



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Mateus Assis Nascimento

Proibição de discriminação e previdência complementar

Um estudo de caso do Tema 452/STF

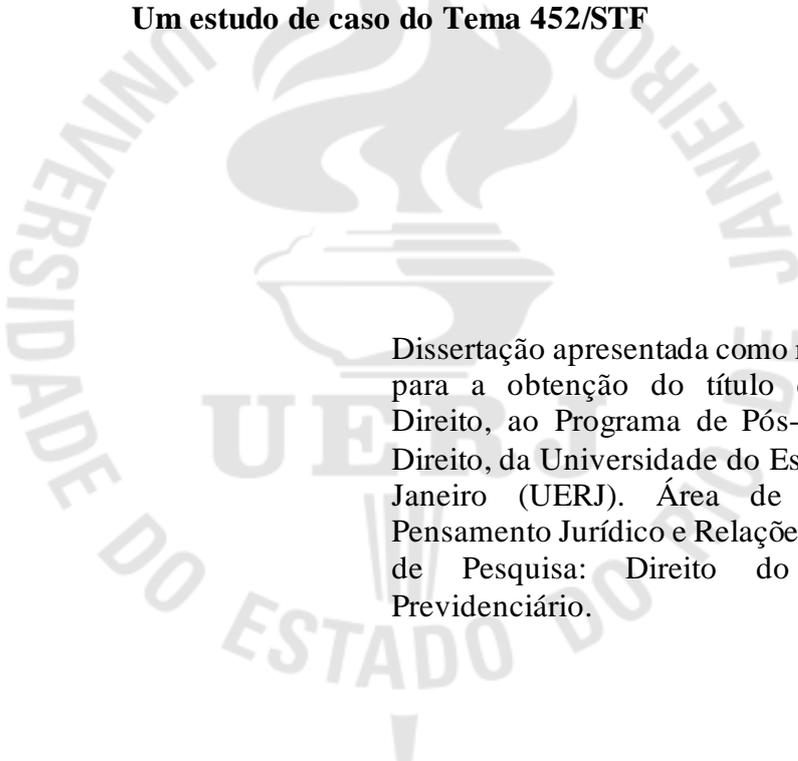
Rio de Janeiro

2023

Mateus Assis Nascimento

Proibição de discriminação e previdência complementar

Um estudo de caso do Tema 452/STF



Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Direito do Trabalho e Previdenciário.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Zambitte

Rio de Janeiro

2023

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

N244

Nascimento, Mateus Assis

Proibição de discriminação e previdência complementar: um estudo de caso do Tema 452/STF / Mateus Assis Nascimento. - 2023.
101 f.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Zambitte Ibrahim.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1.Discriminação - Teses. 2.Previdência social – Teses. 3. Seguridade social – Teses. I.Ibrahim, Fábio Zambitte. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 349.3

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Mateus Assis Nascimento

Proibição de discriminação e previdência complementar
Um estudo de caso do Tema 452/STF

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Direito do Trabalho e Previdenciário.

Aprovada em 27 de março de 2023.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Fábio Zambitte Ibrahim (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Marcelo Leonardo Tavares
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Marcelo Fernando Borsio
Centro Universitário do Distrito Federal

Rio de Janeiro

2023

DEDICATÓRIA

Para Renata, com amor.

AGRADECIMENTOS

Dedicar-se à pesquisa e ao ensino tem sido a concretização de um sonho de menino que, já naqueles tempos, enxergava a educação como ferramenta para formação de cidadãos e transformação da sociedade.

A realização da presente dissertação marca a conclusão de uma importante etapa nesta fascinante, e igualmente árdua, caminhada acadêmica.

Agradeço ao corpo docente e ao quadro de funcionários do PPGD-UERJ. Em especial, agradeço aos professores que participaram das bancas de qualificação e defesa do mestrado e ao meu orientador, o professor Fábio Zambitte Ibrahim, pelo voto de confiança e pelas preciosas lições.

Sou imensamente grato à minha família pelo suporte e compreensão durante todos os meses de dedicação aos estudos. Nada disso seria possível sem o apoio incondicional de minha amada Renata, a quem dedico este trabalho.

Por fim, agradecimento igualmente aos meus colegas de trabalho, por todo apoio e incentivo, e aos amigos que, mesmo distantes, estiveram sempre ao meu lado.

All animals are equal
but some animals are more equal than others.

George Orwell

RESUMO

NASCIMENTO, Mateus Assis. *Proibição de discriminação e previdência complementar: um estudo de caso do Tema 452/STF*. 2023. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

O presente estudo tem por finalidade compreender a incidência do princípio da isonomia nas relações de previdência complementar, notadamente a partir do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 452, no qual se discutiu se contratos previdenciários poderiam adotar percentuais distintos para cálculo de benefícios de homens e mulheres. O primeiro capítulo versa sobre o princípio da isonomia, com um panorama acerca do seu conteúdo jurídico para posteriormente examinar sua dimensão enquanto proibição de discriminação e a noção de discriminação indireta (*disparate impact*). Em seguida, trata-se da previdência complementar, abordando sua integração à seguridade social e seu arcabouço jurídico-constitucional próprio. Por fim, é realizado o estudo de caso sobre o Recurso Extraordinário n. 639.138, que originou o Tema 452. Concluiu-se que a adoção do fator de *discrimen* de gênero para a concessão de benefício de previdência complementar pode se valer de critérios que resultem em melhor benefício para as mulheres em comparação aos homens, o que é permitido pelo ordenamento jurídico sob o prisma da isonomia material. Contudo, a adoção de tal fator de *discrimen* não pode se valer de critérios – tempo de contribuição, inclusive – que resultem em complemento de aposentadoria mais prejudicial para elas, sob pena de violação ao princípio da isonomia, que proíbe a discriminação de gênero.

Palavras-chave: Isonomia. Discriminação. Teoria do Impacto Desproporcional. Previdência complementar.

ABSTRACT

NASCIMENTO, Mateus Assis. *Prohibition on discrimination and private pension: a case study of Theme 452/STF. 2023. 101 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.*

This study aims to understand how the principle of isonomy affects private pension relationships, especially based on the understanding signed by the Federal Supreme Court in Theme 452. The first chapter is about the principle of isonomy, with an overview of its legal content for later examine its dimension as a prohibition of discrimination and the notion of disparate impact. The next chapter is about private pension, its integration into social security system and its legal-constitutional framework. Finally, a case study on Extraordinary Appeal n. 639.138, leading case of Theme 452. In conclusion, the gender discrimination factor for the granting of supplementary pension benefits can use criteria that result in a more beneficial benefit for women compared to men, which is allowed by the constitutional order under the prism of material equality. However, the gender discrimination factor cannot use criteria – contribution time, including – that result in a more harmful benefit for them so as not to constitute a violation of the principle of isonomy, which prohibits gender discrimination.

Keywords: Equality. Discrimination. Disparate Impact. Private pension.

SUMÁRIO

| | | |
|---------|--|----|
| | INTRODUÇÃO | 9 |
| | ASPECTOS PRELIMINARES | 11 |
| 1 | ISONOMIA E A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO | 19 |
| 1.1 | Conteúdo jurídico da isonomia | 19 |
| 1.1.1 | <u>A noção de isonomia: da igualdade formal à material</u> | 20 |
| 1.1.2 | <u>Isonomia como princípio e direito fundamental na CF/88</u> | 23 |
| 1.2 | Isonomia como proibição de discriminação | 31 |
| 1.3 | Discriminação indireta e teoria do impacto desproporcional | 36 |
| 2 | REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR | 42 |
| 2.1 | Seguridade social e previdência social | 42 |
| 2.2 | A previdência complementar na CF/88 | 45 |
| 2.2.1 | <u>A constitucionalização da previdência complementar</u> | 46 |
| 2.2.2 | <u>Características constitucionais da previdência complementar</u> | 52 |
| 2.2.2.1 | Complementaridade | 53 |
| 2.2.2.2 | Autonomia | 54 |
| 2.2.2.3 | Facultatividade | 56 |
| 2.2.2.4 | Contratualidade | 58 |
| 2.2.2.5 | Necessidade de constituição de reservas | 61 |
| 2.3 | Noções gerais sobre os planos de previdência complementar | 65 |
| 3 | ESTUDO DE CASO: TEMA 452 DO STF | 69 |
| 3.1 | Resumo dos fatos e da pretensão inicial | 70 |
| 3.1.1 | <u>Aposentadoria por tempo de contribuição e o regulamento do plano de benefícios da FUNCEF (Regulamento Básico – REG)</u> | 71 |
| 3.2 | Diálogos institucionais finais | 73 |
| 3.2.1 | <u>Voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator)</u> | 76 |
| 3.2.2 | <u>Voto do Ministro Edson Fachin (Redator)</u> | 79 |
| 3.2.3 | <u>Votos dos Ministros Rosa Weber e Alexandre de Moraes (Vogais)</u> | 81 |
| 3.3 | Discussão | 84 |
| | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 93 |
| | REFERÊNCIAS | 96 |

INTRODUÇÃO

Em agosto de 2020, o Supremo Tribunal Federal julgou recurso em que se discutiu se contratos de previdência complementar poderiam adotar percentuais distintos para a realização de cálculo de benefícios de homens e mulheres. Trata-se do Recurso Extraordinário n. 639.138, que originou o Tema n. 452, de significativa repercussão para o regime de previdência complementar, em especial para o segmento fechado.

Para alcançar a conclusão de que o menor tempo de contribuição das mulheres não pode ser usado para diferenciar complementação de aposentadoria, o Supremo Tribunal Federal enfrentou questões constitucionais de relevo relacionadas ao conteúdo e alcance do princípio da isonomia, e ao arcabouço jurídico aplicável ao regime de previdência complementar.

A importância da adequada compreensão da isonomia dispensa maiores comentários, sendo esta uma norma fundamental que apresenta distintas dimensões e permeia todas as relações jurídicas. Em especial, numa sociedade marcada por intensas desigualdades como a brasileira, a assimilação e disseminação do direito à igualdade mostra-se urgente, sempre.

A previdência complementar adquire cada vez maior relevo pelo seu papel social na formação de poupança de parte da população, com objetivo de manutenção do seu padrão de vida frente aos diversos riscos sociais. Esse regime tem despertado maior interesse na sociedade diante das recentes reformas no sistema previdenciário brasileiro, que encurtaram a proteção social conferida pelos regimes básicos de previdência.

Assim, o presente estudo tem por finalidade compreender a incidência do princípio da isonomia nas relações de previdência complementar, notadamente a partir do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema n. 452. Buscou-se revelar aspectos e características da problemática em comento que possam auxiliar os intérpretes do Direito na adequada assimilação e aplicação da tese firmada pelo Tribunal Constitucional. Sem pretensão de esgotar a temática, que permite aprofundamento sob prismas diversos, espera-se contribuir para melhor compreensão do assunto, tanto na seara acadêmica como na prática jurídica.

A presente pesquisa se deu por meio de estudo de caso, precedida da investigação de amplo referencial teórico, com análise de legislação e obras especializadas, nacionais e estrangeiras, acerca do tema abordado.

Este trabalho está organizado em três capítulos, acrescidos da introdução, aspectos preliminares e das considerações finais. Logo após a introdução são expostas considerações preliminares, abarcando os fenômenos do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito, necessárias à compreensão do tema.

O primeiro capítulo versa sobre o princípio da isonomia, com um panorama acerca do seu conteúdo jurídico, para posteriormente examinar sua dimensão enquanto proibição de discriminação e a noção de discriminação indireta. Deu-se enfoque aos aspectos do preceito igualitário relacionados ao caso objeto do estudo.

O segundo capítulo trata da previdência complementar, abordando sua integração à seguridade social, seu arcabouço normativo próprio, com ênfase às suas características delineadas pela Constituição Federal de 1988.

O terceiro capítulo é o estudo de caso em si, com exame do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 639.138, o *leading case* que originou o Tema 452. O método adotado para o desenvolvimento do estudo de caso foi livremente inspirado nas lições de MACHADO sobre a utilização desta técnica na pesquisa em Direito¹ e de TAVARES para elaboração de “Comentário de Decisão Judicial”². Adotou-se uma perspectiva limitada ao campo jurídico-normativo, de forma que aspectos antropológicos, sociológicos ou políticos relacionados ao julgamento em exame não foram perquiridos.³

¹ MACHADO, Maíra Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maíra Rocha (org.) *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 357-389. A autora define o estudo de caso como “uma estratégia metodológica de construção de um objeto empírico muito bem definido e específico, potencialmente revelador de aspectos e características de uma problemática que não seriam facilmente acessados por intermédio de outras estratégias” (p. 361) e propõe uma estrutura para tal estudo em três camadas, quais sejam, “o contexto, o caso propriamente dito e, no interior do caso, uma ou mais unidades de análise” (p. 373 et seq).

² Conforme as aulas ministradas pelo Professor Dr. Marcelo Leonardo Tavares no Programa de Pós-Graduação em Direito da Uerj – PPGD/Uerj, na disciplina “Grupo de Pesquisa – Direito Previdenciário Comparado”, da qual este autor foi aluno. Segundo lecionou o professor, o Comentário de Decisão Judicial, concebido a partir das lições do jurista francês David Bonnet, consiste em um trabalho que aborda os aspectos principais de uma decisão judicial em conjunto com a contribuição do autor, seja fazendo-a dialogar com decisões anteriores e/ou com ensinamentos acadêmicos e doutrinários.

³ No estudo de caso foram referenciados aspectos relacionados à condição feminina na sociedade brasileira, suscitados pelos julgadores para fins de análise da incidência do princípio da isonomia no caso. Contudo, o tema não foi aprofundado, dado o escopo limitado da presente pesquisa.

