rural como tempo ficto. O trabalho rural foi e é muito importante para o desenvolvimento do país. E se o Constituinte optou pela inclusão dos trabalhadores rurais, é porque reconhece essa importância.

Um dos objetivos constitucionais da Seguridade Social é A UNIFORMIDADE E EQUIVALÊNCIA DOS BENEFÍCIOS E SERVIÇOS ÀS POPULAÇÕES URBANAS E RURAIS.

Para os trabalhadores rurais, a uniformidade representa a inclusão no sistema previdenciário, na medida em que a partir da instituição da legislação ordinária pós- Constituição, todos os trabalhadores urbanos e rurais passam a integrar o Regime Geral de Previdência Social. Como bem aponta Wagner Balera, os residentes no meio rural e os trabalhadores urbanos passaram a compor um único sistema integrado[4].

Ainda é desafiadora a inclusão plena, a uniformidade total entre urbanos e rurais. Conforme Jane Lucia Wilhelm Berwanger:

Assim, embora com significativos avanços, ainda há espaço para melhor concretizar-se esse princípio. Entendemos que é bastante tímida a aplicação da

uniformidade da equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. É raramente invocado pelos operadores do Direito Previdenciário. É como se o não se soubesse o real significado, o recado dado pelo Constituinte ao legislador ordinário e, principalmente ao intérprete. A par da análise histórica, que por si já denota a dificuldade na implantação de benefícios de valor mínimo aos rurícolas, falar em uniformidade e equivalência é utopia, é realidade distante.[5]

Reitere-se a pergunta: porque os trabalhadores urbanos podem usar o períodoanterior à Lei 8.213/91 e os rurais não?

TERCEIRO, nota-se uma discriminação entre o servidor público e o segurado do Regime Geral quanto ao período rural anterior a 1991. A Lei 8.213/91 expressamente autoriza que esse tempo seja computado, independentemente do recolhimento de contribuições:

> Art. 55. O tempo de serviço será comprovado na forma estabelecida no Regulamento, compreendendo, além do correspondente às atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11 desta Lei, mesmo que anterior à perda da qualidade de segurado:
> § 1º A averbação de tempo de serviço durante o qual o exercício da atividade não determinava filiação obrigatória ao anterior Regime de Previdência Social Urbana só será admitida mediante o recolhimento das contribuições correspondentes, conforme dispuser o Regulamento, observado o disposto no § 2º.
> § 2º O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes, exceto para efeito de carência, conforme dispuser o Regulamento.
> (Sem grifo no original)

O que justifica tamanha discriminação? Imaginemos um segurado que trabalhou em atividade urbana vinculada ao Regime Geral desde 1990 e havia exercido atividade rural de 1980 a 1990. Poderá computar o período rural, sem necessidade de indenizar. Mas, se for um servidor público municipal, por exemplo, um gari, vinculado à Regime Próprio de Previdência Social, os 10 anos de trabalho nada terão valido, serão desconsiderados, pois por certo não terá condições de indenizar o período rural.

Aqui é importante referir-se o tão importante VALOR SOCIAL DO TRABALHO. O trabalho enquanto atividade remunerada deve ter o seu valor reconhecido pelo Estado e pelas normas legais. É o que determina a Constituição Federal, em diversos dispositivos:

> Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> ...
> Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

Eros Grau sustenta que o artigo 170, ao determinar que a ordem econômica será fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, privilegia a valorização do trabalho em superposição à livre iniciativa[6]. Similarmente, José Afonso da Silva sustenta que a ordem econômica prioriza o valor do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado[7].

Certamente não atende o Valor Social do Trabalho a inclusão condicionada de um período de efetivo trabalho no campo, exigindo contribuição para ser comuputado pelo servidor público quando nem o próprio servidor contribuia na época.

Tratando-se, mais especificamente, do tema aqui proposto – (des) necessidade de indenização – a análise de Marco Aurélio Serau Junior é relevante:

… a contagem recíproca busca fazer um ajuste de contas com o passado laboral/previdenciário do segurado, não se podendo penalizá-lo duplamente por

sua baixa inserção formal no Sistema previdenciário no passado e, na comtemporaneidade, obster-lhe o recebimento de benefício através de interpretação restritiva e economicista do instituto da contagem recíproca.

Portanto, não se justifica a exigência de contribuição de período pretérito.

QUARTO, apenas para argumentar, a matéria – necessidade de indenização do período rural anterior a 1991 para cômputo no Regime Próprio de Previdência Social – chegou a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, porém, não no mérito.

O STF tratou da constitucionalidade da Medida Provisória n. 1.523-13/1997. Esta MP revogou o art. 96, que assim dispunha:

> Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:
> V - O tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta lei, será computado sem que seja necessário o pagamento das contribuições a ele correspondentes, desde que cumprido o período de carência.

Na ocasião da publicação da referida Medida Provisória, vários partidos politicos interpuseram Ação Direta de Inconstitucionaildade. Ao apreciar a liminar, o STF assim despachou:

> EMENTA: PREVIDÊNCIA SOCIAL. Relevância jurídica da impugnação, perante os artigos 194, parágrafo único, I, 201, caput e § 1º e 202, I, todos da Constituição, da proibição de acumular a aposentadoria por idade, do regime geral da previdência, com a de qualquer outro regime (redação dada, ao art. 48 da Lei nº 8.213-91, pela Medida Provisória nº 1.523-13/1997). Trabalhador rural. Plausibilidade da argüição de inconstitucionalidade da exigência de contribuições anteriores ao período em que passou ela a ser exigível, justificando-se ao primeiro, exame essa restrição apenas em relação à contagem recíproca de tempo de serviço público(artigos 194, parágrafo único, I e II, e 202, § 2º, da Constituição e redação dada aos artigos 55, § 2º, 96, IV e 107 da Lei nº 8213-91, pela Medida Provisória nº 1523-13-97). Medida cautelar parcialmente deferida. (ADI 1664 MC,

Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/1997, DJ 19-12-1997 PP-00041 EMENT VOL-01896-01 PP-00140)

Todavia, o mérito da ADI 1664 não chegou a ser julgado, pois nao houve aditamento quando da nova edição da Medida Provisória. Assim, a Ação Direta foi julgada prejudicada, conforme despacho a seguir:

1 - Trata-se de ação direta impugnando o art. 2º da MP nº 1.523-11, de 27.08.97, que altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24.07.91. Prestadas informações pela Presidência da República (fls. 56/73), requereram os autores, por duas vezes, o aditamento da inicial (fls. 77/78 e 86/87), tendo em vista a reedição do ato normativo impugnado sob os nºs 1.523-12, de 25/09/97 e 1.523-13, de 23/10/97. A medida cautelar foi parcialmente deferida (fls. 103/124). O Advogado-Geral da União, em sua manifestação (fls. 128/137), apontou a inexistência do pedido de aditamento referente à MP nº 1.596, de 11/11/97, bem como em relação à Lei nº 9.528, de 10/12/97, em que se converteu tal MP. Estas últimas, segundo a AGU, trouxeram várias modificações em relação às reedições anteriores da impugnada. Requereu, assim, seja declarado extinto o processo, pela superveniente falta de interesse processual dos autores. O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro (fls. 170/174), opinou pela prejudicialidade da ação, por não terem os autores aditado a inicial, após a edição dos atos normativos subseqüentes ao impugnado. É breve o relatório. Decido. 2 - Assiste razão à Advocacia-Geral da União e à Procuradoria-Geral da República. Não tendo sido formulado o necessário pedido de aditamento, diante da edição da MP nº 1.596/97 e, posteriormente, em face de sua conversão na Lei nº 9.528/97, apresenta-se inviável o prosseguimento do feito, motivo pelo qual julgo prejudicada esta ação direta, por perda de seu objeto. Publique-se. Brasília, 20 de março de 2002. Ministra Ellen Gracie Relatora (ADI 1664, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 20/03/2002, publicado em DJ 04/04/2002 P - 0005)

Quer-se dizer, com isso, que não houve pronunciamento sobre o tema em Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, o STF decidiu, em Ação Direta de Inconstitucionalidade, quenão cabe condicionar a contagem recíproca:

> Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Servidor Público. 3. Aposentadoria. 4. Contagem do tempo de contribuição na atividade privada para fins de compensação financeira. 5. Restrição do período por lei estadual. 6. Ofensa ao art. 202, § 2º, da Carta Magna (atual art. 201, § 9º). 7. Precedentes. 8. Ação julgada procedente. (ADI 1798, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-217 DIVULG04-11-2014 PUBLIC 05-11-2014)

Não se busca, aqui, a análise da questão constitucional, mas apenas que se afastecomo argumento contrário ao que se defende, a eventual apreciação do STF sobre a matéria.

DIANTE DO EXPOSTO, requer, pelos motivos expostos nessa petição, seja uniformizado o entendimento no sentido de ser possível o cômputo no Regime Próprio de Previdência Social, do período rural anterior a 1991, sem indenização.

Pede deferimento.

Florianópolis, SC, 26 de janeiro de 2018.

Gisele Lemos Kravchychyn - OAB/SC 18.200

2.1.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO 03/05/2018

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. CONTAGEM RECÍPROCA. SERVIDOR PÚBLICO. TRABALHO RURÍCOLA PRESTADO EM PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 8.213/1991. DIREITO À EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO. CABIMENTO. CÔMPUTO DO TEMPO PARA CONTAGEM RECÍPROCA. EXIGÊNCIA DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES NA FORMA PREVISTA PELO ART. 96, IV, DA LEI N. 8.213/1991. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, EM PARTE,

E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. RECURSO JULGADO SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015, C/C ART. 256-N E SEGUINTES DO REGIMENTO INTERNO DO STJ. 1. Na situação em exame, os dispositivos legais cuja aplicação é questionada nos cinco recursos especiais, com a tramitação que se dá pela sistemática dos repetitivos (REsp 1.676.865/RS, REsp 1.682.671/SP, REsp 1.682.672/SP, REsp 1.682.678/SP e o REsp 1.682.682/SP), terão sua resolução efetivada em conjunto. 2. A insurgência não pode ser conhecida na parte em que pleiteia o exame de matéria constitucional, sob pena de, assim procedendo, esta Corte usurpar a competência do STF. 3. Reconhecido o tempo de serviço rural, não pode o Instituto Nacional do Seguro Social se recusar a cumprir seu dever de expedir a certidão de tempo de serviço. O direito à certidão simplesmente atesta a ocorrência de um fato, seja decorrente de um processo judicial (justificação judicial), seja por força de justificação de tempo de serviço efetivada na via administrativa, sendo questão diversa o efeito que essa certidão terá para a esfera jurídica do segurado. 4. Na forma da jurisprudência consolidada deste STJ, "nas hipóteses em que o servidor público busca a contagem de tempo de serviço prestado como trabalhador rural para fins de contagem recíproca, é preciso recolher as contribuições previdenciárias pertinentes que se buscam averbar, em razão do disposto nos arts. 94 e 96, IV, da Lei 8.213/1991" (REsp 1.579.060/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 23/2/2016, DJe 30/5/2016). 5. Descabe falar em contradição do art. 96, IV, com o disposto pelo art. 55, § 2º, da mesma Lei n. 8.213/1991, uma vez que se trata de coisas absolutamente diversas: o art. 96, IV, se reporta às regras relativas à contagem recíproca de tempo de serviço, que se dá no concernente a regimes diferenciados de aposentadoria; o art. 55 se refere às regras em si para concessão de aposentadoria por tempo de serviço dentro do mesmo regime, ou seja, o Regime Geral da Previdência Social. 6. É descabido o argumento trazido pelo amicus curiae de que a previsão contida no art. 15, I e II, da Lei Complementar n. 11/1971, quando já previa a obrigatoriedade de contribuição previdenciária, desfaz a premissa de que o tempo de serviço rurícola, anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991, não seria contributivo. É que a contribuição prevista no citado dispositivo legal se reporta a uma das fontes de custeio da Previdência Social, cuja origem decorre das contribuições previdenciárias de patrocinadores, que não os próprios segurados. Ora, acolher

tal argumento significaria dizer que, quanto aos demais benefícios do RGPS, por existirem outras fontes de custeio (inclusive receitas derivadas de concursos de prognósticos), o sistema já seria contributivo em si, independentemente das contribuições obrigatórias por parte dos segurados. 7. Não se há de falar em discriminação entre o servidor público e o segurado vinculado ao Regime Geral de Previdência Social, porque, para aquele primeiro, exige-se, quanto ao tempo de serviço rurícola anterior a 1991, o recolhimento das contribuições previdenciárias, o que não é exigido para o segundo. É que se trata de regimes diferentes e, no caso do segurado urbano e o rurícola, nada obstante as diferenças de tratamento quanto à carência e requisitos para obtenção dos benefícios, ambos se encontram vinculados ao mesmo Regime Geral da Previdência Social, o que não ocorre para o servidor estatutário. 8. Tese jurídica firmada: O segurado que tenha provado o desempenho de serviço rurícola, em período anterior à vigência da Lei n. 8.213/1991, embora faça jus à expedição de certidão nesse sentido para mera averbação nos seus assentamentos, somente tem direito ao cômputo do aludido tempo rural junto ao respectivo órgão público empregador para contagem recíproca no regime estatutário se, junto com a certidão de tempo de serviço rural, acostar o comprovante de pagamento das respectivas contribuições previdenciárias, na forma da indenização calculada conforme o dispositivo do art. 96, IV, da Lei n. 8.213/1991. 9. No caso, o aresto prolatado pelo eg. Tribunal de origem está em conformidade com o posicionamento desta Corte Superior. 10. Recurso especial conhecido, em parte, e, nessa extensão, não provido. 11. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno deste STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ressalvou seu ponto de vista o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Sustentaram, oralmente, a

Dra. Bruna Palhano Medeiros, pelo Instituto Nacional do Seguro Social (recorrido), o Dr. Caio Diniz Fonseca, pela União (recorrida) e o Dr. Diego Monteiro Cherulli, pela parte interessada: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP).

Brasília, 25 de abril de 2018(Data do Julgamento)

Ministro Og Fernandes – Relator

2.1.5. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RESP 1676865/RS 15/05/2018

EXCELENTÍSSIMO(A) DOUTOR(A) MINISTRO(A) DA 2ª TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ

Processo n. 1.676.865/RS (2017/0143698-5)

Embargante: SILVINO RAUBER

SILVINO RAUBER, já qualificado nos autos do processo em epígrafe, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por intermédio de seu procurador signatário, com fulcro no art. 1.022, inciso I c/c art. 494, inciso II do CPC, opor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO do acordão prolatado em 03/05/2018, pelos fundamentos, que por conseguinte passa a expor:

DA TEMPESTIVIDADE

Quanto à tempestividade, essa é indeclinável uma vez que o prazo começou a fluir em 04/05/2018, e findará em 10/05/2018, inteligência do art. 1.023, caput do CPC.

DAS RAZÕES E DO(S) PEDIDO(S)

Consabido que ao apreciar-se o objeto da causa, não há obrigação de analisar-se uma a uma, todas as questões deduzidas, porém necessário haver

manifestação acerca dos pontos relevantes para solução da controvérsia, e tal decisão, NÃO pode estar em contradição com a prova produzida nos autos.

No presente caso, não se objetiva o rejulgamento da causa, mas tão-somente o aperfeiçoamento de decisão anteriormente proferida, portanto, a pretensão do embargante encontra respaldo no artigo 1.022 e incisos do CPC, o qual dispõe:

> Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material.
> Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.
> Art. 489, § 1º - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

No caso dos autos, o acordão como será explicitado, foi omisso no ponto principal do recurso.

No específico, a CTS foi emitida, e averbada no RPPS, antes da alteração legislativa introduzida pela MP 1.523/96, bem como o período de atividade é anterior a 11/1991. O tribunal de origem, entendeu que mesmo assim é devida a indenização referente ao período:



EMPRESA/ATIVIDADE		MATRICULA/INSCRICAO	TEMPO LIQUIDO		
SILVINO RAUBER			ANOS	MESES	DIAS
ENDERECO					
CERRO LARGO RS			4	0	1
DOCUMENTO	DATA DA EMISSAO FUNCAO		PERIODO		
OS/INSS/DSS 447	11/10/94 AGRICULTOR		27/08/82 A 27/08/86		

As diretrizes do instituto da contagem recíproca, conforme delegação constitucional, encontram-se previstas no art. 94 c/c 96, inciso V da lei 8.213/91 e o art. 200, inciso V do Decreto 357/1992, que a época de emissão da CTS, previa:

> Art. 96 - O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes: [...] V - o tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à data de início de vigência desta Lei, será computado sem que seja necessário o pagamento das contribuições a ele correspondentes, desde que cumprido o período de carência.
> CAPÍTULO VI – DECRETO 357/1992 DA CONTAGEM RECÍPROCA DE TEMPO DE SERVIÇO
> Art. 192. O tempo de serviço prestado pelo trabalhador rural anterior à competência novembro de 1991 será reconhecido, desde que devidamente comprovado, independentemente do recolhimento das contribuições a ele correspondentes.
> Art. 200. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata este Capítulo será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as seguintes normas: (...) V - o tempo de serviço do segurado trabalhador rural, anterior à competência novembro de 1991, será computado sem que seja necessário o pagamento das contribuições a ele correspondentes, desde que cumprido o período de carência na forma dos arts. 23 a 27.

A lei não possui expressões inúteis. Observe, que no art. 94 da lei 8.213/91, o legislador autoriza a contagem recíproca do tempo de contribuição ou serviço na atividade rural, remetendo ao regulamento, no caso o Decreto 611/1992, que por sua vez autorizava a contagem do tempo de serviço do trabalhador rural, anterior a 11/1991, sem que fosse necessário o pagamento de indenização (contribuições).

Portanto, o acordão foi omisso, quanto a questão principal, que é saber se pode haver retroatividade da lei em prejuízo do recorrente, (o Tribunal de origem entende que sim) uma vez que a CTS foi emitida ANTES da MP 1.523/96, a qual alterou a redação do art. 96 da Lei nº 8.213/1991, tendo suprimido o inciso V, que previa o cômputo do tempo de serviço rural SEM a necessidade de pagamento das contribuições a ele correspondentes.

Ordenamento jurídico deve proporcionar segurança jurídica, uma expectativa de direito criada em um determinado tempo não pode ser frustrada em um tempo futuro (como ocorreu no caso em testilha), através da retroação maléfica de um novo sistema ou critério, sob pena de trocarmos a ordem pela balbúrdia, a confiança pela desesperança.

Não se pode transmudar o direito já adquirido em mera expectativa de direito, pelo fato de terem sido alterados os critérios à para emissão de certidão de tempo de contribuição.

Por derradeiro, cabe esclarecer, que os embargos de declaração "não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal" (STF-2ª Turma, AI 163.047-5-PR-AgRg-EDcl, rel. Min. Marco Aurélio, j. 18.12.95).

Diante do exposto:

a) Requer o recebimento do presente Recurso de Embargos;

b) Requer a intimação do embargado, nos termos do art. 1.023 do CPC;

c) No mérito requer seja conhecido e provido o presente recurso, atribuindo lhe efeitos infringentes, para:

c.1) reafirmar-se a tese, de que não pode haver retroatividade da lei previdenciária em prejuízo (do princípio do tempus regit actum), portanto, não se pode exigir a indenização de período agrícola, quando a CTS for emitida antes da MP 1.523/96, e essa referir-se a período de atividade agrícola anterior a 11/1991.

Nesses termos, pede deferimento.

Carazinho (RS), data do evento.

2.1.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS - 08/08/2018

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. ANÁLISE DE SUPOSTO DIREITO ADQUIRIDO. ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUSÊNCIA DO VÍCIO ALEGADO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. A alegação trazida pela parte embargante, em sede de aclaratórios, diz respeito a uma suposta afronta à cláusula do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal).

2. No aresto embargado, ficou assentado que os fundamentos constitucionais invocados pelas partes e pelo *amicus curiae* não poderiam ser enfrentados pelo STJ, no âmbito do recurso especial, uma vez que esta Corte Superior não pode usurpar a competência do STF, razão por que, nesse particular, se conheceu parcialmente da insurgência.

3. É certo que, para análise de questões constitucionais, dispõe o recorrente do competente recurso extraordinário. Aliás, tal irresignação foi interposta, tendo sido admitido o trâmite do aludido recurso, consoante decisão proferida pelo vice-presidente do TRF da 4ª Região.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Assusete Magalhães.

Brasília, 08 de agosto de 2018(Data do Julgamento)

Ministro Og Fernandes - Relator

[redacted]DATA JULGAMENTO 25/02/2015 – TEMA 640

2.2.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/ Controvérsia: o benefício previdenciário ou assistencial, no valor de um salário mínimo, recebido por idoso ou deficiente que faça parte do núcleo familiar, não deve ser considerado na aferição da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 ante a interpretação do que dispõe o artigo 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Diretor do IBDP Responsável: Gisele Lemos Kravchychyn

Data do trânsito: 16/12/2015

2.2.2. TESE FIRMADA

Aplica-se o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja computado no cálculo da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93.

2.2.3. PETIÇÃO DE MÉRITO – 27/03/2014

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, RELATOR RESP 1355052/SP DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP,

associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sócio-cultural, sem fins lucrativos, apartidária, inscrito no CNPJ sob o nº 06.136.459/0001-01,

estabelecido à Av. Luis Xavier, nº 68, 20º andar, conjunto 2017, Edifício Tijucas, Centro, Curitiba, Paraná, CEP: 80020-904, neste ato representada por sua Presidente, JANE LUCIA WILHELM BERWANGER, brasileira, divorciada, advogada, vem respeitosamente à presença de V.Exa., por sua procuradora constituída pela procuração anexa, requerer sua admissão na condição de AMICUS CURIAE, nos termos do art. 543-C, §4º, do CPC e do art.3º, inciso I, da Res. 08/STJ, nos autos do presente Recurso Especial, pelos seguintes fatos e fundamentos:

A questão tratada nos autos é extremamente relevante e o IBDP possui representatividade e pertinência no trato da questão, bem como o momento processual é adequado para a admissão do *amicus curiae* como será demonstrado a seguir.

1. A REPRESENTATIVIDADE DO IBDP 2
2. DO TEMA DISCUTIDO E DA RELEVÂNCIA PARA O DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO 5
3. DA OPORTUNIDADE PROCEDIMENTAL DA PRESENTE INTERVENÇÃO 5
4. PEDIDOS 6

1. A REPRESENTATIVIDADE DO IBDP

(...)

3. DO TEMA DISCUTIDO E DA RELEVÂNCIA PARA O DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Trata-se de Recurso Especial recebido como representativo da controvérsia, com fulcro no art. 543-C do CPC e no art. 2º, § 1º, da Resolução STJ 8/2008, com a delimitação da seguinte tese controvertida: **"o benefício previdenciário ou assistencial, no valor de um salário mínimo, recebido por idoso ou deficiente que faça parte do núcleo familiar, não deve ser considerado na aferição da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 ante a interpretação do que dispõe o artigo 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso).".**

O tema tem, portanto, relevância inegável para todos os aplicadores e estudiosos do direito previdenciário brasileiro e merece a colaboração do IBDP para a discussão da matéria em todos os seus ângulos.

4. DA OPORTUNIDADE PROCEDIMENTAL DA PRESENTE INTERVENÇÃO

A admissão do *amicus curiae* pode ocorre em qualquer fase do procedimento, desde que seja antes dos autos serem liberados para julgamento conforme precedentes do STF (ADI 4067/DF e ADI 4071/DF).

O presente feito ainda não foi encaminhado para a pauta de julgamento, razão pela qual o momento processual ainda admite a intervenção ora pleiteada.

Assim, não há como deixar de reconhecer o interesse institucional do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário para pleitear sua intervenção no presente Recurso Especial *amicus curiae*, com o objetivo de enriquecer o debate desta relevante questão de ordem pública.

4. PEDIDOS

Ex positis, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP requer:

a) sua **admissão na figura de *amicus curiae*** no presente Recurso Especial, nos termos do art. 543-C, §4º, do CPC e do art.3º, inciso I, da Res. 08/STJ. Destaca-se que o IBDP já foi admitido em Repercussões Gerais em Recurso Extraordinário, a exemplo dos RE 626.489 e 661.256, e que tem contribuído de forma favorável para a elucidação dos temas previdenciários em julgamento;

b) na hipótese de ser designada uma breve instrução processual, requer seja habilitado a acompanhar o feito, **proceder as manifestações e apresentar documentos** que se façam necessário ao justo deslinde da questão, inclusive pareceres e documentos técnicos que julgar necessário V. Exa.;

c) seja admitido a proceder a sustentação oral na sessão de julgamento do presente Recurso Especial, mediante a intimação da subscritora desta peça para tal finalidade;

d) **seja julgado improcedente o presente Recurso Especial** para que se declare que o benefício previdenciário ou assistencial, no valor de um salário mínimo, recebido por idoso ou deficiente que faça parte do núcleo familiar, não deve ser considerado na aferição da renda *per capita* prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93 ante a interpretação do que dispõe o artigo 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

Pede deferimento.

Florianópolis, 27 de março de 2014.

GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN - OAB/SC 18.200

2.2.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO (05/11/2015)

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ASSISTENCIAL PREVISTO NA LEI N. 8.742/93 A PESSOA COM DEFICIÊNCIA. AFERIÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO NÚCLEO FAMILIAR. RENDA PER CAPITA. IMPOSSIBILIDADE DE SE COMPUTAR PARA ESSE FIM O BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO, NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO, RECEBIDO POR IDOSO. 1. Recurso especial no qual se discute se o benefício previdenciário, recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, deve compor a renda familiar para fins de concessão ou não do benefício de prestação mensal continuada a pessoa deficiente. 2. Com a finalidade para a qual é destinado o recurso especial submetido a julgamento pelo rito do artigo 543-C do CPC, define-se: Aplica-se o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), por analogia, a pedido de benefício assistencial feito por pessoa com deficiência a fim de que benefício previdenciário recebido por idoso, no valor de um salário mínimo, não seja computado no cálculo da renda per capita prevista no artigo 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93. 3. Recurso especial provido. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do art. 543-C do Código de Processo Civil e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Seção do Superior Tribunal de

Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Assusete Magalhães e Regina Helena Costa e os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Sérgio Kukina deram provimento ao recurso especial, em maior extensão. Não participou do julgamento a Sra. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região).

DATA JULGAMENTO 09/09/2015 – TEMA 642

2.3.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/ Controvérsia: Questão referente à atividade rural deve ser comprovada no período imediatamente anterior ao requerimento.

Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Diretor do IBDP Responsável: Gisele Lemos Kravchychyn

Data do trânsito: 09/08/2016

2.3.2. TESE FIRMADA

O segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. Ressalvada a hipótese do direito adquirido, em que o segurado especial, embora não tenha requerido sua aposentadoria por idade rural, preenchera de forma concomitante, no passado, ambos os requisitos carência e idade.

2.3.3. PETIÇÃO DE MÉRITO - 13/05/2014

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MEMORIAL - Recurso Especial (em matéria repetitiva) n. 1.354.908

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sócio-cultural, sem fins lucrativos, apartidária, inscrito no CNPJ sob o nº 06.136.459/0001-01, estabelecido à Av. Luis Xavier, nº 68, 20º andar, conjunto 2017, Edifício Tijucas, Centro, Curitiba, Paraná, CEP: 80020-904, neste ato representada por sua Presidente, JANE LUCIA WILHELM BERWANGER, brasileira, divorciada, advogada, vem respeitosamente à presença de V.Exa., por sua procuradora constituída pela procuração anexa, vem manifestar-se, conforme segue:

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP tem sido admitido como *amicus curiae* em diversos processos, no Supremo Tribunal Federal[1] e no Superior Tribunal de Justiça[2], demonstrando que o Instituto é reconhecido como entidade científica e que contribui para o aperfeiçoamento do Direito Previdenciário.

No presente Recurso Especial, já não cabe a admissão como *amicus curiae*, vez que o julgamento já se iniciou. Todavia, o IBDP não poderia deixar de manifestar-se sobre um tema tão relevante como os benefícios dos trabalhadores rurais.

Foi conferido o caráter de recurso repetitivo ao RESP 1.354.908, sob o fundamento de tratar-se da necessidade de comprovação da atividade rural pelo período imediatamente anterior ao requerimento.

Nos autos desta ação, trata-se de pedido de aposentadoria por idade em que a segurada completou 55 anos em 25 de Mio de 2007. O ajuizamento da ação ocorreu em 07 de abril de 2010.

A controvérsia – levada à discussão em sede de recurso repetitivo – é com relação ao exercício da atividade rural. A segurada trabalhou na agricultura por quase toda sua vida laborativa. Teve apenas quatro períodos em outra condição de segurado:

a) 02/06/1986 a 13/12/1986 – empregada da empresa Judai e Judai;

b) 01/04/2007 a 14/03/2008 como empregada doméstica

c) 02/05/2008 a 31/01/2009 como empregada doméstica

d) 03/2009 a 03/2010 – como empregada doméstica.

O acórdão apontou que o fato de a segurada ter trabalhado por curtos períodos em atividade urbana não lhe retira a condição de trabalhadora rural – que ostentou ao longo de sua vida.

A questão precisa ser apreciada sob os seguintes aspectos:

A) DATA DO REQUERIMENTO X DATA DO IMPLEMENTO DA IDADE

Vejamos que a segurada completou a idade em maio de 2007. Conforme precedentes deste Egrégio Tribunal, se o segurado implementou os requisitos para o benefício, o exercício de atividade urbana em data posterior não impede a concessão da aposentadoria:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DO CONTEÚDO DA DECISÃO AGRAVADA. NÃO IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO DECISÓRIO IMPUGNADO. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DO ENUNCIADO SUMULAR Nº 284/STF. AGRAVO DESPROVIDO E DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. I. Decisão agravada que negou provimento ao agravo do INSS ao argumento de que o exercício de atividade urbana, por parte da autora, não teve o condão de descaracterizar a sua qualidade de segurada especial, uma vez que ela implementou todos os requisitos para a concessão de aposentadoria por idade rural em data anterior ao labor urbano. Precedentes. II. No regimental, alega a autarquia agravante que a decisão objurgada, ao dar provimento ao Recurso Especial da parte autora para afastar a incidência do artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97, na redação dada pela Lei nº 11.960/2009, contrariou o entendimento desta Corte de Justiça em torno da questão. III. Ocorre que a matéria atinente à legislação aplicável a título de juros moratórios não foi objeto de exame pela decisão agravada, o que faz da fundamentação do presente regimental deficiente, pois, além de não infirmar o fundamento da decisão recorrida, se divorciou de seu conteúdo decisório. Portanto, é de se aplicar, à espécie, por analogia, o óbice contido na Súmula nº 284 do STF. IV. Agravo 2011/0267922-8; GO; Quinta Turma; Rel. Min. Gilson Langaro Dipp; Julg. 17/04/2012; DJE 23/04/2012)

> PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA Nº 7 DO STJ. 1. O Tribunal de origem entendeu "que não há qualquer notícia nos autos ou em consulta ao CNIS sobre a existência de efetivos vínculos empregatícios de natureza urbana em nome do marido da autora, fato

> reiterado pelo início de prova material e pela prova testemunhal colhida, atestando que a autora e o marido sempre trabalharam em atividades rurais". Ademais, "ao completar a idade mínima exigida, a parte autora implementou todas as condições necessárias à obtenção do benefício, em virtude do exercício de atividade rural em número de meses superior ao que seria exigível" (fl. 139, e-STJ). 2. Assim, concedeu a aposentadoria por idade rural. Entender de modo diverso do consignado pelo Tribunal a quo exige o reexame de matéria fáticoprobatória, o que é vedado pela Súmula nº 7 do STJ. Agravo regimental improvido. (STJ; AgRg-REsp 1.341.341; Proc. 2012/0183171-7; SP; Segunda Turma; Rel. Min. Humberto Martins; Julg. 04/10/2012; DJE 16/10/2012)

Aplica-se, no caso, o art. 102 da Lei 8.213/91:

> Art. 102. A perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.
> § 1º A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.

Portanto, se o segurado implementou os requisitos para a aposentadoria, fato superveniente não pode comprometer o direito ao benefício. Assim, resta saber se a segurada efetivamente implementou o direito ao benefício.

B) MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO

A segurada começou a trabalhar na atividade urbana menos de dois meses antes de completar a idade de 55 anos. Teria, ainda assim, direito ao benefício?

A resposta a essa questão encontra-se no art. 15 da Lei 8.213/91:

> Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:
> II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela

> Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;

A aplicabilidade desse dispositivo ao segurado especial vem reconhecida pelo INSS na Instrução Normativa n. 45/2010:

> Art. 10. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuição:
> I - sem limite de prazo, para aquele em gozo de benefício, inclusive durante o período de recebimento de auxílio-acidente ou de auxílio suplementar;
> II - até doze meses após a cessação de benefícios por incapacidade ou após a cessação das contribuições, para o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;
> III - até doze meses após cessar a segregação, para o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
> IV - até doze meses após o livramento, para o segurado detido ou recluso;
> V - até três meses após o licenciamento, para o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar; e
> VI - até seis meses após a cessação das contribuições, para o segurado facultativo.
> ...
> § 11 Para o segurado especial que esteja contribuindo facultativamente ou não, observam-se as condições de perda e manutenção de qualidade de segurado a que se referem os incisos I a V do caput do art. 10. (grifo nosso)

E não poderia ser diferente, pois o segurado especial é também segurado obrigatório.

Se o segurado tenha deixado de exercer a atividade rural mantém a qualidade de segurado, o fato de começar a contribuir em outra condição, não pode retirar-lhe justamente a qualidade de segurado.

Mais uma vez invocamos o entendimento oficial do INSS, externado na sua Instrução Normativa, que entende possível a concessão do benefício quando o segurado manteve a qualidade nos termos do art. 15:

> Art. 215. Para fins de aposentadoria por idade prevista no inciso I do art. 39 e art. 143 da Lei nº 8.213, de 1991 dos segurados empregados, contribuintes individuais e especiais, referidos na alínea “a” do inciso I, na alínea “g” do inciso V e no inciso VII do art. 11 do mesmo diploma legal, não será considerada a perda da qualidade de segurado os intervalos entre as atividades rurícolas, devendo, entretanto, estar o segurado exercendo a atividade rural ou em período de graça na DER ou na data em que implementou todas as condições exigidas para o benefício.
> Art. 216. Na hipótese do art. 215, será devido o benefício ao segurado empregado, contribuinte individual e segurado especial, ainda que a atividade exercida na DER seja de natureza urbana, desde que o segurado tenha preenchido todos os requisitos para a concessão do benefício rural previsto no inciso I do art. 39 e no art. 143 da Lei nº 8.213, de 1991 até a expiração do prazo para manutenção da qualidade, na atividade rural, previsto no art. 15 do mesmo diploma legal e não tenha adquirido a carência necessária na atividade urbana. (grifos nossos)

O disposto nesse artigo 216 é exatamente o caso da recorrida, ou seja, se o segurado mantém a qualidade de segurado por 12 ou 24 meses, e nesse período ocorre o fato gerador do benefício, este deverá ser concedido.