ASPECTOS PRELIMINARES

Para a compreensão dos conteúdos da isonomia e da previdência complementar, ambos de natureza constitucional, e da controvérsia a ser estudada, faz-se útil delinear um breve referencial teórico acerca dos fenômenos do neoconstitucionalismo e da constitucionalização do direito, que estão associados ao posicionamento da Constituição no centro do sistema jurídico.

O neoconstitucionalismo é um fenômeno com diversas abordagens que consolidam os novos paradigmas para o estudo da atual realidade político-jurídica, alterando a forma como o Direito era compreendido até então⁴.

Em síntese a respeito do tema, BARROSO assevera que tal fenômeno está relacionado a um amplo conjunto de transformações vivenciadas pelo Estado e pelo direito constitucional, em meio às quais podem ser destacados: como marco histórico, a formação do Estado Democrático de Direito, consolidado ao longo do período pós-guerra europeu nas décadas finais do século XX, sendo a Lei Fundamental de Bonn (constituição alemã) sua principal referência normativa; como marco filosófico, o pós-positivismo, caracterizado pela centralidade dos direitos fundamentais e pela reaproximação entre Direito e ética; e, por fim, como marco teórico, um conjunto de mudanças que inclui a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.⁵ Para esta pesquisa, importa destacar alguns tópicos relacionados a esse marco teórico, em especial à dogmática da interpretação constitucional.

O reconhecimento da força normativa da Constituição implicou na atribuição do *status* de norma jurídica às normas constitucionais, de caráter vinculativo e obrigatório, delimitando e impondo deveres de atuação para o Estado⁶. Esse novo paradigma superou a antiga concepção vigente na Europa até meados do século XX, segundo a qual a Lei Fundamental

⁴ Destaque-se as teorias de Carlos Nino, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís, Robert Alexy, Ronald Dworkin, dentre outros.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, 1 abr. 2005. p. 15.

⁶ Como um dos precursores sobre o tema, destaca-se Konrad Hesse. Em sua obra *A força normativa da constituição*, o autor apontou que a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade, mas tampouco se limita ao reflexo das condições fáticas: sua essência reside na pretensão de eficácia, de sua concretização na realidade, imprimindo-lhe ordem e conformação (HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p 14-15). Neste ponto, ressalta BARROSO que o reconhecimento da força normativa da Constituição não eliminou as inevitáveis tensões existentes entre as pretensões de normatividade do constituinte e as circunstâncias da realidade fática (BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 7).

era um documento essencialmente político que veiculava mero convite à atuação dos Poderes Públicos, consolidando-se atualmente como premissa para o estudo da Constituição⁷.

Ainda no contexto do período pós-guerra, verificou-se a consolidação, entre os Estados europeus, do modelo de supremacia da Constituição, de inspiração norte-americana⁸. Tal modelo caracteriza-se pela constitucionalização dos direitos fundamentais, garantindo sua preservação em relação ao processo político majoritário ao reservar sua proteção, em última análise, ao Poder Judiciário. Até então, prevalecia na Europa o modelo de supremacia do Poder Legislativo, alinhados à doutrina inglesa de soberania do Parlamento e à concepção francesa da lei como expressão da vontade geral, em que não havia um controle de constitucionalidade por tribunais constitucionais. Com a expansão da jurisdição constitucional, observou-se a criação de novos instrumentos de controle concentrado e a ampliação do rol de legitimados para a propositura das ações de controle de constitucionalidade⁹.

Com o avanço do direito constitucional, surgiu uma nova dogmática da interpretação jurídica para enfrentar os problemas ligados à realização da vontade da Constituição. Partindo da constatação de que as premissas ideológicas e as categorias da interpretação jurídica tradicional não eram plenamente satisfatórias para solucionar um conjunto de problemas de cunho constitucional, elaborou-se doutrinariamente um modelo de interpretação constitucional, denominado nova interpretação constitucional, com novos conceitos e categorias para a produção de respostas constitucionalmente adequadas a esses problemas¹⁰.

Assim, a nova interpretação constitucional apresenta métodos mais flexíveis e compatíveis para a solução de conflitos normativos e casos complexos, ensejando, por meio de concessões recíprocas, a preservação dos bens e interesses em jogo, sempre reconduzindo ao sistema jurídico e à concordância prática.¹¹ Há o redimensionamento da norma jurídica como veículo dos elementos iniciais para a solução do problema, do intérprete como sujeito

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 7.

⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁹ MOURA, Emerson Affonso da Costa. 30 anos depois da constitucionalização do Direito no Brasil: avanços e perspectivas na atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos fundamentais e no respeito ao princípio democrático. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Brasil: Konrad Adenauer Stiftung, 2019. p. 188.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 12. – Ao tratar das limitações das premissas da interpretação jurídica tradicional frente a problemas jurídicos de natureza constitucional, BARROSO explica: “Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.

¹¹ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *op. cit.*, p. 187.

que participa na criação do Direito e dos fatos como instrumento de delimitação dos resultados possíveis¹².

No campo da dogmática constitucional, observou-se a incorporação dos direitos fundamentais às Constituições, com o reconhecimento, além da sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais em face do Poder Público e dos particulares, da sua dimensão objetiva enquanto objetivos fundamentais da comunidade¹³.

Em sua dimensão objetiva, os direitos fundamentais constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, consagradoras dos valores mais caros à comunidade política, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e fornecendo diretrizes para os órgãos estatais¹⁴. No sentido de uma “mais-valia jurídica”, tal dimensão tem caráter axiológico e implica no reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos aos direitos fundamentais, para além da perspectiva subjetiva, conferindo-lhes conteúdos normativos e funções distintas¹⁵.

Nessa perspectiva, alinhada à força normativa da Constituição, os direitos fundamentais assumem uma posição de centralidade no sistema jurídico, instituindo uma ordem objetiva de valores e irradiando efeitos por todo o ordenamento, condicionando a interpretação das normas e institutos dos ramos do Direito, além de vincular a atuação dos Poderes Públicos¹⁶.

Portanto, observa-se que o neoconstitucionalismo, na acepção ora exposta, desenvolveu-se ao longo da segunda metade do século XX, sob influência filosófica pós-positivista, para apresentar, no plano teórico, importantes mudanças de paradigmas, em especial com a atribuição de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a adoção do modelo da nova interpretação constitucional. Nesse modelo, destaca-se o reconhecimento da supremacia axiológica da Lei Fundamental, bem como da

¹² MOURA, Emerson Affonso da Costa. *op. cit.*, p. 187.

¹³ SARLET destaca que o desenvolvimento do que atualmente se entende como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais remete à doutrina constitucional do primeiro pós-guerra, com certo impulso após o advento da Lei Fundamental de 1949 alemã (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 147-148).

¹⁴ *Ibidem*, p. 150-151. O tema também foi amplamente desenvolvido por: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. E, mais recentemente, por: GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. *Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: parâmetros hermenêuticos e controle de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

¹⁵ Neste ponto, GIUDICELLI assevera: “A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é, portanto, uma “mais valia jurídica”, indo além da noção básica de direitos fundamentais enquanto regras e princípios, impondo o reconhecimento do caráter axiológico desses direitos, enquanto elemento de legitimação do ordenamento jurídico, fincado no valor dignidade humana, e com propensão de influir em todo o processo de interpretação e aplicação do Direito, sem olvidar do caráter deontológico destes direitos que subjaz de sua dimensão subjetiva”. (GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. *op. cit.*, p. 142).

¹⁶ MOURA, Emerson Affonso da Costa. *op. cit.*, p. 187-188.

centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica e da sua dimensão objetiva, irradiando efeitos em todo o ordenamento.

Dessa conjuntura, resultou um amplo processo de constitucionalização do Direito. Tal processo pode ser compreendido como a transformação do ordenamento jurídico em decorrência do reconhecimento da normatividade da Constituição e do papel de centralidade dos direitos fundamentais, associado à difusão da jurisdição constitucional, no Estado Democrático de Direito. Permeia os distintos ramos do ordenamento jurídico, promovendo o realinhamento dos seus preceitos e institutos às normas constitucionais.

MOURA destaca que essa transformação redimensiona as atividades legislativas, judicial e doutrinária a partir da centralidade da Lei Fundamental¹⁷.

Tal como o neoconstitucionalismo, a constitucionalização do Direito é expressão que comporta múltiplos sentidos. Ao abordar o processo de constitucionalização do Direito Previdenciário¹⁸, IBRAHIM adota a distinção entre as acepções formal e material do fenômeno, as quais, em consonância com a noção até aqui apresentada, se mostram adequadas aos fins de apresentação do fenômeno no presente estudo¹⁹.

Na acepção formal, a constitucionalização do Direito reflete a inclusão de temas na Constituição que passam a gozar de sua normatividade e rigidez características. Na medida

¹⁷ Sobre o tema, o autor destaca: “No âmbito da legislação, abrange a limitação do espaço de conformação do Poder Legislativo, subtraindo de sua esfera de liberdade a definição dos bens e interesses a serem perseguidos, reservando a este precipuamente a eleição dos meios necessários a concretização dos fins e objetivos almeja dos pela sociedade e veiculados pela Constituição. No campo da jurisprudência, envolve a ampliação da competência do Poder Judiciário oriunda do poder-dever de aplicar os preceitos constitucionais, que importa na possibilidade de invalidação dos atos emanados pelos poderes públicos ou originários dos particulares através da interpretação criativa das normas jurídicas à luz da Constituição. No espaço da doutrina, inclui a releitura dos preceitos e institutos dos distintos ramos jurídicos com a recondução dos seus fundamentos axiológicos às normas constitucionais e o alinhamento do seu conteúdo normativo como revelação dos preceitos fundamentais veiculados pela Constituição garantindo a superioridade de suas normas e a realização dos valores da sociedade” (MOURA, Emerson Affonso da Costa. A constitucionalização do direito da cidade. *Brazilian Journal of Urban Management*, p. 527-542, set./dez. 2017, p. 530).

¹⁸ Alguns autores adotam condições para a ocorrência desse fenômeno. É assim que, além do reconhecimento da normatividade da Constituição e do papel de centralidade dos direitos fundamentais na ordem jurídica, MOURA, ao que parece inspirado nas lições do jurista Ricardo Guastini, aponta a necessidade das seguintes condições: i) a existência de uma Constituição rígida, com mecanismo de garantia capaz de preservar a hierarquia de seus preceitos (exteriorizado na previsão de um ou mais órgãos políticos ou judiciais incumbidos de exercer o controle de constitucionalidade); ii) o reconhecimento de que qualquer questão está sujeita ao controle de parametricidade com a Constituição; iii) o emprego da interpretação conforme a Constituição como técnica hermenêutica para eleger, dentre as distintas formas de interpretação, aquela capaz de harmonizar o conteúdo da lei às normas constitucionais, eliminando as opções incompatíveis com o ordenamento jurídico; iv) a influência da Constituição sobre as relações políticas, verificada por meio da atribuição aos órgãos de controle de constitucionalidade do controle do exercício da discricionariedade legislativa pelo Poder Judiciário, da resolução de conflitos de competência relativo ao exercício do poder estatal e do emprego das normas constitucionais na argumentação dos atores políticos (MOURA, Emerson Affonso da Costa. *op. cit.*, p. 531).

¹⁹ IBRAHIM, Fábio Zambite. *A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói: Impetus, 2011. p. 132-136.

em que ascendem à Constituição, as normas assumem caráter subordinante em relação às demais existentes no sistema jurídico.

É cediço que, por vezes, esses temas não estão restritos aos aspectos fundamentais do Estado Democrático de Direito, alçando à Lei Maior normas que, em outras circunstâncias sociais e políticas, assumiriam caráter infraconstitucional. Nesses casos, o que se costuma observar é um conjunto prolixo de normas constitucionais²⁰, sendo comum a previsão de rol de direitos fundamentais extenso, com direitos antes sumariamente previstos ou que sequer constavam nos textos constitucionais. Ressalte-se que tal circunstância interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo intérprete do Direito em relação ao tema constitucionalizado²¹.

Na acepção material, a constitucionalização do Direito implica nova percepção e aplicação do ordenamento jurídico, agora irradiado pelos preceitos normativos e vinculantes do texto constitucional. Ao intérprete do Direito, incumbe compreender a ordem jurídica sob uma ótica constitucional, de modo a realizar os valores consagrados na Constituição, reinterpretando, à sua luz, os institutos dos diversos ramos do Direito²².

Nesse ambiente, assume especial relevância o elenco de direitos fundamentais consagrados pela ordem constitucional, pois exprimem os valores nucleares da ordem jurídica. Seus efeitos são irradiados para todos os campos do ordenamento, impulsionando e orientando a atuação de particulares e dos Poderes Públicos. Em razão do seu caráter de fundamentalidade, a esses direitos é conferido um papel central e proteção especial.

Em síntese, a constitucionalização do Direito posiciona a Constituição no centro do sistema jurídico, nas acepções formal e material, para irradiar sua força normativa pelo ordenamento jurídico, funcionando como parâmetro de validade e vetor de interpretação de todas as normas do sistema, com destaque para o papel atribuído aos direitos fundamentais. Há algum tempo tal fenômeno transcendeu o campo meramente teórico, tornando-se um fato em diversos ordenamentos vigentes²³, a exemplo do caso brasileiro.

No Brasil, o marco histórico desse fenômeno é a promulgação da Constituição Federal de 1988. A Constituição Cidadã, como ficou conhecida, é resultado de um amplo processo de

²⁰ BONAVIDES explica que as Constituições prolixas “são em geral aquelas que trazem matéria por sua natureza alheia ao direito constitucional propriamente dito, (...) em cuja esfera entram apenas formalmente, por arbítrio do legislador constituinte, para a aferir garantias que só a Constituição proporciona em toda a amplitude” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2020. p. 91).

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 20.

²² O fenômeno é abordado pela doutrina como “filtragem constitucional”. Sobre o tema: SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

²³ IBRAHIM, Fábio Zambite. *op. cit.*, p. 132.

discussão, fruto da redemocratização do país, e passou a ocupar posição central no sistema jurídico pátrio, permeando os demais ramos do Direito pátrio²⁴.

Além da supremacia formal já presente em suas antecessoras, a Constituição brasileira passou a desfrutar de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios²⁵. A previsão de princípios vagos e com forte carga axiológica em seu texto contribuíram para o processo de constitucionalização do Direito no país²⁶.

Outro traço marcante, que favoreceu o processo de constitucionalização do Direito no Brasil, foi a adoção de um regime jurídico-constitucional reforçado para os direitos fundamentais. Nesse sentido, além de fixar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, positivaram-se tais direitos em primeiro plano no texto constitucional, em catálogo amplo, que contempla direitos fundamentais de diversas gerações, conferindo-lhe aplicabilidade imediata, consoante § 1º do art. 5 da Constituição.²⁷

De acordo com as lições de SARLET, o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais da Carta de 1988, consagrado em seu art. 5º, § 2º, aponta para a existência de direitos positivados em outras partes do texto constitucional, em tratados internacionais, e até não escritos (implícitos nas normas de outros direitos fundamentais ou decorrentes do regime e dos princípios constitucionais)²⁸. Assim, na verificação da fundamentalidade material de determinado direito, é necessária a análise do seu conteúdo a fim de constatar se nele estariam presentes decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, com destaque à posição ocupada pela pessoa humana²⁹.

A consagração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais impôs o reconhecimento desses direitos como ordem principiológica de valores com irradiação para todos os ramos jurídicos, inclusive para além das relações entre Estado e cidadãos. Neste sentido, firmou-se a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, segundo a qual

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 64.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 21.

²⁶ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. SARMENTO, Daniel. (coord). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 125.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 64. O autor destaca que, nas Cartas anteriores à de 1988, os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social.

²⁸ *Ibidem*, p. 68-69.

²⁹ A respeito do tema: “A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, § 2º, da CF) que a noção da fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais” (SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 76).

tais direitos têm eficácia direta nas relações entre particulares.³⁰ Acerca do tema, MENDES e FERNANDES bem contextualizam a sedimentação desse entendimento no Brasil:

A construção de uma teoria de eficácia horizontal dos direitos humanos no Brasil foi profundamente inspirada pelo desenvolvimento histórico do Direito Alemão. Enquanto na tradição germânica, porém, firmou-se a compreensão de que a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas poderia suprimir ou restringir em demasia o princípio da autonomia privada, no Brasil a doutrina majoritária supreendentemente inclinou-se no sentido oposto.

Há pelo menos duas razões dogmáticas que explicam esse resultado inusitado. A primeira delas se deve a uma leitura excessivamente ampliada do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Importantes autores passaram a interpretar o comando constitucional de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais como uma afirmação da sua eficácia direta nas relações privadas. A segunda razão, que merece ser mais bem aprofundada, tem a ver com a interpretação da doutrina de que o desenvolvimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em torno do tema suportaria uma defesa do modelo de eficácia direta.³¹

No tocante à jurisdição constitucional, sua expansão, em especial pela via concentrada, é marcada pela criação de novos mecanismos de controle de constitucionalidade e a ampliação do rol de legitimados à propositura de ações abstratas pela Carta de 1988. Por conseguinte, permitiu-se um processo de judicialização da política que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas³².

Rotulada como analítica, prolixa e corporativa³³, é cediço que a Carta de 1988 incorporou em seu texto matérias de natureza alheia ao direito constitucional propriamente dito, como resultado da influência de grupos intermediários da sociedade. Diversos ramos do Direito tiveram algumas de suas normas contempladas no texto constitucional, assumindo caráter subordinante em relação às demais, sujeitando seu conteúdo a exame de parametricidade aos ditames positivados na Constituição.

Promovendo o realinhamento dos preceitos e categorias de todos os campos do ordenamento jurídico à Lei Maior, a constitucionalização do Direito é destacada pela doutrina

³⁰ Sobre o tema e as distintas teorias que analisam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, vide a obra de SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas da internet: o dilema da moderação de conteúdo em redes sociais na perspectiva comparada Brasil-Alemanha. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 31. ano 9. p. 33-68. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022.

³² MOURA, Emerson Affonso da Costa. *30 anos depois da constitucionalização do Direito no Brasil: avanços e perspectivas na atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos fundamentais e no respeito ao princípio democrático*. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Brasil: Konrad Adenauer Stiftung, 2019. p. 189.

³³ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 21.

com maior ênfase em três dos seus ramos – Civil, Penal, Administrativo – cujos institutos foram reinterpretados sob a ótica constitucional³⁴.

No campo privado, notadamente no direito civil, esse fenômeno fomentou a adoção de uma nova maneira de se interpretar as normas e os institutos do direito privado, de acordo com a “legalidade constitucional” ou “metodologia civil-constitucional”³⁵. Tal metodologia orienta o intérprete a analisar os institutos do direito civil sob uma ótica funcional, na unidade do sistema, cuja coerência é garantida pela Constituição Federal.

Acerca do direito civil-constitucional, ensina MORAES:

Aceita-se hoje, cada vez mais, como metodologia obrigatória para a imprescindível reunificação do sistema, a necessidade de se proceder à ‘releitura do Código Civil e das leis especiais – isto é, da normativa do direito civil – à luz da Constituição’. Esta parece ser, com efeito, a única solução logicamente adequada, se reconhecermos a preeminência das normas constitucionais e dos valores por elas expressos num ordenamento caracteristicamente unitário. Portanto, a norma constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea, a incidir sobre o conteúdo das relações intersubjetivas, funcionalizando-as aos seus valores. Isto significa dizer-se que a igualdade – formal e substancial –, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana se tornam os parâmetros axiológicos da jurisprudência e de todo o aparato jurídico conceitual, estando aptos a fundar uma verdadeira revolução nos conceitos jurídicos próprios do direito privado e, sobretudo, na função atribuída a estes conceitos.³⁶

A constitucionalização do Direito também exerceu papel importante no âmbito do direito previdenciário, em especial no concernente à previdência complementar, cuja matéria passou a ser disciplinada na Constituição Federal de forma pioneira ao ter fixada suas características fundamentais. Tal aspecto será abordado no Capítulo 2.

Antes, examina-se o conteúdo do princípio da isonomia.

³⁴ Acerca influência da Constituição de 1988 nesses ramos do Direito, MOURA destaca: “Na órbita civil, observa-se um deslocamento do Código Civil da posição central antes ocupada no sistema jurídico, com a sua submissão a um redimensionamento axiológico a partir da Constituição, em especial, com a irradiação da *dignidade da pessoa humana* e *aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas*. No campo penal, observa-se o readequamento das normas e institutos penais a os preceitos constitucionais, mediante a sujeição da *produção, validade e interpretação* das normas que disciplinam os crimes e o processo ao amplo catálogo de direitos fundamentais e ainda, a subtração da esfera de conformação do legislador da criminalização e descriminalização de algumas condutas. Sob o prisma administrativo, a assunção pela Constituição do epicentro da ordem jurídica representa a força motriz de consolidação das mudanças que tem sofrido o direito administrativo com redimensionamento dos seus institutos aos direitos fundamentais e o princípio democrático, em uma reaproximação com o direito constitucional” (MOURA, Emerson Affonso da Costa. A constitucionalização do direito da cidade. *Brazilian Journal of Urban Management*, set./dez. 2017, p. 530).

³⁵ Destacam-se como expoentes dessa metodologia no cenário nacional os juristas Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes.

³⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016. p. 29

1 ISONOMIA E A PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

A noção de isonomia – ou igualdade – passou por importantes mudanças na sua compreensão e aplicação ao longo do tempo e, ainda hoje, é aberta a distintas concepções³⁶.

Ciente de que o estudo aprofundado desse conceito requer uma abordagem que ultrapassa os contornos da presente pesquisa, cabe registrar alguns apontamentos acerca das suas dimensões teóricas, com destaque para o desenvolvimento da isonomia formal à material, e seu conteúdo e significado à luz da Constituição Federal de 1988. Em seguida, dá-se enfoque especificamente à igualdade como proibição de discriminação, abarcando as noções interligadas de discriminação indireta e da teoria do impacto desproporcional.

1.1 Conteúdo jurídico da isonomia

Ao destacar que todos temos uma compreensão intuitiva do significado da igualdade e suas implicações, FREDMAN pontua que a escolha entre as diferentes concepções de isonomia não é uma questão de lógica, mas sim de valores ou política³⁷. Em sentido semelhante, RIOS destaca que a igualdade é “uma das mais ricas, recorrentes e intrincadas questões do pensamento jurídico, pertinente ao princípio democrático, à filosofia política, à

³⁶ Sobre o tema, ÁVILA assim assevera: “Diferentes sujeitos podem utilizar-se da palavra igualdade conferindo-lhe sentidos completamente diversos uns dos outros. Alguns autores se referem à igualdade como pertencendo à categoria de “princípio”, outros como se ela fosse uma “regra”, e outros, ainda, como fosse um “direito”. Alguns a adjetivam com o qualificativo de “formal”, a passo que outros atribuem-lhe a característica de “material”, quando não a qualificam de “vazia” ou “meramente formal”. Como será visto, algumas dessas diferentes conceitualizações podem até ser contraditórias, mas não necessariamente. É preciso compreender, antes de tudo, que a palavra “igualdade” é um signo e, como tal, suscetível de ser dotado de diferentes sentidos, conferidos de variadas formas e com vários propósitos.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 141). JUNQUEIRA lembra que as diferentes concepções da igualdade costumam gerar resultados diversos para os mesmos problemas. O autor cita, como exemplo, a distinção entre concepções existentes no campo do seguro: enquanto a igualdade sob a ótica do segurador se pauta pela igualdade de tratamento entre grupos, aquela vista pelo panorama da tradição individualista dos direitos fundamentais visa proteger a isonomia de tratamento entre indivíduos, especialmente quando envolve características imutáveis (JUNQUEIRA, Thiago Villela. *Diferenciação admissível e discriminação inadmissível no contrato de seguro privado: exame da precificação com base no gênero e em variáveis que causem impacto desproporcional nos indivíduos negros*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020. p. 34-36).

³⁷ Acerca dos fins perseguidos pela igualdade, a autora assevera: “*The right to equality could aim to achieve the redistributive goal of alleviating disadvantage, the liberal goal of treating all with equal concern and respect, the neoliberal goal of market or contractual equality, and the political goal of access to decision-making processes*” (FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 3).

filosofia do direito e à teoria geral do direito, além de constituir um dos pontos polêmicos centrais na teoria dos direitos fundamentais”³⁸.

A conexão íntima existente entre a noção de isonomia e a noção de justiça (e as suas mais diversas teorizações) é enfatizada por SARLET e SARLET. Segundo os autores, essa conexão se dá, em especial, porque a justiça é algo que as pessoas vivenciam, em primeira linha, na sua relação com os outros e na forma como elas próprias e os demais são tratados³⁹.

Para a compreensão do seu conteúdo, importa abordar, ainda que de maneira sucinta, as distintas dimensões atribuídas ao preceito igualitário.

1.1.1 A noção de isonomia: da igualdade formal à material

Embora tenha sido objeto de estudos desde Aristóteles, a doutrina destaca que é a partir do Estado Moderno, calcado no constitucionalismo desencadeado pelas revoluções do século XVIII, que a isonomia adquire contornos de maior relevância sob uma perspectiva jurídica. GOMES ressalta que a ideia de igualdade emerge como princípio incontornável dos documentos constitucionais então nascentes, com destaque para aqueles resultantes das revoluções americana e francesa ⁴⁰.

Sem adentrar em demasia na trajetória e na noção de igualdade, mostra-se útil à presente pesquisa consignar as dimensões atribuídas a este princípio no âmbito do constitucionalismo moderno. Neste sentido, é de grande valia a trajetória evolutiva da isonomia apresentada por SARLET, notadamente por sua didática na exposição das características marcantes que cada uma dessas dimensões apresenta.

³⁸ RIOS, Roger Raup. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21-22.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Igualdade como proibição de discriminação e direito à (e dever de) inclusão: o acesso ao ensino superior e a regulamentação do estatuto brasileiro das pessoas com deficiência. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 78, nov-dez/2017. p. 198-199.

⁴⁰ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 2. Já Vinícius Letti Flores aponta como marco inicial para a análise da igualdade sob a perspectiva jurídica a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Ressalta o autor que, embora a referida Declaração tenha tido inspiração nas Constituições dos Estados norte-americanos (notadamente, a universalização da ideia de declaração de direitos ocorreu tão somente a partir da Revolução Francesa, a qual baniu os privilégios hereditários e testamentais do Antigo Regime (FLORES, Vinícius Letti. *Igualdade e proibição de discriminação no direito privado*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014. p. 12.).

Para o autor, a isonomia percorreu a seguinte senda evolutiva: (a) a igualdade de todos perante a lei, (b) a proibição de discriminação de qualquer natureza e (c) a igualdade da própria lei (ou igualdade “na” lei)⁴¹.

Nessa primeira fase de reconhecimento da igualdade na seara jurídico-constitucional, a igualdade de todos perante a lei (ou igualdade na aplicação da lei) correspondia à isonomia formal, absoluta em termos jurídicos no sentido de assegurar que todos os indivíduos estariam sujeitos ao mesmo tratamento previsto na lei, independentemente do conteúdo desse tratamento e das condições e circunstâncias de cada pessoa (generalidade e prevalência da lei), sob uma perspectiva típica do Estado constitucional de matriz liberal.