Soa ilógico a Autarquia vir a Juízo contestar o direito a um benefício que concede administrativamente. O INSS reconhece o direito ao benefício, nas condições em que se encontra a recorrida.

A utilização da Instrução Normativa como fundamento que reforça o direito do segurado pode ser encontrada em diversos acórdãos deste Tribunal:

> CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. OBSERVÂNCIA DA LEI EM VIGOR POR OCASIÃO DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. DECRETO N. 3.048/1999, ARTIGO 70, §§ 1º E 2º. FATOR DE CONVERSÃO. EXTENSÃO DA REGRA AO TRABALHO DESEMPENHADO EM QUALQUER ÉPOCA.
> 1. A teor do § 1º do art. 70 do Decreto n. 3.048/99, a legislação em vigor na ocasião da prestação do serviço regula a caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais. Ou seja, observa-se o regramento da época do trabalho para a prova da exposição aos agentes agressivos à saúde: se pelo mero enquadramento da atividade nos anexos dos Regulamentos da

Previdência, se mediante as anotações de formulários do INSS ou, ainda, pela existência de laudo assinado por médico do trabalho.
2. O Decreto n. 4.827/2003, ao incluir o § 2º no art. 70 do Decreto n. 3.048/99, estendeu ao trabalho desempenhado em qualquer período a mesma regra de conversão. Assim, no tocante aos efeitos da prestação laboral vinculada ao Sistema Previdenciário, a obtenção de benefício fica submetida às regras da legislação em vigor na data do requerimento.
3. A adoção deste ou daquele fator de conversão depende, tão somente, do tempo de contribuição total exigido em lei para a aposentadoria integral, ou seja, deve corresponder ao valor tomado como parâmetro, numa relação de proporcionalidade, o que corresponde a um mero cálculo matemático e não de regra previdenciária.
4. Com a alteração dada pelo Decreto n. 4.827/2003 ao Decreto n. 3.048/1999, a Previdência Social, na via administrativa, passou a converter os períodos de tempo especial desenvolvidos em qualquer época pela regra da tabela definida no artigo 70 (art. 173 da Instrução Normativa n. 20/2007).
5. Descabe à autarquia utilizar da via judicial para impugnar orientação determinada em seu próprio regulamento, ao qual está vinculada. Nesse compasso, a Terceira Seção desta Corte já decidiu no sentido de dar tratamento isonômico às situações análogas, como na espécie (EREsp n. 412.351/RS).
6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (REsp 1151363/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/03/2011, DJe 05/04/2011) (grifo nosso)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO COMUM. RUÍDO. LIMITE. 80 DB. CONVERSÃO ESPECIAL. POSSIBILIDADE.
1. As Turmas que compõem a Egrégia Terceira Seção firmaram sua jurisprudência no sentido de que é garantida a conversão especial do tempo de serviço prestado em atividade profissional elencada como perigosa, insalubre ou penosa em rol expedido pelo Poder Executivo (Decretos n.os 53.831/64 e 83.080/79), antes da edição da Lei n.º 9.032/95.
2. Quanto ao lapso temporal compreendido entre a publicação da Lei n.º 9.032/95 (29/04/1995) e a expedição do Decreto n.º 2.172/97 (05/03/1997), e deste até o dia 28/05/1998, há necessidade de que a atividade tenha sido exercida com efetiva exposição a agentes nocivos, sendo que a comprovação, no primeiro período, é feita com os

formulários SB-40 e DSS-8030, e, no segundo, com a apresentação de laudo técnico.
3. O art. 292 do Decreto n.º 611/92 classificou como especiais as atividades constantes dos anexos dos decretos acima mencionados.
Havendo colisão entre preceitos constantes nos dois diplomas normativos, deve prevalecer aquele mais favorável ao trabalhador, em face do caráter social do direito previdenciário e da observância do princípio in dubio pro misero.
4. Deve prevalecer, pois, o comando do Decreto n.º 53.831/64, que fixou em 80 db o limite mínimo de exposição ao ruído, para estabelecer o caráter nocivo da atividade exercida.
5. A própria autarquia reconheceu o índice acima, em relação ao período anterior à edição do Decreto n.º 2.172/97, consoante norma inserta no art. 173, inciso I, da Instrução Normativa INSS/DC n.º 57, de 10 de outubro de 2001 (D.O.U. de 11/10/2001).
6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 412351/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/10/2003, DJ 17/11/2003, p. 355) (grifo nosso)

Se o INSS, órgão previdenciário incumbido de analisar o direito aos benefícios, concederia esse benefício, pela simples manutenção da qualidade de segurado, não deveria, em juízo, manifestar-se contra o seu entendimento administrativo.

Ainda é importante ressaltar que os outros dois aspectos apontados no recurso já foram superados pelos recursos especiais, também em matéria repetitiva: no RESP 1.321.493 (diminuta prova material) e RESP 1.304.479 (atividade urbana do cônjuge).

Dessa forma, requer, seja julgado improcedente o presente Recurso Especial para que seja reconhecido o direito à aposentadoria por idade ao rurícola que se mantém na qualidade de segurado, nos termos do art. 15, ainda que tenha começado a contribuir em outra condição de segurado.

Sucintamente, é o que tem a ressaltar.

Brasília, 13 de maio de 2014

JANE LUCIA WILHELM BERWANGER - OAB/RS 46.917

GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN - OAB/SC 18.200

2.3.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO (10/02/2016)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS DE FORMA CONCOMITANTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia, sob a exegese do artigo 55, § 3º combinado com o artigo 143 da Lei 8.213/1991, no sentido de que o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no artigo 48, § 1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício. 2. Recurso especial do INSS conhecido e provido, invertendo-se o ônus da sucumbência. Observância do art. 543-C do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina (voto-vista), Regina Helena Costa, Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região) e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Regina Helena Costa e o Sr. Ministro Olindo Menezes declararam-se habilitados a

votar. Ausentes, justificadamente, nesta assentada, os Srs. Ministros Herman Benjamin e Og Fernandes. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 09 de setembro de 2015.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator

2.3.5. EMBARGOS – 15/02/2015

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL (REPETITIVO) N. 1354908

Objeto: EMBARGOS DE DECLARAÇAO

AZELI DE SOUZA JORGE**,** por seu procurador firmatário, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., em atenção aos termos da r. acórdão (fls.), opor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com fulcro no disposto no art. 535, incisos I e II do Código de Processo Civil, requerendo sejam apreciados e sanados pontos omissos existentes.

1 - DO CASO DOS AUTOS

Trata-se de aposentadoria por idade, em que a segurada deixou a atividade rural antes de completar a idade de 55 anos. A embargante teve vínculo registrado em 01 de abril de 2007. E completou 55 anos em 25 de maio de 2007.

Não houve dúvidas quanto ao exercício da atividade rural até a embargante começar a exercer atividade urbana. Tampouco a prova material foi considerada insuficiente. Assim, restaram incontroversos a prova e a efetiva atividade rural até 01 de abril de 2007, logo da condição da embargante como segurada especial.

Portanto a omissão no acórdão ora embargado reside na interpretação sobre qual seria o sentido da expressão “imediatamente anterior” da atividade rural, exigido no art. 48, § 2º da Lei 8.213/91. Vejamos.

2 - DO ACÓRDÃO

Conforme destacado pelo Eminente Relator:

> Com efeito, a tese delimitada no presente recurso especial repetitivo consiste na comprovação do trabalho rural em número de meses correspondentes à carência, em período imediatamente anterior ao requerimento, para fins de concessão de aposentadoria por idade rural, no moldes do art. 55, § 3º e art. 143, ambos da Lei 8.213/1991.

Portanto, a delimitação está no que seria o “período imediatamente anterior”.

No voto vencedor – do relator – sintetiza-se a decisão:

> Por conseguinte, fica assentada a tese, para fins de recurso especial repetitivo de que, o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. Ressalvada a hipótese do direito adquirido, em que o segurado especial, embora não tenha requerido sua aposentadoria por idade rural, preenchera de forma concomitante, no passado, ambos os requisitos carência e idade.

No caso dos autos não se trata de direito adquirido. Não é o ponto. Trata-se, isto sim, de afastamento da atividade rural com o implemento da idade em momento posterior, mas quando ainda ostentava a natureza jurídica de segurada especial.

A Lei 8.213/91 garante a manutenção da qualidade de segurado por determinados períodos, nos termos do art. 15:

> Art. 15. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições:
> I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício;
> II - até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração;
> III - até 12 (doze) meses após cessar a segregação, o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
> IV - até 12 (doze) meses após o livramento, o segurado retido ou recluso;
> V - até 3 (três) meses após o licenciamento, o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar;
> VI - até 6 (seis) meses após a cessação das contribuições, o segurado facultativo.
> § 1º O prazo do inciso II será prorrogado para até 24 (vinte e quatro) meses se o segurado já tiver pago mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção que acarrete a perda da qualidade de segurado.
> § 2º Os prazos do inciso II ou do § 1º serão acrescidos de 12 (doze) meses para o segurado desempregado, desde que comprovada essa situação pelo registro no órgão próprio do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.
> § 3º Durante os prazos deste artigo, o segurado conserva todos os seus direitos perante a Previdência Social.

Veja-se, com destaque, o inc. II, que prevê que o segurado que deixar de exercer atividade remunerada ostenta essa qualidade por até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições. O segurado especial é um segurado obrigatório, portanto a cessação de contribuições equipara-se, nesse caso, ao encerramento da atividade rural.

Até mesmo o INSS reconhece que se aplica ao segurado especial esse dispositivo, conforme dispõe a Instrução Normativa n. 77/15:

> Art. 43. O segurado especial fica excluído dessa categoria:
> I - a contar do primeiro dia do mês em que:

a) deixar de satisfazer as condições estabelecidas nesta Seção, sem prejuízo dos prazos para manutenção da qualidade de segurado, ou exceder qualquer dos limites estabelecidos no art. 42;

DA MANUTENÇÃO E PERDA DA QUALIDADE DE SEGURADO
Art. 137. Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuição:
I - sem limite de prazo, para aquele em gozo de benefício, inclusive durante o período de recebimento de auxílio-acidente ou de auxílio suplementar;
II - até doze meses após a cessação de benefícios por incapacidade, salário maternidade ou após a cessação das contribuições, para o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração, observado que o salário maternidade deve ser considerado como período de contribuição;
III - até doze meses após cessar a segregação, para o segurado acometido de doença de segregação compulsória;
IV - até doze meses após o livramento, para o segurado detido ou recluso;
V - até três meses após o licenciamento, para o segurado incorporado às Forças Armadas para prestar serviço militar; e
§ 10. Para o segurado especial que esteja contribuindo facultativamente ou não, observam-se as condições de perda e manutenção de qualidade de segurado a que se referem os incisos I a V do caput.

O INSS, portanto, reconhece que o segurado especial mantém a qualidade de segurado pelo menos por 12 meses.

Mais especificamente, quando trata da aposentadoria por idade, expressa esse entendimento:

Art. 231. Para fins de aposentadoria por idade prevista no inciso I do art. 39 e caput e § 2º do art. 48, ambos da Lei nº 8.213, de 1991 dos segurados empregados, contribuintes individuais e especiais, referidos na alínea "a" do inciso I, na alínea "g" do inciso V e no inciso VII do art. 11, todos do mesmo diploma legal, não será considerada a perda da qualidade de segurado nos intervalos entre as atividades rurícolas, devendo, entretanto, estar o segurado exercendo a atividade rural ou

> em período de graça na DER ou na data em que implementou todas as condições exigidas para o benefício.
> Art. 232. Na hipótese do art. 231, será devido o benefício ao segurado empregado, contribuinte individual e segurado especial, ainda que a atividade exercida na DER seja de natureza urbana, desde que o segurado tenha preenchido todos os requisitos para a concessão do benefício rural até a expiração do prazo de manutenção da qualidade na condição de segurado rural. (grifo nosso)

Portanto, o INSS reconhece que “ainda que a atividade exercida na DER seja de natureza urbana”, é devido o benefício, desde que o segurado tenha preenchido as condições no chamado “período de graça”, ou seja, se atingiu o período de atividade rural (de 180 meses) e a idade no período de graça, é devido o benefício.

Se a qualidade de segurado se estende pelo período de graça, a embargante ainda era segurada especial, aspecto que deixou de ser considerado. Assim, o disposto no art. 48, § 2º da Lei 8.213/91, deve ser apreciado em conjunto com o art. 15 da mesma Lei.

Além disso, o segurado pode exercer atividade urbana por 120 dias, sem perder de qualidade de segurado especial, nos termos do art. 11, § 9°, inc. III da Lei 8.213/91:

> Art. 11. § 9º Não é segurado especial o membro de grupo familiar que possuir outra fonte de rendimento, exceto se decorrente de:
> III - exercício de atividade remunerada em período não superior a 120 (cento e vinte) dias, corridos ou intercalados, no ano civil, observado o disposto no § 13 do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;

Assim, quando a recorrente completou a idade, ainda não tinha 120 dias de atividade urbana.

Ao dispor que “Para os efeitos do disposto no § 1o deste artigo, o trabalhador rural deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, ...”, as perguntas que se colocam são:

a) se ele ainda pode ser tratado como “trabalhador rural” mesmo exercendo outra atividade quando completa a idade para a aposentadoria do trabalhador rural?

b) se o segurado especial que não estiver mais no exercício de atividade laboral rural e não tiver exercido atividade urbana posterior ao encerramento de sua atividade rural, mas estiver no período de graça esculpido na Lei 8.213/91,art. 15, poderá adimplir o quesito idade neste período para fazer jus à aposentadoria por idade?

c) se mesmo com a autorização legal para que o segurado especial exerça atividade diversa da rural pelo período de 120 dias, ainda assim, ao tempo do adimplemento idade seria obrigado a estar na atividade rural?

Diante do exposto requer-se, com o devido respeito, que sejam acolhidos e providos os presentes embargos para o fim de sanar as omissões apontadas visando esclarecer o sentido do “imediatamente anterior” com a aplicação da Lei 8.213/91, art. 15 combinado com o art. 48, §2º e, assim, sendo, seja atribuído efeito infringente aos embargos de declaração.

Termos em que, pede deferimento.

Porto Alegre, 15 de fevereiro de 2015.

JANE LUCIA WILHELM BERWANGER - OAB/RS 46.917

ADALBERTO TIVERON MARTINS - Advogado – OAB/SP 148.507

2.3.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS – 08/06/2016

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991. REQUISITOS QUE DEVEM SER PREENCHIDOS DE FORMA CONCOMITANTE. OMISSÕES NO JULGADO. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os presentes embargos de declaração impugnam acórdão em sede de representativo de controvérsia que assentou a seguinte tese in verbis: Tese

delimitada em sede de representativo da controvérsia, sob a exegese do artigo 55, § 3º combinado com o artigo 143 da Lei 8.213/1991, no sentido de que o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no artigo 48, § 1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício.

2. As omissões apontadas nos embargos de declaração são duas, a saber: 1ª) a qualidade de segurado especial deve ser mantida no período de 12 meses, nos termos do artigo 15 da Lei 8.213/1991; 2ª) a manutenção da qualidade de segurado especial, no período de 12 meses após o afastamento da atividade rural é reconhecida pela Instrução Normativa 77/2015, especificamente nos artigos 143 e 232.

3. No caso, os embargos de declaração, sob o propósito de aparentes omissões no acórdão embargado, têm o intuito de rediscussão da causa. O julgamento do representativo de controvérsia abrangeu todos os fundamentos contidos no processo, favoráveis e contrários. A discussão acerca da possibilidade de período de graça ao segurado especial nos termos do artigo 15 da Lei 8.213/1991, que pressupõe efetiva contribuição, não está presente nos autos, vai além deste processo. Outrossim, discutir ato administrativo, veiculado por instrução normativa, ultrapassa os limites constitucionais do recurso especial.

4. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa,

Gurgel de Faria, Humberto Martins e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília (DF), 08 de junho de 2016.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator

[redacted]**DATA JULGAMENTO 14/05/2014 – TEMA 694**

2.4.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/ Controvérsia: Questão referente à possibilidade de reconhecimento de tempo especial por exposição ao agente ruído em nível inferior a 90dB no período compreendido entre 5.3.1997 e 18.11.2003, por força da aplicação retroativa do limite de 85dB estipulado pelo Decreto 4.882/2003 ao Anexo IV do Decreto 3.048/1999.

Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN

Diretor do IBDP Responsável: Gisele Lemos Kravchychyn

Data do trânsito: 04/03/2015

2.4.2. TESE FIRMADA

O limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC).

2.4.3. PETIÇÃO DE MÉRITO – 28/03/2014

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN, RELATOR RESP 1398260/PR DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sócio-cultural, sem fins lucrativos, apartidária, inscrito no CNPJ sob o nº 06.136.459/0001-01, estabelecido à Av. Luis Xavier, nº 68, 20º andar, conjunto 2017, Edifício Tijucas, Centro, Curitiba, Paraná, CEP: 80020-904, neste ato representada por sua Presidente, **JANE LUCIA WILHELM BERWANGER**, brasileira, divorciada, advogada, vem respeitosamente à presença de V.Exa., por sua procuradora constituída pela procuração anexa, requerer sua admissão na condição de ***AMICUS CURIAE***, nos termos do art. 543-C, §4º, do CPC e do art. 3º, inciso I, da Res. 08/STJ, nos autos do presente Recurso Especial, proposto pelo Instituto Nacional de Seguro Social - INSS, pelos seguintes fatos e fundamentos:

A questão tratada nos autos é extremamente relevante e o IBDP possui representatividade e pertinência no trato da questão, bem como o momento processual é adequado para a admissão do *amicus curiae* como será demonstrado a seguir.

1. A REPRESENTATIVIDADE DO IBDP 2
2. DO TEMA DISCUTIDO E DA RELEVÂNCIA PARA O DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO 5
2.1 O PARÂMENTRO TÉCNICO DO AGENTE NOCIVO A SAÚDE 7
2.2 AUTO-APLICABILIDADE DA LEI 9.732/98 QUE TROUXE NOVA REDAÇÃO AO ARTIGO 58, § 2º DA LEI 8.213/91 8
3. DA OPORTUNIDADE PROCEDIMENTAL DA PRESENTE INTERVENÇÃO..... 10
4. PEDIDOS 11

1. A REPRESENTATIVIDADE DO IBDP

(...)

2. DO TEMA DISCUTIDO E DA RELEVÂNCIA PARA O DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Trata-se de Recurso Especial recebido como representativo da controvérsia, com fulcro no art. 543-C do CPC e no art. 2º, § 1º, da Resolução

STJ 8/2008, com a delimitação da seguinte tese controvertida: **"possibilidade de reconhecimento de tempo especial por exposição ao agente ruído em nível inferior a 90dB no período compreendido entre 5.3.1997 e 18.11.2003, por força da aplicação retroativa do limite de 85dB estipulado pelo Decreto 4.882/2003 ao Anexo IV do Decreto 3.048/1999".**

O tema tem, portanto, relevância inegável para todos os aplicadores e estudiosos do direito previdenciário brasileiro e merece a colaboração do IBDP para a discussão da matéria em todos os seus ângulos.

No tocante a aposentadoria especial, vale lembrar que a mesma é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Em outras palavras, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas.

O tempo mínimo de exercício da atividade geradora do direito à aposentadoria especial foi estipulado em – 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos – pelo art. 31 da Lei n.º 3.807/1960, que instituiu o benefício, sendo mantido esse período pelas legislações subsequentes.

Ainda é importante destacarmos que a Lei n.º 9.528, de 10.12.1997, ao modificar a Lei de Benefícios da Previdência Social, estabeleceu que a relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão da aposentadoria especial, poderá ser definida pelo Poder Executivo.

Especificamente quanto ao agente nocivo ruído, no período de 5.3.1997 à 19.11.2003, a dúvida levantada no presente REsp é sobre a aplicação dos níveis de ruído de 90 dB, sendo que norma posterior (Decreto n.º 3.048/1999, com a alteração do Decreto n.º 4.882/2003) passou a prever 85 dB como patamar nocivo à saúde dos trabalhadores.

Cabe ressaltar que a TNU adotou posicionamento sobre o assunto efetuando alteração significativa na redação da Súmula n.º 32, que passou a ter os seguintes termos:

Súmula n.º 32 da TNU

> O tempo de trabalho laborado com exposição a ruído é considerado especial, para fins de conversão em comum, nos seguintes níveis: superior a 80 decibéis, na vigência do Decreto n.º 53.831/64 e, **a contar de 5 de março de 1997, superior a 85 decibéis, por força da edição do Decreto n.º 4.882, de 18 de novembro de 2003, quando a administração pública que reconheceu e declarou a nocividade à saúde de tal índice de ruído**.

Sobre o tema nos parece que merecem análise dois pontos específicos que destacamos:

- o parâmetro técnico que estabelece como nocivo a saúde do trabalhador ruído acima de 85 Decibéis;

- Auto-aplicabilidade da Lei 9.732/98 que trouxe nova redação ao artigo 58, § 2º da Lei 8.213/91.

Tratemos desses assuntos em tópicos próprios:

2.1 O PARÂMENTRO TÉCNICO DO AGENTE NOCIVO A SAÚDE

As normas referentes aos agentes nocivos à saúde do trabalhador não são meras regras legais e sim normas interdisciplinares, que estudam tecnicamente e definem os riscos ambientais.

Os agentes ambientais nocivos são graduados como insalubres ou perigosos e dependendo de sua consequência na saúde ou vida do empregado são cabíveis tratamentos específicos, limites de tolerância, adicionais salariais, EPIs e EPCs adequados para que tais riscos sejam amenizados e que possíveis acidentes do trabalho sejam evitados.

Tais tratamentos são normatizados pelo Ministério do Trabalho através das Normas Regulamentadoras (NRs), cada uma delas responsáveis por traçar diretrizes e parâmetros tanto para o empregador, empregado, bem como para os órgãos envolvidos, como delegacias do trabalho, engenheiros, médicos e técnicos de segurança e medicina do trabalho voltados para planejar, documentar, organizar, estruturar, criar procedimentos, limites, e assegurar aos trabalhadores um ambiente confortável, saudável, que tenha segurança e higiene suficientes para que sua saúde física, mental e psicológica seja protegida e sua morte seja evitada.

Dentro desses agentes nocivos há os agentes nocivos físicos que estão presentes em todo o momento no ambiente laboral, como é o caso do ruído.

O dano ocasionado pelo ruído tem tratativa especial nas Normas Regulamentadoras exaradas pelo Ministério do Trabalho, estando a mesma presente no anexo I e II da NR 15 – Das Atividades e Operações Insalubres, qual indica os limites de tolerância ao ruído bem como de suas consequências caso o limite seja ultrapassado.

Dentre as consequências ocasionadas pelo ruído estão o PAIR (perda auditiva induzida por ruído), a disfonia e a surdez, todas elas adquiridas gradualmente nas atividades laborais no ambiente do trabalho, e tais prejuízos são denominados como doenças ocupacionais causadas pelo trabalho.

Atualmente o artigo 68 do Decreto 3.048/99 dispõe: “A relação dos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, considerados para fins de concessão de aposentadoria especial, consta do Anexo IV”.

O item 2.0.1 desse anexo indica que para “exposição a Níveis de Exposição Normalizados (NEN) superiores a 85 dB(A)”.

Ora, por óbvio que se o nível de ruído acima de 85 dB é danoso a saúde do trabalhador nos dias atuais **era danoso também durante o período que ora se discute, ou seja, de 1997 à 2003**.

Isso porque a regra é técnica e não previdenciária e o corpo humano não sofreu piora de sua condição para que defendamos que a regra mereceria alteração. Assim, não seria correta qualquer interpretação legal que deixe de considerar os elementos reais do dano à saúde do trabalhador e se vincule a meros critérios de tempo para o enquadramento do direito a aposentadoria especial no caso do ruído.

Tal intepretação seria contrária a Lei e à proteção constitucional a saúde, à integridade física, à dignidade humana, aos direitos sociais previdenciários e do trabalho.

2.2 AUTO-APLICABILIDADE DA LEI 9.732/98 QUE TROUXE NOVA REDAÇÃO AO ARTIGO 58, § 2º DA LEI 8.213/91

A Lei 9.732/98 trouxe nova redação ao artigo 58, § 2º da Lei 8.213/91:

> § 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista.

A partir da citada lei, as normas previdenciárias tiveram “a autorização” para utilizar as leis trabalhistas com a finalidade de comprovação dos agentes agressivos pelos quais o segurado se expõe.

Por sua vez, as Normas Regulamentadoras, as chamadas “NR´s”, que integram essas normas trabalhistas, foram trazidas à baila com a Portaria n.º 3.214/78. Isso nos permite concluir que, em havendo as normas regulamentadoras em vigor desde 1978, e considerando a autorização legal previdenciária para utilizá-la, seria dispensável precisar aguardar a regulamentação por Decreto para permitir utilizá-las.

Nesse sentido, temos que a Lei 9.732/98 é autoaplicável, vigente desde sua publicação em 13/12/98, por se tratar de norma definidora dos direitos e garantias fundamentais e, portanto, deve ter aplicação imediata.

Ademais, não pode o segurado ser prejudicado pela inércia do Poder Executivo, que demorou CINCO anos para regulamentar a lei.

É de convir-se que, muito embora se tenham progressivamente positivados os Direitos Sociais, o que inegavelmente representou importante passo em direção à sua conquista pelas classes menos abastadas e maneira de gerar garantia formal – sem a qual, certamente, apenas com muita dificuldade e esforço hermenêutico poderiam ser arguidos, protegidos e tutelados, a fixação de prerrogativas sociais, nas Constituições, com sua classificação como normas programáticas, foi a solução encontrada para a manutenção de um sistema concentrador de riquezas.

Afinal, considerando-se que elas não possuiriam efetividade prática ou eficácia imediata, não vinculam nem o legislador a impor-lhe um prazo de vigência, nem o executor da lei a concretizá-la, já que, como não haveria termo para seu cumprimento não poderia condenar o administrador por não fazer.

A Constituição Federal assegura, no § 1º do artigo 5º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

José Afonso da Silva esclarece que, em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, continua o autor, **significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes**.(grifamos)

Resta-nos concluir que a Lei 9.732/98, reguladora de direitos sociais fundamentais e havendo a regulamentação dos agentes agressivos pelas Normas Regulamentadoras, pois que em vigor desde 1978, não há porque deixar de dar aplicação imediata à norma, considerando-a autoaplicável.

Por essa razão, entendemos possível que o nível de ruído da legislação trabalhista foi autorizado pela legislação previdenciária a partir da Lei 9.732/98, nos fazendo concluir que o ruído acima de 85 decibéis pode ser aplicado a partir da publicação dessa lei.

Lembramos ainda que, se os limites de tolerância passaram a fazer parte das formas de comprovação da atividade especial a partir da Lei 9.732/98, por que o ruído de 85 decibéis tem que ser especial somente a partir de 18/11/2003, data da publicação do Decreto 4.882/03?

3. DA OPORTUNIDADE PROCEDIMENTAL DA PRESENTE INTERVENÇÃO

A admissão do *amicus curiae* pode ocorre em qualquer fase do procedimento, desde que os autos não estejam pautados para julgamento, conforme precedentes do STF (ADI 4067/DF e ADI 4071/DF).

O presente feito foi pautado, mas posteriormente retirado de pauta, razão pela qual o momento processual ainda admite a intervenção ora pleiteada.

Assim, não há como deixar de reconhecer o interesse institucional do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário para pleitear sua intervenção no presente Recurso Especial como *amicus curiae*, com o objetivo de enriquecer o debate desta relevante questão de ordem pública.

4. PEDIDOS

Ex positis, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP requer:

a) sua **admissão na figura de *amicus curiae*** no presente Recurso Especial, nos termos do art. 543-C, §4º, do CPC e do art.3º, inciso I, da Res. 08/STJ. Destaca-se que o IBDP já foi admitido em Repercussões Gerais em Recurso Extraordinário, a exemplo dos RE 626.489 e 661.256, e que tem contribuído de forma favorável para a elucidação dos temas previdenciários em julgamento;

b) na hipótese de ser designada uma breve instrução processual, requer seja habilitado a acompanhar o feito, **proceder as manifestações e apresentar documentos** que se façam necessário ao justo deslinde da questão, inclusive pareceres e documentos técnicos que julgar necessário V. Exa.;

c) seja admitido a proceder a sustentação oral na sessão de julgamento do presente Recurso Especial, mediante a intimação da subscritora desta peça para tal finalidade;

d) **seja julgado improcedente o presente Recurso Especial** para que se declare a possibilidade de reconhecimento de tempo especial por exposição ao agente ruído em nível inferior a 90dB no período compreendido entre 5.3.1997 e 18.11.2003, por força da aplicação retroativa do limite de 85dB estipulado pelo Decreto 4.882/2003 ao Anexo IV do Decreto 3.048/1999 e Lei 9.732/98.

Pede deferimento.

Florianópolis, 28 de março de 2014.

GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN - OAB/SC 18.200

2.4.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO (05/12/2014)

EMENTA ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREVIDENCIÁRIO. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. TEMPO ESPECIAL. RUÍDO. LIMITE DE 90DB NO PERÍODO DE 6.3.1997 A 18.11.2003. DECRETO 4.882/2003. LIMITE DE 85 DB. RETROAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA LEI VIGENTE À ÉPOCA DA

PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. Controvérsia submetida ao rito do art. 543-C do CPC 1. Está pacificado no STJ o entendimento de que a lei que rege o tempo de serviço é aquela vigente no momento da prestação do labor. Nessa mesma linha: REsp 1.151.363/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, DJe 5.4.2011; REsp 1.310.034/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 19.12.2012, ambos julgados sob o regime do art. 543-C do CPC. 2. O limite de tolerância para configuração da especialidade do tempo de serviço para o agente ruído deve ser de 90 dB no período de 6.3.1997 a 18.11.2003, conforme Anexo IV do Decreto 2.172/1997 e Anexo IV do Decreto 3.048/1999, sendo impossível aplicação retroativa do Decreto 4.882/2003, que reduziu o patamar para 85 dB, sob pena de ofensa ao art. 6º da LINDB (ex-LICC). Precedentes do STJ. Caso concreto 3. Na hipótese dos autos, a redução do tempo de serviço decorrente da supressão do acréscimo da especialidade do período controvertido não prejudica a concessão da aposentadoria integral. 4. Recurso Especial parcialmente provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA Seção do Superior Tribunal de Justiça: "A Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Ari Pargendler e Arnaldo Esteves Lima, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes. Sustentaram, oralmente, a Dra. HELOISA MARIA GOMES PEREIRA, pelo INSS, o Dr. EDIMAR HIDALGO RUIZ, pela FEDERAÇÃO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA COUREIRA DO BRASIL e a Dra. GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN, pelo INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP)

Brasília, 14 de maio de 2014(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN Relator

[redacted]DATA JULGAMENTO 13/02/2019 – TEMA N.º 966

2.5.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/ Controvérsia: Incidência ou não do prazo decadencial previsto no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991 para reconhecimento de direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.

Relator: MAURO CAMPBELL MARQUES

Diretor do IBDP Responsável: Diego Henrique Schuster

Data do Trânsito em julgado: 11/10/2019 e 12/12/2019

2.5.2. TESE FIRMADA 13/02/2019

Incide o prazo decadencial previsto no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991 para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.

2.5.3. PETIÇÃO DE MÉRITO 20/06/2018

EXECELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES DA 2ª TURMA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sociocultural, sem fins lucrativos, apartidária, inscrito no CNPJ sob o nº 06.136.459/0001-01, estabelecido à Av. Luis Xavier, nº 68, 20º andar, conjunto 2017, Edifício Tijucas, Centro, Curitiba, Paraná, CEP: 80020-904, neste ato representada por sua Presidente, **JANE LUCIA WILHELM BERWANGER**, brasileira, divorciada, advogada, vem respeitosamente à presença de Vossa Excelência, por sua procuradora constituída pela procuração anexa, requerer sua admissão na condição de ***AMICUS CURIAE*** nos **recursos especiais 1.612.818 e 1.631.021, tema registrado sob o número 966**, nos termos do art. 138 do NCPC, pelos seguintes fatos e fundamentos:

A questão tratada nos autos é extremamente relevante e o IBDP possui representatividade e pertinência no trato da questão, bem como o momento processual é adequado para a admissão do *amicus curiae* como será demonstrado a seguir.

1. A REPRESENTATIVIDADE DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP 2

2. DO TEMA EM ANÁLISE NS RECURSOS ESPECIAIS 5

2.1 DA DIFERENÇA ENTRE REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO E "TESE DO MELHOR BENEFÍCIO" 7

3. DA OPORTUNIDADE PROCEDIMENTAL DA PRESENTE INTERVENÇÃO..... 17

4. PEDIDOS 18

A REPRESENTATIVIDADE DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP

(...)

DO TEMA EM ANÁLISE NS RECURSOS ESPECIAIS

Discute nos recursos especiais **1.612.818 e 1.631.021** se incide (ou não) a decadência no pedido de revisão de prestação previdenciária referente ao assim chamado "direito adquirido ao melhor benefício". (**TEMA 966**)

O tema definido pelo tribunal assim ficou delimitado:

> "A incidência ou não do prazo decadencial previsto no *caput* do **artigo 103** da Lei 8.213/91 para reconhecimento de direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso."

Cabe ressaltar que o STJ, já de forma clara, diferencia o reconhecimento do direito adquirido da simples revisão de concessão de benefício previdenciário.

Isso porque, a simples revisão do ato administrativo de concessão é diferente da desaposentação que é diferente da tese do melhor benefício.

Apesar de nas duas últimas não incidir a decadência,[1] a tese do direito adquirido ao melhor benefício tem a sua constitucionalidade atestada pelo STF,

com fundamento na garantia do direito adquirido, que preserva a situação fática já consolidada mesmo ausente modificação no ordenamento jurídico.

"Não se trata da questão de desaposentação, da pessoa que se aposenta e, em função de fatos supervenientes, novas contribuições, pretende recálculo para incorporar novas contribuições. Aqui a situação é diferente. O que se pretende é exercer um direito que se adquiriu antes de ser exercido" — explicou Teori Zavascki.

Segundo bem destacado pelo próprio relator do presente REsp, Min. Mauro Campbell Marques, a controvérsia não envolve casos de pedidos de revisão de benefício, mas discussões acerca de direito adquirido incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador segurado. Nesse sentido destacamos:

> Com efeito, existem milhares de segurados do INSS que antes mesmo da concessão do benefício original, já haviam adquirido o direito à uma melhor aposentadoria. **As ações previdenciárias em questão não se titulam revisionais propriamente, mas de concessão de uma aposentadoria nova a partir de requisitos embasados em lei diversa ao do ato concessório**. O quadro fático geral apresentado sugere o direito de opção por parte do segurado ao benefício mais vantajoso, cujos requisitos foram preenchidos de acordo com a respectiva lei de regência.
> **O direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, não sendo possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção. O tema proposto enfrenta o cabimento da incidência do prazo decadencial decenal para reconhecimento de um núcleo fundamental condizente com outro benefício, que se mostra mais vantajoso ao segurado.** (RECURSO ESPECIAL Nº 1.612.818 - PR (2016/0180943-6), Min. Mauro Campbell Marques, 02/12/2016).