Nas segunda e terceira fases é atribuído sentido material ao princípio da isonomia. Enquanto em sua segunda dimensão o princípio da isonomia passa a operar como a proibição de arbítrio (tratamento arbitrário), exigindo critérios razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais, que estejam em consonância com a dignidade da pessoa humana, a terceira dimensão do princípio é caracterizada pela incorporação da ideia de igualdade “na lei”, compreendida como um dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais (uma igualdade social ou de fato). Adquire importância o princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a integrar a concepção de igualdade assumindo o papel de critério material de valoração para definir as discriminações materialmente razoáveis ou não.

Acerca da noção de igualdade formal, GOMES lembra que a igualdade perante a lei era abstrata por natureza e fortemente influenciada pelo postulado da neutralidade estatal de cunho liberal e que, durante muito tempo, era tida como a garantia da concretização da liberdade.⁴² Associada à ideia de liberdade oitocentista, tal isonomia não era tida como incompatível com a desigualdade em matéria de direitos e obrigações decorrentes de desigualdades sociais e econômicas, a exemplo das limitações impostas na esfera dos direitos políticos e da licitude da escravidão observadas em ordenamentos jurídicos à época⁴³.

A atribuição de sentido material à isonomia ocorre a partir da constatação de que essas situações de injustiça (ou, mais precisamente, desigualdades injustas) não combatidas pelo seu

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SaraivaJur, 2022. A partir daqui, seguir-se-á o trajeto intelectual pavimentado pelo autor na explanação acerca das 3 fases do princípio da igualdade.

⁴² GOMES, Joaquim B. Barbosa. *op. cit.*, p. 3.

⁴³ Neste tocante, SARMENTO lembra que, no Brasil, a primeira Constituição previa expressamente o princípio da igualdade em seu art. 178, XIII, contudo, ao longo de quase todo o Império vigorou o regime de escravidão dos negros no país (SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional e igualdade étnico-racial*. PIOVESAN, Flávia; MARTINS DE SOUZA, Douglas (coords.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPPPIR, 2006. p. 64-66.).

aspecto estritamente formal deveriam ser afastadas.⁴⁴ A igualdade formal, então, passa a ser contemplada também pela assim denominada igualdade material, resultando na sua compreensão de acordo com as três dimensões expostas acima.

SARMENTO ressalta a trajetória ascendente percorrida pelo reconhecimento da igualdade entre as pessoas na Era Moderna, e assevera que o aumento da preocupação com a igualdade material está relacionado ao advento do Estado Social e à crescente intervenção estatal na seara das relações econômicas.⁴⁵ Destaca o autor que a concepção de igualdade calcada nas constituições sociais é mais concreta, alternando o foco do indivíduo abstrato e racional objeto dos ideais iluministas para a “pessoa de carne e osso, que tem necessidades materiais que precisam ser atendidas, sem as quais não consegue nem mesmo exercer suas liberdades fundamentais”⁴⁶.

Ainda sobre a compreensão das distintas dimensões da igualdade, vale a ressalva feita por SARLET no sentido de que os termos a ela associados – a exemplo da “igualdade formal” e da “igualdade material” – nem sempre são compreendidos da mesma forma⁴⁷.

Independentemente do critério terminológico a ser adotado, observa-se que a trajetória evolutiva da noção de igualdade a partir do constitucionalismo moderno, em suas distintas dimensões que integram a igualdade formal e a igualdade material, levaram a uma reconstrução do seu significado e alcance em termos jurídico-constitucionais⁴⁸, o que será mais bem explorado no tópico a seguir, notadamente sob a perspectiva do direito constitucional positivo brasileiro.

⁴⁴ GOMES assim destaca: “A experiência mostrou, contudo, que tal como construída, à luz da cartilha liberal oitocentista, a igualdade jurídica nada mais era do que uma mera ficção” (GOMES, Joaquim B. Barbosa. *op. cit.*, p. 3).

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 64-66.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 66.

⁴⁷ Ingo Sarlet ressalta que os termos “igualdade formal” e igualdade material”, assim como “igualdade social ou de fato”, nem sempre são compreendidos da mesma forma (SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, s/p).

⁴⁸ *Ibidem*, s/p.

1.1.2 Isonomia como princípio e direito fundamental na CF/88

Antes de adentrar seu conteúdo e significado à luz da Constituição Federal de 1988, faz-se mister destacar que o princípio da igualdade integra “uma gramática universal do direito constitucional, da dogmática dos direitos fundamentais e do direito internacional dos direitos humanos”⁴⁹. Dessa maneira, a sua abordagem à luz do direito constitucional positivo brasileiro – conforme pretendido por este tópico – valer-se-á, em alguns momentos, da interação com outras culturas constitucionais.

É nesse sentido que também merece registro o amplo processo de reconhecimento do direito à igualdade como um direito humano no plano internacional, o que pode ser percebido por meio da sua incorporação em diversos tratados ou convenções, tanto de amplitude universal (a exemplo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966) como de abrangência regional (como no caso da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969), assim como em diversos documentos que visam combater formas de discriminação específicas como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1966, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007 e, em âmbito regional, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância de 2013. Uma vez ratificados pelos Estados signatários, tais documentos supranacionais assumem a condição de normas de caráter vinculante.

Especificamente no âmbito da Constituição Federal de 1988, SARLET aponta que a igualdade pode ser observada ao mesmo tempo como (i) parte integrante dos valores centrais da ordem jurídico-constitucional brasileira, ao lado da justiça e do valor de uma sociedade pluralista e sem preconceitos constantes no Preâmbulo do texto constitucional⁵⁰; (ii) princípio estruturante do Estado Democrático de Direito enquanto norma impositiva de tarefas para o Estado, a exemplo do que preconizam os objetivos fundamentais da República previstos no art. 3º, em especial os incisos III e IV, que elencam a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, s/p.

⁵⁰ Sobre o sentido declaratório do Preâmbulo e sua influência na interpretação constitucional, remeta-se a ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 67.

quaisquer outras formas de discriminação; (iii) e, por fim, “peça-chave” integrante do catálogo constitucional de direitos fundamentais⁵¹.

Segundo o autor, considerada a arquitetura constitucional positiva brasileira, pode-se afirmar que as três dimensões do princípio da igualdade estão abrangidas pela Constituição Federal de 1988 da seguinte maneira⁵²:

(a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucionais, quando proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural.

Em sentido semelhante, Luís Roberto Barroso e Aline Rezende Peres anotam que as três dimensões da igualdade no mundo contemporâneo estão presentes no texto constitucional brasileiro. A igualdade formal está disposta no artigo 5º *caput* da CF, “que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios”, a igualdade material se encontra prevista no artigo 3º, I e III da CF, “que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem estar social” e a igualdade como reconhecimento está contemplada no art. 3º, IV, da CF, “significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras”⁵³.

Para fins da presente pesquisa, importa dar ênfase à vertente do preceito isonômico sob a óptica dos direitos fundamentais. Dessa maneira, de acordo com as lições de SARLET e demais doutrinadores que examinam o direito de igualdade sob tal perspectiva, é possível identificar, entre outras nuances, as dimensões objetiva e subjetiva desse direito fundamental, seu conteúdo e alcance, bem como os sujeitos a ele vinculados.

Em sua dimensão objetiva, SARLET ressalta que a igualdade constitui princípio, e valor, estruturante do Estado Democrático e Social de Direito⁵⁴. Para o autor, a existência de um dever estatal de proteção das pessoas contra atos de discriminação guarda consonância com o ordenamento constitucional brasileiro, o qual proíbe discriminações e impõe ao legislador a sua punição. Nesse sentido, cita o autor, o art. 5º, XLI, da Constituição Federal

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, s/p.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ BARROSO, Luis Roberto; OSORIO, Aline Rezende Peres. “Sabe como quem está falando?”: notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. *Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 07, n. 13, 2016. p. 208

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, s/p.

estabelece que qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais deverá ser punida por lei.

Enquanto direito subjetivo, SARLET assevera que a igualdade constitui fundamento de posições individuais e coletivas, tanto defensivas como prestacionais⁵⁵. A função defensiva (negativa) desse direito veda tratamento em desacordo com as exigências da igualdade. Na função prestacional (positiva), o direito de igualdade fundamenta o igual acesso às prestações (bens, serviços, subvenções), disponibilizadas pelo Poder Público ou, em alguns casos, por entidades privadas. Nessa última perspectiva, também opera como fundamento às ações afirmativas, no sentido de medidas que combatam desigualdades de fato, promovendo sua compensação, atreladas à imposição constitucional de uma igualdade de oportunidades. Nesse tocante, MELLO aponta que a igualdade visa a duplo objetivo: de um lado, propiciar garantia individual contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos.⁵⁶

Ao se examinar o texto constitucional, constata-se existência tanto de uma cláusula geral como de cláusulas especiais de igualdade⁵⁷. Enquanto a cláusula geral da igualdade prevê um direito geral de igualdade, cláusulas especiais de igualdade são manifestações próprias que dizem respeito a determinados grupos de pessoas, circunstâncias etc.⁵⁸

Dessa maneira, observa-se que, além da cláusula geral de igualdade prevista no *caput* do seu art. 5º, a Constituição Federal de 1988 contempla cláusulas isonômicas especiais como a de igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I); proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor, ou estado civil (art. 7º, XXX); proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência (art. 7º, XXXI); igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (art. 7º, XXXIV); acesso igualitário e universal aos bens e serviços em matéria de saúde (art. 169, caput); igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 206, I); igualdade de direitos e deveres entre cônjuges (art. 226, § 5º); proibição de discriminação em razão da filiação (art. 227, § 6º). Encontra-se também no plano constitucional o dever de promover políticas de ações afirmativas, a exemplo do art. 37, VIII, o qual estabelece a reserva de

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, s/p.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 23.

⁵⁷ SARLET lembra que, assim como se deu em outras ordens constitucionais contemporâneas, também a Constituição Federal de 1988 não se limitou a enunciar um direito geral de igualdade, estabelecendo, ao longo do seu texto, uma série de disposições impositivas de um tratamento isonômico e proibitivas de discriminação (SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, s/p.).

⁵⁸ Segundo SARLET, isso denota a complexidade da matéria e a necessidade de uma abordagem consoante às especificidades do direito constitucional positivo (SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, s/p.).

percentual de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência em percentual a ser definido por lei.⁵⁹

Há doutrina asseverando que, enquanto a cláusula geral da igualdade é estruturalmente um princípio, as cláusulas especiais de igualdade muitas vezes têm a estrutura de regras, o que terá repercussões quanto à submissão do direito de igualdade em discussão ao exame de ponderação⁶⁰.

Nessa seara, inserida a discussão no âmbito da categoria das normas de direitos fundamentais, convém ressaltar as lições de ALEXY acerca da distinção qualitativa entre regras e princípios⁶¹. Em suma, enquanto as regras “são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”⁶² (ainda que se discuta sobre a justificação da exceção à regra⁶³), os princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”,⁶⁴. Assim, tem-se que as regras estão sujeitas à subsunção enquanto os princípios se submetem à ponderação.⁶⁵

Especificamente no tocante ao direito de igualdade, ao analisar o conteúdo do art. 3º, § 1º, da Constituição alemã⁶⁶ e o enunciado dele extraído (“o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente”)⁶⁷, ALEXY assinala que a assimetria entre as normas de tratamento igual e de tratamento desigual acarreta “a possibilidade de compreender o

⁵⁹ Estas são situações identificadas no texto constitucional por SARLET (SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, s/p.).

⁶⁰ FLORES, Vinícius Letti. *op. cit.*, p. 20.

⁶¹ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91).

⁶² *Ibidem*, p. 91.

⁶³ *Ibidem*, p. 92-93.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 90.

⁶⁵ Embora a presente pesquisa não comporte aprofundamento quanto à possibilidade de ponderação de regras, ainda que em caráter excepcional, registre-se o posicionamento de ÁVILA neste sentido: “Com efeito, a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios. A ponderação ou balanceamento (*weighing and balancing, Abwägung*), enquanto sopesamento de razões e contrarrazões que culmina com a decisão de interpretação, também pode estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática (no caso de regras, consoante o critério aqui investigado), como se comprova mediante a análise de alguns exemplos.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 52 e ss.).

⁶⁶ “Artigo 3 [Igualdade perante a lei] (1) Todas as pessoas são iguais perante a lei.” (*Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Tradutor: Assis Mendonça, Aachen. Revisor jurídico: Urbano Carvelli, Bonn. Versão alemã de 23 de maio de 1949. Edição de junho de 2022. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2023.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 409.

enunciado geral de igualdade como um *princípio da igualdade*, que *prima facie* exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos⁶⁸. A partir da constatação de que o tratamento desigual necessita de justificação, o que não ocorre com o tratamento igual⁶⁹, o autor assinala a existência de “um ônus argumentativo para o tratamento desigual”.⁷⁰

Sobre a celeuma, SARLET assim se posiciona:

Se uma metódica embasada na diferença entre o direito geral de igualdade e as cláusulas especiais se revela consistente e útil, ao mesmo tempo não se poderá afirmar que a proibição de diferenciação com base em determinado critério (idade, gênero, orientação religiosa etc.) impede, de modo absoluto, que algum tratamento desigual seja justificado, sendo até mesmo exigido, a depender do caso.⁷¹

Com relação aos sujeitos relacionados ao preceito igualitário, porquanto não parem discussões mais profundas acerca dos titulares do direito à igualdade⁷², alguns pontos relacionados aos seus destinatários ganham relevo, com destaque para a incidência deste direito nas relações jurídicas entre particulares.

Em geral, o direito de igualdade tem como primeiros destinatários os Poderes Públicos, sendo a relação destes poderes com o princípio isonômico a abordagem usualmente conferida pela doutrina que se debruça sobre o tema⁷³. Em que pese figurarem posições divergentes, o entendimento majoritário pode ser sintetizado na ideia de que o princípio da igualdade vincula todos os órgãos do Estado da seguinte maneira: o legislador não poderá criar fatores de discriminação ilegítimos, e os demais órgãos estatais não poderão utilizar critérios de cunho seletivo ou discriminatório ao aplicar a lei⁷⁴.

No concernente à vinculação dos particulares, seja na condição de pessoas naturais ou jurídicas, colhe-se a conclusão de FLORES em extensa pesquisa sobre o tema⁷⁵. Conclui o

⁶⁸ ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 411.

⁶⁹ Assim também afirma RIOS (RIOS, Roger Raup. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 54).

⁷⁰ ALEXY, Robert. *op. cit.*, p. 409. Na mesma linha, conferir BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 191.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, s/p.

⁷² São considerados titulares do direito à igualdade tanto pessoas físicas, inclusive os estrangeiros não residentes, quanto jurídicas (neste caso, naquilo em que for compatível) (SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, s/p.).

⁷³ A título de exemplo, veja-se que, ao examinar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, MELLO o trata como norma voltada ao legislador e ao aplicador da lei (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 9). Em sentido semelhante, ÁVILA, ao expor sua Teoria da Igualdade Tributária, preocupa-se em analisar a vinculação dos três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciários) ao princípio da igualdade (ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 175 e ss.).

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, s/p.

⁷⁵ FLORES, Vinícius Letti. *op. cit.*

autor que a vinculação dos particulares à igualdade – assim como aos direitos fundamentais – se dá de forma direta, *prima facie* e subsidiária, havendo que se distinguir duas situações: quando ocorrer uma discriminação, a igualdade – na qualidade de proibição de discriminação – adquire precedência *prima facie* frente ao outro princípio ou bem constitucionalmente protegido, notadamente a autonomia privada; não se tratando de situação discriminatória, a precedência *prima facie* passa a ser da autonomia privada⁷⁶.

Em sentido semelhante, SARLET destaca que, diante da ausência de uma legislação que regule o dever constitucional de igual tratamento e a proibição de discriminações (para o autor, as facetas da isonomia que podem estar presentes no atos praticados pelos particulares), apenas se verificará a eficácia direta do direito de igualdade em uma relação privada quando houver evidente violação das proibições constitucionais de discriminação, haja vista que a autonomia privada não poderá se esvaziar por completo por conta do princípio da igualdade⁷⁷.

Nada obstante, cabe frisar que o entendimento quanto à eficácia do direito de igualdade nas relações privadas firmado à luz do ordenamento constitucional brasileiro não é aplicável, *mutatis mutandis*, a toda jurisdição com garantia constitucional. Neste sentido, FREDMAN assevera que nos Estados Unidos, assim como no Canadá e na Índia, a Constituição só se aplica à discriminação por parte dos Estados e suas subdivisões e agentes.⁷⁸

Após observadas algumas das suas características enquanto direito fundamental, examine-se a maneira original pela qual ÁVILA aborda a natureza normativa do preceito igualitário no ordenamento jurídico pátrio. Seus estudos contribuem para compreensão dos elementos estruturais da igualdade com um viés prático, sob uma perspectiva “analítico-funcional”.⁷⁹

⁷⁶ FLORES, Vinicius Letti. *op. cit.*, p. 150. Explica o autor: “Fala-se, repita-see seguindo mais uma vez a lição de Sarlet, em ‘eficácia direta *prima facie*’, ou seja, ‘a impossibilidade de uma eficácia direta (e, portanto, de uma vinculação dos particulares) de feições absolutas’, devendo-se adotar, portanto, soluções diferenciadas, o que conduz, convém remarcar e lembrando que se trata de uma questão de restrição de direitos fundamentais, a ‘um problema de ponderação’. Com isso, não há o sacrifício à autonomia privada, preservando ‘o espaço próprio do direito privado, que não restou absorvido pelo direito constitucional’” (FLORES, Vinicius Letti. *op. cit.* p. 108).

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, s/p. Sobre o tema, o autor destaca que o princípio da igualdade, na condição de princípio objetivo da ordem jurídica, informa toda a ordem jurídica privada, impondo uma igualdade de tratamento e impedindo toda e qualquer discriminação não apenas por parte do legislador, mas também de atores privados dotados de poder social, os quais, segundo o autor, “encontram-se em situação de vantagem (desigualdade econômica e social) na sua relação com outros particulares vinculando também particulares que explorem serviços ou estabelecimentos abertos ao público, como é o caso de farmácias, táxis, escolas, restaurantes, hotéis etc.” (*Ibidem*, s/p.). Explica o autor que, no caso de relações entre particulares que não se enquadram nessas categorias, mas que apresentem algum caráter discriminatório, “constitui aspecto relativamente controverso” (*Ibidem*, s/p.).

⁷⁸ FREDMAN, Sandra. *Discrimination Law*. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 240.

⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *op. cit.*, p. 33.

Conquanto focado nas relações tributárias, o autor atribui à igualdade três formas normativas diferentes⁸⁰: (a) igualdade-postulado, em que a igualdade exerce a função de “metanorma” ou “postulado-normativo”, atuando como critério para orientar o intérprete na aplicação de princípios substanciais ou outras normas⁸¹; (b) igualdade-princípio, aqui como norma objeto da aplicação apta a garantir, em conexão com princípios substanciais, a busca de um estado ideal de igualdade⁸²; e (c) igualdade-regra, aqui também como norma objeto da aplicação, contudo na qualidade de regra material que pré-exclui matérias do âmbito de competência do Poder Legislativo⁸³.

ÁVILA destaca ser a igualdade “uma relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério que serve a uma finalidade”⁸⁴, tratando-se essencialmente de um conceito relacional. Elenca quatro elementos que compõem a igualdade: sujeitos, medida de comparação, elemento indicativo da medida de comparação e finalidade,⁸⁵. A medida de comparação precisa estar vinculada à realidade⁸⁶ e guardar uma relação de congruência tanto com a finalidade que torna justa sua utilização⁸⁷ como com o seu elemento indicativo (e nesse caso, apresentando uma correlação estaticamente fundada). Explica o autor:

Mas, entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo (e entre a medida de comparação e a finalidade que justifica sua escolha), não deve haver apenas uma relação fundada. Deve existir, além disso, uma relação *conjugada*. Há uma relação conjugada entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo quando esse foi escolhido por ser o *mais significativo* dentre os elementos indicativos existentes e vinculados à medida de comparação. (...) Como a relação entre a medida de comparação e o seu elemento indicativo deve ser de correlação estaticamente fundada, no sentido de que a (maior ou menor) existência da medida de comparação – e a correlação deve aumentar, quando aumentar a intensidade do elemento

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *op. cit.* p. 141-147.

⁸¹ ÁVILA esclarece que, nessa hipótese, a igualdade funciona como norma que estrutura a aplicação de outra norma, “situando-se analiticamente (não axiologicamente) a cima dela”. Por ser o critério de aplicação de outras normas, a igualdade-postulado “não é objeto da ponderação ou da aplicação” (ÁVILA, Humberto. *loc. cit.*).

⁸² Para ilustrar o sentido da igualdade-princípio, ÁVILA cita o julgamento da ADI 1.276-SP pelo STF, em que o Tribunal, ao analisar a instituição, por lei, de incentivo fiscal concedido a empresas que contratavam empregados com mais de quarenta anos, efetuou uma ponderação entre o princípio da igualdade (medido pelo critério da capacidade contributiva) e o princípio da proteção ao trabalho e da solidariedade social, concluindo pela possibilidade de restrição do princípio da igualdade no caso (ÁVILA, Humberto. *op. cit.*, p. 143-144).

⁸³ Como exemplo da isonomia na qualidade de igualdade-regra, o autor apresenta o julgamento da ADI 2.652, em que o STF, ao examinar uma norma legal que estabelecia a exclusão da imposição de multa por obstrução da justiça somente aos advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, considerou que houve violação à norma constitucional que delimitou substancialmente o exercício da competência, mediante a exclusão do poder para instituir distinções baseadas no exercício profissional (ÁVILA, Humberto. *Loc. cit.*).

⁸⁴ *Ibidem*, p. 43.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 45 e ss.

⁸⁶ O autor assim destaca: “(...) somente uma distinção, fundada em uma *diferenciação factual existente* entre os contribuintes, pode ser considerada válida. Uma diferenciação dos contribuintes feita com base em motivos meramente subjetivos e não fundamentada em finalidade objetivamente verificável e constitucionalmente aferível, é irrazoável” (ÁVILA, Humberto. *op. cit.*, p. 47).

⁸⁷ *Ibidem*, p. 50-51.

indicativo –, podem existir dois ou mais elementos indicativos da medida de comparação que mantenham relações diferentes com a medida de comparação: a existência de um determinado elemento indicativo contribui para a existência da medida de comparação, ao passo que a presença do outro elemento indicativo contribui ainda mais, em termos relevantes e substanciais, para a existência da medida de comparação. Nesse caso, *deve* ser escolhido o último, por ser mais significativo. Com isso, não se pretende afastar a liberdade de configuração ou a margem de apreciação do Poder Legislativo (ou Executivo), mais adiante estudadas, relativamente à escolha do elemento indicativo. Quer-se preservá-la, limitando-a, porém, mediante o afastamento do elemento indicativo escolhido quando houver outro que mantenha, de maneira evidente, uma relação bem mais próxima com a medida de comparação eleita, a tal ponto que se possa, com segurança, afirmar, que a finalidade objetivada pela diferenciação seja sensivelmente mais promovida com a escolha de outro elemento indicativo.⁸⁸

Para assegurar validade à medida de comparação, ÁVILA ressalta que não basta a existência de um vínculo fundado e conjugado de pertinência entre ela e seu elemento indicativo (e entre ela e a finalidade de comparação), sendo necessário que, aos elementos estruturais ou conceituais da igualdade, sejam agregados elementos normativos, de modo que a medida de comparação seja compatível com a Constituição.⁸⁹ Nota-se a intenção do autor em identificar, com a devida segurança jurídica, parâmetros para a aplicação do preceito isonômico (nas relações tributárias) em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, tema ao qual também se dedicaram outros pesquisadores.

Em obra que é referência sobre a matéria para a doutrina nacional⁹⁰, MELLO identifica cinco situações que caracterizam violação ao preceito constitucional da isonomia⁹¹. Para o autor, há ofensa à igualdade quando: i) a norma particulariza atual e definitivamente um destinatário determinado em detrimento da abrangência de uma categoria de pessoas ou uma pessoa futura e indeterminada; ii) o critério discriminador adotado pela norma para fins de diferenciação de regimes é elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas objetos da desequiparação; iii) os tratamentos jurídicos diferentes atribuídos pela norma são baseados na adoção de fator de *discrimen* que não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade dos tratamentos dispensados; iv) a norma supostamente guarda relação de pertinência lógica em abstrato, porém o *discrimen* estabelecido conduz a situações contrapostas ou dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; v) a interpretação da norma ocasiona distinções, *discrimens*, desequiparações não assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.⁹³ Contudo, convém ressaltar que o estabelecimento de

⁸⁸ ÁVILA, Humberto. *op. cit.*, p. 54-55.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*

⁹¹ Conforme ressaltado anteriormente na presente pesquisa, lembre-se que o autor se dedica a examinar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade sob o enfoque da vinculação do legislador e do aplicador da lei.

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 47-48.

critérios rígidos para a identificação de situações que estejam em desacordo com o conteúdo da igualdade constitui aspecto relativamente controverso.

Em que pese toda a controvérsia relacionada ao tema, constata-se que o preceito igualitário permeia o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro em suas distintas dimensões, desde a proibição do arbítrio, perpassando pela proibição de discriminação, compensação de desigualdades de oportunidades e o reconhecimento e respeito às minorias. Enquanto norma jurídica, consagra-se, nos dizeres de SARLET, como “peça-chave” do catálogo de direitos fundamentais tanto na qualidade de princípio e valor estruturante do Estado brasileiro, irradiando efeitos em todo o ordenamento jurídico e fornecendo diretrizes para os órgãos estatais, como na qualidade de fundamento de posições subjetivas, vedando tratamentos desconformes ao conteúdo da igualdade e assegurando igual acesso às oportunidades e às prestações disponibilizadas pelo Poder Público. A seguir, debruça-se especificamente sobre a proibição de discriminação, faceta da isonomia que está relacionada ao estudo de caso contemplado pela presente pesquisa.

1.2 Isonomia como proibição de discriminação

O estudo da discriminação está inserido no contexto mais amplo do direito antidiscriminatório, definido por MOREIRA como sendo um “campo jurídico composto por uma série de normas que pretendem reduzir ou eliminar disparidades significativas entre grupos, um dos objetivos centrais dos textos constitucionais das sociedades democráticas”.⁹²

FREDMAN ressalta que o direito antidiscriminatório é uma resposta a manifestações particulares de desigualdade, as quais estão profundamente imbuídas no contexto histórico político e social de uma dada sociedade⁹³. Segundo a autora, suas normas somente serão eficazes se moldadas para enfrentar os tipos de desigualdade desenvolvidos na sociedade as quais se referem⁹⁴.

⁹² MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 50.

⁹³ FREDMAN, Sandra. *op. cit.*, p. 297.

⁹⁴ *Loc. cit.* A autora aponta ainda o dilema no qual o direito antidiscriminatório se insere: “*Discrimination law poses a central dilemma. On the one hand, individuals should be judge according to their qualities. This basic tenet is contravened if the treatment is based on their status, their group membership, or irrelevant physical characteristics. On the other hand, not every distinction is discriminatory. (...) The challenge, therefore, is to frame laws that are sensitive enough to outlaw individual distinctions while permitting, and even supporting, positive difference*” (FREDMAN, Sandra. *op. cit.*, p. 168).

RIOS conceitua a discriminação como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública”⁹⁵.