Corretamente também, a parte recorrente sustenta a não ocorrência do instituto da decadência, porquanto não se trata de mera revisão de benefício previdenciário, mas de reconhecimento do melhor benefício, adquirido e incorporado ao seu patrimônio jurídico, combinando o artigo 103 da Lei de Benefícios com o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A tese, portanto, deve ser levada em consideração com semelhante enfoque já concedido a desaposentação, de forma a que se garanta aos

segurados o direito ao benefício mais vantajoso, cujo direito foi cumprido antes da concessão do benefício atualmente vigente.

Aqui se busca **garantir um núcleo fundamental condizente com outro benefício.**

Por óbvio assim que aqui não se aplica a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 626.489 (decadência), até porque, como já bem destacado por este Tribunal Cidadão o prazo decadencial não atinge toda e qualquer pretensão de discutir o valor econômico do benefício já concedido.

2.1 DA DIFERENÇA ENTRE REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO E "TESE DO MELHOR BENEFÍCIO"

Na medida em que o STF pacificou o entendimento de que o direito adquirido está presente (também) para preservar situação fática consolidada, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais (RE 630.501/RS).

Assim, o que se busca com tal tese é a implementação de um benefício mais vantajoso para aquele segurado que acabou adiando o seu pedido de aposentadoria e, sofreu uma perda no valor do seu benefício previdenciário.

No caso em tela, o STF concordou com a retroação da DIB de 01/11/1980 para 01/10/1979, sem suscitar a incidência (ou não) de decadência, matéria passível de exame oficioso – *para o bem ou para o mal* – a qualquer momento.

Sim, mas esse pleito ocorre mediante a retroação da DIB e/ou PBC do benefício concedido? Sim.

Para um período onde o segurado poderia ter pedido sua aposentadoria? Sim.

Mas o benefício será calculado como se tivesse sido pedido e concedido nessa data (melhor mês para se aposentar)? Sim, este é o entendimento pacificado pelo STF, com fundamento no direito adquirido.

Mas, então porque não é revisão? Acontece que o benefício não foi concedido nessa data, logo, não se trata de uma revisão!

É uma troca de todo o cálculo do benefício, não mera revisão deste. A única coisa que se preservará é a data inicial do benefício (DIB), todos os outros dados serão alterados, em especial o PBC (período básico de cálculo).

A DIB do benefício concedido é “tomada emprestada”, única e exclusivamente, para tornar possível a operação de retroação do PBC. Ou seja, ela é “restituída” depois, tanto é assim que não permanece no sistema. Em poucas palavras, o ato de concessão é somente tomado com ponto de partida (referência) para o cálculo do novo e melhor benefício.

Conduzir essa diferença revela que na tese do melhor benefício não incide o prazo decadencial do art. 103 da Lei 8.213/91, por não se tratar de uma revisão do ato de concessão. Vale detalhar:

Revisão do ato de concessão	**Tese do melhor benefício**
A base de toda discussão sobre a r*evisão* reside na identificação de erros administrativos na apuração da RMI do benefício previdenciário concedido pelo INSS ou na sua manutenção. O cálculo é apenas revisão em partes em que houve erro. Existem dois grandes grupos de teses revisionais, as de fato e as de direito. Tem-se uma *revisão de fato* quando o espeque revisório, por exemplo, se encontra num tempo de labor não reconhecido, como vínculos empregatícios, atividades rurais e especiais. Enfim, temos a preterição de períodos não apreciados no momento da concessão do benefício, o que poderá render uma transformação (ex.: aposentadoria por tempo de	Há uma completa substituição do cálculo. Altera-se o benefício concedido por um outro, calculado com outro PBC. Baseia-se no direito adquirido do segurado que continuou trabalhando depois de completar os requisitos para sua aposentadoria, e em virtude das mudanças econômicas (*e.g.: inflação*) ou decessos remuneratórios e contributivos, teve benefício menor concedido, com base na DER e não no melhor benefício. Segundo Wladimir Novaes Martinez: “Um dos maiores absurdos da história da previdência social foram os melhores e piores meses para se aposentar, causando prejuízos materiais significativos no passado e todo o sempre entre os aposentados”. A base de toda discussão sobre a tese do melhor benéfico reside,

contribuição em especial) ou uma simples complementação (ex.: aumento do coeficiente de cálculo). Já a *revisão de direito* pode ser fundamentada na inclusão ou exclusão indevida de salários-de-contribuição no PBC, na aplicação de regras prejudiciais ao beneficiário, na omissão ou aplicação equivocada de índices de correção monetária aos salários-de-contribuição, etc.	portanto, no fato de o segurado ter adiado o seu pedido de aposentadoria e ter direito a outro benefício, mais vantajoso, calculado em outra data, mas apenas com parcelas contribuídas antes da concessão desse que atualmente está vigente. Assim, o direito adquirido está presente para preservar situação fática consolidada, sendo devida a retroação do PBC para a data (mês) em que preenchido os requisitos ensejadores do benefício, como se tivesse sido pedido e concedido nessa data.

É de se ver que “uma coisa é uma coisa, outra coisa é outra coisa”, já que na tese do melhor benefício não se busca meramente revisar o ato de concessão do benefício.

Não obstante o fato da busca nestas lides ser, basicamente, o aumento do valor do benefício, é impensável, do ponto de vista jurídico, invocar o prazo do art. 103 do PBPS para a tese do melhor benefício. Entendimento contrário atentaria contra a boa lógica.

E mesmo que fosse possível interpretar a tese do melhor benefício como sendo uma revisão do ato de concessão, o Superior Tribunal de Justiça já consignou que a decadência não alcança questões que não restaram resolvidas no ato administrativo:

> PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ART. 103 DA LEI 8.213/91. NÃO APLICAÇÃO DO PRAZO DECADENCIAL AOS PEDIDOS DE REVISÃO QUE ENVOLVEM PERÍODOS DE TEMPO DE SERVIÇO NÃO EXAMINADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO DO BENEFÍCIO DEVIDA, PORQUANTO SE TRATA DE PRETENSÃO AINDA NÃO APRECIADA PELA ADMINISTRAÇÃO. PRECEDENTES: AGRG NO RESP. 1.491.215/PR, REL. MIN. OG FERNANDES, DJE 14.8.2015; RESP. 1.429.312/SC, REL. MIN.

MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 28.5.2015; AGRG NO AGRG NO ARESP 598.206/PR, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, DJE 11.5.2015; EDCL NO RESP. 1.491.868/RS, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 23.3.2015. RECURSO ESPECIAL DO INSS A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. **1. O prazo decadencial, previsto no art. 103 da Lei 8.213/91, não pode alcançar questões que não foram aventadas quando do deferimento do benefício e que, portanto, obviamente, não foram objeto de apreciação pela Administração.** 2. No caso dos autos, o autor busca a revisão do ato de concessão de sua aposentadoria, mediante o reconhecimento no período em que trabalhou junto às Empresas Rede Ferroviária Federal-RFFSA e Ferrovia Centro-Atlântica S.A., em decorrência de sentença homologatória trabalhista transitada em julgado; neste caso, o prazo para a averbação desse tempo de serviço rodoviário e para a obtenção dos direitos subjetivos dele decorrentes conta-se da data do trânsito em julgado da sentença judicial trabalhista que reconheceu, em favor do Trabalhador, o referido tempo de serviço. 3. Como consignado pela corte de origem, tal período não foi analisado pela administração no momento de concessão do benefício, uma vez que a dib é de 1997, enquanto, apenas em 20.8.2011, a sentença trabalhista reconheceu o tempo de trabalho que o segurado pretende ver acrescido no cálculo de seu benefício, *razão pela qual não há que se falar em decadência da pretensão revisional, uma vez que na data da concessão tal período não foi objeto da apreciação da administração*. 4. O reconhecimento do direito à revisão nessas hipóteses visa a tornar efetivo o direito à proteção social, assegurando o direito de os segurados terem revisados seus benefícios analisando, a RMI mais vantajosa, já incorporada ao seu patrimônio jurídico; eventual orientação em sentido contrário causaria visível prejuízo ao trabalhador, indo por conseguinte, na contramão da interpretação das normas do Direito Previdenciário. 5. Recurso Especial do INSS a que se nega seguimento. (REsp 1478735/SE, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 22/06/2016)

PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. DIFERENÇAS SALARIAIS RECONHECIDAS EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA NÃO INTEGRADA PELO INSS. DECADÊNCIA INOCORRÊNCIA. MULTA DIÁRIA. FIXAÇÃO. POSSIBILIDADE. **1.** ***No que respeita à revisão da renda mensal inicial, mediante a inclusão de diferenças decorrentes de reclamatória trabalhista, não se revela razoável aplicar o prazo decadencial de dez anos, a contar da concessão do benefício*****. 2. Pelo princípio da actio nata, enquanto não decidida a reclamatória trabalhista, a parte autora estava impedida de postular a revisão do seu benefício, não**

> **existindo, então, ainda, dies a quo do prazo decadencial.** 3. O termo inicial dos efeitos financeiros da revisão da RMI, mediante a consideração de novos salários de contribuição, deve retroagir à data da concessão do benefício, tendo em vista que o deferimento representa o reconhecimento tardio de um direito já incorporado ao patrimônio jurídico do segurado. Precedentes desta Corte. 4. O êxito do segurado em reclamatória trabalhista, no que tange ao reconhecimento de diferenças salariais, atribui-lhe o direito de postular a revisão dos salários de contribuição componentes do período básico de cálculo do benefício, sendo irrelevante o fato de o INSS não ter integrado a lide. 5. É possível ao juiz, ex officio ou por meio de requerimento da parte, a fixação de multa diária cominatória (astreintes) contra a Fazenda Pública, em caso de descumprimento de obrigação de fazer. (TRF4, APELREEX 5008687- 89.2011.404.7001, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão Luiz Carlos de Castro Lugon, juntado aos autos em 15/12/2014).

Vemos que a decadência tem como função limitar as possibilidades de controle de legalidade do ato administrativo, sendo que somente a concessão do benefício dá certeza do que foi efetivamente resolvido na via administrativa.

Assim, tudo aquilo que não foi apreciado no ato administrativo e, portanto, dele não faz parte, não se sujeita ao prazo decadencial.

Até mesmo na perspectiva de uma revisão do ato de concessão, o que se admite por amor ao debate, o direito adquirido, previsto na CF/88 (art. 5º, XXXVI), na LICC (art. 6º, § 2º), na EC 20/98 (art. 3º), na Lei 8.213/91 (arts. 102, §§ 1º e 2°, 122 e 124), na Lei 9.876/99 (art. 6º), constitui uma garantia do segurado e não da seguradora. Assim, **a garantia constitucional do direito adquirido não pode ser aviltada pela decadência**.

No caso da “tese do melhor benefício”, basta dizer que segurado adquiriu o direito para que este nunca mais lhe possa ser retirado, independentemente da época em que for exercido ou pleiteado o melhor benefício.

E isso porque: **ao mesmo tempo em que o segurado foi levado a adiar o seu pedido de aposentadoria, o INSS não avaliou a melhor forma de cálculo, logo, não há que se falar em inércia do titular do benefício, tampouco em respeito ao direito adquirido**.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou sobre outras questões envolvendo a incidência de prazo decadencial para a revisão de benefício, mas

ainda não se pronunciou sobre os casos de direito adquirido, o que reclama do julgador um confronto com a tradição (com a autoridade desta).

É importante, portanto, destacar a incorporação dos princípios da coerência e integridade no NCPC (art. 926), sugestão de caráter dworkiniano. Segundo Gustavo Binenbojm:

> A integridade a que se refere Dworkin significa sobretudo uma atitude interpretativa do Direito que busca integrar cada decisão em um sistema coerente que atente para a legislação e para os precedentes jurisprudenciais sobre o tema, procurando discernir um princípio que os haja norteado. Ao contrário da hermenêutica tradicional, baseada fortemente no método subsuntivo, numa aplicação mecânica das regras ilegais identificadas pelo juiz ao caso concreto, o modelo construtivo de Dworkin propõe a inserção dos princípios, ao lado das regras, como fonte de Direito.

Nesse ponto ganha destaque a noção de “romance em cadeia”. Ronald Dworkin compara o trabalho do juiz ao de um romancista em cadeia. Este romance deve ser escrito de forma coletiva, o que impõe a quem incumbe dar continuidade um dever de coerência. Na hermenêutica, há um efetivo controle da interpretação a partir da tradição, da obrigação da integridade, da coerência, da igualdade, da isonomia, enfim, da incorporação dos princípios constitucionais. Nesse sentido, oportuno citar uma jurisprudência com DNA constitucional, que lança a melhor luz sobre o tema.

No julgamento do REsp 1.478.735 – SE, mesmo que a meio caminho, posto que enfrenta o prisma exclusivo da (im)possibilidade de o prazo decadencial alcançar aquelas questões não apreciadas/resolvidas no ato de concessão, o Min. Napoleão Nunes Maia Filhos fez as seguintes considerações:

> 10. Destaco que o reconhecimento do direito adquirido nessas hipóteses visa tornar efetivo o direito à proteção social, assegurando o direito de os segurados terem concedidos ou revisados seus benefícios analisando a RMI mais vantajosa, já incorporada ao seu patrimônio jurídico, eventual orientação em sentido contrário causaria visível prejuízo ao trabalhador, indo por conseguinte, na contramão da interpretação das normas do Direito Previdenciário.

> 11. De fato, o curso do desenvolvimento da relação jurídica previdenciária não é estático, o tempo de serviço incorpora-se progressivamente ao patrimônio jurídico do Segurado. Assim, tendo em vista a distância que separa o início das atividades laborais de um indivíduo do momento em que ele completa todos os requisitos para a aposentadoria, realidade é que nem sempre é possível a comprovação, a um só tempo, de toda sua atividade laborativa. Não faz sentido, portanto, submeter tais condições a prazos prescricionais ou decadenciais.
> 12. Não é demais frisar que a própria Autarquia, em sua atividade administrativa, reconhece, a qualquer tempo, o direito de o Segurado averbar o tempo de serviço, como regra geral, mediante o recolhimento das contribuições, ainda nas hipóteses em que já esteja configurada a decadência do direito da Fazenda de cobrar as contribuições devidas.
> 13. Registre-se, por fim, que a IN 45/2010, do INSS, prevê expressamente, em seu art. 45, que no caso de inclusão de novos períodos de trabalho não utilizados no órgão de destino da CTC, não se aplica o prazo decadencial.

Da mesma forma, não se aplica o prazo decadencial na revisão do "Buraco Negro", por se entender que não se trata de revisão do "ato de concessão", tal como expressamente previsto no caput do art. 103 da Lei 8.213/91, mas de uma retificação do cálculo elaborado por força do artigo 144, da Lei n. 8.213/91.[6] Por outras palavras, a revisão decorre de expressa previsão legal:

> PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. DECADÊNCIA. ARTIGO 144 DA LEI 8.213/91. REAJUSTAMENTO DO BENEFÍCIO PARA 06/1992. CUSTAS PROCESSUAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A decadência prevista no art. 103 da Lei 8.213/91, na dicção do Ministro Luís Roberto Barroso (RE 626.489) atinge a pretensão de revisão da "graduação econômica do pedido". Afeta a decadência, como está expresso no citado artigo 103, a pretensão de "revisão do ato de concessão de benefício", ou seja, dos critérios utilizados para a definição da renda mensal inicial-RMI. **2. Não versando a ação em que se postula a aplicação do art. 144 da Lei 8.213/91 sobre pretensão de revisão do "ato de concessão", mediante o recálculo da RMI, não há que se falar, na hipótese, em incidência da decadência prevista no artigo 103, caput, da Lei 8.213/91. 3.** ***Ademais, decorrendo a revisão postulada de expressa previsão legal, não se cogita de incidência de prazo decadencial. A todo tempo tem a autarquia o dever de proceder à recomposição determinada pela lei e de pagar as diferenças, observada eventual incidência da prescrição***

quinquenal, como, a propósito, determinado no § 2º do artigo 441 artigo da Instrução Normativa INSS/PRES 45, de 06/08/2010. 4. Conforme orientação da contadoria, a Autarquia Previdenciária não observou os critérios estabelecidos no art. 144 da Lei 8.213/91, uma vez que a renda mensal reajustada resultou em Cr$1.136.362,00, enquanto que a renda reajustada de acordo com o art. 144 da Lei 8.213/91 resultaria em Cr$2.048.741,37, ou seja, uma diferença percentual de 80,29%. 5. Honorários Advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação, excluídas as parcelas vincendas, observando-se a Súmula 76 desta Corte. 6. O INSS é isento do pagamento das custas no Foro Federal (art. 4º, I, da Lei nº 9.289/96) e na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul. (APELREEX 00194685420124049999, RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, TRF4 - QUINTA TURMA, D.E. 17/12/2013, grifo nosso)

O mesmo com relação à revisão do IRSM:

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE REVISÃO. IRSM DE FEVEREIRO DE 1994. 1. A instituição de prazo decadencial no direito previdenciário é inaplicável ao próprio direito a benefícios. 2. O prazo extintivo de todo e qualquer direito previsto no art. 103, caput, da Lei 8213/91 (redação dada pela MP 1.523-9, de 27.06.97, convertida na Lei nº 9528, de 10.12.97, alterada pela MP nº 1.663-15, de 22.10.98, que por sua vez foi transformada na Lei nº 9711 de 20.11.98), somente se aplica à revisão de ato de concessão do benefício previdenciário. [...]. 3. ***Considerando que discussão sobre a incidência do IRSM de fevereiro/94, diz respeito, tão somente, a atualização de salário de contribuição integrante do PBC, não se revela perquirir sobre a ocorrência da decadência. A Lei nº 10.999, de 15/12/2004, reconheceu o direito dos segurados à revisão ora postulada. Assim, decorrendo a revisão de expressa previsão legal, não se cogita de incidência de prazo decadencial, uma vez que a autarquia tem o dever de recompor os valores, pagando as diferenças devidas, por derivar de disposição legal, estando a administração pública sujeita ao princípio da legalidade.*** (TRF4, APELREEX 5002261-55.2011.404.7100, Quinta Turma, Relator p/ Acórdão Luiz Antonio Bonat, juntado aos autos em 25/02/2016, grifo nosso)

Uma boa hermenêutica aponta para a necessidade de, na dúvida, se privilegiar o entendimento que melhor proteja os direitos fundamentais-sociais

e/ou que melhor compense a desarmonia entre o direito e a realidade, realidade na qual os segurados desconhecem seus próprios direitos e a não cumpre com a lei. Nesse caso, vale citar Carlos Maximiliano:

> Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inapropriadas, e buscar um sentido equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade.

O Direito Previdenciário nada mais é – *e por isso é muito* – um direito fundamental – *mesmo que não inserido no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos* – conformado com o projeto constitucional, aquele traduzido em linhas gerais no art. 3º da Constituição Federal. Por certo, todos os dispositivos (e respectivas normas) que integram o conjunto de preceitos relativos à previdência social, mormente as normas assecuratórias dos diversos benefícios, devem ser efetivamente considerados fundamentais.

Dito em outras palavras, o direito previdenciário possui caráter social e, portanto, constitui autêntico direito fundamental (no alcance do art. 5º, § 1º, da CF/88) intimamente vinculado à concretização da cidadania e ao respeito à dignidade da pessoa humana, fundamentos do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, II e III). Nesse nível, a decadência configura um impedimento, obstáculo, abolição ao exercício de um direito humano fundamental.

Por tudo, e não só isso, um direito líquido não pode simplesmente evaporar!

DA OPORTUNIDADE PROCEDIMENTAL DA PRESENTE INTERVENÇÃO

O novo CPC, no seu art. 138, garante maior possibilidade de atuação do *amicus curiae*, inclusive, nas instâncias inferiores de jurisdição, ampliando a participação deste, no sentido de trazer elementos que possam beneficiar o aperfeiçoamento da decisão e, via de consequência, da própria Jurisdição.

> Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.
> § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.
> § 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do amicus curiae.
> § 3º O amicus curiae pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Segundo Lara Borges, essa abertura é extremamente positiva, pois proporciona ao julgador diferentes pontos de vista e, consequentemente, uma melhor formação da decisão:

> Os pareceres e visões apresentados pelo *amicus curiae* não vinculam necessariamente o magistrado, mas ao menos levam a refletir e pensar sobre pontos e interesses que não são necessariamente os das partes envolvidas no processo. Essa abertura da interpretação constitucional à sociedade é colocada por Peter Häberle como fundamental para a manifestação do pluralismo e o cumprimento das garantias do Estado Constitucional e Democrático de Direito, permitindo que a sociedade participe da construção de sentidos para a Constituição.

O presente feito ainda não foi encaminhado para a pauta de julgamento de mérito, razão pela qual o momento processual ainda admite a intervenção ora pleiteada. Aliás, a admissão do *amicus curiae* pode ocorre em qualquer fase do procedimento.

Assim, não há como deixar de reconhecer o interesse institucional do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário para pleitear sua intervenção no presente recurso como *amicus curiae*, com o objetivo de enriquecer o debate desta relevante questão de ordem pública.

4. PEDIDOS

Ex positis, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP requer:

a) sua admissão na figura de *amicus curiae* no presente recurso especial, nos termos do art. 138 do NCPC. Destaca-se que o IBDP já foi admitido em inúmeros processos, a exemplo dos RE 566.007, RE 626.489, RE 631.240, RE 639.856, RE 661.256 e que tem contribuído de forma favorável para a elucidação dos temas previdenciários em julgamento;

b) requer seja habilitado a acompanhar o feito, podendo realizar sustentação oral presencial na sessão de julgamento do tema 966, bem assim proceder as manifestações e apresentar documentos que se façam necessário ao justo deslinde da questão;

c) requer, pelos motivos já expostos nessa petição, seja uniformizado o entendimento de que não incide prazo decadencial na chamada "tese do melhor benefício".

Nesses termos, pede deferimento.

Porto Alegre, RS, 30 de maio de 2017.

DIEGO HENRIQUE SCHUSTER - OAB/RS 80.210

GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN - OAB/SC 18.200

2.5.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO 13/02/2019

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RECONHECIMENTO DO DIREITO ADQUIRIDO AO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. EQUIPARAÇÃO AO ATO DE REVISÃO. INCIDÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 CAPUT DA LEI 8.213/1991. TEMA 966. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. Cinge-se a controvérsia em saber se o prazo decadencial do caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é aplicável aos casos de requerimento de um benefício previdenciário mais vantajoso, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção. 2. Em razão da natureza do direito

tutelado ser potestativo, o prazo de dez anos para se revisar o ato de concessão é decadencial. 3. No âmbito da previdência social, é assegurado o direito adquirido sempre que, preenchidos os requisitos para o gozo de determinado benefício, lei posterior o revogue, estabeleça requisitos mais rigorosos para a sua concessão ou, ainda, imponha critérios de cálculo menos favoráveis ao segurado. 4. O direito ao beneficio mais vantajoso, incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador segurado, deve ser exercido por seu titular nos dez anos previstos no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991. Decorrido o decênio legal, acarretará a caducidade do próprio direito. O direito pode ser exercido nas melhores condições em que foi adquirido, no prazo previsto no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991. 5. O reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso equipara-se ao ato revisional e, por isso, está submetido ao regramento legal. Importante resguardar, além da segurança jurídica das relações firmadas com a previdência social, o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário. 6. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia: sob a exegese do caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991, incide o prazo decadencial para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso. 7. Recurso especial do segurado conhecido e não provido. Observância dos artigos 1.036 a 1.041 do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, conheceu do recurso especial do segurado e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Regina Helena Costa e o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho." Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES Relator

2.5.5. EMBARGOS - 22/03/2019

EXCELENTISSIMO SENHOR MINISTRO DA PRIMEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tema 966

Recurso Especiais 1.631.021 e 1.612.818

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, qualificado nos autos, reporta-se a Vossa Excelência para opor *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES*, consoante as razões que seguem.

Com a devida vênia, mas ao buscar solucionar o caso concreto a partir da problematização das *rationes decidendi* que justificaram as decisões proferidas nos Recursos Extraodinários 630.501/RS e 626.489/SE, o voto vencedor promoveu graves distorções, com o afastamento da orientação do Supremo Tribunal Federal.

Explica-se melhor.

O Supremo Tribunal Federal, no RE 630.501/RS, **NÃO** estipulou a decadência prevista no caput do artigo 103, para reconhecimento de direito adquirido ao melhor benefício. Na parte dispositiva do voto da Ministra Ellen Gracie assim restou expresso:

> [...] os efeitos de repercussão geral ao acolhimento da tese do direito adquirido ao melhor benefício, assegurando-se a possibilidade de os segurados verem seus benefícios deferidos ou revisados de modo que correspondam à maior renda mensal inicial possível no cotejo entre aquela obtida e as rendas mensais que estariam percebendo na mesma data caso tivessem requerido o benefício em algum momento anterior, desde quando possível a aposentadoria proporcional, com efeitos financeiros a contar do desligamento do emprego ou da data de entrada do requerimento, **respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição quanto às prestações vencidas**. Aplica-se ao recursos sobrestados o regime do art. 543-B do CPC.

Discutia-se na ocasião o direito do segurado escolher o benefício mais vantajoso, “conforme as diversas datas em que o direito poderia ter sido exercido”. Note-se que a decadência não foi tratada como um obstáculo para se discutir o direito adquirido ao melhor benefício.

A uma, porque não se trata de revisão do ato de concessão. Nesse sentido, José Antônio Savaris aduz: “Antes, discute-se o direito em si à concessão de prestação previdenciária mais efetiva ou vantajosa, como extensão do adquirido, razão pela qual, mercê do devido *distinguishing*, não se aplica, à espécie, prazo preclusivo de que trata o art. 103 da Lei 8.213/91”.[1]

Nesse nível, é possível se afirmar que o segurado tem, sim, 10 (dez) anos para revisar o ato de concessão, mas não para exercer o seu direito adquirido ao melhor benefício – adquirido antes de formulado o pedido de aposentadoria. Aliás, como explicou Teori Zavascki:

> [...] não se trata da questão de desaposentação, da pessoa que se aposenta e, em função de fatos supervenientes, novas contribuições, pretende recálculo para incorporar novas contribuições. Aqui a situação é diferente. **O que se pretende é exercer um direito que se adquiriu antes de ser exercido**.

A duas, porque eventual prazo decadencial deve ter como termo inicial a ciência do indeferimento do pedido de concessão do melhor benefício. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 626.489/SE (Tema 313), já disse que somente a revisão do ato de concessão do benefício está sujeita ao prazo decadencial, e não a sua concessão:

> Vale dizer: o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário [...]. Nesse sentido, permanecem perfeitamente aplicáveis as Súmulas 443/STF 5 e 85/STJ 6, na medida em que registram a imprescritibilidade do fundo de direito do benefício não requerido 7 . 10. **A decadência instituída pela MP n° 1.523-9/1997 atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário**.

Lembrando que, no julgamento do Tema 313, a questão em discussão era se haveria, ou não, direito adquirido à não aplicação de lei nova que instituísse prazo decadencial, ou seja, como a decadência é instituto de direito material, emprestar efeitos retroativos à MP n° 1.523/97 afronta, ou não, o art. 5°, XXXVI, da CRFB/88.

---

[1] Disponível em: <http://joseantoniosavaris.blogspot.com.br/2014/05/decadencia-do-direito-revisao-e-acao-de.html>. Acesso em: 09 nov. 2017.

Com efeito, no julgamento do RE 630.501/RS, somente em *obiter dictum* os ministros fizeram referência ao prazo decadencial.

Um dos testes que se pode fazer para saber se determinados fundamentos foram determinantes para o resultado ou meros reforços argumentativos foi proposto por Wambaugh[2] e consiste em inverter o sentido da proposição, avaliando, na sequência, se a solução teria sido a mesma.

Se a tese do melhor benefício implicasse a revisão do ato de concessão do benefício, a decisão dificilmente teria sido a mesma.

A resposta para se a tese do melhor benefício é uma revisão do ato de concessão está na seguinte pergunta: Qual é a função da DIB? Assim como na metáfora do 18º camelo, a DIB do benefício concedido é "tomada emprestada", única e exclusivamente, para tornar possível a operação de retroação do PBC. Em poucas palavras, o ato de concessão é somente tomado com ponto de partida (referência) para o cálculo do melhor benefício.[3]

Os precedentes são "feitos" – *antes de se pensar na sua aplicação em casos futuros (incidental)* – para decidir o caso concreto. No caso concreto, concordou-se com a possibilidade de retroação da DIB de 01/11/1980 para 01/10/1979, sem suscitar a aplicação do prazo decadencial, que é matéria de ordem pública. Por óbvio, a *ratio* decidendi deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica que ela solucionou.

A aplicação do prazo decadencial não tornaria, por isso, inaplicável a tese do melhor benefício?

Se o caso envolvesse a revisão do ato de concessão ao invés de concessão do melhor benefício, é muito provável que a solução não fosse a mesma. Isto significa que a questão da decadência não foi determinante. E nem

---

[2] WAMBAUGH, Eugene, *apud* Cross, Rupert; HARRIS, J.W. Precedent in English Law. 4. Ed. New York: Oxford University Press, 1991, p. 52.

[3] Conforme a estória contada por Heinz Von Foerster: Um religioso islâmico que, cavalgando seu camelo no deserto, encontrou alguns homens com um grupo de camelos. Percebendo que estes estavam tristes, pergunto qual era a razão daquela tristeza, ao que lhe responderam:
- Nosso pai morreu.
- Isto é muito triste, mas seguramente Allah aceitou. Deve haver-lhes deixado alguma coisa.
- Deixou-nos aquilo que possui, estes 17 camelos, que nos pediu que repartíssemos entre nós. O irmão mais velho deveria ficar com metade dos camelos, o segundo com um terço e, o último, com um nono dos camelos. Tentamos dividi-los mas, sendo 17 o número de camelos, pensamos que seja impossível fazê-lo.
Mullah compreendeu o problema, junta aos 17 seu próprio camelo e, então, começa a dividir: a metade de 18 é 9; um terço é 6; um nono é 2. A soma de nove, seis e dois é 17 (9 + 6 + 2 = 17). Então, salta em seu camelo e se distancia. *Apud* MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso criativo dos paradoxos do direito: a aplicação dos princípios gerais do direito. *In*: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Paradoxos da auto-observação*: percursos da teoria jurídica contemporânea. 2. ed. rev. e atual. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

poderia, uma vez que a tese somente se tornou juridicamente viável a partir, exatamente, da decisão do STF, que transitou em julgado apenas em 2013, razão pela qual não há que se falar em inércia dos beneficiários, mas em *actio nata*.[4]

A construção processual intentada pelo STF para justificar que o direito adquirido preserva – *também* – situação fática já consolidada, mesmo ausente modificação no ordenamento jurídico, poderia ser submetida a este mesmo teste, para a separação da *ratio decidendi* de um argumento utilizado em *obiter dictum*.[5]

Caberia indagar, ainda, se a decisão teria sido a mesma, acaso o autor estivesse postulando um direito já reconhecido pela lei? O artigo 122 da Lei 8.213/91[6] nos dá certeza de que o direito adquirido – *princípio que fundamenta a regra em foco* – assegura ao segurado o benefício com RMI mais vantajosa diante qualquer mudança no ordenamento normativo jurídico. Acontece que o STF foi muito além, razão pela qual o ato administrativo sequer merece censura, afinal, ao INSS cabia aplicar a lei, e não a orientação do STF, que sequer existia à época.

O que confirma a impressão de que não se trata de revisão do ato de concessão são os debates e manifestações dos ministros. Vale transcrever os seguintes trechos – em que suscitado o prazo decadencial:

> **A consequência prática é que, enquanto não exercido o direito, não pode, logicamente, ser violado**. Essa é a consequência prática do direito potestativo. Todavia, em se tratando de direito já incorporado ao patrimônio jurídico, a falta de exercício não acarreta, por si só, a sua perda, a não ser quando se fixa um prazo decadencial, **a não ser quando a lei fixa um prazo para o exercício do direito, que não é o caso.** O direito assim adquirido pode, portanto, ser exercido a qualquer tempo, ressalvada a decadência.
>
> De modo que não vejo, com a devida vênia do Ministro Gilmar, aqui, uma hipótese de ser uma situação lotérica. Situação lotérica seria se se pretendesse incorporar novos fatos, ou nova legislação, o que não é o caso. Portanto, afirma que o direito assim adquirido pode ser exercido

[4] REsp 1441277/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 28/05/2014.

[5] Lenio Luiz Streck e Georges Abboud explicam: "[...] o *obiter dictum* corresponde ao enunciado, interpretação jurídica, ou uma argumentação ou fragmento de argumentação jurídica, expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda." STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto* – o precedente e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 44.

[6] "Se mais vantajoso, fica assegurado o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, ao segurado que, tendo completado 35 anos de serviço, se homem, ou trinta anos, se mulher, optou por permanecer em atividade".

> a qualquer tempo, ressalvada a decadência. Em contrapartida... (MINISTRO TEORI ZAVASCKI)
> E ele não pode ser punido, como Vossa Excelência destacou no início, porque ele requereu, posteriormente, a aposentadoria. Então se esse direito já estava integrado no seu patrimônio e, **como bem destacou o Ministro Teori Zavascki, se não ocorreu nenhuma interferência de prazo decadencial, ele ainda pode ser exercido**. No meu modo de ver, essa é a solução mais justa. Como é o primeiro debate, permito-me dissentir da jurisprudência, que parece ser majoritária, para verificar qual será a solução que o Plenário vai conferir a esse caso concreto com repercussão geral. Senhor Presidente, eu também peço vênia à divergência para acompanhar o voto da Ministra Ellen Gracie. (MINISTRO LUIZ FUX)

Como se vê, não existe um prazo decadencial para a pretensão de concessão do melhor benefício. A interferência que justifica a aplicação da decadência, com a fixação de um termo inicial para a sua contagem, é o indeferimento do pedido de concessão do melhor benefício, ou melhor, a ciência do indeferimento.

A distorção da *ratio decidendi* do precedente em foco é causa da conclusão a que chegou Vossa Excelência. *In verbis*:

> Destarte, **devo me curvar à orientação do Supremo Tribunal Federal, contida no RE 630.501/RS**, ainda que no meu modo de sentir, o prazo decadencial contido no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991 não deva incidir para o pedido de reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso, por se tratar de um outro núcleo essencial. O reconhecimento do benefício mais vantajoso equipara-se à pretensão revisional.

CONCLUSÕES

> O direito ao benefício em si não está sujeito à preclusão do fundo de direito, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado e não é permitido pelo próprio ordenamento que lei modifique-o ou extinga-o.
> O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios e não o direito à concessão do benefício previdenciário.
> O reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício equipara-se à revisão do ato concessório de aposentadoria.
> O equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário é promovido e coberto também pelas contribuições previdenciárias vertidas pelos

> segurados. As relações jurídicas com a previdência social devem estar protegidas e asseguradas pela estabilidade. O prazo de dez anos previsto no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991 alcança o ato concessório, de modo a delimitar, no tempo, a possibilidade de alterá-lo e/ou substituí-lo.
>
> O segurado tem, portanto, dez anos, para aferir a viabilidade de alteração do seu ato de concessão de aposentadoria, após o qual caducará o direito adquirido ao melhor benefício.

Por outro lado, impõe-se reconhecer que Vossa Excelência acabou afastando a aplicação do precedente do STF, sendo que deixar de aplicar entendimento jurisprudencial de observância obrigatória, nos limites do art. 927 do CPC, é tratado como uma ofensa manifesta a norma jurídica, para fins, até mesmo, de ação rescisória (art. 966, V).

DO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O novo CPC ampliou as possibilidades de atuação dos embargos de declaração, devendo-se, por óbvio evitar a interpretação literal e restritiva, para fazer prevalecer maior utilidade e funcionalidade do recurso integrativo:

> O art. 1.022 do NCPC alargou as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, segundo a tendência da jurisprudência à época da legislação anterior de ampliação do cabimento dos declaratórios de modo a alcançar situações quem, a rigor, não se enquadrariam no casuísmo do art. 535 do CPC/73. De longa data os tribunais construíram a tese de ser o erro material passível de correção por intermédio dos embargos de declaração, o que agora está expresso no NCPC. Não se deteve, porém, a criação jurisprudencial apenas no erro material. Mas ampliou o uso do recurso do art. 1.022 para alcançar o erro de fato e até de direito, quando qualificável como 'erro manifesto'. Argumenta-se, para justificar a correção do equívoco grave e evidente, com o princípio da economia processual, já que os embargos teriam, nesses casos especialíssimos, o papel de evitar o ajuizamento de futura ação rescisória, de efeitos facilmente previsíveis.[7]

Aqui se verifica situações que podem ser "atacadas" por ação rescisória, com especial atenção para manifesta violação à norma (art. 966, V, § 5º), uma vez que os precedentes invocados não alcançam a norma aplicada

[7] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil – execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal. V. III. 49. ed. ver., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1073.

individualmente pelo decisório, pelo contrário, sem a correta localização/identificação das *rationes decidendi* que justificaram as decisões proferidas nos Recursos Extraodinários 630.501/RS e 626.489/SE, o que se percebe é um afastamento dos precedentes.

> O CPC/2015, no art. 489, § 1º, V e VI, reforça o entendimento de que é do julgador o ônus de identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula. De acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves, "os incisos V e VI do § 1º, do art. 489 do novo CPC criam um dever do juiz, não sendo legítimo se criar um ônus para a parte onde a lei não o prevê e sequer o sugere". De fato, "a identificação dos fundamentos determinantes e a demonstração da existência de distinção ou superação do entendimento são deveres do juiz, de forma que mesmo que as partes não tenham se manifestado expressamente nesse sentido, continua a ser nula a decisão que deixa de fazê-lo".[8]

Por tudo isso, os embargos de declaração assumem um caráter integrativo, sendo, por isso, possível a atribuição de efeitos modificados, em casos excepcionais.

DIANTE DO EXPOSTO, requer-se o acolhimento e provimento dos presentes embargos, **COM EFEITOS INFRINGENTES**, para o fim de corrigir equívoco grave e evidente na utilização dos precedentes do STF (Recursos Extraordinários 630.501/RS e 626.489/SE), com observação obrigatória, nos limites do art. 927 do CPC, ou, caso isso não ocorra, seja sanada omissão sobre o início da contagem da prescrição do fundo de direito, com fundamento na teoria da *actio nata*, uma vez que a tese do melhor benefício está baseada em entendimento do Supremo Tribunal Federal, ou seja, somente a partir do julgamento do RE 630.501/RS é que o segurado/beneficiário toma conhecimento do direito subjetivo.

Outrossim, requer-se o prequestionamento da matéria abordada nos presentes embargos de declaração, a fim de possibilitar a interposição do recurso cabível, **nos termos da Súmula 356 do STF**.

Pede deferimento.

---

[8] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 131.

Curitiba, PR, 22 de março de 2019.
DIEGO HENRIQUE SCHUSTER - OAB/RS 80.210
GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN - OAB/SC 18.200

2.5.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS 27/05/2019

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. RECONHECIMENTO DO DIREITO ADQUIRIDO AO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. EQUIPARAÇÃO AO ATO DE REVISÃO. INCIDÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 CAPUT DA LEI 8.213/1991. TEMA 966. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E ERRO MATERIAL. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. O Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, na qualidade de amicus curiae, embarga do acórdão que firmou a tese representativa da controvérsia Tema 966, apontando a existência de distorções no julgado, por entender afastada a orientação do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários de repercussão geral: RE 630.501/RS e RE 626.489/SE. 2. No acórdão ora embargado não se reconhece qualquer dos vícios elencados no artigo 1.022 do CPC/2015. Ao contrário, resolveu-se o mérito sob o critério de conjugação e ponderação das normas que envolveram o caso concreto. Foram invocados todos os motivos que justificaram o resultado do julgamento. Em verdade, demonstra o embargante o intento de modificar a convicção do colegiado, que se formou por maioria de votos, após profundos e complexos debates acerca do tema. 3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de

Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 22 de maio de 2019 MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES.

2.5.7. SEGUNDO EMBARGOS - 20/03/2019

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O procurador do recorrente, vem com todo o acatamento e respeito perante esta Egrégia Seção, interpor o presente Embargo Declaratório, forte nas razões que adiante serão expostas.

O julgamento em sede de repetitivo, por maioria (7 a 2), fixou a seguinte tese.

> FIXAÇÃO DE TESE – TEMA 966 / Por conseguinte, fica assentada a tese, para fins de recurso especial repetitivo de que incide o prazo decadencial previsto no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991 à pretensão do segurado em reconhecer direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.

Da fixação da tese acima reproduzida, exsurge a seguinte pergunta que não foi respondida (talvez sequer tenha pela cabeça passado) dos 7 Ministros que votaram a favor da incidência do prazo decadencial para o exercício do direito adquirido ao melhor benefício.

ITEM 1 - PERGUNTA QUE NÃO QUER CALAR (De 3 formas distintas): Quando o senhor Azauri, autor do processo em epigrafe, teve a RECONHECIDA a TITULARIDADE do direito ao melhor benefício?

Em 1991, quando ele se aposentou, ele tinha direito a TITULARIDADE e, portanto, o DIREITO a exercer o direito adquirido ao melhor benefício?

Quando o senhor Azauri, passou a ser TITULAR e, portanto, INERTE, para poder exercer o seu direito adquirido ao cálculo mais vantajoso forte no direito ao melhor benefício?

Vejam Ministros, o resultado prático deste julgamento, os seus efeitos na vida real do autor da demanda, o senhor Azauri.

TRAZENDO A TESE FIXADA PARA O MUNDO REAL / A tese fixada esta PUNINDO o senhor Azauri, que se aposentou em 1991, por não ter exercido um direito até 06/2007 (isso foi a questão de direito intertemporal que o Tema 544/STJ concluiu) que a ele só foi CONCEDIDO/RECONHECIDO PELO PLENÁRIO DO STF EM 23/09/2013 QUANDO TRÂNSITO EM JULGADO DO RE 630.501 /TEMA 334.

Isso se mostra coerente e razoável, processualmente falando? Isso lhes parece lógico?

> REPITO A PERGUNTA REFLEXIVA – VEJAM A SITUÇÃO QUE ESTAMOS DISCUTINDO AQUI.
> O INSS, E AGORA ESSA SEÇÃO, ESTÃO EXIGINDO QUE O SENHOR AZAURI - QUE SE APOSENTOU EM 1991 - TIVESSE BUSCADO ATÉ 06/2007 - UM DIREITO QUE O STF SÓ CONCEDEU/RECONHECEU EM 23.09/2013!

É isso mesmo?

Em que pese não precisar, a título de reforço de argumentação, lembro aos doutos Ministros que se o senhor Azauri tivesse entrado com a ação antes de 2007 (Tese fixada neste julgamento), teria ele perdido ação, pois a posição dos CINCO TRF´s eram contrárias a tese, assim como a maioria dos Ministros do STF negavam esse direito, situação esta, que só foi alterada em 10.2013, com o transito em julgado de uma decisão Plenária que, por 6 a 4 reconheceu o direito aqui pleiteado.

DA COERÊNCIA E INTEGRIDADE – ACTIO NATA / Ambas as Turmas que compõem essa Seção, entendem que o prazo decadencial para postular os efeitos de uma reclamatória trabalhista começa do TRANSITO EM JULGADO desta ação, jamais da data em que o autor se aposentou, fundamento esse que, pela coerência e integridade que devem pautar as decisões conforme o novel CPC, em nada destoa do caso em tela, pois somente em 23.09/2013, o STF concedeu (leia-se, o segurado adquiriu a titularidade) o direito ao melhor benefício.

ITEM 2 - CASO CONCRETO (PERGUNTA REFLEXIVA: Esse procedimento é realmente revisar o ato concessório previsto no artigo 103? Inclusive, tal questão fática, foi tratada no julgamento do Tema 334)

– FATOS – SC´S / PBC / RESTRIÇÃO ATUARIAL COMPLETAMENTE DIVERSAS;
Usaremos o caso do senhor Azauri, parte no RESP 1.631.021.
• Ele se aposentou proporcional (33A - 6M - 12D) em 28/03/1991;
• Seu PBC teve os salários de contribuição de 02/1991 a 03/1988;
• Restrição Atuarial / Coeficiente de Cálculo de 88%;

Busca-se aqui, a CONCESSÃO de outro BENEFÍCIO, com:

- Nova DIB em 02/07/1989 e com 31 anos e 9 meses de tempo de serviço;
- PBC de 06/89 a 07/1986;
- Restrição atuarial 76%;
1 - Não há nenhuma crítica a DIB – 28/03/1991, em momento algum se pretende discutir se ela foi corretamente concedida ou não.
2 - Em momento algum se discute se a correção dos salários de contribuição ou se os próprios salários de contribuição estão errados.
3 - Em momento algum se aponta erro na RMI da data do exercício DER/DIB de 118.860 cruzeiros.

CONCLUSÃO – Se discute TUDO nesta ação, MENOS O ATO CONCESSÓRIO, conforme aponta o artigo 103!

O que se busca aqui, nesta ação, é a concessão de outro benefício, trata-se de FUNDO DO DIREITO como muito bem apontado pelo parecer do MPF.

Para que não paire dúvida alguma de que aqui as ações do melhor benefício (Tema 334 / RE 630.501) possuem natureza concessória e declaratória, traz a colação trechos do impecável parecer do MPF.

TRECHO DO PARECER FAVORÁVEL DO MPF

> ITEM 12 / Assiste razão ao recorrente quando sustenta que referida norma, ao se referir a revisão do ato de concessão do benefício, não alcança os casos em que o recorrido já tinha adquirido o direito a concessão de um melhor benefício.
> Efetivamente não se trata de revisão de benefício, e sim, de concessão de novo benefício, já incorporado ao patrimônio do segurado.
> ITEM 14 / Em assim sendo, o direito ao melhor benefício é uma garantia constitucional que não deve ser restringida pelo instituto da decadência, incidindo apenas a prescrição quinquenal, sob pena, inclusive de se desvirtuar a finalidade da previdência e da assistência social aos hipossuficientes previstos na Constituição.

Regras básicas de hermenêutica, assim como a integridade e coerência que devem pautar as decisões foram completamente desconsideradas quando da fixação da tese no Tema 966, sendo literalmente detonado um mantra que se aprende no primeiro semestre da Faculdade de Direito:

> A Lei (Artigo 103 / 8.213/91) não prejudicará (leia-se, obstaculizar o exercício no caso em tela) a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, e o direito adquirido (Tema 334 / RE 630501).

Esses robustos fundamentos, bem como, a pergunta chave acima colocada, devem ser respondidas por essa Seção, em especial a situação OMISSA no que tange a actio nata, pois até 23.09/2013, NÃO EXISTIA TITULARIDADE para que os segurados buscassem a concessão do melhor benefício.

Se não existia TITULARIDADE, NÃO HÁ INÉRCIA, SE NÃO HÁ INÉRCIA, NÃO HÁ PRAZO DECADENCIAL. Simples assim.

> ITEM 3 - DO PREQUESTIONAMENTO E DA IMPERIOSIDADE DE "REVISITAÇÃO" DO TEMA 334 POR PARTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cristalina a assertiva de que para a maioria desta Seção, fora decidido que incide o prazo decadencial nas ações concessórias do melhor benefício,

valendo-se para tal, de um obter dictum constante na parte final do voto da Ministra Relatora Ellen Gracie Northfleet que, ao final de seu voto, colocou a expressão "respeitada a prescrição e decadência".

Porém, basta um olhar perfunctório sobre os votos condutores do Tema 334 para, de plano, constatar que a expressão "respeitada a prescrição e decadência" não faz parte de sua ratio decidendi, e tal assertiva, será cabalmente a seguir demonstrada.

Da análise dos fundamentos dos votos no Tema 334, a primeira assertiva que se contempla, é que para o Plenário da Corte Suprema, considerada foi a natureza do direito ao melhor benefício de caráter potestativo e, que por isso, impõe ao sujeito passivo um dever de sujeição, mas não de prestação imediata, e que, portanto, enquanto não houver o requerimento, leia-se, ajuizamento da ação ou pedido administrativo deste direito adquirido, não há uma lesão e, portanto, não há que se falar em decadência.

Em outras palavras, somente após este requerimento administrativo ou judicial (aqui, com a presente ação judicial) é que começam a fluir tais institutos de prescrição e decadência.

Isso foi o que o Pleno disse no julgamento do Tema 334, e tal prova se fará pormenorizadamente adiante.

Lembrem-se, o ponto crucial não é o trecho final (obter dictum) "respeitada à prescrição e decadência", mas sim, "a partir do requerimento" (ratio decidendi).

Urge consignar que a Corte Suprema quando do julgamento do Tema 334, decidiu ser intocável o direito de o segurado da Previdência Social, pois uma vez alcançado o direito ao benefício, pode ele optar posteriormente por qualquer data antecedente em que examinado o direito a um melhor benefício, isto é, a uma Renda Mensal mais favorável, ainda que se refira a período em que alcançado o benefício na modalidade proporcional.

Deliberou-se ainda, como mais uma ratio decidendi, que para tanto seria necessária à prévia provocação do segurado perante o INSS apontando qual a data mais conveniente, daí decorrendo a consequência de não se falar em parcelas vencidas até então; valendo-se das palavras da I. Relatora, Ministra Ellen Gracie, tem-se que:

> “Os pagamentos, estes sim, não retroagem à nova DIB, pois dependentes do exercício do direito” – p. 10 do correspondente voto.” (Vejam, NOVA DIB, isso é concessão doutos Ministros)

Vejam Excelências, os pagamentos não retroagem à NOVA DIB, asseverou a Ministra Ellen Gracie.

Ora, se é nova DIB, não se está a discutir a DIB/RMI original, não se está discutindo a revisão do ato concessório, pois se quer, na verdade, a concessão de outra DIB, de outra RMI, de outro benefício (que poderá ser proporcional em vez do integral originariamente concedido), e por isso, inaplicável o artigo 103 da Lei 8.213/91.

E isso, é importante frisar, foi atestado para que se pudesse levar adiante o prosseguimento o caso em apreço, pois o pleito revisional, somente foi ajuizado após o prazo de 10 (dez) anos estabelecido no artigo 103 da Lei de Benefícios da Previdência Social – LBPS, isto é, após 28.06.1997.

Ou seja, no caso concreto, julgado pelo STF, estaria decaído o direito da parte, pois a DIB do autor era de 1980 e ajuizamento da ação foi em 2008.

Aliás! No caso em concreto, o autor JÁ ESTAVA APOSENTADO a mais de anos e ENTROU com a ação 2008, se a expressão “respeitada a prescrição e decadência” não fosse um obter dictum, certamente a Ministra Relatora que concedeu o direito ao autor, teria, antes disso, apreciado as prejudiciais de mérito, e concluído que o direito pleiteado no Tema 334 decaído estava, mas assim, não o fez.

Mais! Não houve uma linha sequer durante TODO o processo do RE 630.501-Tema334, que ventilasse que tal direito estaria decaído.

A AGU em momento algum durante todo o processo levantou essa prejudicial de mérito.

Em nenhum voto dos 10 Ministros, a discussão da decadência foi tratada, salvo na parte final do voto da Relatora, em escancarado e cristalino obter dictum.

Voltando a esclarecer o alcance da linha de raciocínio desenvolvida pela Ministra Ellen Gracie, o Ministro Teori Albino Zavascki asseverou que:

> “Trata-se, todavia, de um direito potestativo – ou seja, um direito formativo gerador - a significar que não gera, desde logo, um dever de satisfazer a prestação por parte do sujeito passivo. Tal dever de prestar tem como pressuposto necessário a iniciativa do segurado de exercer o direito de se aposentar.
> Antes disso, não há qualquer lesão ao direito subjetivo, porque ainda não há o dever jurídico de satisfazer.
> O que caracteriza os direitos potestativos, formativos-geradores na linguagem de Pontes de Miranda, é justamente isso.
> Enquanto não exercido pelo seu titular, ele não pode ser satisfeito espontaneamente pelo sujeito passivo.
> Por isso, se afirma que a um direito potestativo, ainda não exercido, corresponde um dever de sujeição, mas não um dever de imediata satisfação.
> A consequência prática é que, enquanto não exercido o direito, não pode, logicamente, ser violado.
> Essa é a consequência prática do direito potestativo.
> Todavia, em se tratando de direito já incorporado ao patrimônio jurídico, a falta de exercício não acarreta, por si só, a sua perda a não ser quando se fixa um prazo decadencial, que não é o caso.” (destaque nosso).”

Mais à frente, estancando qualquer dúvida que porventura ainda insistisse em persistir, o Ministro Teori pontua:

> “E, para concluir o meu voto, Senhor Presidente, ainda considerando a natureza desse direito, que é um direito do segurado de caráter potestativo, e que, por isso, impõe ao sujeito passivo um dever de sujeição, mas não de prestação imediata, e que, portanto, enquanto não houver o requerimento, o exercício do direito, não há uma lesão, o meu voto é no sentido de acompanhar a Ministra Ellen também pelo provimento parcial, ou seja, enquanto não exercido, o direito não gera dever de prestação, o que significa que não são devidas as parcelas anteriores”. (fl. 06 do correspondente voto). (sem destaque no original).

No intuito de esclarecer às escâncaras o alcance de tal conceituação, pois de suma importância para o deslinde da presente ação, traz à apreciação trecho do voto proferido pelo próprio então Ministro do Superior Tribunal de Justiça - STJ Teori Zavascki nos autos do Recurso Especial 1.100.761/RS[1],

ocasião, em que assim, reportou-se ao tratar sobre o direito potestativo formativo, o mesmo em enfoque, embora com diverso objeto:

"Ora, na situação concreta, não se pode dizer que a lesão ao direito de obter a expedição do diploma ocorreu na data da conclusão do curso (LEIA-SE REQUERIMENTO E CONCESSÃO DO BENEFICIO ORIGINAL).
Tal direito, na verdade, é da espécie dos direitos potestativos (ou formativos), em face do qual não corresponde um dever de imediata prestação e sim de sujeição. (LEIA-SE, ENQUANTO NÃO HOUVER O REQUERIMENTO POR PARTE DO TITULAR O INSS NÃO ESTÁ

OBRIGADO A CONCEDER O OMELHOR BENEFICIO)

Ou seja: enquanto não houver o exercício do direito por seu titular, não se configura, propriamente, uma situação de inadimplemento por parte do sujeito passivo, nem, consequentemente, um evento lesivo. (LEIA-SE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO OU JUDICIAL DE CONCESSÃO DO MELHOR BENEFICIO EM DATA PRETÉRITA)
Nesse aspecto, portanto, o direito à expedição do diploma podia ser exercido a qualquer tempo, razão pela qual, a sua lesão ocorreu quando, tendo havido o exercício, houve a negativa de prestação." (AQUI ESTA O PONTO CRUCIAL! LEIA-SE, O REQUERIMENTO DA CONCESSÃO AO MELHOR BENEFICIO, PODERIA OCORRER EM QUALQUER DATA, E SOMENTA A PARTIR DA NEGATIVA DELE { NO CASO PARADIGMA, DA NEGATIVA DO DIPLOMA } É QUE COMEÇAM A FLUIR OS PRAZOS PRESCRICIONAIOS E DECADENCIAIS CITADOS NOS VOTOS E UTILIZADOS COMO EMBASADORES DA ASSERTIVA DE QUE O TEMA 334 ESTA SUJEIRO A TAL PRAZO)

Amoldando referida lição ao caso em comento, até que o INSS fosse provocado, o que ocorreu com o ajuizamento da ação, sequer teria principiado o prazo decadencial.

Verifica-se, portanto, que explicita e com todas as letras, afastado fora o instituto da decadência pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no leading case que gerou o Tema 334.

Não se pode olvidar, que nas ações do melhor benefício, o pedido formulado pelo segurado não consiste em rever a aposentadoria, nem para rediscutir os critérios adotados no ato que a constituiu, já que não há nenhuma menção a erro na apuração da renda mensal inicial do benefício, mas sim, a CONCESSÃO de outro benefício que não o concedido quando do requerimento administrativo.

Inarredável torna-se a assertiva de que não se opera a decadência constante no artigo 103 da Lei 8.213/91, para as ações concessórias do melhor benefício, pois se revestem de natureza jurídica (conteúdo) imune a incidência de prazo decadencial, eis que alicerçadas no direito adquirido constitucionalmente assegurado.

ITEM 4 – DO EQUÍVOCO EM AFIRMAR QUE A RATIO DECIDENDI DO TEMA 334 NÃO VALE PARA BENEFICIOS CONCEDIDOS

Para legitimar a incidência do prazo decadencial para o exercício de direito adquirido, a maioria da Seção seguiu a seguinte linha de pensar, extraída do voto do relator:

> ".....o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício equiparasse à revisão, quando já em manutenção na vida do trabalhador segurado uma aposentadoria.
> Hipótese distinta, que não se submete à decadência, é aquela em que o trabalhador ainda não recebe qualquer aposentadoria."

Ou seja, se o segurado já se encontra aposentado, o exercício do direito adquirido (Tema 334), tem natureza revisional, e assim incidiria o prazo decadencial.

Se não estiver aposentado, tem natureza concessória e não incidiria o prazo.

Tal pensamento não encontra guarida no voto condutor da Ministra ele Gracie, assertiva essa, que se verifica nos trechos de seu voto abaixo colacionados:

"ITEM 9 DO VOTO DA RELATORA. O direito adquirido ao melhor benefício implica a possibilidade de o segurado ver o seu benefício deferido ou revisado de modo que corresponda à maior renda possível no cotejo entre a renda mensal inicial obtida e as rendas mensais que estaria percebendo, naquele momento, se houvesse requerido em algum momento anterior o benefício, desde quando possível a aposentadoria proporcional.

Recalcula-se o benefício fazendo retroagir hipoteticamente a DIB (Data de Início do Benefício) à data em que já teria sido possível exercer o direito à aposentadoria e a cada um dos meses posteriores em que renovada a possibilidade de exercício do direito, de modo a verificar se a renda seria maior que a efetivamente obtida por ocasião do desligamento do emprego ou do requerimento. Os pagamentos, estes sim, não retroagem à nova DIB, pois dependentes do exercício do direito.

O marco para fins de comparação é, pois, a data do desligamento ou do requerimento original, sendo considerado melhor benefício aquele que corresponda, à época, ao maior valor em moeda corrente nacional. (Comentário: Vejam que a DER/DIB nada mais é que um mero marco, não se está aqui discutindo o ato concessório!)

Observados tais critérios, se a retroação da DIB não for mais favorável ao segurado, não há que se admitir a revisão do benefício, ainda que se invoque conveniência decorrentes de critérios supervenientes de recomposição ou reajuste diferenciado dos benefícios.

Mais adiante assim conclui a Relatora em sentido oposto ao que chegou essa Seção do STJ, ao passo que trata de forma cristalina o direito ao melhor beneficio

ITEM 11. Para que se tenha uma ideia mais clara dos efeitos da tese ora acolhida, passo a indicar dados e números exemplificativos.

A época da aposentadoria do recorrente, por exemplo, o salário-debenefício correspondia a 1/36 (um trinta e seis avos) da soma dos salários-de-contribuição imediatamente anteriores ao mês do afastamento da atividade, até o máximo de 36 (trinta e seis), apurados em período não superior a 48 (quarenta e oito) meses, nos termos do art. 37 do Decreto 83.080/1979. Esse o período base de cálculo.

O MPAS indicava coeficientes de reajustamento dos salários de contribuição anteriores aos 12 (dozes) últimos para fins de cálculo do salário de benefício, conforme o § 1º do mesmo art. 37.

Mas a Súmula 2 do TRF4 determinava a aplicação dos índices da OTN/ORTN, e a Súmula 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos determinava o primeiro reajuste integral.

O benefício que o autor vem recebendo, com Data de Início do Benefício em 01/11/1980 (a rescisão de trabalho foi em 30/09/1980 e gozou ainda de um mês de aviso prévio com contribuição), teve como Renda Mensal Inicial o valor de Cr$ 47.161,00 (quarenta e sete mil, cento e sessenta e um cruzeiros).

A alteração da DIB para 01/10/1979 (data do preenchimento dos requisitos) implica consideração de outro período base de cálculo e dos respectivos salários-de-contribuição, anteriores a tal data, os quais, atualizados, apontam salário-de-benefício superior e conseqüente renda mensal inicial melhor que a obtida originariamente, configurando, pois, melhor benefício. Há reflexo, ainda, na equivalência salarial, justificando o interesse do autor na revisão.

Considerando a nova DIB e a evolução da renda com 1º reajuste integral, o valor do benefício, em 11/1980, seria de R$ 53.916,00, maior, portanto, que a RMI de concessão.

Os efeitos reflexos para fins de aplicação do art. 58 do ADCT, por sua vez, também são positivos, porquanto a equivalência ao salário mínimo passaria de 8,15 para 9,31 salários.

O aumento na renda mensal inicial tem repercussão na renda mensal atual, implicando sua revisão e pagamento de atrasados, observada a prescrição. (Comentário: Vejam que existe expressa referência a nova RMI como NOVO benefício, pois o aumento incidirá na renda atual recebida, ou seja, aquela renda relativa a antiga RMI, da antiga DER/DIB, menos vantajosa)

ITEM 5 - DA ANÁLISE DO VOTO CONDUTOR E DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA A REVISITAÇÃO DO TEMA 334

Esta Primeira Seção ao fundamentar a incidência de prazo decadencial nas ações do melhor benefício, praticamente se reportou ao julgado do Tema 334 – RE 630.501, no sentido que de não caberia a esta Corte Especial adentrar na discussão acerca da incidência ou não, tendo em vista que o próprio Supremo quando do julgamento do Tema 334, assim o

fez, e o fez no sentido que sim, incide prazo decadencial nas ações do melhor benefício.

Tal assertiva resta cristalina com a simples transcrição de trechos da fundamentação do voto condutor (acompanhado pelos demais 6 Ministros) deixando claro como a luz solar, que a ratio decidendi do presente repetitivo usada para declarar a incidência deste prazo decadencial sobre o direito adquirido ao melhor benefício, teve como suporte jurídico, as razões de decidir do Supremo no Tema 334, o que chama, por óbvio, a competência da Corte Suprema para que, em sede de revisitação do Tema 334, de uma vez por todas, de a palavra final sobre o tema, declarando de forma expressa se incide ou não o prazo do artigo 103 da lei 8213/91, nas ações concessórias do melhor benefício.

Seguem os trechos da fundamentação que lançam ao Supremo Tribunal a imperiosidade de revisitação do Tema 334 para que seja esclarecido se houve ou não um obter dictum na expressão "respeitadas a prescrição e decadência" colocada ao final do voto da Ministra Ellen Gracie Northflett.

Expressão essa que, segundo o embargante, foi literalmente "dita para morrer", colocada ao final do voto sem referência ao caso em concreto, e que não constitui proposição jurídica necessária para a solução do Tema 334, conforme demonstrado em tópico específico no presente declaratório.

> VOTO VENCEDOR – MINISTRO MAURO CAMPBELL / Conforme acentuado no voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, condutor do acórdão do RE 630.501/RS, que se formou por maioria, o direito adquirido ao melhor benefício implica na possibilidade de o segurado ver o seu benefício deferido ou readequado de modo que corresponda à maior renda possível no cotejo entre a renda mensal inicial obtida e a renda mensal que

estaria percebendo, se houvesse requerido o benefício em momento anterior em que reuniu os requisitos.

No julgamento do RE 630.501/RS foi enfatizado: admitir que circunstâncias posteriores possam implicar renda mensal inferior àquela garantida no momento do cumprimento dos requisitos mínimos, é permitir que o direito adquirido não possa ser exercido tal como adquirido.

Assim, o direito ao benefício é o direito a determinada renda mensal, calculada conforme os critérios jurídicos e pressupostos fáticos do momento em que cumpridos os requisitos para a sua percepção.

Na repercussão geral em destaque, ficou esclarecido: para se apurar o direito adquirido ao melhor benefício, recalcula-se o benefício fazendo retroagir hipoteticamente a data do início do benefício à data em que já teria sido possível exercer o direito à aposentadoria.

Os pagamentos é que não retroagem à nova data de início do benefício, pois dependentes do exercício do direito.

A ratio decidendi desse importante precedente foi a de que deve ser preservado o direito ao melhor benefício, incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador.

A garantia de que determinadas situações jurídicas consolidadas não serão alcançadas por lei nova também foi destacada no precedente de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, consoante § 1º do artigo 102 da Lei 8.213/1991, acrescido pela Lei 9.528/1997. A alteração posterior nas circunstâncias de fato não suprime o direito já incorporado ao patrimônio do seu titular.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no RE 630.501/RS, estipulou a decadência prevista no caput do artigo 103, para reconhecimento de direito adquirido ao melhor benefício.

Conjugando os fundamentos contidos tanto no referido RE 630.501/RS com os recentes valores ressaltados na repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 626.489/SE, é possível afirmar que a decadência justifica-se como respeito ao erário público, ao dinheiro público, como ele é gasto, evitando descompasso nas contas da previdência social.

Se há, realmente, um direito ao melhor benefício de aposentadoria, esse direito deve ser exercido em dez anos, porquanto o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício equipara-se à revisão, quando já em manutenção na vida do trabalhador segurado uma aposentadoria.

Hipótese distinta, que não se submete à decadência, é aquela em que o trabalhador ainda não recebe qualquer aposentadoria.

Destarte, devo me curvar à orientação do Supremo Tribunal Federal, contida no RE 630.501/RS, ainda que no meu modo de sentir, o prazo decadencial contido no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991 não deva incidir para o pedido de reconhecimento do direito ao benefício mais

vantajoso, por se tratar de um outro núcleo essencial. O reconhecimento do benefício mais vantajoso equipara-se à pretensão revisional.

PELO EXPOSTO, requer seja conhecido e provido o presente Embargo Declaratório, para que seja tratada a questão da actio nata levantada na pergunta reflexiva do Item 1, a questão do fundo do direito tratado no Item 2 e, por final, seja devidamente prequestionado a violação das razões de decidir do Tema 334 – RE 630.501 por essa Seção tratados nos demais itens, o que tornará imperiosa a revisitação do Tema 334 perante o Supremo Tribunal via apelo extremo que, após estes embargos serão interpostos, caso a decisão não seja modulada frente a actio nata já adotada no âmbito de ambas as Turmas desta Seção.

Pede deferimento.

Brasília, na data do evento eletrônico.

GUILHERME PFEIFER PORTANOVA

OAB/RS 051998 OAB/RJ 208820

OAB/SP 328677 OAB/MG 155439

2.5.8. ACÓRDÃO DO SEGUNDO EMBARGOS 27/05/2019

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. RECONHECIMENTO DO DIREITO ADQUIRIDO AO BENEFÍCIO MAIS VANTAJOSO. EQUIPARAÇÃO AO ATO DE REVISÃO. INCIDÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL. ARTIGO 103 CAPUT DA LEI 8.213/1991. TEMA 966. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E ERRO MATERIAL. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. O embargante, igualmente ao Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, em suas razões de embargos de declaração, aponta existência de distorções no julgado que fixou o Tema 966 dos repetitivos, por entender afastada a orientação do Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários de repercussão geral:

RE 630.501/RS e RE 626.489/SE. 2. No acórdão ora embargado não se reconhece qualquer dos vícios elencados no artigo 1.022 do CPC/2015. Ao contrário, resolveu-se o mérito sob o critério de conjugação e ponderação das normas que envolveram o caso concreto. Foram invocados todos os motivos que justificaram o resultado do julgamento. Em verdade, demonstra o embargante o intento de modificar a convicção do colegiado, que se formou por maioria de votos, após profundos e complexos debates acerca do tema. 3. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília (DF), 22 de maio de 2019 MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES.

[redacted]**DATA JULGAMENTO 11/12/2019 – TEMA 975**

2.6.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Questão atinente à incidência do prazo decadencial sobre o direito de revisão do ato de concessão de benefício previdenciário do regime geral (art. 103 da Lei 8.213/1991) nas hipóteses em que o ato administrativo da autarquia previdenciária não apreciou o mérito do objeto da revisão.

Relator: Herman Benjamin

Diretor do IBDP Responsável: Diego Henrique Schuster

Data do trânsito em julgado: 27/08/2020 – Resp 1644191/RS

2.6.2. TESE FIRMADA

Aplica-se o prazo decadencial de dez anos estabelecido no art. 103, caput, da Lei 8.213/1991 às hipóteses em que a questão controvertida não foi apreciada no ato administrativo de análise de concessão de benefício previdenciário.

2.6.3. PETIÇÃO DE MÉRITO 20/06/2018

EXCELENTISSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR DA PRIMEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tema 975

1.648.336 e 1.644.191

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, qualificado nos autos, vem dizer e requerer:

Considerando que, em tese, a função da Autarquia é proteger socialmente seus segurados/beneficiário, não há como reparar que o INSS, por seu procurador (AGU), vem dirigindo sua vontade conscientemente no sentido de contrariar o direito, isto é, a partir de raciocínios elaborados para dar à norma sentido completamente diverso, sem falar na falta de lealdade e boa-fé, apanágios de todos os sujeitos do processo.

Durante a sustentação oral e, portanto, antes dos advogados da Recorrida e Amicus Curiae, o INSS manifestou-se a favor da tese de que a decadência não alcança aquelas questões não apreciadas/resolvidas na via administrativa, com fundamento na própria jurisprudência, majoritária, do Superior Tribunal de Justiça. O que foi muito bem observado pela Ministra Regina.