O autor aponta a necessária distinção entre os termos preconceito e discriminação. Enquanto o primeiro diz respeito às “percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções”⁹⁶, a discriminação designa “a materialização, no plano concreto das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violação de direitos dos indivíduos ou grupos”⁹⁷.

À luz do conteúdo do princípio isonômico de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, FLORES suscita a questão sobre se a proibição de discriminação qualificar-se-ia como uma regra na qualidade de restrição constitucional à igualdade, ou se, integrando o conteúdo material da igualdade, configuraria um princípio, por consequência passível de ponderação⁹⁸. Admitindo ser complexa a questão, o autor se posiciona pela última alternativa, ressaltando que “o conteúdo material da igualdade – se não o único, o principal – é a proibição de discriminação”, cabendo a ponderação mediante aplicação do teste de proporcionalidade⁹⁹.

Embora a proibição de discriminação integre o conteúdo material do preceito igualitário – seja como regra ou como princípio – é certo que não se encontra o conceito de discriminação de maneira expressa na Constituição Federal de 1988. Contudo, o repúdio a distinções arbitrárias está presente em diversas passagens do seu texto, a exemplo do preâmbulo constitucional, em que consta a busca por uma sociedade sem preconceitos; dos objetivos da República estabelecidos no artigo 3º, especificamente quando trata da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; do artigo 5º, XLI e XLII, que estabeleceram respectivamente a punição, por lei, de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e a

⁹⁵ RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 20.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 15.

⁹⁷ *Loc. cit.*

⁹⁸ FLORES, Vinícius Letti. *op. cit.*, p. 52. O autor assim coloca a questão em outras palavras: “é possível a existência de condutas que perpetuem situações de subordinação e que, ainda assim, sejam legítimas?”

⁹⁹ *Ibidem*, p. 53.

constituição de crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, pela prática do racismo.¹⁰⁰

Em adição às previsões constitucionais antidiscriminatórias, a análise de diplomas internacionais auxilia a traçar o significado e alcance da discriminação para a produção de efeitos jurídicos. Conforme já exposto neste estudo, os direitos de igualdades foram incorporados em diversos tratados ou convenções como resultado do seu amplo reconhecimento como um direito humano no plano internacional. O combate a discriminações específicas é objeto de documentos como a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1966, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007 e, mais recentemente, em âmbito regional, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância de 2013.

Da leitura dos três primeiros instrumentos supracitados, que integram o sistema universal de direitos humanos, são extraídas respectivamente as seguintes definições relacionadas à discriminação:

Artigo I

1. Nesta Convenção, a expressão “discriminação racial” significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas em raça, côr, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública.¹⁰¹

Artigo 1º

Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.¹⁰²

¹⁰⁰ Em razão das diversas previsões no texto constitucional vedando a discriminação, aponta-se que “a Constituição outorga maior proteção à proibição de discriminação do que à igualdade genericamente considerada” (FLORES, Vinícius Letti. *op. cit.*, p. 44).

¹⁰¹ BRASIL. Decreto n. 65.810, de 8 dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 01 fev. 2023. Acerca da promulgação desta Convenção, destaque-se que há controvérsia sobre o alcance do § 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados ao ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional n. 45. Sobre o tema, veja-se a obra de Ingo Wolfgang Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 128 e ss.).

¹⁰² BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984.

Artigo 2

Definições

Para os propósitos da presente Convenção:
(...)

“Discriminação por motivo de deficiência” significa qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com o propósito ou efeito de impedir ou impossibilitar o reconhecimento, o desfrute ou o exercício, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais nos âmbitos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro. Abrange todas as formas de discriminação, inclusive a recusa de adaptação razoável;¹⁰³

Na esfera do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância de 2013 traz uma definição mais abrangente de discriminação, abarcando as noções de discriminação indireta e discriminação múltipla ou agravada:

Artigo 1

Para os efeitos desta Convenção:

1. Discriminação racial é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação racial pode basear-se em raça, cor, ascendência ou origem nacional ou étnica.
2. Discriminação racial indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de carregar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.
3. Discriminação múltipla ou agravada é qualquer preferência, distinção, exclusão ou restrição baseada, de modo concomitante, em dois ou mais critérios dispostos no Artigo 1.1, ou outros reconhecidos em instrumentos internacionais, cujo objetivo ou resultado seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes, em qualquer área da vida pública ou privada.^{104 105}

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023. Acerca da promulgação desta Convenção, ver também o comentário feito à nota anterior.

¹⁰³ BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

¹⁰⁴ BRASIL. Decreto n. 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

¹⁰⁵ Em sentido semelhante, trazendo uma definição mais abrangente à noção de discriminação – inclusive prevendo expressamente a discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero – está a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância de 2013. Contudo, até a

No âmbito legal, a Lei n. 12.288/2010, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, traz uma definição de discriminação racial ou étnico-racial em caráter negativo, diferenciando-a da noção de desigualdade:

Art. 1º (...)

Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:

I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada;

II - desigualdade racial: toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica;

III - desigualdade de gênero e raça: assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais;¹⁰⁶

Portanto, a partir do conteúdo dos textos normativos – Constituição Federal, diplomas internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro e legislação federal ordinária – a noção atual de discriminação prevista na ordem jurídico-constitucional brasileira está em consonância com as nuances apontadas pela doutrina.

Em especial, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância de 2013, ao prever expressamente uma definição de discriminação indireta (ainda que adstrita à questão racial) inovou ao incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro uma distinção entre as formas de discriminação direta e indireta, já tradicionalmente abordada pela doutrina do direito antidiscriminatório¹⁰⁷.

Importa notar que, conforme previsto nos textos normativos, o conceito de discriminação assume um caráter pejorativo. Esta é a acepção à qual o termo está associado para fins da presente pesquisa.

conclusão do presente estudo, este instrumento internacional não se encontrava incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁶ BRASIL. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/112288.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

¹⁰⁷ Além da distinção entre discriminação direta e indireta, a doutrina também confere outras classificações ao conceito, a exemplo da discriminação positiva, negativa, agravada etc., as quais não serão especificamente tratadas na presente pesquisa. Sobre a tipologia da discriminação, ver a obra de Joaquim Barbosa Gomes. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

1.3 Discriminação indireta e teoria do impacto desproporcional

A diferenciação entre as formas de discriminação direta (*disparate treatment*) e indireta (*disparate impact*) é frequentemente relacionada ao fator intencionalidade. RIOS explica que enquanto a primeira “atua mediante o estabelecimento de uma diferenciação com o propósito de prejudicar”, a segunda “produz tal prejuízo por meio de práticas, requerimentos ou medidas neutras e não intencionais diante dos aludidos critérios constitucionais proibitivos de discriminação”.¹⁰⁸

GOMES ensina que, diferentemente da discriminação direta que opera no presente por meio de atos concretos, a discriminação resultante de *disparate impact* é desprovida de concretude, porque não dirigida especificamente a uma pessoa ou a um grupo.¹⁰⁹ Para o autor, trata-se de uma forma perversa de discriminação, condenável pela sua aptidão para perpetuar situações de desigualdade resultantes de fatores histórico-culturais.¹¹⁰

FREDMAN elenca três elementos básicos relacionados à discriminação indireta: (a) deve haver igualdade de tratamento; (b) apesar de iguais, os tratamentos devem ter resultados díspares; e (c) o impacto díspar pode ser justificado se houver boas razões para o tratamento em questão.¹¹¹

A discriminação indireta está correlacionada à teoria do impacto desproporcional, considerada a grande inovação do Direito norte-americano no sentido da concretização do princípio da igualdade¹¹². Presença quase unânime em estudos sobre o tema no Brasil, a síntese dessa teoria formulada por GOMES traduz a seguinte ideia:

Oriunda do Direito norte-americano e com notória filiação ao Princípio da Proporcionalidade, a teoria do impacto desproporcional pode ser singelamente resumida na seguinte formulação: toda e qualquer prática empresarial, política, governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação do princípio constitucional da igualdade material, se em consequência de sua aplicação resultarem efeitos nocivos de incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de pessoas.

¹⁰⁸ RIOS, Roger Raup. *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *op. cit.*, p. 23. SARMENTO destaca que, na discriminação indireta, tem-se uma medida cuja aplicação forçosamente desfavorecerá um grupo vulnerável (SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 148-149.).

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 24.

¹¹¹ FREDMAN, Sandra. *op. cit.*, p. 284.

¹¹² GOMES, Joaquim B. Barbosa. *loc. cit.*

SARMENTO lembra que essa teoria tem sua origem nos Estados Unidos no começo da década de 1970, notadamente após o fim das políticas públicas de conteúdo segregacionista.¹¹³ O autor ressalta que, embora àquela época no país já houvesse um controle estrito e rigoroso de constitucionalidade para os casos de normas que instituíssem discriminações com base em critérios raciais¹¹⁴, determinadas situações em que a ofensa à igualdade estivesse oculta em um texto normativo aparentemente neutro estariam à margem desse controle.

A doutrina, em sua maioria, aponta como *leading case* relacionado à teoria do impacto desproporcional o caso *Griggs vs. Duke Power Co.* (1971).¹¹⁵ Segundo KENNEDY, esse foi o primeiro caso de decisão substancial da Suprema Corte norte-americana em ação decorrente do Título VII do *Civil Rights Act* de 1964, que proíbe empregadores de discriminar com base em raça, cor, sexo, nacionalidade ou religião¹¹⁶.

A ação foi proposta por um grupo de pessoas negras em face da empresa *Duke Power Co.*, para se insurgir contra a prática por ela adotada de submeter seus funcionários a “testes de inteligência” como condição para promoção.¹¹⁷ Os autores alegavam que a companhia não era capaz de demonstrar que os requisitos adotados nos testes revelavam efetivamente a presença ou ausência de competências ou conhecimentos necessários aos trabalhadores para o

¹¹³ SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 149.

¹¹⁴ O autor assim leciona acerca dos *standards* para o controle de normas jurídicas por violação ao princípio da igualdade: “A Suprema Corte norte-americana estabeleceu em sua jurisprudência, ao longo do tempo, três *standards* diferentes para o controle de normas jurídicas por violação ao princípio da igualdade (14ª Emenda à Constituição americana), que ela emprega dependendo da natureza do critério de diferenciação adotado no ato normativo examinado: (a) o *rationality test*, parâmetro menos rigoroso, em que ela se mostra menos ativista e mais deferente em relação às decisões tomadas pelo legislado, e em que se limita a examinar se existe uma relação racional entre o critério de discriminação empregado pela norma e algum fim legítimo promovido pelo Estado; (b) o *intermediate test*, em que ela exerce um controle mais rígido, só validando os critérios de distinção adotados se eles mantiverem uma relação substancial com algum importante interesse governamental; (c) o *strict scrutiny*, que é o *standard* mais exigente, em que há uma espécie de presunção de inconstitucionalidade da norma, que só cede quando se consegue detectar que o fator de desequiparação adotado foi talhado estritamente para a promoção de um interesse estatal de excepcional relevância. É muito raro que uma norma legal sobreviva a esse *standard* mais rigoroso de controle judicial, que é o empregado para as discriminações malignas fundadas em critérios raciais.” (SARMENTO, Daniel. *loc. cit.*).

¹¹⁵ Na doutrina pátria, asseveram nesse sentido SARMENTO, Daniel. *loc. cit.*; GOMES, Joaquim Barbosa. *op. cit.*, p. 24., entre outros. Na doutrina estrangeira, KENNEDY, Randall. *For discrimination: race, affirmative action, and the law*. Nova Iorque: Pantheon Books, 2013; FREDMAN, Sandra. *op. cit.*, p. 280), entre outros.

¹¹⁶ KENNEDY, Randall. *op. cit.*

¹¹⁷ KENNEDY explica que, até a edição do *Civil Rights Act*, a ré organizava sua força de trabalho em um sistema de dois níveis, alinhado às práticas segregacionistas comuns nos Estados Unidos, de forma que a posição ocupada por um funcionário branco de “classificação mais baixa” possuía remuneração superior àquela de “melhor classificação” ocupada por um funcionário negro. Com o advento do *Civil Rights Act*, a companhia encerrou esse sistema de dois níveis e passou a impor novos requisitos para contratação e promoção (diploma de conclusão do Ensino Médio e pontuação mínima em testes de aptidão). Aponta o autor que, embora esses novos requisitos não fizessem referência à raça e fossem administrados para todos os candidatos indistintamente, o impacto diverso gerado às pessoas negras era consideravelmente maior, em termos percentuais, se comparado àquele gerado às pessoas brancas (KENNEDY, Randall. *op. cit.*).

desempenho das funções. Tal prática injustificada gerava um impacto negativo desproporcional sobre os trabalhadores negros, oriundos (em sua maioria) de escolas segregadas, com baixo nível de ensino, assim impedidos de concorrer nos testes em igualdade de condições com os trabalhadores brancos.

Ao julgar o caso, a Suprema Corte estadunidense, com base no *Civil Rights Act*, assentou que “as práticas, procedimentos ou testes, facilmente neutros, não podem ser mantidos se eles operam no sentido de ‘congelar’ o *status quo* de práticas empregatícias discriminatórias do passado”.¹¹⁸ FREDMAN salienta que, ao exigir prova de que a prática excludente era necessária para os negócios do empregador ou essencial para o desempenho efetivo do trabalho, o tribunal conferiu um alto valor à igualdade.¹¹⁹

Não obstante, conforme pontua KENNEDY, a teoria do impacto desproporcional encontrou forte dissonância nos Estados Unidos. Segundo o autor, em especial no âmbito de discussão das ações afirmativas voltadas à população negra, há aqueles que divergem da “*Griggs disparate-impact doctrine*”, referenciados por ele como pertencentes aos “*anti-affirmative action conservatives*”.¹²⁰ Ele cita que, em 1989, no caso *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, a Suprema Corte norte-americana encurtou substancialmente a doutrina do impacto desproporcional aplicada em 1971, ao exigir mais especificidade para identificar com precisão os dispositivos de seleção ofensivos, realocar o ônus de provar a desnecessidade dos dispositivos de seleção contestados para quem assim alega e diluir os requisitos de defesa da necessidade do negócio.¹²¹

Conforme apontado por SARMENTO, já em 1976, no caso *Washington vs. Davis*, o tribunal estadunidense não aplicara plenamente o entendimento firmado em *Griggs vs. Duke Power Co.*, consignando que, para o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma medida, não bastava a prova do impacto desproporcional ocasionado por ela sobre a população negra, independentemente da análise sobre seu propósito discriminatório.^{122 123}

¹¹⁸ A decisão integral, devidamente traduzida para o português, encontra-se na obra de Joaquim Barbosa Gomes, *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 333-343.