A única ressalva feita pelo procurador da AGU foi no sentido de que a decadência deveria alcançar apenas questões de direito, e isso porque sua preocupação – *maior* – é com a "ratio decidendi" no tema 966, ignorando o fato de ali (no tema 966) não se tratar de um pedido de revisão do ato de concessão, mas, e isso sim, da concessão do melhor benefício.

Por esta razão, a Autarquia foi intimada para se manifestar sobre a "persistência ou eventual delimitação de seu interesse sobre a tese representativa de controvérsia".

Acontece que a reposta foi em sentido diametralmente aposto. Vale transcrever o seguinte trecho do pedido do INSS:

> [...] manifesta-se pela incidência do prazo decadencial de 10 anos previsto no art. 103, da Lei nº 8.213/91 em todas as situações, sem exceções, inclusive nas 'nas hipóteses em que o ato administrativo da autarquia previdenciária não apreciou o mérito do objeto da revisão', consoante já consolidado no âmbito do Supremo Tribunal Federal na sistemática do recurso extraordinário com repercussão geral, ressalvada, apenas em caráter subsidiário, a defesa da necessidade de que sejam observados os limites fáticos do AgRg no RESP nº 1.407.710/PRS, caso eventual exceção prevaleça.

É evidente que ao Superior Tribunal de Justiça cabe a aplicação do Direito, podendo inclusive aplicar normas sequer invocadas pelas partes, no entanto, não há como negar a falta de lealdade e boa-fé no emprego da liberdade de manifestação por parte da AGU. A boa-fé e a lealdade impedem a criação de situações constrangedoras e que impliquem verdadeira artimanha para levar os advogados e julgadores ao erro.

O INSS simplesmente alterou sua linha de argumentação, no momento da sustentação e, depois, novamente, na manifestação sobre o que propôs o procurador da AGU da tribuna, a fim de dificultar a defesa dos advogados da Recorrida. Tal iniciativa levou a erro o próprio Juízo. O dolo processual é capaz de ocasionar, até mesmo, futura rescisão da decisão, com fundamento no inc. III, art. 966, do CPC/2015.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal nunca se pronunciou sobre tal temática. Há nítida e gritante diferença entre: (a) a tese que discute o alcance da decadência sobre questões não apreciadas/resolvidas na via administrativa; (b) a tese sobre a incidência da decadência nos benefícios concedido antes da Medida Provisória nº. 1.523-9; e, na hipótese (c) a tese sobre a aplicação da decadência na tese do melhor benefício. A primeira e última estão pendentes de julgamento no STJ, temas 975 e 966, respectivamente, enquanto a segunda foi julgada pelo STF, tema 313.

Como se viu à saciedade, a norma é resultado da interpretação do texto no caso concreto, assim, o que determina o seu sentido é o caso concreto. No entanto, o INSS insiste em dizer que a decadência deve ser aplicação sem exceção, como se o art. 103 da Lei de Benefícios pudesse abarcar todas hipóteses de aplicação da norma.

POR TUDO ISSO, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), enquanto instituição séria e comprometida com o direito, vem aos autos manifestar-se sobre a situação envolvendo a atuação da AGU, bem assim esclarecer, tecnicamente, a diferença entre o que se discute nos temas 966 e 975 (STJ).

Nesses termos, pede deferimento.

Florianópolis, SC, 20 de junho de 2018.

DIEGO HENRIQUE SCHUSTER - OAB/RS 80.210

GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN - OAB/SC 18.200

2.6.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO 11/12/2019

EMENTA

PREVIDENCIÁRIO. CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO REGIME DOS ARTS. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015. TEMA 975/STJ. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DO ATO DE CONCESSÃO. QUESTÕES NÃO DECIDIDAS. DECADÊNCIA ESTABELECIDA NO ART. 103 DA LEI 8.213/1991. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INSTITUTOS DA DECADÊNCIA E DA PRESCRIÇÃO. AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ACTIO NATA.

IDENTIFICAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

1. Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a" e "c", da CF/1988) em que se alega que incide a decadência mencionada no art. 103 da Lei 8.213/1991, mesmo quando a matéria específica controvertida não foi objeto de apreciação no ato administrativo de análise de concessão de benefício previdenciário.

2. A tese representativa da controvérsia, admitida no presente feito e no REsp 1.644.191/RS, foi assim fixada (Tema 975/STJ): "questão atinente à incidência do prazo decadencial sobre o direito de revisão do ato de concessão de benefício previdenciário do regime geral (art. 103 da Lei 8.213/1991) nas hipóteses em que o ato administrativo da autarquia previdenciária não apreciou o mérito do objeto da revisão."

FUNDAMENTOS DA RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA

3. É primordial, para uma ampla discussão sobre a aplicabilidade do art. 103 da Lei 8.213/1991, partir da básica diferenciação entre prescrição e decadência.

4. Embora a questão seja por vezes tormentosa na doutrina e na jurisprudência, há características inerentes aos institutos, das quais não se pode afastar, entre elas a base de incidência de cada um deles, fundamental para o estudo da decadência do direito de revisão dos benefícios previdenciários.

5. A prescrição tem como alvo um direito violado, ou seja, para que ela incida deve haver controvérsia sobre o objeto de direito consubstanciada na resistência manifestada pelo sujeito passivo, sendo essa a essência do princípio da actio nata (o direito de ação nasce com a violação ao direito). Essa disciplina está disposta no art. 189 do CC: "art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206."

EMENTA / ACORDÃO

6. Por subtender a violação do direito, o regime prescricional admite causas que impedem, suspendem ou interrompem o prazo prescricional, e, assim como já frisado, a ação só nasce ao titular do direito violado.

7. Já a decadência incide sobre os direitos exercidos independentemente da manifestação de vontade do sujeito passivo do direito, os quais são conhecidos na doutrina como potestativos. Dessarte, para o exercício do direito potestativo e a consequente incidência da decadência, desnecessário haver afronta a esse direito ou expressa manifestação do sujeito passivo para configurar resistência, pois o titular pode exercer o direito independentemente da manifestação de vontade de terceiros.

8. Não há falar, portanto, em impedimento, suspensão ou interrupção de prazos decadenciais, salvo por expressa determinação legal (art. 207 do CC).

9. Por tal motivo, merece revisão a corrente que busca aplicar as bases jurídicas da prescrição (como o princípio da actio nata) sobre a decadência, quando se afirma, por exemplo, que é necessário que tenha ocorrido a afronta ao direito (explícito negativa da autarquia previdenciária) para ter início o prazo decadencial.

10. Como direito potestativo que é, o direito de pedir a revisão de benefício previdenciário prescinde de violação específica do fundo de direito (manifestação expressa da autarquia sobre determinado ponto), tanto assim que a revisão ampla do ato de concessão pode se dar haja ou não ostensiva análise do INSS. Caso contrário, dever-se-ia impor a extinção do processo sem resolução do mérito por falta de prévio requerimento administrativo do ponto não apreciado pelo INSS.

11. Isso é reforçado pelo art. 103 da Lei 8.213/1991, que estabelece de forma específica o termo inicial para o exercício do direito potestativo de revisão quando o benefício é concedido ("a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação") ou indeferido ("do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo").

12. Fosse a intenção do legislador exigir expressa negativa do direito vindicado, teria ele adotado o regime prescricional para fulminar o direito malferido. Nesse caso, o prazo iniciar-se-ia com a clara violação do direito e aplicar-se-ia o princípio da actio nata.

13. Não é essa compreensão que deve prevalecer, já que, como frisado, o direito que se sujeita a prazo decadencial independe de violação para ter início.

14. Tais apontamentos corroboram a tese de que a aplicação do prazo decadencial independe de formal resistência da autarquia e representa o livre exercício do direito de revisão do benefício pelo segurado, já que ele não se subordina à manifestação de vontade do INSS.

15. Considerando-se, por fim, a elasticidade do lapso temporal para os segurados revisarem os benefícios previdenciários, a natureza decadencial do prazo (não aplicação do princípio da actio nata) e o princípio jurídico básico de que ninguém pode alegar desconhecimento da lei (art. 3º da LINDB), conclui-se que o prazo decadencial deve ser aplicado mesmo às questões não tratadas no ato de administrativo de análise do benefício previdenciário.

FIXAÇÃO DA TESE SUBMETIDA AO RITO DOS ARTS. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015

16. Para fins dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, a controvérsia fica assim resolvida (Tema 975/STJ): "Aplica-se o prazo decadencial de dez anos

estabelecido no art. 103, caput, da Lei 8.213/1991 às hipóteses em que a questão controvertida não foi apreciada no ato administrativo de análise de concessão de benefício previdenciário."

RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

17. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem entendeu de forma diversa do que aqui assentado, de modo que deve ser provido o Recurso Especial para se declarar a decadência do direito de revisão, com inversão dos ônus sucumbenciais (fl. 148/e-STJ), observando-se a concessão do benefício da justiça gratuita.

CONCLUSÃO

18. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, deu provimento ao recurso especial do INSS, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos, quanto ao dispositivo, o Sr. Ministro Napoleão Numes Maia Filho, e quanto à tese, os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Og Fernandes, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Napoleão Nunes Maia Filho.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Benedito Gonçalves."

Brasília, 11 de dezembro de 2019(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN

Relator

[redacted]DATA JULGAMENTO 22/10/2019 – TEMA 995

2.7.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/ Controvérsia: “Possibilidade de se considerar o tempo de contribuição posterior ao ajuizamento da ação, reafirmando-se a data de entrada do requerimento-DER- para o momento de implementação dos requisitos necessários à concessão de benefício previdenciário: (i) aplicação do artigo 493 do CPC/2015 (artigo 462 do CPC/1973); (ii) delimitação do momento processual oportuno para se requerer a reafirmação da DER, bem assim para apresentar provas ou requerer a sua produção”.

Relator: Mauro Campbell Marques

Diretor do IBDP Responsável: Alexandre Schumacher Triches

Data do Trânsito em julgado: 29/09/2020 e 29/10/2020

2.7.2. TESE FIRMADA

“É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir.”

2.7.3. PETIÇÃO DE MÉRITO – 26/11/2018

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES RELATOR DO RECURSO ESPECIAL nº 1.727.063/SP DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP), qualificado nos autos, reporta-se a Vossa Excelência para apresentar as razões de mérito.

DO TEMA EM ANÁLISE NO PRESENTE RECURSO ESPECIAL

O Superior Tribunal de justiça afetou três recursos especiais como representativos de controvérsia identificados pelo TEMA 995. Trata-se dos Recursos Especiais nº 1.727.063, 1.727.064 e 1.727.069, que versam sobre a matéria da reafirmação da DER.

A data de entrada do requerimento é o momento em que o segurado provoca a administração pública visando obter a análise ao seu pedido de benefício. Esta provocação pode se dar através de qualquer um dos canais de atendimento disponibilizados pelo INSS: pelo telefone 135, pelo agendamento presencial ou também pelo recém-inaugurado INSS Digital.

Com relação aos canais de atendimento prevê a novíssima redação do artigo 667 da IN INSS PRES nº 77/2015:

> Art. 667. O requerimento de benefícios e serviços deverá ser solicitado pelos canais de atendimento do INSS, previstos na Carta de Serviços ao Usuário do INSS de que trata o art. 11 do Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, tais como:
> I - Portal do INSS: www.inss.gov.br;
> II - Central de Teleatendimento 135;
> III - Central de Serviços Meu INSS; e
> IV - Unidades de Atendimento.

A data de entrada do requerimento é o momento em que o segurado ou dependente provoca administrativamente a Previdência Social. Posteriormente, no momento de avaliar a existência ou não do direito invocado no requerimento cabe ao servidor, no caso de concessão, definir se a prestação era devida na data de entrada do requerimento ou não.

Em alguns casos a data de início do benefício será devida desde a DER, noutros, antes da DER (casos em que o fato gerador ocorre antes do requerimento administrativo e não incide prescrição para a realização da postulação, como são os casos de requerentes absolutamente incapazes). Muitas vezes a data de benefício restará, ainda, definida depois da DER. Será nesta última hipótese que se estará diante da reafirmação da data de entrada do requerimento.

A reafirmação da DER é a possibilidade de reconhecimento do direito ao benefício previdenciário mesmo que na data de entrada de requerimento o segurado não o possuía, tendo lhe sido revelada esta condição com o processo já em andamento. No

momento em que o segurado postulou o benefício, através de algum dos canais de atendimento da Previdência Social não estava juridicamente, ainda, albergado pelo direito. Veio a obter, todavia, o direito posteriormente, no decorrer da tramitação do processo e considerando fatos novos. Esta situação não é difícil de acontecer, considerando principalmente que a matéria previdenciária é de alta complexidade, fato que, em muitas ocasiões confunde o postulante do benefício quanto ao direito da prestação.

A reafirmação da data de entrada do requerimento administrativo é um instituto especifico do direito processual previdenciário. Surgiu no mundo jurídico através das instruções normativas do INSS, em especial através da IN INSS PRES nº 45 e 77, de 2010 e 2015 respectivamente. No âmbito administrativo o instituto possui como característica principal o dever do servidor do INSS em sempre resolver o processo com base na verdade real e com a busca do melhor benefício ao segurado, além de garantir a efetividade. Assim preconiza o artigo 687 da IN INSS PRES nº 77/2015:

> Art. 687. O INSS deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido.

Considerando que não são raras as vezes que o segurado não possui o direito a prestação previdenciária por ocasião da data de entrada do requerimento, seja por haver discrepância entre o direito que entende possuir e aquele reconhecido pelo INSS ou por qualquer outro motivo, dentre eles a própria complexidade da matéria, mas vem adquirir posteriormente, ainda antes do despacho administrativo este direito, cabe ao servidor resolver o processo reconhecendo o fato superveniente e reafirmando a data de início do benefício.

A reafirmação da DER está prevista no artigo 690 da IN INSS PRES nº 77/2015:

> Art. 690. Se durante a análise do requerimento for verificado que na DER o segurado não satisfazia os requisitos para o reconhecimento do direito, mas que os implementou em momento posterior, deverá o servidor informar ao interessado sobre a possibilidade de reafirmação da DER, exigindo-se para sua efetivação a expressa concordância por escrito.

A reafirmação da DER no âmbito administrativo sempre visou suprir a demanda por um processo que tem como características ontológicas a informalidade e a busca da verdade material. Nesse sentido resolver o processo administrativo, negando a prestação postulada, pelo simples fato de não localização do direito quando do requerimento administrativo, porém presente no transcorrer do procedimento seria por demais irrazoável para a normatização administrativa. O que se busca é a efetividade, com a economia, também, de recursos, pois o processo é aproveitado em sua instrumentalidade.

Além da regra contida na instrução normativa acima referida o INSS segue enunciado do Conselho de Recursos da Previdência Social (atual CRSS) que prevê:

> A Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido.

A construção da reafirmação da DER junto a legislação administrativa se deu visando garantir a efetividade do processo, além de garantir segurança jurídica, eficiência, eficácia, prestigiar a dignidade humana, e a razoabilidade e a proporcionalidade.

DO DIREITO A REAFIRMAÇÃO DA DER NO PROCESSO JUDICIAL

Com o avançar na utilização do instituto da reafirmação da DER no âmbito administrativo, este naturalmente passou a ser invocado no processo judicial, mas não apenas com base na construção administrativa sobre a reafirmação da DER mas sim em razão de que o Código de Processo Civil possui norma legal que permite o reconhecimento do fato superveniente.

Constatou-se que assim como entre a data de entrada do requerimento até o despacho do benefício os fatos se alteravam no processo administrativo, isto também acontece no âmbito do processo judicial, mais especificamente entre a data da DER e o julgamento em segundo instância do processo judicial.

Mais do que isto, muitas vezes esta alteração dos fatos, normalmente atreladas a tempo de contribuição, não se dão por culpa do segurado, mas sim em razão do não acolhimento de alguma tese contida na petição inicial, ou até mesmo por mudanças no posicionamento jurisprudencial dos tribunais, inclusive de cortes Superiores.

A importação do instituto da reafirmação da data de entrada do requerimento administrativo para o processo judicial previdenciário se deu diante da constatação de que em muitos casos acontece o ajuizamento da ação judicial, quando o autor possui o direito ao benefício postulado, todavia, com a tramitação do feito não logra êxito em obter o direito alegado, quando acaba por ter o seu direito indeferido.

Acima de tudo o que se constata com a análise do fato superveniente no processo judicial é que ele prestigia uma característica que é típica do Direito Previdenciário que é a continuidade da relação jurídica previdenciária no tempo considerando que o segurado, em muitas ocasiões segue trabalhando enquanto tramita seu processo de aposentadoria. Considerando que muitas pessoas ao postularem a aposentadoria seguem trabalhando mesmo após a análise administrativa, ao final do processo a situação previdenciária será diferente daquela do momento da data de entrada do requerimento, do ajuizamento da ação, etc.

O argumento processual para reconhecimento do instituto é aquele contido no artigo 493 do NCPC, não somente em sede de primeiro grau, mas também em sede recursal. Sendo importante destacar que o fato superveniente não configura inovação.

Ainda, corroborando com o entendimento da doutrina, o NCPC inova em seu art. 933, formalizando a possibilidade do fato superveniente ser trazido nos autos inclusive em sede recursal.

Nos casos da reafirmação da DER, seja o período pretendido anterior ao ajuizamento e posterior ao processo administrativo ou o período da ação em curso, não há desconhecimento de nenhuma das partes, ou a não intenção de alegá-las. O que ocorre é sempre igual: superveniência de tempo de contribuição, idade ou de lei nova.

Por um lado, o INSS possui sistema capaz de auferir, em regra, quase simultaneamente os fatos na medida em que ocorrem. De outro, o motivo relevante que leva o autor a requerer a inclusão do fato superveniente, ou mesmo o juiz o inclui de ofício, é sempre a possibilidade de concessão do benefício ou, ainda, de um melhor benefício.

Ratificando essa afirmação, Marinoni, Arenhart e Mitidiero ensinam que o fato superveniente que deve ser levado em consideração para a resolução da causa é aquele que não importa em alteração da causa de pedir, sob pena de violação, a pretexto do art. 429, CPC, do art. 329, CPC.

O direito do segurado já é, por força legal, o da concessão do melhor benefício. Se o segurado possui, em direito previdenciário, essa regra basilar, e pretende a concessão do

benefício, ou melhor benefício, e por isso invoca a inclusão de tempo posterior, já está justificado o seu uso, e não está alterando a causa de pedir.

Foi com base no reconhecimento desta natureza nas relações previdenciárias, calcada na ideia da continuidade, que o instituto da reafirmação da DER naturalmente adentrou a seara do processo judicial. Os debates envolvendo a aplicação da reafirmação da DER no processo judicial previdenciário são saudáveis, uma vez que o processo civil já consagra, há muitos anos o reconhecimento do fato superveniente.

Poucas áreas do direito permitem recepcionar tão bem o advento do fato superveniente ao processo como o direito previdenciário, uma vez que, via de regra, após o pedido de aposentadoria o segurado segue laborando, segue contribuindo, segue vivendo, e tudo isso é de extrema relevância para a disciplina.

Refere SCHUSTER que entre as diferentes formas de contemplar o tempo, na maioria das vezes extensiva à cultura que pertencemos, e de perceber o instituto da preclusão, o que se discute é a superação dos limites impostos pela DER, a Data de Ajuizamento da Ação e, até mesmo, o princípio da congruência – adstrição ou vinculação – da sentença ao pedido, encontrado nos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. Segundo o autor: a dinâmica moderna, a cada dia que passa, revela novas lacunas, o que reclama, cada vez mais, a capacidade integrativa do julgador:

> Não é difícil imaginar a situação de um segurado que só não viu concedido seu benefício de aposentadoria, na via judicial, em razão de guinadas *na* e *da* jurisprudência dos tribunais superiores, envolvendo temas como, por exemplo, a (im)possibilidade de conversão do tempo comum, prestado até a data anterior à Lei 9.032/95, em especial, ou a exigência de um nível de ruído acima daquele considerado prejudicial à saúde, na vigência do Decreto 2.172/1997. O que esses casos têm em comum? A revogação de uma jurisprudência consolidada causou surpresa e injustiça a todos que nela pautaram sua conduta. E isso porque havia justificada confiança na jurisprudência dos tribunais de apelação.

A questão que (sempre) se coloca é: seria razoável admitir a necessidade de o segurado ajuizar uma nova ação previdenciária para ver reconhecida a especialidade de um período sobre o qual o juiz tem, ainda no processo em curso, condições de exercer seu juízo de certeza? Schuster responde que

> do ponto de vista jurisdicional, isto é, do novo Código de Processo Civil, a "mágica" só acontece por força dos artigos 493, que reproduz a literalidade do artigo 462 do Código de Processo Civil de 1973, e 933, que prevê, expressamente, a possibilidade de o fato superveniente à decisão recorrida ser considerado no julgamento do mérito, devendo o julgador (relator do tribunal ou turma recursal) dar às partes oportunidade de se manifestar sobre a nova questão. A situação deverá ser mensurada a partir de dois estágios: se a constatação de fato superveniente for constatada durante a sessão de julgamento ou em vista dos autos, conforme §§ 1º e 2º.

Nos casos objeto do presente julgamento, com a interposição de embargos de declaração, ante decisão de improcedência, o segurado logrou êxito em demonstrar que, em que pese não possuir o tempo de contribuição na época da DER, continuou trabalhando e contribuindo para o INSS, de modo que integrando este período de contribuição ao seu tempo será possível o reconhecimento do direito, reafirmando-se a data de entrada do requerimento.

Com pequenas variações entre um caso e outros, estas são as matérias trazidas nos três processos afetados ao Tema 995 do Superior Tribunal de Justiça. Aliás, pouco importariam estas variações: se tratasse de reconhecimento de fato superveniente na sentença, de ofício pelo magistrado, no decorrer do julgamento da segunda instância. Os processos agrupados para julgamento como representativos de controvérsia resumem a necessidade de definição do direito a reafirmação da DER e, especialmente, suas principais balizas.

A dúvida fica por conta das questões envolvendo a alteração da *causa petendi* e pedido, capaz de dar vida a uma nova ação. Mas para auxiliar o deslinde da questão também sobre este prisma, importante referir que no julgamento do REsp 1420700/RS, o Ministro Campbell Marque entendeu que o fato superveniente deve guardar pertinência com a causa de pedir e pedido inicial.

Nesse sentido tanto as contribuições vertidas após o ajuizamento da ação, para efeitos de carência ou tempo de serviço comum, como o tempo de serviço especial desempenhado no curso do processo guardam pertinência com a causa de pedir e o pedido inicial (com o bem da vida), ressalvada a questão dos efeitos financeiros. Nesses casos, não é dado ao INSS alegar que não há comprovação da continuidade do trabalho insalubre.

Ovídio Araújo Baptista da Silva, refere sobre o tema que os fatos não interferem na caracterização da causa de pedir, "sendo possível mudarem-se os fatos sem que isso acarrete necessariamente a mudança da *causa de petendi".*[6]

Por sua vez Schuster[7] refere que se tais fatos novos (de idêntica natureza, mas produzidos após o requerimento administrativo e/ou ajuizamento da ação) não impedem posterior pedido de concessão ou revisão do benefício previdenciário, por que não considerá-los na mesma ação?

É por esses aspectos que o IBDP defende que o pleito do reconhecimento da reafirmação da DER é razoável. Caso persista o entendimento da improcedência, considerando que os segurados possuem condições de aposentação, não considerando o período laborado após a DER, estar-se-á fechando os olhos para a primazia da realidade, justamente aquela realidade que propiciará o reconhecimento da proteção social mais efetiva, a economia de recursos com novos processos, sejam administrativos ou judiciais, bem como a segurança jurídica, uma vez que, muitas vezes o não reconhecimento do direito do segurado ocorre pela oscilação dos entendimentos jurisprudenciais sobre determinada matéria, fato comum na seara previdenciária.

A decisão denegatória da reafirmação obrigará o segurado a procurar o órgão previdenciário novamente e postular o benefício. Considerando que no âmbito administrativo, em boa parte das matérias envolvendo aposentadoria convive-se com uma realidade de dificuldade de reconhecimento de direitos, muito provavelmente a decisão que indeferiu a reafirmação ensejará uma repetida provocação ao Poder Judiciário. Segurados provocarão o judiciário para postularem o mesmo direito que postularam quando do pedido de reafirmação da DER.

O novo CPC, ainda, traz outras luzes a tese contida no presente julgamento. O art. 8º, por exemplo, estabelece: "Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência". A redação deste artigo, segundo SCHUSTER, corrobora a tese do "Fato Superveniente", interpretada e aplicada à luz da necessidade de o processo ser adaptado às peculiaridades do caso concreto.

Além disso, importante acrescentar também os poderes conferidos ao juiz para dirigir o processo com maior efetividade, dentre eles cabe referir a possibilidade que ele terá de dilatar os prazos processuais podendo, inclusive, alterar a ordem de produção dos

meios de prova para atender as peculiaridades do conflito (NCPC, art. 139, VI), o que demonstra um novo tempo vivido pelo processo civil Brasileiro.

Considerando que no pedido de reafirmação da DER os efeitos financeiros do benefício estariam limitados a data do efetivo direito a prestação, ambas as concessões, no bojo do pedido de reafirmação da DER, ou na nova postulação serão idênticas, a diferença é que na segunda hipótese, que denegou a reafirmação, os custos para o estado serão infinitamente maiores, pois demandaria uma nova ação judicial, além do que a tutela social demoraria alguns anos a mais a ser reconhecida.

Do ponto de vista jurisdicional verifica-se, pelos exemplos colacionados, que em nada alterará a condição do reconhecimento do direito a aceitação ou não da reafirmação da DER. O que muda é apenas e eficiência e a efetividade. Favoráveis no caso do reconhecimento do instituto, prestigiando-se os princípios do direito adquirido, da máxima colaboração, da economia e instrumentalidade do processo.

Assim se estará facultando ao magistrado além de analisar o ato administrativo denegado, analisar se existe, no caso concreto, o direito a proteção social, sendo que, ocorrendo esta, mesmo que não ocorrendo o direito na data de entrada do requerimento, e desde que haja um prévio requerimento administrativo já formulado, deve acertá-la, amoldando o direito social ao caso concreto, regulando os efeitos financeiros da prestação. Assim se estará concretizando princípio da primazia da relação jurídica de proteção social. Segundo SAVARIS:

> O princípio da primazia do acertamento, o que realmente importa é a definição da relação jurídica de proteção social. Para tanto, deve-se perquirir sobre a eventual existência de direito e determinar sua realização nos precisos termos a que a pessoa faz jus. Essa perspectiva não admite o sacrifício de direito de proteção social, daí porque considerar inaceitável sua mutilação mediante supressão de parcelas que o constituem.

Ainda, segundo o autor, de acordo com a primazia do acertamento, é insustentável a recusa judicial de satisfação de direito fundamental ao argumento de que o ato administrativo indeferitório se encontra em consonância com a legalidade. Muito mais do que realizar o controle da legalidade do ato administrativo, o exercício da função jurisdicional deve comprometer-se com o acertamento da relação jurídica de proteção social e, por consequência, com a integral defesa, promoção e realização desses direitos

fundamentais.[9] Assim, nesse primeiro aspecto deve ser reconhecido o papel jurisdicional na área previdenciária calcado na primazia do acertamento da relação envolvida.

No que se refere ao período possível a ser computado como fato superveniente, bem como o momento para a postulação em juízo, a 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), por meio do Incidente de Assunção de Competência (IAC), decidiu que é cabível a reafirmação da DER até a data do julgamento da apelação ou da remessa necessária no segundo grau de jurisdição. Esta deve ser o entendimento quanto ao momento processual oportuno para o pedido, segundo sugestão do IBDP, instrumentalizando inclusive o próprio artigo 933 do NCPC.

Com a decisão, se o segurado não tem os requisitos para se aposentar à época em que ajuizou o processo administrativo requerendo a aposentadoria, mas implementou as condições no decorrer do trâmite da ação, será fixada a DER na data em que completar os requisitos, desde que postulados até o julgamento da apelação em segunda instância. Neste aspecto deve predominar o entendimento de que o fato superveniente pode ser invocado até o julgamento efetivo do feito na segunda instância, até mesmo via embargos declaratórios em desfavor da decisão do tribunal.

Entretanto, para reafirmar a DER, devem ser considerados os fatos supervenientes até a realização do julgamento na segunda instância. Isto porque o artigo 933 do CPC preconiza esta possibilidade, e o fato de estar o processo em julgamento, inclusive, não impossibilita seja encerrado o tramite do julgamento, notificada a outra parte para manifestação quanto ao fato superveniente, para posterior nova sessão de julgamento.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça este já e o entendimento sobre o tema, conforme duas decisões importantes, de relatoria dos Ministros Mauro Campbell Marques e Napoleão Nunes Maia Filho:

> AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.457.154 – SE (2014/0129344-9) RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES AGRAVANTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF AGRAVADO : JOÃO BOSCO ALVES FORTES ADVOGADO : CARLOS EDUARDO REIS CLETO E OUTRO(S) EMENTA PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. IRRETROATIVIDADE DO DECRETO 4.882/2003. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.398.260/PR. FATO SUPERVENIENTE. ARTIGO 462 DO CPC. OBSERVÂNCIA. NOVO

PERFIL PROFISSIOGRÁFICO. EXPOSIÇÃO A RUÍDO SUPERIOR A 90 dB. VALORAÇÃO DA PROVA. POSSIBILIDADE. CAUSA DE PEDIR INALTERADA. EFEITO MODIFICATIVO AO JULGADO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O presente agravo regimental do Instituto Nacional do Seguro Social objetiva afastar a decisão que em sede de embargos de declaração, observou o artigo 462 do CPC, e deu efeito modificativo aos embargos de declaração, para reconhecer ao segurado o direito em ter a contagem especial de tempo de serviço sob ruído, pois aferido de forma pericial, que se submeteu à exposição superior a 90 dB. 2. A prova apresentada de forma superveniente corresponde à sentença do trabalho, da qual foi elaborado novo perfil profissiográfico previdenciário do trabalhador segurado, tendo sido oportunizado contraditório no juízo próprio. 3. Conforme asseverado na decisão ora agravada, o acórdão proferido pelo Tribunal a quo reconheceu como tempo especial o período de 5/3/1997 a 18/11/2003, mesmo tendo o Perfil Profissiográfico Previdenciário consignado que os níveis de ruído a que o segurado estava submetido eram inferiores a 90dB. 4. O STJ tem jurisprudência consolidada de que o Decreto 4.882/2003 não pode retroagir, por isso foi retirado da contagem do tempo especial do trabalhador o período de 5/3/1997 a 18/11/2003, para fins de aposentadoria especial. Observância do REsp 1.401.619/RS. 5. A Justiça do Trabalho promoveu perícia técnica de engenharia do trabalho que concluiu que o real nível de exposição do autor não era de 86dB, mas de 94,99dB. Por isso, a discussão acerca da irretroatividade do Decreto 4.882/2003 se tornou inócua. O novo perfil profissiográfico, juntado aos autos de modo superveniente, deverá ser observado de forma plena no presente caso, a fim de permitir o reconhecimento do tempo de serviço especial e a consequente concessão de aposentadoria especial. 6. O fato superveniente contido no artigo 462 do CPC deve ser considerado no momento do julgamento a fim de evitar decisões contraditórias e prestigiar os princípios da economia processual e da segurança jurídica. 7. Agravo regimental não provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.296.267 - RS (2011/0295088-5) RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO RECORRENTE : DALCI INÁCIO MUNCHEN ADVOGADO : DÉCIO LUIZ FRANZEN E OUTRO(S) RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF EMENTA PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. IMPLEMENTAÇÃO DA CARÊNCIA APÓS O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. FATO SUPERVENIENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1.

> O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado de que não constitui julgamento extra ou ultra petita a decisão que, verificando a inobservância dos pressupostos para concessão do benefício pleiteado na inicial, concede benefício diverso por entender preenchidos seus requisitos. 2. O art. 687 e 690 da Instrução Normativa INSS/PRES 77, de 21 de janeiro de 2015, que repete as já consagradas proteções ao segurado dispostas em Instruções Normativas anteriores, dispõe que, se o postulante de uma prestação previdenciária preenche os requisitos legais somente após o pedido, o ente autárquico reconhece esse fato superveniente para fins de concessão do benefício, fixando a DIB para o momento do adimplemento dos requisitos legais. 3. Essa mesma medida deve ser adotada no âmbito do processo judicial, nos termos do art. 462 do CPC, segundo o qual a constatação de fato superveniente que possa influir na solução do litígio deve ser considerada pelo Tribunal competente para o julgamento, sendo certo que a regra processual não se limita ao Juízo de primeiro grau, porquanto a tutela jurisdicional, em qualquer grau de jurisdição, deve solucionar a lide na forma como se apresenta no momento do julgamento. 4. As razões dessa proteção se devem ao fato de que os segurados não têm conhecimento do complexo normativo previdenciário, sendo certo que a contagem do tempo de serviço demanda cálculo de difícil compreensão até mesmo para os operadores da área. Além disso, não é razoável impor aos segurados, normalmente em idade avançada, que intentem novo pedido administrativo ou judicial, máxime quando o seu direito já foi adquirido e incorporado ao seu patrimônio jurídico. 5. Diante dessas disposições normativas e dos princípios da economia e da celeridade processual, bem como do caráter social das normas que regulamentam os benefícios previdenciários, não há óbice ao deferimento do benefício, mesmo que preenchidos os requisitos após o ajuizamento da ação. 6. Recurso Especial provido para julgar procedente o pedido de concessão de aposentadoria a partir de agosto de 2006.

DA DEFINIÇÃO DOS HONORÁRIOS E CUSTAS SUCUMBENCIAIS NOS CASOS DE APLICAÇÃO DA REAFIRMAÇÃO DA DER

Visando auxiliar em questão fundamental acerca da aplicação da reafirmação da DER na instância judicial o IBDP propõe algumas sugestões com relação a condenação nas verbas sucumbenciais e honorários advocatícios no caso de aplicação do instituto. O princípio que entendemos deva ser observado no caso é o da proporcionalidade, com base naquilo que restou acertado com a resolução do processo.

Tendo sido a demanda julgada procedente, com o reconhecimento do fato superveniente de que não deu causa o INSS, não há que se falar em condenação da autarquia nos honorários de sucumbência ou custas judiciais. Se, do contrário, o reconhecimento da reafirmação da DER não afasta por completo a culpa do INSS com a provocação do Poder Judiciário, devem as verbas sucumbenciais serem sopesadas pelo Juízo levando tais fatos em consideração, inclusive quanto a eventual possibilidade de condenação proporcional da autarquia.

Decidindo favoravelmente a tese da reafirmação da DER faz-se necessário definir qual deverá ser o procedimento com relação aos honorários advocatícios e as custas judiciais. Isto porque, evidentemente, no caso da aplicação da tese, saindo o segurado vencedor, tem-se que admitir que esta vitória se deu em razão de fato superveniente, surgido após o ajuizamento da demanda, ou então após a DER.

Assim, não há como defender a condenação na autarquia nas custas e honorários advocatícios como se tivesse sido totalmente sucumbente. Às vezes, inclusive, a decisão administrativa indeferitória poderá será reconhecida como correta, ou parcialmente correta, inclusive, sendo concedido o benefício em razão de fatos novos surgidos no mundo do direito após a conclusão do processo administrativo.

Outras situações, todavia, também podem acontecer: em muitos casos a improcedência da ação judicial não se dará unicamente pelo erro administrativo, mas sim pela alteração dos posicionamentos jurisprudenciais sobre o tema ou pelo advento de uma regra nova.

Nesse caso, o INSS deu caso sim ao ajuizamento da ação judicial e a improcedência da ação se deu por fatores alheios ao INSS. Ainda, outras serão as situações em que no decorrer do processo houver direito melhor do que aquele postulado junto ao INSS. Por tudo isso pode ser verificado que o arbitramento dos honorários de sucumbência e das custas processuais deverão ser sopesadas caso a caso.

Logicamente que, uma vez reconhecido no presente Tema o direito a reafirmação da DER e, sendo intimada a autarquia quanto a pedido do segurado para reafirmação, esta se opor ao pleito, deverá ser levado em consideração a contrariedade do órgão previdenciário no momento da modulação das verbas sucumbenciais.

DA DESNECESSIDADE DE EXPRESSO REQUERIMENTO NA PETIÇÃO INICIAL DA REAFIRMAÇÃO DA DER

O reconhecimento do direito a reafirmação da DER pode ser efetivado de ofício pelo magistrado ou através de requerimento da parte interessada. Este requerimento pode se dar na petição inicial ou em qualquer outro momento processual, até mesmo após a prolação do acordão, via embargos de declaração. Esta é a sugestão trazida pelo IBDP.

Considerando que o objetivo da reafirmação da DER é resolver o processo, promovendo efetividade, eficiência, e economia processual não deve ser deixado de efetivar a reafirmação da DER sob o argumento de que a parte não postulou. Obviamente que se postulado o direito será melhor concretizado, e assim deve-se buscar o direito.

DA DEFINIÇÃO DA DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO NOS CASOS DE REAFIRMAÇÃO DA DER

No que tange a data de início do benefício deve sempre ser definida no momento do nascimento do direito. Esta é a sugestão do IBDP. Assim, Nos casos de postulação da reafirmação, a data de início do benefício deve sempre ser definida no momento do nascimento do direito.

A reafirmação da Der deve ser acolhida pela jurisprudência, pois promove a efetividade e a econômica processual. Isto porque ao deixar de reconhecer o direito ao benefício computando-se o tempo de contribuição após a DER forçara um novo requerimento administrativo, o qual, não raras vezes acabará indeferido, fomentando o ajuizamento de nova ação judicial.

Com base nesse raciocínio é possível constatar que o não acolhimento da reafirmação da der somente contribuirá para o aumento dos custos operacionais do INSS e do Poder Judiciário.

Caso existisse uma estruturação administrativa efetiva, certamente mostraria viável a desconsideração do tempo posterior a DER, para que os segurados buscassem o benefício na via administrativa. Ocorre que perante a realidade Brasileira, o não acolhimento da reafirmação da DER instrumentalizará o ajuizamento de novas ações perante o Poder Judiciário, colaborando para a judicialização de novas demandas.

A reafirmação da DER não onera a administração, seja o Poder Judiciário seja o INSS e sua procuradoria. Pelo contrário, o não acolhimento da tese é que onerará as partes. O INSS terá todo custo operacional de processar um novo requerimento administrativo. A procuradoria Federal terá que destacar novos procuradores para promover a defesa do INSS em juízo, na nova ação judicial que será iniciada após o indeferimento administrativo

no novo pedido. E o Poder Judiciário será molestado a trabalhar em uma nova ação judicial.

A reafirmação da DER deve ser acolhida pela jurisprudência pois promove a efetividade. Isto porque ao reconhecer o direito do segurado promoverá a primazia do acertamento da relação envolvida, alcançando o benefício de cunho fundamental do ponto de vista constitucional a uma pessoa necessitada.

O benefício previdenciário possui status constitucional, e configura-se em direito fundamental, conforme previsão do artigo 6º da CF/88. Em razão de sua fundamentalidade possui intima relação com a dignidade humana e como tal necessita de um olhar diferenciado no processo.

Considerando que a reafirmação da DER surge no âmbito do processo previdenciário judicial não apenas como o viés da efetividade, mas também da economia de recursos e da eficiência, não gerando nenhum ônus para a administração, tampouco de honorários advocatícios ou custas judiciais, não há porque limitar o exercício do direito a reafirmação da DER no processo, que deverá seguir balizas a serem definidas pelo STJ, as quais deverão ser construídas com o apoio das partes e das entidades que participarem do processo na condição de amicus curiae.

Ex positis, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP requer pelos motivos já expostos nessa petição que seja uniformizada a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser admitida O DIREITO DA REAFIRMAÇÃO DA DER, nos termos referidos no presente petitório.

Nesses Termos,

Pede deferimento.

Porto Alegre, 26 de novembro de 2018.

GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN - OAB/RS 18.200

ALEXANDRE SCHUMACHER TRICHES - OAB/RS 65.635

2.7.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO – 23/10/2019

EMENTA PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. REAFIRMAÇÃO DA DER (DATA DE ENTRADA DO REQUERIMENTO). CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O comando do artigo 493 do

CPC/2015 autoriza a compreensão de que a autoridade judicial deve resolver a lide conforme o estado em que ela se encontra. Consiste em um dever do julgador considerar o fato superveniente que interfira na relação jurídica e que contenha um liame com a causa de pedir. 2. O fato superveniente a ser considerado pelo julgador deve guardar pertinência com a causa de pedir e pedido constantes na petição inicial, não servindo de fundamento para alterar os limites da demanda fixados após a estabilização da relação jurídico-processual. 3. A reafirmação da DER (data de entrada do requerimento administrativo), objeto do presente recurso, é um fenômeno típico do direito previdenciário e também do direito processual civil previdenciário. Ocorre quando se reconhece o benefício por fato superveniente ao requerimento, fixando-se a data de início do benefício para o momento do adimplemento dos requisitos legais do benefício previdenciário. 4. Tese representativa da controvérsia fixada nos seguintes termos: É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir. 5. No tocante aos honorários de advogado sucumbenciais, descabe sua fixação, quando o INSS reconhecer a procedência do pedido à luz do fato novo. 6. Recurso especial conhecido e provido, para anular o acórdão proferido em embargos de declaração, determinando ao Tribunal a quo um novo julgamento do recurso, admitindo-se a reafirmação da DER. Julgamento submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Seção, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES – Relator

2.7.5. EMBARGOS – 09/12/2019

Exmo(a). Sr(a). Dr(a). Ministro(a) Relator(a) MAURO CAMPBELL MARQUES da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.727.064 - SP (2018/0046514-2)

APARICIO RODRIGUES DE OLIVEIRA, nos autos do Recurso Especial em epígrafe, no qual é parte contrária o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, em curso por esse R. Tribunal, vêm, interpor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, à Decisão proferida.

A decisão ora embargada quanto ao termo inicial do benefício de aposentadoria especial e dos atrasados assim decidiu:

> “DOS VALORES RETROATIVOS Quanto aos valores retroativos, não se pode considerar razoável o pagamento de parcelas pretéritas, pois o direito é reconhecido no curso do processo, após o ajuizamento da ação, devendo ser fixado o termo inicial do benefício pela decisão que reconhecer o direito, na data em que preenchidos os requisitos para concessão do benefício, em diante, sem pagamento de valores pretéritos.”

Ocorre que a decisão proferida encontrasse obscura e contraditória.

Vejamos.

1 – A contradição e obscuridade consiste no fato de o INSS no âmbito administrativo reconhece o direito à reafirmação a contar de quando foram preenchidos os requisitos para a aposentação, e consequentemente com o respectivo pagamento dos atrasados.

No entanto, a decisão ora embargada é confusa dando a entender que o direito ao benefício de aposentadoria especial deve ser fixado pela decisão que reconhecer o direito a reafirmação.

Assim, requer seja esclarecido se o termo inicial do benefício de aposentadoria especial e dos respectivos atrasados são devidos a contar da data em que foram preenchidos os requisitos para a aposentação ou a partir da data que reconhecer o direito a reafirmação.

2 – Destacando-se que a decisão proferida pelo Tribunal de Origem reconheceu o direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição a contar da data da citação, à qual ocorreu em 19/12/2011.

Vejamos:

> "Em razão da comprovação da especialidade somente ser possível nestes autos, mormente em razão da juntada de documentos posteriores ao requerimento administrativo, o termo inicial da aposentadoria deve ser fixado na data da citação, momento em que a autarquia teve ciência da pretensão e a ela pôde resistir."

Logo a aposentadoria especial deve ser concedida desde a data da citação em 19/12/2011.

Por outro lado, ACASO seja mantida a decisão para fixar o termo inicial do benefício de aposentadoria especial APENAS a contar da decisão que reconhecer o direito a reafirmação, a parte Autora DESISTE do Recurso Especial, requerendo consequentemente a manutenção da decisão proferida pelo Tribunal de Origem (TRF3), à qual reconheceu o direito a concessão do benefício de aposentadoria especial desde a data da citação ocorrida em 19/12/2011.

Nestes termos, P. Deferimento

Santos, 09 de dezembro de 2019

Luiz Claudio Jardim Fonseca – OAB/SP 215.263

2.7.6. EMBARGOS - 06/01/2020

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MAURO CAMPELL MARQUES, RELATOR DA 1ª SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial nº: 1.727.069 – SP (2018/0046520-6)

Embargante: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Embargado: FATIMA APARECIDA NUVOLI DE OLIVEIRA

O **INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS**, Autarquia Federal, já qualificada nos autos em epígrafe, vem, pelo Procurador Federal que abaixo subscreve, mandato *ex vi legis,* opor **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, com fundamento no art. 1.022 e seguintes do Código de Processo Civil**, com base nas razões a seguir expostas:

Trata-se de Acórdão, editado sob a sistemática de julgamento dos recursos repetitivos, que proveu Recurso Especial interposto pela embargada contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que inadmitira a possibilidade de reafirmação judicial da DER (Data de Entrada do Requerimento).

Ao desprover o Recurso Especial, o veredito amparou-se nas seguintes causas: (i) o artigo 493 do CPC/2015 autoriza a compreensão de que a autoridade judicial deve resolver a lide no estado em que se encontra; (ii) o fato superveniente a ser considerado constantes na petição inicial, revelando-se descabida a ampliação dos limites da demanda após a sua estabilização; (iii) é possível a reafirmação judicial da DER – Data de Entrada do Requerimento – para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, ainda que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos do artigos 493 e 933 do CPC/2015, desde que observada a causa de pedir; (iv) é inaceitável o arbitramento de honorários advocatícios quando o INSS reconhecer a procedência do pedido à luz do fato novo.

Todavia, para que o INSS dê efetivo cumprimento à determinação da Corte da Cidadania, torna-se necessário que sejam esclarecidos os seguintes pontos: (a) se, na hipótese de reafirmação judicial da DER, incidem juros de mora; (b) qual o marco da deflagração da mora do INSS no caso de implemento dos requisitos para a concessão do benefício ocorrer anteriormente ao ajuizamento da ação judicial; e (c) se há necessidade de pedido expresso de reafirmação da DER na petição inicial.

Neste contexto, o INSS opõe os presentes embargos declaratórios com a finalidade de sanar as referidas omissões e contradições e de prequestionar a

matéria constitucional, viabilizando-se a interposição do competente Recurso Extraordinário.

OMISSÃO. (NÃO) INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA

O acórdão embargado concluiu pela juridicidade da reafirmação judicial da DER.

Contudo, não consta do venerando julgamento pronunciamento expresso acerca da (não) incidência dos juros de mora na eventualidade da aludida reafirmação judicial da DER. Para a correta liquidação de sentença pelas instâncias ordinárias, é mister que este ponto fique bem elucidado.

A este respeito, é preciso destacar que a tese da Reafirmação Judicial da DER apenas pode ser recepcionada em se reconhecendo a legitimidade do primeiro ato administrativo do INSS. Vale dizer, a parte questiona judicialmente o ato administrativo de indeferimento do pedido de concessão do benefício previdenciário. Na imensa maioria das vezes, o Poder Judiciário reconhece a validade do ato administrativo, tendo em vista as sentenças de improcedência dos pedidos. Todavia, deflagrado o processo judicial e tendo em vista o seu tempo de duração, os requisitos se implementam durante o *iter* procedimental.

Neste contexto, considerando-se que, quando é cabível a reafirmação judicial da DER, houve acerto administrativo do INSS em indeferir o benefício, **não há mora da autarquia que justifique a condenação em juros de mora**, devendo o valor da condenação em atrasados apenas sofrerem a atualização monetária pelo índice oficial.

Por estas razões, o INSS pede que seja integrado o acórdão embargado para o fim de se deixar explícita a não incidência dos juros de mora nos casos de reafirmação judicial da DER.

A QUESTÃO DA MORA NOS CASOS DE IMPLEMENTO DOS REQUISITOS ENTRE O INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO E O AJUIZAMENTO DA AÇÃO JUDICIAL

Outro ponto de sobeja relevância consiste na demarcação do início da concessão do benefício nas circunstâncias da formação do direito entre o dia da negativa administrativa pelo INSS e o ajuizamento da ação judicial.

Compreende-se que nesses casos, salvo melhor juízo, a data de início do benefício deve ser a data da citação, na medida em que este constitui o ato que induz em mora o devedor.

Nesse cenário, a autarquia previdenciária roga que seja claramente consignado no acórdão que, na hipótese do correto indeferimento administrativo do benefício e **formação do direito em data entre o dia do indeferimento pelo INSS e antes do ajuizamento da ação judicial**, a **data de início do benefício** deve ser a **data de citação**.

OMISSÃO. IMPRESCINDIBILIDADE DE REQUERIMENTO FORMAL NA PETIÇÃO INICIAL

O respeitável acórdão embargado não se debruçou sobre a necessidade de a reafirmação judicial da DER demandar a formulação de requerimento expresso na petição inicial.

Este ponto também assume especial realce, dado que o julgamento, realizado sob a sistemática dos recursos repetitivos, teve força normativa. Deste modo, é preciso que a tese se ajuste inteiramente ao ordenamento jurídico-processual.

Tendo isso presente, sobreleva notar que, nas hipóteses nas quais sequer existe pedido expresso na petição inicial para a aplicação da tese da reafirmação da DER, esta ratificação não pode ser admitida, sob pena de flagrante quebra do **Princípio Dispositivo (artigo 2º do CPC)** e da **Regra da Congruência (artigo 141 do NCPC)**.

Pede-se, consequentemente, a incorporação do julgado, de maneira a se enunciar que, para ratificar-se judicialmente a DER, é necessário o requerimento expresso na petição inicial.

PREQUESTIONAMENTO. ARTIGO 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO, COM REPERCUSSÃO GERAL, 631.240/MG

Na mesma senda, solicita-se a expressa manifestação, para fins de prequestionamento, do douto Tribunal da Cidadania quanto ao artigo 5º, XXXV, da CRFB.

Deveras, com as devidas vênias, ao deliberar pela possibilidade de reafirmação judicial da DER, o venerável acórdão culminou em desatendimento à interpretação dada ao artigo 5º, XXXV, da Constituição, pelo E. STF.

Com efeito, compete ao Poder Judiciário controlar a legalidade dos atos comissivos e omissivos da Administração Pública, excluída a margem discricionária, nos atos não vinculados, em que existe conveniência e oportunidade na valoração do melhor caminho e momento da prática do ato administrativo.

Logo, a partir do momento em o Poder Judiciário chancela que os beneficiários da previdência social passem a buscar a reafirmação da DER por meio de requerimentos prévios e diretos aos órgãos do sistema de Justiça, de mero controlador de legitimidade dos atos administrativos, os juízes passam a exercer diretamente a função administrativa, o que não se coaduna com o Princípio da Separação dos Poderes.

Demais disto, esta conjuntura eleva, sobremaneira, o número de ações judiciais descabidas. **Frise-se que é suficiente novo requerimento administrativo após a formação do direito**.

Realmente, o caráter substitutivo da jurisdição apenas deverá se operar quando houver litígio, ou seja, **pretensão** dos beneficiários do RGPS **resistida** pelo INSS, de forma que os atos da Administração Pública sejam validados ou revistos pelo Poder Judiciário.

De acordo com o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Com propriedade, no ordenamento jurídico brasileiro, apenas o Poder Judiciário detém a legitimidade para exercer a jurisdição, dizendo o direito e compondo os litígios, mas que deve ser provocada pelo exercício do direito de ação (Princípio da Inércia da Jurisdição).

Entretanto, em regra, quando o beneficiário da previdência social move ação judicial contra o INSS, questionando o ato de indeferimento efetuado pela autarquia federal, e o juiz chega à conclusão de que o INSS agiu corretamente, descabe ao Poder Judiciário inserir fato novo na demanda (tempo de contribuição prestado após o indeferimento administrativo) sobre o qual a Administração Pública não se manifestara, **porque o beneficiário da previdência social não renovou o requerimento administrativo antes de tentar a sorte judicialmente**.

Logo, sem provocar novamente a autarquia previdenciária, inexiste lesão ou ameaça de lesão ao suposto direito subjetivo do proponente. **Em suma, não há lide**.

Calha assinalar que incumbe ao autor da ação demonstrar concretamente a existência do direito violado ou, ao menos, ameaça concreta de violação mediante conduta comissiva ou omissiva do réu, sob pena de inexistir uma demanda a ser apreciada pelo Poder Judiciário.

Em contrapartida, em havendo novo requerimento administrativo posteriormente, após a formação do direito com novel tempo de contribuição, no âmbito administrativo o segurado terá a chance de receber *in totum* os valores do seu benefício, sendo comum e muitas vezes necessária a contratação de advogados para a propositura e o acompanhamento das ações judiciais, com contratos de honorários em que parte das parcelas em atraso são dedicadas aos causídicos.

Nesse quadro, a admissão da tese da reafirmação judicial da DER oblitera a decisão em repercussão geral tomada pelo STF no julgamento do RE N. 631.240-MG, relatado pelo Ministro Roberto Barroso:

> Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR. 1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo. 2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas. 3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado. 4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão(...).

Sobre a imprescindibilidade de prévios requerimento e decisão administrativa, para ulterior controle do ato pelo Poder Judiciário, asseverou o eminente Relator:

> Assim, se a concessão de um direito depende de requerimento, não se pode falar em lesão ou ameaça a tal direito antes mesmo da formulação do pedido administrativo. O prévio requerimento de concessão, assim, é pressuposto para que se possa acionar legitimamente o Poder Judiciário. Eventual lesão a direito decorrerá, por exemplo, da efetiva análise e indeferimento total ou parcial do pedido, ou, ainda, da excessiva demora em sua apreciação (isto é, quando excedido o prazo de 45 dias previsto no art. 41-A, § 5º, da Lei nº 8.213/1991)(...).
>
> Esta é a interpretação mais adequada ao princípio da separação de Poderes. Permitir que o Judiciário conheça originariamente de pedidos cujo acolhimento, por lei, depende de requerimento à Administração significa transformar o juiz em administrador, ou a Justiça em guichê de atendimento do INSS, expressão que já se tornou corrente na matéria. O Judiciário não tem, e nem deve ter, a estrutura necessária para atender às pretensões que, de ordinário, devem ser primeiramente formuladas junto à Administração. O juiz deve estar pronto, isto sim, para responder a alegações de lesão ou ameaça a direito. Mas, se o reconhecimento do direito depende de requerimento, não há lesão ou ameaça possível antes da formulação do pedido administrativo. Assim, não há *necessidade* de acionar o Judiciário antes desta medida. Daí porque não cabe comparar a situação em exame com as previstas nos arts. 114, § 2º, e 217, § 1º, da CRFB/1988, que instituem condições *especiais* da ação, a fim de extrair um irrestrito acesso ao Judiciário fora destas hipóteses.

Daí resulta que, salvo no caso de tese notoriamente rejeitada pelo INSS, na hipótese de legítimo indeferimento de benefício na via administrativa pela autarquia com ulterior formação de direito em razão do cômputo de novel tempo de contribuição prestado após o indeferimento administrativo, curial o oferecimento de novo requerimento administrativo para permitir que o órgão de previdência possa reapreciar o pedido à luz de novos fatos não existentes à época da primeira provocação, sob pena de extinção da ação judicial sem a apreciação do mérito por carência de **interesse-necessidade de agir**. Destarte, nesta

situação deve ser afastada regra do artigo 493 do CPC, por ausência de interesse de agir.

É preciso esclarecer, por absolutamente significativo, que a questão da reafirmação judicial da DER foi decidida pela Suprema Corte no julgamento dos Embargos de Declaração do aludido RE 631.240/MG – Repercussão Geral. Na oportunidade, definiu-se que, ocorrendo fatos novos, a questão deve, primordialmente, ser submetida **administrativamente** à autarquia previdenciária em regular processo administrativo. Veja-se, a propósito, o que asseverou o Eminente Relator, Ministro Luís Roberto Barroso:

> Sobre a eventual diversidade de documentos juntados em processo administrativo e judicial, a regra geral é a que consta do voto condutor do acórdão embargado: será necessário prévio requerimento administrativo se o documento ausente no processo administrativo referir-se a matéria de fato que não tenha sido levada ao conhecimento da Administração.

Evidentemente, o ambiente adequado para a decisão administrativa acerca do requerimento de concessão de benefício previdenciário é o Processo Administrativo. Em um segundo momento, a conclusão obtida nos autos governamentais pode eventualmente ser enviada ao Poder Judiciário para controle do ato. Mas, à luz da compreensão do E. STF, o pedido não pode, de modo algum, ser destinado primitivamente ao Poder Judiciário.

Neste contexto, desponta clara a contradição do acórdão com a mencionada norma constitucional, de maneira que o INSS roga pela devida correção e prequestionamento.

PREQUESTIONAMENTO. ARTIGOS 108 E 109, CRFB. VIOLAÇÃO ÀS REGRAS CONSTITUCIONAIS DE COMPETÊNCIA

O digno acórdão pronunciou que a DER pode ser judicialmente reafirmada pelas **instâncias ordinárias**, permitindo crer que a análise da documentação pode ser feita diretamente pelo Tribunal Regional Federal sem, antes, todavia, passar pelo crivo do juízo federal da origem.

Contudo, tem-se que, salvo melhor juízo, a reafirmação judicial da DER, se o caso, apenas pode ser tolerada até a prolação de sentença pelo juízo federal de 1º Grau, sob pena de supressão de instância e inovação recursal. Mais gravemente, patenteia-se ofensa às regras de competência dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais, dispostas nos artigos 108 e 109 da Constituição da República Federativa do Brasil. Estes comandos constitucionais estão grafados nestes termos:

> Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:
> I - processar e julgar, originariamente:
> a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;
> b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;
> c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;
> d) os habeas corpus, quando a autoridade coatora for juiz federal;
> e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;
> II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.
> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
> I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;
> II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;
> III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;
> IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;
> V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V-A as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)
VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;
VII - os *habeas corpus* , em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;
VIII - os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;
IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;
X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;
XI - a disputa sobre direitos indígenas.
§ 1º As causas em que a União for autora serão aforadas na seção judiciária onde tiver domicílio a outra parte.
§ 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.
§ 3º Lei poderá autorizar que as causas de competência da Justiça Federal em que forem parte instituição de previdência social e segurado possam ser processadas e julgadas na justiça estadual quando a comarca do domicílio do segurado não for sede de vara federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)
§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau.
§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador- Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Com efeito, a autorização para que Corte Regional examine fatos e provas ainda não apreciados pelo juízo federal da origem denota violação às

supracitadas regras constitucionais de competência, que delineiam, com precisão, a alçada originária e a recursal dos Tribunais Regionais e a jurisdição originária da Justiça Federal.

Veja-se, o Tribunal Regional Federal que, antes do juízo federal competente, pondera e considera novos fatos e provas, subtrai o domínio constitucional da Justiça Federal, a quem concerne “processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho”.

Retirar da Justiça Federal a possibilidade de decidir inicialmente os temas que lhe impende é inconstitucional, pelo que a possibilidade de reafirmação judicial da DER deve ser confinada à prolação de sentença pelo juízo federal competente.

Frise-se que o desacatamento aos indicados dispositivos constitucionais apenas ocorreu com a prolação do acórdão embargado, razão pela qual os presentes declaratórios servem para prequestionar a matéria apropriadamente.

PEDIDOS

Diante do exposto, requer o INSS que:

 Sejam acolhidos os embargos de declaração, para que a Douta 1ª Seção esclareça: (a) que, na hipótese de reafirmação judicial da DER, não incidem juros de mora; (b) que o marco da deflagração da mora do INSS no caso de implemento dos requisitos para a concessão do benefício ocorrer anteriormente ao ajuizamento da ação judicial deve ser a data da citação; e (c) que há necessidade de pedido expresso de reafirmação da DER na petição inicial.

 Sejam acolhidos os embargos de declaração, para suprir as apontadas omissões e contradições, de forma que a douta 1ª Seção se manifeste sobre os dispositivos suscitados: 5º, XXXV; 108 e 109, todos da CF;

 A interrupção do prazo para a interposição de eventuais recursos nos termos do art. 1.026, caput, do CPC.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília, 6 de janeiro de 2020.

RODRIGO CANTUÁRIA SALIM FEITOZA - PROCURADOR FEDERAL

2.7.7. EMBARGOS – 21/05/2020

Exmo(a). Sr(a). Dr(a). Ministro(a) Relator(a) MAURO CAMPBELL MARQUES da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.727.064 - SP (2018/0046514-2)

APARICIO RODRIGUES DE OLIVEIRA, nos autos do Recurso Especial em epígrafe, no qual é parte contrária o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, em curso por esse R. Tribunal, vêm, interpor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, à Decisão proferida. Informa que no "e-STJ Fl.718/720", protocolou embargos de declaração, os quais não foram apreciados pela decisão ora embargada, à qual somente apreciou os embargos de declaração do INSS.

Assim, reitera os embargos de declaração, constante no "e-STJ Fl.718/720".

Aquela decisão anteriormente embargada quanto ao termo inicial do benefício de aposentadoria especial e dos atrasados assim decidiu:

> "DOS VALORES RETROATIVOS
> Quanto aos valores retroativos, não se pode considerar razoável o pagamento de parcelas pretéritas, pois o direito é reconhecido no curso do processo, após o ajuizamento da ação, devendo ser fixado o termo inicial do benefício pela decisão que reconhecer o direito, na data em que preenchidos os requisitos para concessão do benefício, em diante, sem pagamento de valores pretéritos."

Ocorre que a decisão proferida encontra-se obscura e contraditória.

Vejamos.

1 – A contradição e obscuridade consiste no fato de o INSS no âmbito administrativo reconhece o direito à reafirmação a contar de quando foram

preenchidos os requisitos para a aposentação, e consequentemente com o respectivo pagamento dos atrasados.

No entanto, a decisão ora embargada é confusa dando a entender que o direito ao benefício de aposentadoria especial deve ser fixado pela decisão que

reconhecer o direito a reafirmação.

Assim, requer seja esclarecido se o termo inicial do benefício de aposentadoria especial e dos respectivos atrasados são devidos a contar da data em que foram preenchidos os requisitos para a aposentação ou a partir da data que reconhecer o direito a reafirmação.

2 – Destacando-se que a decisão proferida pelo Tribunal de Origem reconheceu o direito ao benefício de aposentadoria por tempo de contribuição a contar da data da citação, à qual ocorreu em 19/12/2011.

Vejamos:

> “Em razão da comprovação da especialidade somente ser possível nestes autos, mormente em razão da juntada de documentos posteriores ao requerimento administrativo, o termo inicial da aposentadoria deve ser fixado na data da citação, momento em que a autarquia teve ciência da pretensão e a ela pôde resistir.”

Logo a aposentadoria especial deve ser concedida desde a data da citação em 19/12/2011.

Por outro lado, ACASO seja mantida a decisão para fixar o termo inicial do benefício de aposentadoria especial APENAS a contar da decisão que reconhecer o direito a reafirmação, a parte Autora DESISTE do Recurso Especial, requerendo consequentemente a manutenção da decisão proferida pelo Tribunal de Origem (TRF3), à qual reconheceu o direito a concessão do benefício de aposentadoria especial desde a data da citação ocorrida em 19/12/2011.

Nestes termos,

P. Deferimento.

Santos, 21 de maio de 2020.

LUIZ CLAUDIO JARDIM FONSECA - OAB/SP n.º 215.263

2.7.8. EMBARGOS – 27/05/2020

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES RELATOR DO RECURSOS ESPECIAIS nº 1.727.063, 1.727.064 e 1.727.069 DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO, por seu procurador, na condição de *amicus curiae*, nos termos do artigo 138, do Código de Processo Civil, vem à presença de Vossa Excelência apresentar EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, na forma que abaixo segue:

DA LEGITIMIDADE DO IBDP PARA PROPOR OS PRESENTES EMBARGOS DE DECLARACAO.

O Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP-, já devidamente admitido no processo como “amigo da corte“, vem à presença do Juízo requerer a apreciação e a consequente decisão acerca da presente petição de embargos de declaração.

Prevê o artigo 138 do CPC:

> Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.
> § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º. (...)

O IBDP entende fundamental a apreciação do presente pedido, vez que a decisão prolatada pelo Eminente Relator, após a interposição dos embargos declaratórios do INSS, encontra-se eivada de OBSCURIDADE quanto a

específico aspecto da matéria tratada no processo, bem como de CONTRADIÇÃO com relação a decisão do julgamento do Recurso Especial.

Considerando a relevância social do presente tema, o qual perpassa milhares de processos em todo o território nacional, nos quais se aguarda uma definição dos contornos acerca da possibilidade de valoração do fato superveniente nas ações previdenciárias, bem como ante o fato de que a matéria posta dialoga com princípios fundamentais do mais alto grau axiológico junto ao ordenamento jurídico – como a economia processual e a efetividade do direito -, é de fundamental importância que não persistam dúvidas com relação ao entendimento desta Corte para com a TESE a ser definida no processo.

Com base nessa premissa o IBDP postula sejam recebidos os presentes embargos de declaração e objetiva que através deles seja possível a este Juízo aclarar as questões que serão abaixo tratadas.

DA OBSCURIDADE DA DECISÃO EMBARGADA.

O INSS postulou, em sede de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO opostos contra a decisão do Recurso Especial, a correção de alegada omissão no que tange à incidência dos juros de mora, a necessidade de pedido expresso de reafirmação da DER, ao termo inicial do benefício oriundo da DER reafirmada e a contradição em relação à repercussão geral no RE 631.240/MG.

Por fim postulou a autarquia, também, o reconhecimento da obscuridade quanto ao momento processual oportuno para se reafirmar a DER.

A decisão do Ministro Relator Dr. MAURO CAMPBELL MARQUES, ante os EMBARGOS protocolados pelo INSS, restou assim ementada:

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. REAFIRMAÇÃO DA DER (DATA DE ENTRADA DO REQUERIMENTO). CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, SEM EFEITO MODIFICATIVO.
> 1. Embargos de declaração opostos pelo INSS, em que aponta obscuridade e contradição quanto ao termo inicial do benefício reconhecido após reafirmada a data de entrada do requerimento.

2. É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir.
3. Conforme delimitado no acórdão embargado, quanto aos valores retroativos, não se pode considerar razoável o pagamento de parcelas pretéritas, pois o direito é reconhecido no curso do processo, após o ajuizamento da ação, devendo ser fixado o termo inicial do benefício pela decisão que reconhecer o direito, na data em que preenchidos os requisitos para concessão do benefício, em diante, sem pagamento de valores pretéritos.
4. O prévio requerimento administrativo já foi tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal, julgamento do RE 641.240/MG. Assim, mister o prévio requerimento administrativo, para posterior ajuizamento da ação, nas hipóteses ali delimitadas, o que não corresponde à tese sustentada de que a reafirmação da DER implica na burla do novel requerimento.
5. Quanto à mora, é sabido que a execução contra o INSS possui dois tipos de obrigações: a primeira consiste na implantação do benefício, a segunda, no pagamento de parcelas vencidas a serem liquidadas e quitadas pela via do precatório ou do RPV. No caso de o INSS não efetivar a implantação do benefício, primeira obrigação oriunda de sua condenação, no prazo razoável de até quarenta e cinco dias, surgirão, a partir daí, parcelas vencidas oriundas de sua mora. Nessa hipótese deve haver a fixação dos juros, embutidos no requisitório de pequeno valor.
6. Quanto à obscuridade apontada, referente ao momento processual oportuno para se reafirmar a DER, afirma-se que o julgamento do recurso de apelação pode ser convertido em diligência para o fim de produção da prova.
7. Embargos de declaração acolhidos, sem efeito modificativo.

O ponto central dos presentes embargos de declaração, protocolados pelo IBDP, diz respeito ao termo inicial do benefício nos casos em que for reconhecido o fato superveniente nas ações previdenciárias, bem como os efeitos financeiros deste reconhecimento. Portanto, nas demais questões, decidas por este Juízo, e que foram objeto dos embargos de declaração opostos pelo INSS, nada tem o IBDP, neste momento, a opor ou referir.

Em sua decisão relativo aos embargos de declaração propostos pela autarquia refere o Ministro Relator (página 4) que (...) *"Caso reconhecido o benefício por intermédio da reafirmação da DER, seu termo inicial corresponderá ao momento em que reconhecido o direito, sem atrasados."(...)*

A única interpretação possível de ser feita do ponto específico da decisão embargada, acima referido, é que literalmente afirmou o julgador ser possível o reconhecimento do direito, supervenientemente ao ajuizamento da ação, sendo que nessas hipóteses o benefício terá seu termo inicial definido no momento em que se der o adimplemento dos requisitos para sua eleição.

Vislumbra-se ainda, no trecho da decisão acima destacada, que os valores retroativos anteriores ao termo inicial do direito reafirmado não serão devidos pela autarquia, entendimento que está de acordo com a regra geral da matéria, a qual prevê que os efeitos financeiros das prestações previdenciárias retroagem a data de início do benefício.

Todo e qualquer benefício concedido terá seu marco jurídico inicial definido pelo órgão concessor (INSS) ou pelo Poder Judiciário. É o que se denomina de data de início do benefício (DIB). Nestes casos, os efeitos financeiros do direito sempre nascerão na DIB, independente do momento em que ela seja definida, pois desde esta data é que nasce para o segurado a condição de ser credor da prestação previdenciária devida pelo INSS.

Acontece que na mesma decisão embargada (página quatro), apenas dois parágrafos abaixo do trecho anteriormente destacado, refere o Ministro Relator que (...) *"no caso da reafirmação da DER o direito é reconhecido no curso do processo, não havendo que se falar em parcelas vencidas anteriormente ao ajuizamento da ação"*.(...)