¹¹⁹ FREDMAN, Sandra. *op. cit.*, p. 296.

¹²⁰ KENNEDY, Randall. *op. cit.*

¹²¹ *Ibidem*. O autor destaca a inflamada oposição de entendimentos entre os membros da Suprema Corte norte-americana: “*The aggressiveness of the Court's pushback against its own previous disparate-impact jurisprudence generated internal opposition that was unusually pointed. Dissenting, Justice Blackmun (joined by Justice Brennan and Marshall) wrote that observers should well wonder whether the Court 'still believes that race discrimination – or, more accurately, race discrimination against non-whites – is a problem in our society, or even remembers that it ever was'.*”

¹²² Explicou o autor: “Tratava-se de caso em que se discutia a validade da aplicação de prova de habilidade verbal, leitura e compreensão, na admissão de policiais no Distrito de Columbia. Descartou-se a

No âmbito do Direito comunitário europeu, a Corte Europeia de Justiça também tem aplicado a teoria do impacto desproporcional. O primeiro precedente apontado pela doutrina é o Caso 170/84, *Bilka-Kaufhaus vs. Von Hartz*, relacionado à igualdade de gênero, no qual se discutiu se um sistema privado de pensão mantido por empresa germânica poderia negar o benefício a empregados que trabalhassem em regime de tempo parcial.¹²⁴ À luz do art. 119 do Tratado de Roma, que garante a igualdade entre mulheres e homens em relação de trabalho, o tribunal europeu entendeu que, embora não houvesse ali explícita discriminação de gênero, um sistema nesses moldes atenta contra a igualdade ao afetar de forma mais intensa mulheres do que homens, uma vez constatado que são elas que trabalham em regime parcial na grande maioria dos casos.

Ao abordar a jurisdição europeia, FREDMAN ressalta que a Corte Europeia de Justiça adota um alto padrão de escrutínio das defesas de justificação (“*high standard of scrutiny of justification defences*”).¹²⁵ A autora destaca que situações relacionadas ao trabalho em regime parcial sob uma perspectiva de gênero já foram abordadas em outros casos pela Corte Europeia de Justiça. Especificamente no caso *Villar Laiz vs. Instituto Nacional de la Seguridad Social*, o tribunal europeu considerou que uma redução proporcional é justificável quando reflete adequadamente a redução do tempo de trabalho, não podendo ser admitida uma redução que exceda o necessário para atingir esse objetivo. Assim, exigiu que a redução dos benefícios fosse proporcional à diferença entre o trabalho em tempo integral e o trabalho parcial.¹²⁶

No que concerne ao direito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal já examinou a teoria do impacto desproporcional. SARMENTO aponta que, no julgamento da ADI n. 1946, ocorrido em 2003, o tribunal constitucional adotou uma concepção pragmática do princípio da igualdade alinhada às noções de discriminação indireta e da teoria do impacto

inconstitucionalidade alegada, porque embora a medida tivesse impacto maior sobre os afro-americanos, não ficou evidenciado nenhum propósito discriminatório na sua utilização.” (SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 150).

¹²³ Em sentido semelhante, assim assevera Sandra Fredman: “*In the US, it has been more of a struggle to maintain the high standard of necessity set by Griggs. In Ward’s Cove in 1989, a majority of the Supreme Court reversed the precedents which had been followed since Griggs and substantially diluted the standard.*” (FREDMAN, Sandra. *op. cit.*, p. 298). A autora destaca que o *disparate-impact* passou a constar do Civil Rights Act de 1991 (*Ibidem*, p. 284). Restaram consolidados na legislação federal pontos semelhantes àqueles observados no julgamento do caso *Wards Cove Packing Co. vs. Atonio*.

¹²⁴ SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 150.

¹²⁵ FREDMAN, Sandra. *op. cit.*, p. 297.

¹²⁶ *Loc. cit.*

desproporcional, em que pese não tenha havido qualquer desenvolvimento doutrinário por parte dos julgadores a propósito desses temas¹²⁷.

Em pesquisa nos julgados do Supremo Tribunal Federal, constatou-se que há onze acórdãos, todos do Tribunal Pleno, que abordam explicitamente a teoria do impacto desproporcional.¹²⁸ O mais antigo é referente ao julgamento da ADPF n. 291, em 2015, em que o tribunal declarou como não recepcionados pela Constituição Federal os termos “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, expressos no artigo 235 do Código Penal Militar. Na fundamentação do julgado, consignou-se que, embora em tese aplicável indistintamente a atos libidinosos homo ou heterossexuais, o dispositivo em comento, na prática, discriminava militares gays, caracterizando uma “discriminação indireta, relacionada à teoria do impacto desproporcional (*disparate impact*), originária da jurisprudência norte-americana”, a qual “reconhece que normas pretensamente neutras podem gerar efeitos práticos sistematicamente prejudiciais a um determinado grupo, sendo manifestamente incompatíveis com o princípio da igualdade”¹²⁹.

Nota-se que a correta identificação de uma norma ou prática que institui uma discriminação indireta não é tarefa simples, suscitando a avaliação do critério de discriminação utilizado, examinando sua proporcionalidade, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, em especial da Constituição Federal de 1988. Segundo FREDMAN, um exame apurado deve analisar se há disposição, critério ou prática de exclusão ou se a desigualdade não pode ser justificada por referência à política social do Estado ou necessidades de negócios.¹³⁰

¹²⁷ SARMENTO, Daniel. *op. cit.*, p. 151. No caso, o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade da incidência do limite dos benefícios previdenciários de R\$ 1.200,00 estabelecido pela Emenda Constitucional n. 20/1998 sobre o salário maternidade. Concluiu o tribunal, por unanimidade, em decisão de interpretação conforme à Constituição que o limite dos benefícios não poderia incidir sobre o salário maternidade sob pena de violação à isonomia entre gêneros, cláusula pétreia prevista no art. 5º, inciso I do texto constitucional. Para a corte constitucional, a incidência desse limite teria como efeito concreto o aumento da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho.

¹²⁸ Realizou-se a pesquisa em 20/11/2022 por meio da ferramenta “Pesquisa de Jurisprudência”, disponível no site do Supremo Tribunal Federal. Foi utilizado o termo “impacto desproporcional” como filtro de pesquisa, obtendo-se uma amostra de 11 acórdãos e 11 decisões monocráticas. Analisadas apenas as decisões colegiadas, foi excluído da amostra o julgamento da ADPF n. 186, de 26/04/2012, pois a menção à teoria do impacto desproporcional se deu tão somente a título de referência bibliográfica para fins de citação, não havendo o desenvolvimento do tema na decisão. Assim, até a data da pesquisa, foram identificados 10 casos em que o colegiado do tribunal abordou explicitamente a teoria do impacto desproporcional, sendo estes os seguintes julgados (com a data do julgamento): ADPF n. 291, de 28/10/2015, ADPF n. 457, de 27/04/2020; ADPF n. 526, de 11/05/2020; ADI n. 5.543, de 11/05/2020; ADPF n. 467, de 29/05/2020; ADPF n. 460, de 13/08/2020; RE n. 639.138 (Tema 452), de 18/08/2020; RE 611.874 (Tema 386), de 26/11/2020; ARE 1.099.099 (Tema 1.021), de 26/11/2020; ADI n. 5.355, 11/11/2021.

¹²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF n. 291. Plenário. Rel. Ministro Roberto Barroso. DJE n. 94, de 11/05/2016. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309459157&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

¹³⁰ FREDMAN, Sandra. *op. cit.*, p. 301.

Dos onze casos em que a teoria do impacto desproporcional é examinada pelo Supremo Tribunal Federal, dez versam sobre norma ou ato realizado pelo Poder Público e apenas um diz respeito a ato praticado entre particulares. Trata-se do objeto do presente estudo de caso, a ser descrito e analisado no Capítulo 3, o qual envolve controvérsia a respeito do conteúdo de um contrato de previdência complementar celebrado entre uma mulher e uma entidade previdenciária.

Assim, o capítulo seguinte se dedica a abordar o regime jurídico-constitucional da previdência complementar e sua inserção no contexto do sistema previdenciário brasileiro.

2 REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

O Capítulo 1 permitiu, com alguma clareza, identificar o conteúdo jurídico do princípio isonômico e distinguir uma de suas três dimensões, a proibição de discriminação. Na sequência, de modo a perseguir o fim a que se propõe a presente pesquisa, cabe abordar a previdência complementar¹³¹ e sua posição no sistema previdenciário brasileiro.

O presente capítulo, portanto, irá apresentar o que se entende por previdência complementar, perpassando pela sua relação com o sistema de seguridade social e sua inserção na Constituição Federal de 1988, para, ao final, expor as principais características atribuídas a esse regime pela Lei Maior.

2.1 Seguridade social e previdência social

A compreensão do arcabouço normativo da previdência complementar perpassa pelo entendimento de sua integração à seguridade social e, em especial, a um de seus componentes: a previdência social. Como se verá ao longo deste capítulo, seja pela sua posição topográfica no texto constitucional, pelo seu objetivo ou pelo conteúdo de suas normas, constata-se que a previdência complementar integra a previdência social e, por conseguinte, a seguridade social¹³².

A seguridade social foi cunhada pela Constituição Federal de 1988 e inaugurou um sistema protetivo, até então inexistente no Brasil, com o objetivo de atender aos anseios e necessidades de todos na área social.

IBRAHIM ressalta que a atual Constituição Federal foi a primeira a tratar da seguridade social em título próprio, da Ordem Social, ressaltando que, até a Constituição de 1934 a proteção social era algo estranho à organização estatal brasileira¹³³. BALERA aponta

¹³¹ Para fins do presente trabalho, utilizaremos as expressões “previdência complementar”, “previdência privada”, “regime de previdência complementar” e “regimes de previdência complementar” indistintamente.

¹³² Em sentido semelhante, ver PIERDONÁ, Zélia Luiza. A previdência complementar no contexto do sistema de seguridade social brasileiro. MARQUES, André Luiz; SILVA, Camila Pellegrino Ribeiro da; PIERDONÁ, Zélia Luiza (orgs.). *Previdência complementar: panorama jurídico e desafios*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 25.

¹³³ IBRAHIM, Fábio Zambite. *op. cit.*, p. 134-136. BORGES lembra que, antes da Carta Magna de 1988, as técnicas protetivas eram predominantemente de base securitária e encontravam-se de forma fragmentada, sendo amparados quase que unicamente os trabalhadores por intermédio de institutos de aposentadoria e pensões.

que tal tratamento representou uma evolução na concepção do papel do Estado e da sociedade ao atribuir-lhes deveres e responsabilidades visando à proteção social¹³⁴.

Consoante o art. 194 do texto constitucional, tal sistema “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”. Em síntese, a seguridade social deve assegurar proteção digna a todos¹³⁵.

BALERA destaca a complexidade da articulação do sistema de seguridade social, o qual envolve uma multiplicidade de órgãos, práticas e técnicas, além de um arcabouço normativo que se estende pelos três níveis federativos (federal, estadual e municipal) e abrange regimes protetivos distintos num mesmo nível (como ocorre, por exemplo, com os servidores públicos).¹³⁶ Afirmo o autor que o “Sistema Nacional de Seguridade Social surge aos nossos olhos como conjunto normativo integrado por sem número de preceitos de diferente hierarquia e configuração”.¹³⁷ Trata-se, assim de um conjunto de normas estruturado de maneira sistêmica.

Nesta perspectiva, ARAÚJO NETO ressalta que os elementos de um sistema devem estar organizados de forma que subsista uma estrita relação com um objetivo superior, o qual se sobrepõe a todos os elementos, representando, assim, o objetivo do sistema.¹³⁸ No caso seguridade social, o autor assevera que, uma vez inserida no campo da Ordem Social, ela deve observar o referencial comum que une todos os elementos deste campo: a busca pelo bem-estar e por justiça social, tendo por base o primado do trabalho, conforme objetivos delimitados no artigo 193 do texto constitucional.^{139 140}

Por bem-estar social, pode-se entender a ideia de cooperação, ação concreta do ideal de solidariedade, em superação ao individualismo clássico do estado liberal¹⁴¹. IBRAHIM lembra que, de acordo com o art. 3º da Constituição Federal, o bem-estar também pode ser

(BORGES, Elisângela Lima dos Santos. *Função social do contrato e boa-fé objetiva: uma análise de sua aplicação ao contrato de previdência complementar das entidades fechadas*. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 14).

¹³⁴ BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989. p. 33.

¹³⁵ *Loc. cit.*

¹³⁶ *Loc. cit.*

¹³⁷ BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. São Paulo: LTr, 2014. p. 11-12.

¹³⁸ ARAÚJO NETO, Raul Lopes de. *Teoria geral do direito previdenciário*. Rio de Janeiro: G.Z., 2020. p. 2.