Neste ponto reside a OBSCURIDADE da decisão ora embargada, justamente no fato de que, num primeiro momento, o Eminente Relator, nas hipóteses de reconhecimento superveniente do direito no curso da ação judicial, entende que o direito das parcelas atrasadas acompanham o termo inicial do benefício. Todavia, numa segunda apreciação, refere que não há que se falar em parcelas vencidas anteriormente ao ajuizamento da ação.

A obscuridade apontada poderá trazer severos prejuízos naquelas hipóteses em que o termo inicial do direito (nascimento do direito ou adimplemento dos requisitos do benefício) restar definido para momento anterior

ao ajuizamento da ação. Nestes casos está impossível de compreender, na decisão embargada, como se dará o direito das parcelas atrasadas, anteriores a distribuição do processo e que pela legislação de regência devem acompanhar a data de início do benefício (DIB).

Apenas para exemplificar, imaginemos a seguinte situação: DER original em janeiro de 2017. Processo administrativo demorou cerca de 1 ano e 6 meses (houve recurso administrativo etc). Data do ajuizamento da ação, janeiro de 2019. Após o julgamento, verificou-se que com tempo reconhecido em juízo o segurado implementou as condições em março de 2017 (apenas dois meses depois da DER original), para quando então foi reafirmada a DER. Nesse caso, se o pagamento das parcelas vencidas ocorrer somente a partir do ajuizamento o segurado, além de ser punido pela demora do processo administrativo, não terá direito de computar o tempo de contribuição posterior a DER reafirmada (e nem as contribuições que poderiam interferir favoravelmente no valor do benefício) e também não receberá as parcelas vencidas. Em suma, o segurado será duplamente punido.

DA CONTRADIÇÃO DA DECISÃO EMBARGADA.

A CONTRADIÇÃO vislumbrada no presente caso, por sua vez, se dá ante o antagonismo entre a decisão embargada e aquela construída no Recurso Especial já julgado pela Corte.

Vejamos a TESE definida no TEMA: *É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir.*

A TESE definida no presente TEMA deixa evidente que o reconhecimento do direito deve se dar no momento em que o segurado comprova preencher os requisitos do benefício postulado, respeitados, obviamente, todas as demais exigências que passam a estruturar a tese, dentre eles a pertinência temática com a causa de pedir da ação judicial.

Sobre a CONTRADIÇÃO, ainda, é possível ir além. No julgamento do Recurso Especial, o Ministro Mauro Campbell Marques, em seu voto, refere (página 18): (...) *que o direito é reconhecido no curso do processo, após o ajuizamento da ação, devendo ser fixado o termo inicial do benefício pela decisão que reconhecer o direito, na data em que preenchidos os requisitos para concessão do benefício, em diante, sem pagamento de valores pretéritos. (...)*

Em momento anterior, ainda no âmago da decisão do RESP, refere o Eminente Relator (página 5): (...) *a reafirmação da DER (data de entrada do requerimento administrativo), objeto do presente recurso, é um fenômeno típico do direito previdenciário e também do direito processual civil previdenciário. Ocorre quando se reconhece o benefício por fato superveniente ao requerimento, fixando-se a data de início do benefício para o momento do adimplemento dos requisitos legais. (...)*

Por fim, afirma que (pagina 17): (...) a *jurisdição previdenciária deve satisfazer o direito de proteção social de modo tão célere quanto possível, fazendo coincidir a cobertura social com o imediato momento em que surge a necessidade e o respectivo direito. Este o alcance de um processo efetivo, justo, de duração razoável. (...)*

Por sua vez a Ministra Assusete Magalhães, em seu voto vogal, refere (página 1): (...) *que a DER deve ser reafirmada para a data de implemento das contribuições necessárias à concessão do benefício, podendo ser consideradas, para tanto, todas aquelas realizadas até o momento da entrega da prestação jurisdicional. (...)*

E, por fim, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho profere voto no Recurso Especial no sentido de que (pagina 4): (...) *da leitura dos citados dispositivos, constata-se que, se o postulante de uma prestação previdenciária preenche os requisitos legais somente após o pedido, o ente autárquico reconhece esse fato superveniente para fins de concessão do benefício, fixando a DIB para o momento do adimplemento dos requisitos legais. (...)*

Diante dos fatos e argumentos acima referidos é possível concluir pela existência de OBSCURIDADE e CONTRADIÇÃO na decisão EMBARGADA.

Na decisão do Recurso Especial e na TESE definida pela primeira seção do STJ ocorre o acolhimento integral da teoria do acertamento. Aliás, o Ministro

Relator, em seu voto, inclusive, cita doutrinadores e obras sobre o tema, no sentido de que se amoldam ao presente caso.

O acertamento, nos casos de reconhecimento superveniente do direito, conforme restou recepcionado na decisão do Recurso especial *(...) ‘‘nada mais significa do que a concessão da prestação, mesmo que em sede de reafirmação, na exata expressão a que a pessoa faz jus e, consequentemente, com efeitos financeiros retroativos ao momento em que ocorre o nascimento do direito.’’ (...)*

Este é o entendimento defendido pelo IBDP desde sua primeira manifestação no processo.

Isso posto, requer o recebimento dos presentes Embargos de Declaração, para fins de aclaramento das questões acima expostas.

Termos em que, Pede deferimento.

Brasília, 27 de maio de 2020.

Alexandre S. Triches - OABRS nº 65.635

Gisele Lemos Kravchinchin - OAB/SC nº 18.200

2.7.9. EMBARGOS – 27/05/2020

EXCELENTÍSSIMO MINISTROS DA PRIMEIRA SEÇAO DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REsp Nº 1.727.063 – SP (Tema 995)

Relator: Ministro Mauro Campbel Marques

ANTÔNIO CARLOS BRESSAM, já qualificada nos autos em epígrafe, vem, respeitosamente à augusta presença de Vossa Excelência, apresentar **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO,** o que faz pelos motivos de fato e de direito articulados nas **razões a seguir expostas**, aguardando o seu regular processamento, eis que tempestivo.

Eminente Senhor Presidente Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Eminente Ministro Relator Senhor **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Eminentes Ministras ASSUSSETE MAGALHÃES e REGINA HELENA COSTA Eminentes Ministros HERMAN BENJAMIN, OG FERNANDES, NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, SÉRGIO KUKINA e GURGEL DE FARIAS,

A fim de evitar que perdure a celeuma sobre a reafirmaa da DER, mesmo com a fixação da tese firmada no v. acórdão proferido no recurso especial em epígrafe, em razão de possíveis interpretações, pede o embargante que esta Egrégia Seção, data máxima vênia, amplie a redação da tese fixada para aclarar alguns pontos **que fizeram parte do julgamento do tema e quanto a eles foram claros**, como: o momento de apresentar as provas dos fatos constitutivos; provas admitidas dentre outros pontos.

Motivo: Restrição de recursos e reclamação com base na "**teoria** da transcendência dos **motivos determinantes**", tendo em vista a oscilação da jurisprudência quanto ao cabimento de reclamação com base nesta teoria.

Finalidade: Evitar interpretações conflitantes pelas Instâncias ordinárias sobre a correta aplicação da tese firmada no v. acórdão, que ora se pede aclaramento, e, consequentemente, reclamações a esse Egrégio Tribunal Superior, com fulcro no **art. 102, I, letra "I" da CF/88** com base na violação ao princípio constitucional da segurança jurídica.

Feito esses esclarecimentos sobre a necessidade e importância da ampliação da tese para nela adicionar excertos dos principais pontos do tema delimitados na sessão realizada em **14/08/2019**, passa a transcrever fragmentos dos motivos determinantes da tese:

Nos termos do **item 4 da Ementa** do v. acórdão a tese representativa de controversa fixou a tese nos seguintes termos:

> "É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir."

Essa tese, todavia, data máxima vênia, é omissa ao que decidido em relação aos **pontos delimitados no representativo de controversa** que

foram objeto de apreciação à exaustão por Vossas Excelências na Sessão de julgamento ocorrida em **23/10/2019.**

Na sessão ocorrida em **14/08/2019** a tese representativa da controversa ficou delimitada nos seguintes termos:

> "A possibilidade de se considerar o tempo de contribuição posterior ao ajuizamento da ação, reafirmando-se a data de entrada do requerimento- DER- para o momento de implementação dos requisitos necessários à concessão de benefício previdenciário: (i) aplicação do artigo 493 do CPC/2015 (artigo 462 do CPC/1973); (ii) delimitação do momento processual oportuno para se requerer a reafirmação da DER, bem assim para apresentar provas ou requerer a sua produção,tornando-se o Tema repetitivo 995."

As teses podem ser resumidas em três indagações:

A **primeira (i)**: É ou não possível a aplicação do artigo 493 do CPC/2015 (artigo 462 do CPC/1973) aos processos previdenciários?

A **segunda: (ii):** Até que momento é possível se requerer a reafirmação da DER?

A **terceira (iii):** Até que momento é possível apresentar provas ou requerer asua produção?

A seguir as respostas a essas indagações dadas pelo v. acórdão, aqui demonstradas através de citações de fragmentos da decisão em comento:

1ª TESE

Resposta à indagação **primeira** com base nos motivos determinantes:

> "Parece-me bem claro que o fenômeno da reafirmação da DER está atrelado aos princípios da primazia do acertamento da função jurisdicional, da economia processual, da instrumentalidade e da efetividade processuais, além do que atende à garantia constitucional da razoável duração do processo."(página 20 de 21)

Os votos-vogais da Eminente Ministra Assussete Magalhães e do Eminente Ministro Napoleão

Voto-vogal da Eminente Ministra Assussete Magalhães:

> “Penso, assim como o Relator, que o fato superveniente deve ser onsiderado pelo julgador, na forma do art. 493 do CPC/2015 ("Art. 493. **Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão**")”

Ao término do referido voto-vogal concluiu a eminente Ministra:

> Assim sendo, acompanho o Relator, para, uma vez firmada a tese repetitiva, determinar o retorno dos autos à origem, para que examine, no caso concreto, o direito ao benefício previdenciário.”

VOTO-VOGAL do eminente Ministro Napoleão:

> “Diante dessas disposições normativas e dos princípios da economia e da celeridade processual, bem como do caráter social das normas que egulamentam os benefícios previdenciários, não há óbice ao deferimento o benefício, mesmo que preenchidos os requisitos após o ajuizamento da ação ou do requerimento administrativo.”

E concluiu o voto acompanhando o relator:

> “14. Firme em tais premissas, reafirmando meu compromisso com a defesa dos Direitos Fundamentais, acompanho integralmente o voto do Relator. É como voto.”

A tese representativa da controversa, portanto, respondeu muito bem essa indagação, estando claro essa possibilidade com fulcro no art. 493 do CPC/2015 (artigo 462 do CPC/1973). In verbis:

> “É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir.”

2ª TESE

Resposta à indagação da segunda tese (Até que momento é possível se requerer a reafirmação da DER?) com base nos motivos determinantes:

Aqui a tese representativa de controversa merece ampliação, pois, data vênia, é omissa quanto ao tempo de ser requerida a reafirmação.

Essa omissão, porém, não se vê nos motivos determinantes da referida tese que fazem parte da fundamentação e argumentação jurídica do v. acordão demonstrados através dos seguintes excertos da v. decisão:

> “O **fato alegado** e comprovado pelo autor da ação e aceito pelo INSS, sob o crivo docontraditório, **pode ser conhecido nos dois graus de jurisdição**.”

A locução seguinte, no mesmo parágrafo, é límpida quanto a possibilidade da reafirmação até mesmo de ofício se o Relator constatar a existência de questão que devam ser considerados no julgamento do recurso, com fulcro no art. 933 do CPC/2015. In verbis:

> “Consoante artigo 933 do CPC/2015, se o Relator no Tribunal constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem.” (2º e 3º parágrafos do tópico “(...) momento processual oportuno para se reafirmar a der)

Já a resolução do caso concreto põe uma pá de cal quanto a possibilidade de reafirmação até o momento do julgamento dos embargos de declaração em Segunda Instância ao dar provimento ao recurso especial para anular o v. acórdão recorrido para determinar:

> "Entendo que o acórdão recorrido deve ser reformado para que seja permitida a reafirmação da DER, devendo o Tribunal a quo rejulgar os embargos de declaração, para que seja oportunizada a diligência nesse sentido."

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para **anular o acórdão proferido em embargos de declaração, determinando ao Tribunal a quo um novo julgamento do recurso**, admitindo-se a reafirmação da DER. Julgamento submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos." Negrito e grifo nosso!

3ª TESE

(Até que momento é possível apresentar provas ou requerer a sua produção)

Desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa, as provas de tempo de contribuição, tempo especial, este demonstrado através de prova documental cabal admitida pela legislação previdenciária v.g., o formulário denominado Perfil Profissiográfico Previdenciário, desde que não seja necessário a produção de prova complexa, v.g, a pericial, é possível ser apresentada até o julgamento de eventual embargos de declaração em face de decisão de segunda instância, ou seja, até o esgotamento das instâncias ordinárias. É o que se extrai do seguinte excerto. In verbis:

> "Destarte, comungando com a possibilidade de se reafirmar a DER, o Magistrado também pode e deve analisar o pedido com menos formalismo, **sempre respeitados o contraditório, a ampla defesa**, dos quais decorrem o princípio da ampla instrução probatória e a regra de interdição da prova obtida ilicitamente."

E conclui, no mesmo parágrafo, afirmando que:

> "O que se pretende é, deveras, a concessão de um benefício em duração razoável de modo a atender à necessidade social vivida pelo autor, naquele momento de sua vida em que se encontra em situação de risco social."

Volvendo ao caso concreto do recurso especial em comento extrai-se que a prova pode ser demonstrada até o julgamento dos Embargos de declaração, pois o recorrente somente fez prova dos fatos constitutivos no momento da apresentação dos embargos de declaração que, por determinação dessa Eg. Seção, terão que ser rejulgado: In verbis:

> "Entendo que o acórdão recorrido deve ser reformado para que seja permitida a reafirmação da DER, devendo o Tribunal a quo rejulgar os embargos de declaração, para que seja oportunizada a diligência nesse sentido."
> Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento, para **anular o acórdão proferido em embargos de declaração, determinando ao Tribunal a quo um novo julgamento do recurso**, admitindo-se a reafirmação da DER. Julgamento submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos." Negrito e grifo nosso!

Dos Honorários

Quanto a condenação do INSS em pagamento de honorários advocatícios, data vênia, o v. acórdão, apesar de claro quanto a ser devido essa verba em caso de reafirmação. In verbis:

> "Quanto aos valores retroativos, não se pode considerar razoável o pagamento de parcelas pretéritas, pois o direito é reconhecido no curso do processo, após o ajuizamento da ação, devendo ser fixado o termo inicial do benefício pela decisão que reconhecer o direito, na data em que preenchidos os requisitos para concessão do benefício, **em diante**, (...)

O vocábulo “em diante”, em referencia a locução que lhe precede “devendo ser fixado o termo inicial do benefício pela decisão que reconhecer o direito, na data em que preenchidos os requisitos para concessão do benefício” é límpido quanto ao período das parcelas vencidas objeto da rubrica condenação.

Todavia, em razão da locução “sem pagamento de valores pretéritos”, no mesmo parágrafo, necessário sanar a contradição para deixar claro que esta vedação refere-se a eventual pedido indevido de fixação de honorários sobre parcelas vencidas **ANTES** da data reafirmada.

Consideremos a situação do próprio recorrente – caso concreto do representativo de controversa em comento:

O requerimento da aposentadoria – DER inicial ocorreu em **21/05/2013**.

O pedido de reafirmação – data em que preencheu os requisitos para aposentar – foi para fixar em **28/04/2014.**

- SITUAÇÃO EM QUE A BASE DE CÁLCULO DE HONORÁRIOS INDEVIDA

Neste caso, o INSS NÃO pode ser condenado a pagar honorários sobre o valor das parcelas vencidas desde **21/05/2013** (DER), simplesmente porque nesta data o embargante não preenchia os requisitos para aposentar.

- SITUAÇÃO EM QUE A BASE DE CÁLCULO DE HONORÁRIOS ESTÁ CORRETA

Deve, porém, pagar honorários sobre as parcelas vencidas compreendidas entre a **DER REAFIRMADA (28/04/2014)** até a data da novel decisão colegiada que reafirmar a DER (ainda a ser prolatada).

Deve, outrossim, e agora esse pedido se refere à omissão no julgamento de **situação singular** e o faz com espeque no art. ___ e com pedido de **atribuição de efeito modificativo**, ser fixado honorários, porém tomando com base no valor atribuído à causa quando o INSS anuir com o pedido de reafirmação.

Vamos a dois casos hipotéticos para melhor compreensão:

Mévio fez o pedido de aposentadoria em 10/01/2012 (DER).

A sentença julgou totalmente improcedente os pedidos de Mévio, pois concluiu que na DER contava com **o mesmo tempo apurado pelo INSS** na sua decisão administrativa, **a saber: 33 (trinta e três) anos;**

Mévio então pede a reafirmação da DER para 10/01/2014, pois trabalhou os dois anos remanescentes após a DER (01/2012), cujo pedido é provido em decisão de embargos de declaração.

Nesse caso, por medida de justiça e respeito ao erário público, não deve ser fixado honorários, pois o INSS não sucumbiu em momento algum. Corretíssimo, pois, a preocupação da Eminente Ministra Assussete Magalhães e do eminente Ministro Herman Benjamin quando demonstraram preocupação com o pagamento de honorários, pois o pagamento de tal verba poderia estimular a judicializaçao de pedidos de aposentadoria sem que o jurisdicionado tivesse preenchido os requisitos na DER.

Esse subscritor adere a preocupação e vedação de pagamento de honorários nessas situações.

Essa vedação, porém, data vênia, não pode se estender aqueles processos em que o INSS tenha sucumbido em parte, v.g, quando condenado a reconhecer como especial atividade outrora classificada como comum, pois nesse caso a justa causa e o trabalho do advogado para a procedência desse pedido de reconhecimento do tempo como especial, sem o qual não seria possível a eventual reafirmação da DER.

Neste último caso, em homenagem ao que prescreve o **§4, III**[1], do **art. 85** do **novel CPC**, deve o INSS ser condenado a pagar honorários sobre o valor da causa e, a partir da DER REAFIRMADA, sobre o valor das parcelas vencidas a partir de então, notadamente nos casos em que o INSS aderir ao pedido de reafirmação da DER, pois do contrário o advogado, cuja verba honorária é autônoma e tem caráter alimentar, ficaria prejudicado, mesmo com procedência parcial dos pedidos fruto do seu trabalho técnico.

É que nos casos em que o tempo apurado na decisão judicial for superior ao tempo apurado pelo INSS na esfera administrativa, v.g., em razão de tempo especial reconhecido somente na via judicial, haveria enriquecimento sem causa ao INSS com o não pagamento dos honorários, mesmo tendo causa ao processo.

Dos Pedidos

Ex positis, pede que seja **CONHECIDO e PROVIDO** o presente recurso para sanar as omissões na tese firmada no representativo de controversa, nela fazendo constar:

1. Que a reafirmação é possível até a fase de esgotamento das instâncias ordinárias (**decisão de embargos de declaração de acórdão**), seja para reconhecer o direito a partir do seu nascimento, seja para assegurar a concessão da prestação mais vantajosa, nos termos do parágrafo único do **art. 690**, **caput e parágrafo único**, da INSS/PRES Nº 77, de 21 de janeiro de 2015 da teoria do acertamento acolhida no v. acórdão;

2. Que as provas dos fatos constitutivos, v.g, para comprovar o tempo de contribuição após a DER assim como a classificação das atividades exercidas após esse marco pode ser requerida até o julgamento dos Embargos de declaração de acórdão;

3. Que a apresentação de prova documentais como as admitidas pelo INSS, v.g, o PPP, não são consideradas provas complexas, sendo a complexidade entendida, v.g., o pedido de prova pericial;

4. Que será devido as parcelas vencidas a partir da data reafirmada, v.g, se reafirmada a DER para 01/10/20**16**, a partir desta data, ou seja, as parcelas vencidas compreendidas entre (**01/10/2016 até a data da habilitação da aposentadoria**);

5. Que os honorários advocatícios serão devidos pelo INSS sobre todas as parcelas vencidas compreendidas entre a data reafirmada e a data da decisão que reconhecer essa reafirmação. Exemplo: Se a decisão, v.g,, proferida em 01/10/20**19** tiver reafirmado a DER para 01/10/20**16,** a base de cálculo dos honorários deverá considerar as parcelas vencidas entre 01/10/20**16** a 01/10/20**19.**

6. Que os honorários de sucumbência **não serão devidos** nos casos em que o tempo reconhecido na decisão for **o mesmo apurado na decisão administrativa do INSS**;

a) Mas tal verba **será devida**, sobre o valor da causa, nos casos em que a decisão judicial apurar tempo de contribuição superior ao tempo apurado na

decisão administrativa do INSS, sem prejuízo da incidência também sobre o valor das parcelas vencidas, a partir da DER REAFIRMADA;

7. Que **o INSS ficará isento** do pagamento de honorários **se**, intimado para manifestar sobre a possibilidade de reafirmação da DER, admiti-la para a data requerida da reafirmação, exceto se não tiver sucumbido em parte na decisão que não acolheu o pedido de aposentadoria;

8. Que a tese representativa de controversa fixada nesse recurso se aplica também aos feitos que se encontram pendentes de julgamento nas Turmas recursais, ainda que esta Turma revisora tenha sido provocada tão somente pelo INSS, ou seja, mesmo que o segurado/jurisdicionado não tenha apresentado recurso inominado, com fulcro no art. 493 e 933, ambos do NCPC, cuja interpretação desses dispositivos coube a esse Egrégio Tribunal Superior, guardião da legislação federal.

Nesses Termos,

Pede provimento.

Brasília-DF, 09 de dezembro de 2019.

Fernando Gonçalves Dias - OAB/SP 286.841

2.7.1. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS – 26/08/2020

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. REAFIRMAÇÃO DA DER (DATA DE ENTRADA DO REQUERIMENTO). CABIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. PRIMEIROS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, SEM EFEITO MODIFICATIVO. SEGUNDOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. É possível a reafirmação da DER (Data de Entrada do Requerimento) para o momento em que implementados os requisitos para a concessão do benefício, mesmo que isso se dê no interstício entre o ajuizamento da ação e a entrega da prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, nos termos dos arts. 493 e 933 do CPC/2015, observada a causa de pedir. Tese firmada em recurso especial repetitivo. 2. A assertiva de que não são devidas parcelas anteriores ao ajuizamento da ação reforça o entendimento firmado de que o termo inicial para pagamento do benefício corresponde ao

momento processual em que reconhecidos os requisitos do benefício; não há quinquênio anterior a ser pago. Se preenchidos os requisitos antes do ajuizamento da ação, não ocorrerá a reafirmação da DER, fenômeno que instrumentaliza o processo previdenciário de modo a garantir sua duração razoável, tratando-se de prestação jurisdicional de natureza fundamental. 3. O vício da contradição ao se observar a Teoria do Acertamento no tópico que garante efeitos pretéritos ao nascimento do direito também não ocorre. A Teoria foi observada por ser um dos fundamentos adotados no acórdão embargado, para se garantir o direito a partir de seu nascimento, isto é, a partir do preenchimento dos requisitos do benefício. A reflexão que fica consiste em que, no caso de se reafirmar a data de entrada do requerimento não se tem o reconhecimento tardio do direito, mas seu reconhecimento oportuno no decorrer do processo, para não se postergar a análise do fato superveniente para novo processo. 4. Embargos de declaração do IBDP rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: "A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2020.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES – Relator

[redacted]DATA JULGAMENTO 24/06/2020 – TEMA 1013

2.8.1. TEMA AFETADO (CONTROVÉRSIA)

Tema/ Controvérsia: “Possibilidade de recebimento de benefício por incapacidade do Regime Geral de Previdência Social de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) concedido judicialmente em

período de abrangência concomitante ao que o segurado estava trabalhando e aguardando o deferimento do benefício".

Relator: Herman Benjamin

Diretor do IBDP Responsável: André Luiz Moro Bittencourt

Data do Trânsito em julgado: 25/03/2021

2.8.2. TESE FIRMADA

No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente.

2.8.3. PETIÇÃO DE MÉRITO – 16/10/2019

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO HERMAN BENJAMIN, RELATOR DOS REsp 1786590 e REsp 1788700 (TEMA 1013)

O INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO – IBDP, associação civil de cunho científico-jurídico e de finalidade sócio-cultural, sem fins lucrativos, apartidária, inscrito no CNPJ sob o nº 06.136.459/0001-01, estabelecido à Av. Luis Xavier, nº 68, 20º andar, conjunto 2017, Edifício Tijucas, Centro, Curitiba, Paraná, CEP: 80020-904, neste ato representada por sua Presidente, **ADRIANE BRAMANTE DE CASTRO LADENTHIN**, brasileira, casada, advogada, vem respeitosamente à presença de V.Exa., por seu procurador constituído pela procuração anexa, requerer a juntada da presente manifestação, tendo em vista a habilitação já deferida nestes autos:

Vale destacar que a questão tratada nos autos é extremamente relevante, pois interferirá na vida de milhares de Segurados do Regime Geral de Previdência que percebem benefícios por incapacidade enquanto mantém vínculos com ambientes nocivos que geram exposição a diversos agentes prejudiciais a saúde do trabalhador.

Certamente o IBDP possui representatividade e pertinência no trato da questão, bem como o momento como será demonstrado a seguir.

DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA E DO BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE

Sabe-se que o benefício por incapacidade, em regra, requer o afastamento das atividades laborativas do Segurado. Em regra, pois é ressabido que há Segurados que exercem mais de uma atividade remunerada, como por exemplo, um advogado dedicado à docência. O fato de estar impossibilitado de exercer uma delas, não lhe retira a possibilidade e até o dever de continuar laborando na segunda atividade, sem que isso seja entendido como fraude ou, ainda, existência de total capacidade e impossibilidade de percepção de benefício junto ao INSS, o que tratamos em tópico próprio.

Além dessa situação, muitas vezes, se percebe que determinado trabalhador que desempenha uma única atividade está pleiteando benefício por incapacidade, sem que tenha se afastado dela.

Para alguns, o exercício de atividade já seria prova da existência de capacidade para o desempenho da atividade laboral e, por consequência, da impossibilidade de percepção do benefício.

Sem adentrar agora no caso envolvendo o limbo (alta pelo INSS e diagnóstico de incapacidade pelo médico do trabalho), há que se investigar se, efetivamente, no caso concreto, há ou não situação incapacitante.

O fato de determinado trabalhador continuar exercendo sua atividade laboral não representa, por si só, a existência de capacidade para o trabalho. A prática demonstra inúmeros casos de conclusão de capacidade pelo ente previdenciário e reversão posterior, seja em sede de recurso administrativo, seja em ação judicial.

A média dos trabalhadores é composta por pessoas de média e baixa renda, sendo certo que, em não havendo proteção previdenciária, não lhe resta outra opção, enquanto aguarda a decisão de recurso administrativo ou ação judicial, que não seja o sacrifício físico e psicológico no exercício de atividade que garanta a ele e sua família a subsistência naquele momento.

Não se defende aqui, e nem poderia ser diferente, a perpetração de situações de fraude contra o sistema previdenciário. Certamente, nos casos em que determinado trabalhador reunia condições de trabalho e de forma ardilosa e sorrateira continuou exercendo atividades enquanto percebia benefício, há que se realizar o cancelamento e, ainda, o ressarcimento aos cofres públicos, sem prejuízo da possibilidade de abertura de ação penal.

O que se defende, é a essencial verificação e comprovação das situações envolvidas. Não se pode sustentar a automaticidade das situações. O fato de determinada pessoa trabalhar enquanto aguarda a resposta não pode ser entendida pura e simplesmente como existência de capacidade para o trabalho. Se assim fosse, poderíamos entender que o fato de determinada pessoa não trabalhar no mesmo período traz como consequência o diagnóstico de incapacidade, o que não é correto.

Deve ser garantido, então, ao trabalhador, o direito de passar por perícia e ter atestada ou não a existência de situação incapacitante. O cancelamento de benefício sem existência de perícia é ato ilícito que deve ser combatido.

Ultrapassado este primeiro aspecto, uma vez realizada a investigação por perícia e tendo ela conclusão em prol da existência de situação incapacitante, o benefício deve ser concedido desde a fixação da data de início da incapacidade. Pode ocorrer, na prática, que determinado trabalhador, ao ingressar com ação judicial, por exemplo, buscando fixação do início da incapacidade na data de entrada do requerimento administrativo (DER), continue exercendo sua atividade laboral para dar atendimento a suas necessidades básicas.

Ilustrativamente, pode a DER ter sido fixada em 1º de fevereiro de 2014 e a ação judicial ajuizada em 1º de maio do mesmo ano. Caso a perícia determine a existência de efetiva incapacidade já em 1º de fevereiro, a sentença proferida hipoteticamente em 30 de outubro de 2014, ao se basear em tal prova, determinará a implementação do benefício, com o pagamento dos valores atrasados desde fevereiro.

Assim, mesmo havendo labor nos meses de fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro e outubro, deverá ser implementado o benefício desde a DER, sendo certo o direito do Segurado ao recebimento dos valores que deixou de receber desde o requerimento administrativo, data fixada como de início da incapacidade.

Jurisprudencialmente, o entendimento tem sido no sentido de homenagear o trabalhador que teve indevido indeferimento e, por necessidade, foi obrigado a continuar exercendo suas atividades, mesmo não gozando perfeita saúde.

> PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO INTERPOSTO PELA PARTE AUTORA. AUXÍLIO-DOENÇA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA NÃO OBSTA O DIREITO DE RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO QUANDO COMPROVADA A INCAPACIDADE NO PERÍODO. SÚMULA Nº 72 DA TNU. INCIDENTE CONHECIDO E PROVIDO. 1. [...] Alega a recorrente que o acórdão impugnado diverge do entendimento da TNU, segundo o qual é possível o recebimento de salário e de benefício por incapacidade de forma cumulativa, num mesmo período, quando o segurado encontrava-se comprovadamente incapaz para o trabalho, posto que, em tal hipótese, o segurado trabalhou por necessidade de manter sua subsistência. 3. Incidente não admitido na origem, sendo os autos encaminhados a esta TNU após agravo, e distribuídos a este Relator. 4. Nos termos do art. 14, § 2º, da Lei nº 10.259/01, o pedido de uniformização nacional de jurisprudência é cabível quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por turmas recursais de diferentes regiões ou em contrariedade à súmula ou jurisprudência dominante da Turma Nacional de Uniformização ou do Superior Tribunal de Justiça. 5. Reputo comprovada a divergência jurisprudencial, razão pela qual conheço do incidente e passo ao exame do mérito. 6. Quanto à matéria em controvérsia, esta Turma Nacional de Uniformização tem posicionamento consolidado no sentido de que "É possível o recebimento de benefício por incapacidade durante período em que houve exercício de atividade remunerada quando comprovado que o segurado estava incapaz para as atividades habituais na época em que trabalhou" (Súmula nº 72). 7. No caso dos autos, o laudo pericial médico constatou que a parte autora encontra-se incapacitada de forma definitiva desde 17/03/2004. [...]. (PEDILEF 05019604920124058402 - JUIZ FEDERAL DOUGLAS CAMARINHA GONZALES - DOU 20/03/2015 PÁGINAS 106/170).

A Turma Nacional de Uniformização editou Súmula, demonstrando, assim, a força de seu entendimento:

> SÚMULA 72 TNU: É possível o recebimento de benefício por incapacidade durante período em que houve exercício de atividade remunerada quando comprovado que o segurado estava incapaz para as atividades habituais na época em que trabalhou.

E nos casos em que houve o deferimento do benefício e o Segurado continuou trabalhando, é correto o recebimento concomitante de salário e benefício?

Em regra, ou o trabalhador vai perceber sua remuneração mensal, ou seu benefício previdenciário de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. Só perceberia concomitantemente um benefício de auxílio-doença e remuneração decorrente do trabalho, se exercesse mais de uma atividade, como no caso de dentista e professor, por exemplo.

No caso em análise, trata-se de Segurado com uma única atividade e que, embora incapaz para seu exercício, foi obrigado a continuar trabalhando em consequência do indeferimento indevido do benefício previdenciário.

Os valores devidos pela realização da atividade remunerada não podem ser repetidos, situação já pacificada nos tribunais laborais. Nem mesmo o contrato de trabalho nulo permite a repetição das verbas recebidas a título de contraprestação ao labor prestado, nos termos da Súmula n.º 363 do Tribunal Superior do Trabalho.

Se o valor recebido como contraprestação ao labor não pode ser repetido, deve haver compensação no momento do pagamento do benefício previdenciário?

Entendemos que não! Assim como o valor decorrente da contraprestação ao labor é devido pelo empregado que teve benefícios com a realização de trabalho por parte do obreiro, os requisitos para percepção do benefício se faziam presentes desde a data de entrada do requerimento.

Há, porém, decisões em sentido contrário. Ao julgar o RCI n.º 2008.70.50.002917-0, a 1ª Turma Recursal do Paraná trouxe entendimento no sentido da impossibilidade de cumulação. O mesmo ocorreu em julgamentos realizados pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, podendo ser citado o APELREEX n.º 0001449-68.2010.404.9999. Na 3ª Região, há

entendimentos no mesmo sentido, como no caso do APELREEX n.º 00434092620134039999, julgado pela 7ª Turma daquele Tribunal.

Como se sabe, a legislação determina que, para benefícios requeridos dentro do prazo legal, no caso dos segurados empregados, o benefício deve ser implementado a partir do 16º dia de afastamento e, nos demais casos, a partir da DER. Se a data do início da incapacidade for fixada em momento posterior, o benefício será devido desde então.

Logo, se determinado trabalhador receber indeferimento em seu pleito na via administrativa e, posteriormente houver correção, com determinação de existência de situação incapacitante no momento do requerimento administrativo, o benefício deve ser concedido desde o 16º dia, se segurado empregado, e desde o afastamento nos demais casos.

O benefício é pago pelo INSS e, se o trabalhador recebeu algum valor de seu empregador neste período, somente se deu pelo indeferimento indevido da Autarquia previdenciária. Logo, tanto o empregador, como o INSS são devedores, um do salário e outro do benefício.

Não há que se falar em enriquecimento ilícito do Segurado nestes casos. Ele é credor de ambas as parcelas, tendo implementado os requisitos para percepção delas. A compensação pelo INSS de valores percebidos pelo Segurado em decorrência da manutenção do contrato de trabalho, enquanto se aguardava o desfecho de recurso administrativo ou ação judicial, representa enorme estímulo aos indeferimentos, posto que, quem arcaria com as irregularidades administrativas, seriam os empregadores e os trabalhadores. Os primeiros pelo pagamento de salários, enquanto deveria haver afastamento do trabalhador com cobertura do risco pela Autarquia, e, aos segundos, pelo fato de ser obrigado a exercer atividade em momento delicado, percebendo apenas o salário pelo trabalho desempenhado, deixando de receber a cobertura social devida.

Costa traz o entendimento de José Antônio Savaris, para quem:

> [...] essas remunerações derivam de fatos distintos. O trabalhador tem direito de receber a remuneração pelo trabalho e a empresa tem o dever de remunerá-lo, [...] e tem direito de receber os valores referentes ao auxílio-doença por estarem preenchidos todos os

> requisitos legais que condicionam a concessão desse benefício, e corresponde a dever jurídico e moral do INSS pagar as diferenças.

Ao INSS, caberia apenas o lucro indevido, posto que deixaria de pagar os benefícios nos meses em que o recurso administrativo ou o processo judicial tramitaram. Como se percebe, a ilegalidade administrativa faria recair ao empregador todo o ônus pelo pagamento.

Tanto a Turma Regional da 4ª Região, como a 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região trazem entendimento no sentido da possibilidade de cumulação das parcelas trabalhistas e previdenciárias.

Em recente decisão, em Recurso Inominado da relatoria do Juiz Federal Omar Chamon, nos autos n.º 0001120-27.2012.4.03.6309, com fundamento na citada Súmula n.º 72 da TNU, se determinou, mais uma vez, a possibilidade de cumulação.

Ao julgar os autos n.º 2008.72.52.004136-1, da relatoria do Juiz Federal Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva, a Turma Nacional de Uniformização trouxe entendimento, mais uma vez, no sentido da possibilidade de cumulação das parcelas.

> PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TRABALHO EXERCIDO NO PERÍODO EM QUE RECONHECIDO INCAPACIDADE LABORAL PELA PERÍCIA MÉDICA. DIREITO AO BENEFÍCIO DESDE O INCORRETO CANCELAMENTO PELO INSS. 1. Embora não se possa receber, concomitantemente, salário e benefício, o trabalho exercido pelo segurado no período em que estava incapaz decorre da necessidade de sobrevivência, com inegável sacrifício da saúde do obreiro e possibilidade de agravamento do estado mórbido. 2. O benefício por incapacidade deve ser concedido desde o indevido cancelamento, sob pena de o Judiciário recompensar a falta de eficiência do INSS na hipótese dos autos, pois, inegavelmente, o benefício foi negado erroneamente pela perícia médica da Autarquia. 3. Incidente conhecido e provido. (TNU, PEDILEF 200872520041361, JUIZ FEDERAL ANTÔNIO FERNANDO SCHENKEL DO AMARAL E SILVA, DOU 13/05/2011 SEÇÃO 1).

Como já defendido acima, cremos que a decisão da Turma Nacional de Uniformização é a mais acertada na definição da controvérsia envolvendo a possibilidade de percepção de salário e, posteriormente, recebimento, a título de atrasados, dos benefícios devidos, mesmo que coincidam com os meses trabalhados.

Não é demais lembrar que o benefício é devido quando existe incapacidade para o exercício da atividade habitual do Segurado, motivo pelo qual o Superior Tribunal de Justiça entende que, mesmo nos casos em que há labor em atividade diversa da habitual, o benefício é devido.

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. AUXÍLIO-DOENÇA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA DIVERSA DA HABITUAL. CABIMENTO. COMPENSAÇÃO DE VALORES. DESCABIMENTO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. É devido o auxílio-doença ao segurado considerado parcialmente incapaz para o trabalho, mas suscetível de reabilitação profissional para o exercício de outras atividades laborais. Precedentes. 2. Agravo interno não provido." (AgInt no REsp 1654548/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 12/06/2017).

Em recente e valiosa decisão, mais uma vez o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n.º 1.414.781/SP, deixou clara a possibilidade de cumulação, inclusive com a advertência de que a compensação faria com que a autarquia obtivesse um benefício indevido, pois a iniciativa privada arcaria com o ônus decorrente da ilegalidade administrativa de não conceder um benefício devido. Na decisão, mais uma vez tivemos a honra de ter a citação da presente obra na fundamentação do voto. Pela importância e profundidade da decisão, reproduzimos na íntegra.

> PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE CONCEDIDO JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DE PARCELAS PRETÉRITAS DO BENEFÍCIO COINCIDENTES COM PERÍODO EM QUE HOUVE

EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA, MESMO ESTANDO O SEGURADO INCAPACITADO. CABIMENTO. ENTENDIMENTO EM HARMONIA COM A SÚMULA 72 DA TNU. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DO INSS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Agrava-se de decisão que negou seguimento a Recurso Especial interposto com fundamento na alínea a do art. 105, III da Constituição Federal, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3a. Região. 2. Nas razões do Apelo Nobre, sustenta o recorrente: (a) violação do art. 1.022 do CPC, ante supostas omissão e contradição do acórdão combatido, vícios não sanados mesmo após o manejo de Embargos de Declaração; (b) é incompatível a cumulação de benefício previdenciário com a remuneração salarial, já que o pagamento do benefício visa justamente a substituir a renda oriunda do trabalho. 3. É o relatório. 4. De início, no tocante ao art. 1.022 do CPC, inexiste a violação apontada. O Tribunal de origem apreciou fundamentadamente a controvérsia, não padecendo o acórdão recorrido de qualquer omissão, contradição ou obscuridade. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp. 927.216/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 13.8.2007; e REsp. 855.073/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 28.6.2007. Observe-se, ademais, que o julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada. 5. No mais, cinge-se a controvérsia à possibilidade de recebimento do benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) nos meses em que o Segurado continuou trabalhando e, consequentemente, recebendo seus salário integralmente. 6. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que, como esses benefícios têm caráter substitutivo de renda, não poderiam ser pagos nos meses em que o Segurado obteve renda proveniente de sua atividade de trabalho. 7. A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais – TNU já enfrentou o tema, consolidando a orientação de que o Segurado que, mesmo considerado incapaz em termos previdenciários, retorna ao trabalho para manter seu sustento enquanto aguarda a definição sobre a concessão do benefício por incapacidade, não pode ser penalizado com o não recebimento do benefício neste período. 8. Vejamos o teor do entendimento sumulado pela TNU: Súmula 72 TNU É possível o recebimento de benefício por incapacidade durante o período em que houve exercício de atividade remunerada quando comprovado que o segurado estava incapaz para as atividades habituais na época em que trabalhou. 9. A decisão embasou-se no raciocínio de que, se o Segurado incapaz encontra na Autarquia Previdenciária óbices para a concessão do benefício, o que o

obriga à via judicial e ainda o impele a trabalhar para sua sobrevivência mesmo incapaz, não pode a própria Autarquia se valer de tal situação para deixar de pagar o benefício nos meses em que o Segurado se viu obrigado a trabalhar, a despeito de sua condição de incapacidade. 10. Em sintonia com essa linha de pensamento, esta Corte consolidou a orientação de que a demora injustificada da Administração Pública para apreciar pedido de aposentadoria, obrigando o servidor a continuar exercendo compulsoriamente suas funções, gera o dever de indenizar. A propósito: ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - APOSENTADORIA - ATRASO INJUSTIFICADO - INDENIZAÇÃO. 1. A jurisprudência desta Corte assentou entendimento de que a demora injustificada da Administração Pública para apreciar pedido de aposentadoria, obrigando o servidor a continuar exercendo compulsoriamente suas funções, gera o dever de indenizar. 2. Recurso especial não provido (REsp. 1.117.751/MS, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 5.10.2009). ² ² ²ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. APOSENTADORIA. ATRASO INJUSTIFICADO. INDENIZAÇÃO. 1. A demora injustificada da Administração Pública para apreciar pedido de aposentadoria, obrigando o servidor a continuar exercendo compulsoriamente suas funções, gera o dever de indenizar. Precedentes: REsp 687.947/MS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 21.08.2006; REsp 688.081/MS, REsp 983.659/MS, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 06.03.2008; REsp 952.705/MS, Min. Luiz Fux, DJ de 17.12.2008. 2. Recurso a que se dá provimento (REsp. 1.052.461/MS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 16.4.2009). 11. A mesma racio aqui se aplicaria para reconhecer o dever de a Autarquia proceder ao pagamento do benefício por incapacidade, mesmo em relação aos meses em que o Segurado se viu compelido a trabalhar pela indevida negativa de concessão administrativa do benefício a que faz jus. 12. Não se pode admitir que o exercício de atividade remunerada, por si só, possa elidir o direito à percepção do benefício por incapacidade, isto porque o indeferimento do benefício pela Autarquia Previdenciária coloca o segurado em risco social, em estado de necessidade, compelindo-o a superar suas dificuldades físicas para buscar meios de manutenção e sobrevivência. 13. Deve-se olhar a situação com enfoque na efetiva proteção social que a demanda exige, não havendo que se falar em concomitância de exercício de atividade remunerada com a percepção de benefício por incapacidade, e sim na reparação da injusta situação a que foi submetido o Segurado. Retirar da entidade previdenciária o dever de conceder o benefício a quem realmente faz jus seria como premiar a Administração Pública com o enriquecimento sem causa. 14. Sobre a matéria, cabe trazer à lume o magistério do Professor ANDRÉ LUIZ

MORO BITTENCOURT, em sua obra, Manual dos Benefícios por Incapacidade Laboral e Deficiência: O fato de determinado trabalhador continuar exercendo sua atividade laboral não representa, por si só, a existência de capacidade para o trabalho. A prática demonstra inúmeros casos de conclusão de capacidade pelo ente previdenciário e reversão posterior, seja em sede de recurso administrativo, seja em ação judicial. A média dos trabalhadores é composta por pessoas de média e baixa renda, sendo certo que, em não havendo proteção previdenciária, não lhe resta outra opção, enquanto aguarda a decisão de recurso administrativo ou ação judicial, que não seja o sacrifício físico e psicológico no exercício de atividade que garanta a ele e sua família a subsistência naquele momento. Não se defende aqui, e nem poderia ser diferente, a perpetração de situações de fraude contra o sistema previdenciário. Certamente, nos casos em que determinado trabalhador reunia condições de trabalho e de forma ardilosa e sorrateira continuou exercendo atividades enquanto percebia benefício, há que se realizar o cancelamento e, ainda, o ressarcimento aos cofres públicos, sem prejuízo da possibilidade de abertura de ação penal. O que se defende, é a essencial verificação e comprovação das situações envolvidas. Não se pode sustentar a automaticidade das situações. O fato de determinada pessoa trabalhar enquanto aguarda a resposta não pode ser entendida pura e simplesmente como existência de capacidade para o trabalho. Se assim fosse, poderíamos entender que o fato de determinada pessoa não trabalhar no mesmo período traz como consequência o diagnóstico de incapacidade, o que não parece correto. (...) Não há que se falar em enriquecimento ilícito do Segurado nestes casos. Ele é credor de ambas as parcelas, tendo implementado os requisitos para percepção delas. A compensação pelo INSS de valores percebidos pelo Segurado em decorrência da manutenção do contrato de trabalho, enquanto se aguardava o desfecho de recurso administrativo ou ação judicial, representa enorme estímulo aos indeferimentos, posto que, quem arcaria com as irregularidades administrativas, seriam os empregadores e os trabalhadores. Os primeiros pelo pagamento de salários, enquanto deveria haver afastamento do trabalhador com cobertura do risco pela Autarquia, e, aos segundos, pelo fato de ser obrigado a exercer atividade em momento delicado, percebendo apenas o salário pelo trabalho desempenhado, deixando de receber a cobertura social devida (Bittencourt, André L. M. MANUAL DOS BENEFÍCIOS POR INCAPACIDADE LABORAL E DEFICIÊNCIA. Curitiba: Alteridade Editora. 2a. edição, revisada, atualizada e ampliada, 2017, fls. 109/116). 15. Corroborando tal orientação, o seguinte julgado: PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ CONCEDIDA JUDICIALMENTE.

> PAGAMENTO DE PARCELAS PRETÉRITAS DO BENEFÍCIO COINCIDENTES COM PERÍODO EM QUE HOUVE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA, MESMO ESTANDO O SEGURADO INCAPACITADO. CABIMENTO. ENTENDIMENTO EM HARMONIA COM A SÚMULA 72 DA TNU. RECURSO ESPECIAL DO SEGURADO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. O Segurado que, mesmo considerado incapaz em termos previdenciários, retorna ao trabalho para manter seu sustento enquanto aguarda a definição sobre a concessão do benefício por incapacidade, não pode ser penalizado com o não recebimento do benefício neste período. 2. Não se pode admitir que o exercício de atividade remunerada, por si só, possa elidir o direito à percepção do benefício por incapacidade, isto porque o indeferimento do benefício pela Autarquia Previdenciária coloca o Segurado em risco social, em estado de necessidade, compelido a superar suas dificuldades físicas para buscar meios de manutenção e sobrevivência. 3. Deve-se olhar a situação com enfoque na efetiva proteção social que a demanda exige, não havendo que se falar em concomitância de exercício de atividade remunerada com a percepção de benefício por incapacidade, e sim na reparação da injusta situação a que foi submetido o Segurado. Retirar da entidade previdenciária o dever de conceder o benefício a quem realmente faz jus seria como premiar a Administração Pública com o enriquecimento sem causa. 4. Recurso Especial do Segurado a que se dá provimento (REsp. 1.573.146/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 13.11.2017). 16. Diante dessas considerações, nega-se provimento ao Agravo em Recurso Especial do INSS. 17. Publique-se. 18. Intimações necessárias. Brasília (DF), 18 de fevereiro de 2019. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO MINISTRO RELATOR (Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, 26/02/2019)

Diante da impossibilidade de a interpretação trazer restrição não contida na norma legal, outro não poderia ser o resultado do julgamento.

Ademais, o Código Civil, ao disciplinar o instituto da compensação, deixa claro que deve haver identidade entre credor e devedor, o que não ocorre nos casos de percepção de salário em decorrência do exercício de atividade remunerada e posterior deferimento de benefício.

Assim, prevê o artigo 368:

“Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem”.

Aqui já se denota a total impossibilidade do INSS realizar qualquer tipo de compensação, posto que inexiste identidade entre credor e devedor.

Além disto, o mais importante reside no fato de que estaria o instituto se beneficiando de uma ilegalidade que ele mesmo cometeu e que, no caso concreto, trouxe prejuízos ao empregador, pois este foi o que por obrigação legal, recebeu o Segurado impossibilitado de trabalhar e lhe pagou o salário, quando na verdade deveria o trabalhador estar em benefício.

PEDIDOS

Ex positis, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP requer:

a) seja admitido a proceder a sustentação oral na sessão de julgamento do presente, mediante a intimação do subscritor desta peça para tal finalidade.

b) ao final, que seja pacificada a jurisprudência no sentido de ser afirmada a seguinte tese: É possível o recebimento de beneficio por incapacidade do Regime Geral de Previdência Social de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) concedido judicialmente em período de abrangência concomitante ao que o segurado estava trabalhando e aguardando o deferimento do beneficio, não podendo a autarquia realizar qualquer tipo de compensação com valores recebidos por decorrência de exercício de atividade laboral e pagos pelo empregador ou por decorrência de atividade exercida por contribuinte individual.

Nestes termos, pede deferimento.

Curitiba, 22 de junho de 2021.

GISELE LEMOS KRAVCHYCHYN – OAB/SC 18.200

ANDRÉ LUIZ M. BITTENCOURT – OAB/SP 237.287 – OAB/PR 72.462 – OAB/DF 43.760

2.8.4. ACÓRDÃO DE MÉRITO – 24/07/2020

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ARTS. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015. TEMA REPETITIVO 1.013/STJ. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ E AUXÍLIO-DOENÇA. DEMORA NA IMPLEMENTAÇÃO DO BENEFÍCIO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA PELO SEGURADO. NECESSIDADE DE SUBSISTÊNCIA DO SEGURADO. FUNÇÃO SUBSTITUTIVA DA RENDA NÃO CONSUBSTANCIADA. POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO CONJUNTO DA RENDA DO TRABALHO E DAS PARCELAS RETROATIVAS DO BENEFÍCIO ATÉ A EFETIVA IMPLANTAÇÃO. TESE REPETITIVA FIXADA. IDENTIFICAÇÃO E DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

1. O tema repetitivo ora controvertido consiste em definir a "possibilidade de recebimento de benefício, por incapacidade, do Regime Geral de Previdência Social, de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez), concedido judicialmente em período de abrangência concomitante àquele em que o segurado estava trabalhando e aguardava o deferimento do benefício."

2. Os fatos constatados no presente Recurso Especial consistem cronologicamente em: a) o segurado teve indeferido benefício por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez) na via administrativa; b) para prover seu sustento, trabalhou após o indeferimento e entrou com ação judicial para a concessão de benefício por incapacidade; c) a ação foi julgada procedente para conceder o benefício desde o requerimento administrativo, o que acabou por abranger o período de tempo em que o segurado trabalhou; e d) o debate, travado ainda na fase ordinária, consiste no entendimento do INSS de que o benefício por incapacidade concedido judicialmente não pode ser pago no período em que o segurado estava trabalhando, ante seu caráter substitutivo da renda e à luz dos arts. 42, 46 e 59 da Lei 8.213/1991.

3. A presente controvérsia e, consequentemente, a tese repetitiva que for fixada não abrangem as seguintes hipóteses:

3.1. O segurado está recebendo regularmente benefício por incapacidade e passa a exercer atividade remunerada incompatível com sua incapacidade, em que não há o caráter da necessidade de sobrevivência como elemento que justifique a cumulação, e a função substitutiva da renda do segurado é implementada de forma eficaz. Outro aspecto que pode ser analisado sob perspectiva diferente é o relativo à boa-fé do segurado. Há jurisprudência das duas Turmas da Primeira Seção que analisa essa hipótese, tendo prevalecido a

compreensão de que há incompatibilidade no recebimento conjunto das verbas. A exemplo: AgInt no REsp 1.597.369/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 13.4.2018; REsp 1.454.163/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 18.12.2015; e REsp 1.554.318/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 2.9.2016. 3.2. O INSS alega o fato impeditivo do direito (o exercício de trabalho pelo segurado) somente na fase de cumprimento da sentença, pois há elementos de natureza processual prejudiciais à presente tese a serem considerados, notadamente a aplicabilidade da tese repetitiva fixada no REsp 1.253.513/AL (Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 20.8.2012).

RESOLUÇÃO DA TESE CONTROVERTIDA

4. Alguns benefícios previdenciários possuem a função substitutiva da renda auferida pelo segurado em decorrência do seu trabalho, como mencionado nos arts. 2º, VI, e 33 da Lei 8.213/1991. Em algumas hipóteses, a substitutividade é abrandada, como no caso de ser possível a volta ao trabalho após a aposentadoria por tempo de contribuição (art. 18, § 2º, da Lei 8.213/1991). Em outras, a substitutividade resulta na incompatibilidade entre as duas situações (benefício e atividade remunerada), como ocorre com os benefícios auxílio-doença por incapacidade e aposentadoria por invalidez.

5. Desses casos de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, é pressuposto que a incapacidade total para o trabalho seja temporária ou definitiva, respectivamente.

6. Como consequência, o Regime Geral de Previdência Social arca com os citados benefícios por incapacidade para consubstanciar a função substitutiva da renda, de forma que o segurado que não pode trabalhar proveja seu sustento.

7. A cobertura previdenciária, suportada pelo regime contributivo solidário, é o provimento do sustento do segurado enquanto estiver incapaz para o trabalho.

8. É decorrência lógica da natureza dos benefícios por incapacidade, substitutivos da renda, que a volta ao trabalho seja, em regra, causa automática de cessação desses benefícios, como se infere do requisito da incapacidade total previsto nos arts. 42 e 59 da Lei 8.213/1991, com ressalva ao auxílio-doença.

9. No caso de aposentadoria por invalidez, o art. 42 da Lei de Benefícios da Previdência Social (LBPS) estabelece como requisito a incapacidade "para o

exercício de atividade que lhe garanta a subsistência", e, desse modo, a volta a qualquer atividade resulta no automático cancelamento do benefício (art. 46).

10. Já o auxílio-doença estabelece como requisito (art. 59) que o segurado esteja "incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual". Desse modo, a função substitutiva do auxílio-doença é restrita às duas hipóteses, fora das quais o segurado poderá trabalhar em atividade não limitada por sua incapacidade.

11. Alinhada a essa compreensão, já implícita desde a redação original da Lei 8.213/1991, a Lei 13.135/2015 incluiu os §§ 6º e 7º no art. 60 daquela, com a seguinte redação (grifos acrescentados): "§ 6º O segurado que durante o gozo do auxílio-doença vier a exercer atividade que lhe garanta subsistência poderá ter o benefício cancelado a partir do retorno à atividade. § 7º Na hipótese do § 6º, caso o segurado, durante o gozo do auxílio-doença, venha a exercer atividade diversa daquela que gerou o benefício, deverá ser verificada a incapacidade para cada uma das atividades exercidas."

12. Apresentado esse panorama legal sobre o tema, importa estabelecer o ponto diferencial entre a hipótese fática dos autos e aquela tratada na lei: aqui o segurado requereu o benefício, que lhe foi indeferido, e acabou trabalhando enquanto não obteve seu direito na via judicial; já a lei trata da situação em que o benefício é concedido, e o segurado volta a trabalhar.

13. A presente controvérsia cuida de caso, portanto, em que falhou a função substitutiva da renda, base da cobertura previdenciária dos benefícios auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

14. O provimento do sustento do segurado não se materializou, no exato momento da incapacidade, por falha administrativa do INSS, que indeferiu incorretamente o benefício, sendo inexigível do segurado que aguarde a efetivação da tutela jurisdicional sem que busque, pelo trabalho, o suprimento da sua subsistência.

15. Por culpa do INSS, resultado do equivocado indeferimento do benefício, o segurado teve de trabalhar, incapacitado, para o provimento de suas necessidades básicas, o que doutrinária e jurisprudencialmente convencionou-se chamar de sobre-esforço. Dessarte, a remuneração por esse trabalho tem resultado inafastável da justa contraprestação pecuniária.

16. Na hipótese, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa atua contra a autarquia previdenciária, pois, por culpa sua – indeferimento equivocado do benefício por incapacidade –, o segurado foi privado da efetivação da função substitutiva da renda laboral, objeto da cobertura previdenciária, inerente aos mencionados benefícios.

17. Como tempero do elemento volitivo do segurado, constata-se objetivamente que, ao trabalhar enquanto espera a concessão de benefício por incapacidade, está ele atuando de boa-fé, cláusula geral hodiernamente fortalecida na regência das relações de direito.

18. Assim, enquanto a função substitutiva da renda do trabalho não for materializada pelo efetivo pagamento do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, é legítimo que o segurado exerça atividade remunerada para sua subsistência, independentemente do exame da compatibilidade dessa atividade com a incapacidade laboral.

19. No mesmo sentido do entendimento aqui defendido: AgInt no AREsp 1.415.347/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 28.10.2019; REsp 1.745.633/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 18.3.2019; AgInt no REsp 1.669.033/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 30.8.2018; REsp 1.573.146/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 13.11.2017; AgInt no AgInt no AREsp 1.170.040/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 10.10.2018; AgInt no REsp 1.620.697/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 2.8.2018; AgInt no AREsp 1.393.909/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe de 6.6.2019; e REsp 1.724.369/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25.5.2018.

FIXAÇÃO DA TESE REPETITIVA

20. O Tema Repetitivo 1.013/STJ é assim resolvido: "No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente."

RESOLUÇÃO DO CASO CONCRETO

21. Ao Recurso Especial deve-se negar provimento, pois o Tribunal de origem julgou o presente caso no mesmo sentido do entendimento aqui proposto (fls. 199-200/e-STJ): "Verifica-se, dos autos, que a data de início do beneficio fixada na r. sentença e no acórdão foi 14/05/2012, diferentemente do que alega o INSS. E ainda que a parte autora tenha continuado a trabalhar, de tal fato não se deduz que estivesse válida para o trabalho, visto que a sua incapacidade laboral restou comprovada por meio de prova técnica. É de se presumir que o retorno ao trabalho se deu por questões de sobrevivência, em que pesem as suas condições de saúde."

22. Consubstanciado o que previsto no Enunciado Administrativo 7/STJ, o recorrente é condenado ao pagamento de honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor total da verba sucumbencial fixada nas instâncias ordinárias, com base no § 11 do art. 85 do CPC/2015.

CONCLUSÃO

23. Recurso Especial não provido, sob o rito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: ""A Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). SIDARTA COSTA DE AZEREDO SOUZA, pela parte RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

Dr(a). ANDRE LUIZ MORO BITTENCOURT, pela parte INTERES.: INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PREVIDENCIÁRIO (IBDP)"

Brasília, 24 de junho de 2020(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN - Relator

2.8.5. EMBARGOS - 17/08/2020

EXCELENTÍSSIMO (A) SENHOR (A) MINISTRO RELATOR DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA REsp nº 1786590

EMBARGANTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS

O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS, Autarquia Federal, representada pela Procuradoria-Geral Federal, órgão da Advocacia-Geral da União, nos termos do artigo 10 da Lei 10.480/02, vem, perante Vossa Excelência, por meio do Procurador Federal infra-assinado, com fundamento no artigo 1022[1], I, II e III, do Código de Processo Civil, opor EMBARGOS DE DECLARAÇÃO em face do acórdão de fls., pelas razões a seguir expostas.

Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a", da CF/1988) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado:

> PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. AUXÍLIODOENÇA. TERMO INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES DO STJ. DESCONTO DO PERÍODO TRABALHADO. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.- Preliminarmente, não conheço do agravo convertido em retido porque não reiterado pelo apelante nas razões de recurso, conforme exigia o artigo 523, § 1°, do CPC/1973.- A controvérsia do recurso cinge-se ao termo inicial do auxílio-doença, concedido em sentença, aos descontos dos períodos trabalhados, aos critérios de incidência de juros e de correção monetária e aos honorários de advogado. - O termo inicial do benefício deve ser fixado no dia do requerimento administrativo. Precedentes do STJ.- A permanência do segurado no exercício das atividades laborativas decorre da necessidade de prover sua subsistência enquanto a administração ou o Judiciário não reconheça sua incapacidade, não obstando a concessão do benefício vindicado durante a incapacidade. Posicionamento de acordo com precedente da 3a Seção desta e. Corte, que rechaça expressamente a possibilidade de desconto nos períodos em que houve contribuição previdenciária pela parte autora.- Correção monetária deve ser aplicada nos termos da Lei n. 6.899/81 e da legislação superveniente, bem como do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal, observado o disposto na Lei n. 11.960/2009, consoante Repercussão Geral no RE

> n. 870.947, em 16/4/2015, Rel. Min. Luiz Fux e Informativo 833 do Supremo Tribunal Federal.

A Primeira Seção submeteu a presente controvérsia, que tomou o número 63/STJ, sob o rito dos recursos repetitivos, e assim delimitou a tese controvertida:

> Possibilidade de recebimento de benefício, por incapacidade, do Regime Geral de Previdência Social, de caráter substitutivo da renda (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez), concedido judicialmente em período de abrangência concomitante àquele em que o segurado estava trabalhando e aguardava o deferimento do benefício.

Em julgamento do caso, a 1ª Seção definiu a seguinte tese: no período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente.

A r. decisão, contudo, padece de omissões, devendo ser saneada pelo provimento dos presentes aclaratórios.

DA TEMPESTIVIDADE

Considerando tratar-se o réu de Autarquia Federal, com as prerrogativas processuais inerentes à Fazenda Pública, o prazo para todas as manifestações é em dobro, nos termos do art. 183 do CPC2. Desse modo, à luz dos arts. 219 e 1.023 do CPC, tempestivos os presentes Embargos de Declaração, porquanto opostos dentro dos 10 dias úteis seguintes à intimação da decisão embargada (dia 03/08/2020).

DO CABIMENTO DOS PRESENTE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Consoante o disposto nos incisos I, II e III, do Código de Processo Civil, são cabíveis os Embargos de Declaração contra qualquer decisão judicial quando houver erro material, obscuridade, omissão ou contradição.

Assim, os Embargos de Declaração são meio hábil para a correção das omissões, obscuridades ou contradições verificadas no conteúdo do acórdão. No caso dos autos, o INSS entende que o acórdão publicado possui omissões.

DA OMISSÃO

De acordo com o acórdao embargado, o provimento do sustento do segurado não se materializou, no exato momento da incapacidade, por falha administrativa do INSS, que indeferira incorretamente o benefício, sendo inexigível do segurado que aguardasse a efetivação da tutela jurisdicional sem que buscasse, pelo trabalho (sobre-esforço laborativo), o suprimento da sua subsistência.

Em acréscimo, argumentou-se que o princípio da vedação do enriquecimento sem causa atua contra a autarquia previdenciária, pois, por culpa sua – indeferimento equivocado do benefício por incapacidade –, o segurado fora privado da efetivação da função substitutiva da renda laboral, objeto da cobertura previdenciária.

Finalmente, como tempero do elemento volitivo, ponderou-se que, ao trabalhar enquanto espera a concessão de benefício por incapacidade, o segurado atua de boa-fé, cláusula geral hodiernamente fortalecida na regência das relações de direito.

Destarte, infere-se que a principal premissa de julgamento é que o recebimento concomitante da remuneração com as parcelas atrasadas de benefício por incapacidade resulte de um erro administrativo: o erro indeferiu um benefício que deveria ter sido concedido.

Nos presentes embargos, não se apresentará nenhuma impugnação específica que subverta a essência da tese firmada. Sem embargo, pretende-se esclarecer a existência de alguns desdobramentos extremamente importantes que poderiam acabar sendo menoscabados pela aplicação indiscriminada da tese, como se ela fosse aplicável a todas as situações.

Em primeiro lugar, dependendo das circunstâncias do caso concreto, não há como simplesmente ignorar, sem nenhuma investigação mais apurada, vastos

períodos ininterruptos de tempo de trabalho em momentos em que se alega situação de incapacidade. A ciência médica é inexata e, não raras vezes, o termo inicial da incapacidade é definido exclusivamente com base nas declarações do próprio periciando ou em documentos médicos remotos e sem nenhuma demonstração de continuidade. Como ignorar, por exemplo, o fato de um autor ter laborado "supostamente incapaz" durante três, quatro, cinco ou dez anos? Some-se a isso o fato de que, dependendo do fluxo processual adotado pelo juízo, é plenamente possível que o perito judicial não tenha acesso ao histórico laborativo do demandante (extratos do CNIS - com a indicação de períodos longos e contínuos de trabalho), enviesando o diagnóstico pericial na direção das provas juntadas unilateralmente pela parte autora.

Nesse contexto, não se pode perder de vista a possibilidade de descaracterização da situação de incapacidade no caso concreto quando demonstrado o exercício de labor por longo período, o que afastaria o direito de proteção previdenciária por ausência de um dos requisitos legalmente estabelecidos.

Em segundo lugar, deve-se ponderar que, de acordo com o parágrafo 2º do art. 62 da Lei 8.213/91, a alteração das atribuições e responsabilidades do segurado compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental não configura desvio de cargo ou função do segurado reabilitado ou que estiver em processo de reabilitação profissional a cargo do INSS. Trata-se de hipótese de readaptação profissional. Ocorre quando a própria empresa, assegurada a irredutibilidade salarial, readapta o funcionário para o exercício de atividade cujas atribuições e responsabilidades sejam compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental. Exemplificando: se o segurado ficou incapaz para o trabalho "A", mas a empresa teve a iniciativa de readaptá-lo para a atividade "B" sem prejuízo da remuneração, não há risco social que demande proteção estatal. Logo, eventual reparação a título de auxílio-doença caracterizaria *bis in idem* protetivo. A propósito, não custa lembrar que essa ressalva foi expressamente prevista no âmbito dos regimes próprios de previdência por meio da Emenda Constitucional n. 103/19, senão vejamos:

> Art. 37. (...) § 13. O servidor público titular de cargo efetivo poderá ser readaptado para exercício de cargo cujas atribuições e responsabilidades sejam compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, enquanto permanecer nesta condição, desde que possua a habilitação e o nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino, mantida a remuneração do cargo de origem. (redação dada pela Emenda 103/19).

Obviamente, o INSS tem ciência de que esses dois aspectos versam sobre matéria de fato que precisam ser enfrentados pelas instâncias ordinárias. O que se postula, na verdade, é que a tese firmada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, desde já, realize o *distinguishing*, de modo a evitar futuras insurgências recursais.

Destarte, requer-se o provimento dos presentes embargos, a fim de que seja acolhida a seguinte proposta de tese:

> No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente, sem prejuízo da possibilidade de as instâncias ordinárias avaliarem eventual ocorrência de readaptação profissional e/ou descaracterizarem a situação de incapacidade com base em evidências constantes dos próprios autos.

Por todas essas razões, são os presentes declaratórios para requerer a integração do acórdão, com a manifestação expressa sobre as omissões apontadas, conferindo efeitos infringentes ao recurso para que seja fixada a seguinte tese:

> No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago

retroativamente, sem prejuízo da possibilidade de as instâncias ordinárias avaliarem eventual ocorrência de readaptação profissional e/ou descaracterizarem a situação de incapacidade com base em evidências constantes dos próprios autos.

Pede deferimento.

Brasília/DF, 17 de agosto de 2020.

ANTÔNIO ARMANDO FREITAS GONÇALVES

2.8.6. ACÓRDÃO DOS EMBARGOS – 09/09/2020

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIO INEXISTENTE. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ARTS. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015. TEMA REPETITIVO 1.013/STJ. QUESTÕES COLATERAIS. OBSERVÂNCIA DA DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA.

1. O acórdão embargado, exarado sob o rito dos recursos repetitivos, fixou a resolução do Tema 1.013/STJ da seguinte forma: "No período entre o indeferimento administrativo e a efetiva implantação de auxílio-doença ou de aposentadoria por invalidez, mediante decisão judicial, o segurado do RPGS tem direito ao recebimento conjunto das rendas do trabalho exercido, ainda que incompatível com sua incapacidade laboral, e do respectivo benefício previdenciário pago retroativamente".

2. O embargante aponta dois aspectos a serem ponderados na formulação da tese repetitiva: a) a hipótese de o segurado estar trabalhando em readaptação profissional; e b) desconfiguração da incapacidade por longos períodos ininterruptos de trabalho.

3. O intuito da afetação de tema repetitivo é resolver a questão jurídica estritamente delimitada, não podendo, nem devendo, o julgador pretender resolver todos os eventuais problemas adjacentes da resolução da tese se eles não estão no escopo do tema afetado, sob pena de violação do devido processo legal.

4. As ponderações trazidas pelo INSS apresentam relevância, mas configuram questões colaterais que não foram objeto da afetação do presente tema repetitivo.

5. O recurso foi desprovido com fundamento claro e suficiente, inexistindo omissão, contradição, obscuridade ou erro material no acórdão embargado.

6. Embargos de Declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: "A Seção, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 09 de setembro de 2020(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN – Relator

Esta obra vem para enaltecer
o trabalho de todos os diretores
membros da Diretoria de Atuação
Judicial do IBDP e nos relembrar
de todos o seus atos que fazem
a diferença em nossa sociedade

IBDP
Instituto Brasileiro de
Direito Previdenciário