¹³⁹ BRASIL. CF/88, Art. 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

¹⁴⁰ ARAÚJO NETO, Raul Lopes de. *loc. cit.*

¹⁴¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2020. p. 6.

definido como a erradicação da pobreza e desigualdades, mediante cooperação entre os indivíduos.¹⁴²

No tocante à justiça social (também usualmente denominada justiça distributiva¹⁴³), destaque-se a dificuldade em se precisar seu conceito e fundamento adequadamente. Os ensinamentos de IBRAHIM denotam que, embora exista consenso quanto à importância e necessidade desse conceito, ainda há dificuldade para precisá-lo, ou mesmo dissenso quanto ao seu fundamento adequado, sendo que, a depender do modelo de justiça social desejado, um menor ou maior grau de solidariedade social é imposto à sociedade.¹⁴⁴ Em síntese, o autor aponta que a justiça social pode ser compreendida como o objetivo do desenvolvimento nacional, figurando como diretriz de atuação para o Poder Público e para a sociedade, impondo a ação distributiva da riqueza nacional, de acordo com os princípios da seletividade e distributividade¹⁴⁵. Note-se que tanto a justiça social como o bem-estar social operam como diretrizes axiológicas para interpretação e aplicação da normatização protetiva e legitimadores de políticas públicas.

Embora ainda persista alguma vacilação quanto ao assunto, é seguro afirmar que o direito à seguridade social integra o rol dos direitos sociais estabelecidos pela Lei Maior brasileira¹⁴⁶. Desta forma, a saúde, a previdência e a assistência social correspondem a direitos sociais previstos no Título II, Capítulo II, art. 6º da Constituição Federal.

Em apertada síntese acerca dos três componentes da seguridade social, PIERDONÁ explica que, enquanto a saúde é direcionada a todos indistintamente, a previdência dirige-se aos trabalhadores com objetivo de manter o seu nível de vida e de seus dependentes diante de uma incapacidade laboral real ou presumida, e a assistência visa proteger os necessitados que não são protegidos nem pela previdência nem pela assistência familiar.¹⁴⁷

Como parte integrante do sistema da seguridade social e inserida no artigo 6º da Constituição Federal, IBRAHIM afirma ser forçoso reconhecer a jusfundamentalidade da

¹⁴² *Loc. cit.* Em sentido semelhante: BALERA, Wagner. Introdução à seguridade social. MONTEIRO, Meire Lúcia Gomes (coord). *Introdução ao direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 1998. p. 16.

¹⁴³ Nesse sentido: ARAÚJONETO, Raul Lopes de. *op. cit.*, p. 14; IBRAHIM, Fábio Zambite. *A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói: Impetus, 2011. p. 29.

¹⁴⁴ IBRAHIM, Fábio Zambite. *op. cit.*, p. 27-28. O autor dedica especial atenção à compreensão do que se entende por justiça social, bem como da sua aplicação no campo da previdência social. Ele expõe criticamente a evolução da ideia de justiça social desde a pré-modernidade, ressaltando que, embora exista consenso quanto à importância e necessidade desse conceito, ainda há dificuldade para precisá-lo ou mesmo dissenso quanto ao seu fundamento adequado. O autor ressalta que, um menor ou maior grau de solidariedade social é imposto à sociedade de acordo com a percepção do modelo de justiça social desejado. Destaque-se a teoria da justiça como capacidade, desenvolvida por Amartya Sen, cuja tese central defende a garantia de capacidades mínimas para todas as pessoas desempenharem seus projetos de vida.

¹⁴⁵ IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2020. p. 6.

¹⁴⁶ GALLO, Ronaldo Guimarães. *Previdência privada e arbitragem*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 32.

¹⁴⁷ PIERDONÁ, Zélia Luiza. *op. cit.*, p.15.

previdência social, tanto no seu aspecto formal como material.¹⁴⁸ O autor aponta ser a previdência social “uma garantia institucional que visa a manter níveis de proteção frente a necessidades sociais, com o intuito de fornecer a seus beneficiários algum rendimento que seja substituidor de sua remuneração, indenizatório de sequelas ou em razão de encargos familiares”.¹⁴⁹

O modelo previdenciário estabelecido pela Lei Maior combina iniciativas estatal e privada. Conforme aponta IBRAHIM, tal modelo é composto por regimes básicos (Regime Geral de Previdência Social – RGPS e Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos – RPPS) e regimes complementares de previdência (destinados aos servidores públicos e aos trabalhadores em geral, nos segmentos aberto e fechado).¹⁵⁰ GALLO, a seu turno, identifica no modelo brasileiro a presença do “Sistema de Três Pilares”, constituído por uma previdência pública, a previdência privada fechada e a previdência privada aberta.¹⁵¹

A seguir, examina-se de forma mais detalhada a previdência complementar, como se deu sua integração à ordem jurídico-constitucional vigente, as características que lhe foram conferidas pelo legislador constituinte derivado e algumas noções gerais acerca da estrutura dos distintos segmentos que a compõem.

2.2 A previdência complementar na CF/88

A previdência complementar foi inserida de forma ampla e específica no sistema de seguridade social por meio da Emenda Constitucional n. 20/98, em razão das limitações inerentes ao sistema básico de previdência social. A referida Emenda alterou integralmente o

¹⁴⁸ IBRAHIM, Fábio Zambite. *A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói: Impetus, 2011. p. 166.

¹⁴⁹ IBRAHIM, Fábio Zambite. *op. cit.*, p. 165.

¹⁵⁰ IBRAHIM, Fábio Zambite. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2020. p. 31-32.

¹⁵¹ Explica o autor: “O Sistema de Três Pilares conta com um regime de previdência público, de filiação e contribuição obrigatória, que tem como objetivo cobrir um plexo de *contingências sociais* que podem ser predefinidas, ou não, contando com o pagamento de *indenização* com valor limitado. O chamado regime de repartição simples, fundado no pacto intergeracional, é a base desse *pilar*. Os outros dois pilares são de natureza privada, ambos de filiação facultativa, um de iniciativa do empregador ou associação de classe, voltada para um número fechado de trabalhadores ou associados; o outro impele a iniciativa do interessado em participar, não encontrando restrição quanto a esta adesão, que não a própria vontade. Ambos são fundados no regime de capitalização”. (GALLO, Ronaldo Guimarães. *op. cit.*, p. 85).

disposto no artigo 202 do texto constitucional¹⁵², inserindo a previdência privada no campo da Ordem Social.

Esse regime tem adquirido destaque na esteira dos debates em torno da “Nova Previdência”¹⁵³, em especial com as alterações advindas das reformas da previdência básica. Nesse sentido, destaca ARAÚJO NETO:

As reformas da previdência básica tiveram importante papel no desenvolvimento da previdência complementar, pois a Emenda Constitucional n. 20, a lei n. 9.876/99 e a Emenda Constitucional n. 103/2019 foram responsáveis por significativas mudanças no RGPS que acabou, por consequência, trazendo mudanças para o regime de previdência complementar.

O governo sinalizou o encurtamento da sua obrigação para com o bem-estar social, transferindo para a sociedade a responsabilidade para gerir os seus proventos futuros e foi nesse encolhimento do Estado que a Previdência Complementar ganhou espaço, mas ainda não se apresenta como um caminho acessível para as populações mais carentes, sendo o Estado-Social, garantido constitucionalmente, o ponto de segurança para os desvalidos e mais pobres que representam grande parte da população brasileira.¹⁵⁶

A inserção da previdência privada na Constituição Federal de 1988, bem como a repercussão no campo jurídico dela decorrente, podem ser analisadas sob a ótica do fenômeno da constitucionalização do Direito.

2.2.1 A constitucionalização da previdência complementar¹⁵⁴

Conforme exposto acima, a previdência complementar é incluída no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional n. 20/98, disciplinando-a de forma ampla e específica ao alterar integralmente o disposto no art. 202 da Lei Maior.

Até o advento das alterações promovidas pela referida Emenda Constitucional, a previsão normativa sobre a previdência complementar era precipuamente de ordem

¹⁵² Em sua redação original, o artigo 202 da Constituição Federal de 1988 versava sobre as condições para concessão de aposentadoria por idade, por tempo de serviço e proporcional.

¹⁵³ Trata-se de expressão utilizada para se referir às modificações ao sistema previdenciário brasileiro implementadas a partir da Emenda Constitucional n. 103/2019. Neste sentido, ver: <<https://www.gov.br/pt-br/temas/entenda-a-nova-previdencia>>. Acesso em: 01 nov. 2020.

¹⁵⁶ ARAÚJO NETO, Raul Lopes de. *op. cit.*, p. 85-86.

¹⁵⁴ O presente tópico apresenta algumas ideias originais do autor, expostas em obra anterior (NASCIMENTO, Mateus Assis. Notas sobre a constitucionalização da previdência complementar no Brasil. BARBOZA, Heloisa Helena; MELLO, Cleyson de Moraes; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (Coordenação Geral); IBRAHIM, Fábio Zambitte, TAVARES, Marcelo Leonardo (Coordenação Acadêmica). (org.). *Direito previdenciário: o futuro do direito*. Rio de Janeiro: Processo, 2022. p. 213-237.

infraconstitucional, com destaque para a Lei n. 6.435/77, que versava sobre as entidades de previdência privada.¹⁵⁵ BORGES ressalta que, até então, havia no texto original da Constituição Federal de 1988 três dispositivos esparsos tratando da matéria, todavia de maneira superficial se comparada ao texto atual.¹⁵⁶

Por meio da Emenda Constitucional n. 20/98, o poder constituinte derivado inseriu o regime de previdência complementar como componente do sistema previdenciário brasileiro, integrando-o à Ordem Social. Topograficamente, a matéria está prevista no art. 202 da Seção III – Da previdência social, Capítulo II – Da Seguridade Social, Título VIII – Da Ordem Social do texto constitucional. Já o art. 40 da Carta Magna, que posteriormente foi objeto de alteração pela Emenda Constitucional n. 41/2003, estabelece normas para reger a previdência complementar vinculada aos Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos – RPPS. Ambos os dispositivos foram objeto de alterações pela Emenda Constitucional n. 103/2019¹⁵⁷.

O *caput* art. 202 da Constituição Federal traz as diretrizes do regime de previdência complementar. Em consonância com o texto constitucional, é possível depreender que a relação de previdência complementar se desenvolve na esfera da autonomia dos particulares e é marcada pelo equilíbrio financeiro e atuarial na constituição de reservas que garantam os benefícios previdenciários, com destaque para seu caráter complementar, facultativo, contratual e autônomo em relação aos regimes previdenciários básicos. Tais características serão detalhadas no tópico seguinte.

Fixados os fundamentos no texto constitucional, coube às normas infraconstitucionais a regulamentação dos regimes complementares, com destaque para as Leis Complementares n. 108/01 e n. 109/01 e suas normas regulamentadoras.

A Lei Complementar n. 109/01 dispõe sobre as normas gerais aplicáveis ao regime de previdência complementar. A seu turno, a Lei Complementar n. 108/01 dispõe sobre a relação

¹⁵⁵ Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988 dispunha de maneira insipiente sobre o assunto: em seu art. 21, inc. VIII, ainda vigente, já mencionava a previdência privada como uma das matérias cuja fiscalização de suas operações compete à União e, no § 8º art. 201, revogado pela Emenda Constitucional n. 20/98, estabelecia a vedação à subvenção ou auxílio do Poder Público às entidades de previdência privada com fins lucrativos.

¹⁵⁶ “Observa-se que, antes da Emenda Constitucional n. 20/98 havia no texto original da Constituição Federal de 1988 três dispositivos esparsos tratando da previdência privada no Brasil; os artigos 21, inciso VIII, 192, inciso II e 201, § 8º. Todavia, a referência era superficial se confrontada com o texto atualmente em vigor”. (BORGES, Elisângela Lima dos Santos. *op. cit.*, p. 15).

¹⁵⁷ No que tange à estrutura da previdência complementar, duas foram as modificações de relevo promovidas pela Emenda Constitucional n. 103/2019, ambas relacionadas ao patrocínio estatal: i) a obrigatoriedade de instituição de regime de previdência complementar pelos entes federativos para seus respectivos servidores públicos ocupantes de cargo efetivo, até então de caráter facultativo; e ii) a possibilidade de gestão dos planos de previdência complementar com patrocínio público por entidades de previdência complementar abertas ou fechadas, sendo que apenas estas últimas estavam constitucionalmente autorizadas a operar tais planos.

entre as entidades fechadas de previdência complementar e suas patrocinadoras integrantes do Poder Público. A regulação infralegal difere para os segmentos operados por entidades previdenciárias abertas ou fechadas.

Ao contrário do verificado quanto aos regimes básicos de previdência social¹⁵⁸, observa-se que a previdência complementar não foi objeto de constitucionalização excessiva, preservando a deliberação democrática de diversos pontos relevantes relacionados à matéria.¹⁵⁹ No caso do regime complementar, apenas algumas características consideradas fundamentais pelo constituinte derivado foram delimitadas, permitindo-se ao legislador ordinário tratar dos demais temas em compasso com as mudanças no quadro social e com os avanços técnicos relacionados à matéria.

Apesar das críticas quanto à prolixidade do texto constitucional brasileiro¹⁶⁰, as reformas promovidas no sistema de proteção social pelo constituinte derivado sinalizam uma mudança de paradigma quanto ao papel do Estado brasileiro. No tocante à previdência, nota-se um movimento gradual na direção de um sistema protetivo menos centrado na obrigação do Estado para com o bem-estar social, o qual transfere para a sociedade a responsabilidade para gerir os seus proventos futuros.¹⁶¹

Assim, sob o aspecto formal do fenômeno da constitucionalização, nota-se que as normas que dispõem sobre o regime de previdência complementar passam a gozar de normatividade e rigidez constitucional, assumindo caráter subordinante em relação às demais normas infraconstitucionais existentes no sistema jurídico brasileiro. Tais normas têm o condão de nortear as mais diversas relações jurídicas, nos âmbitos público e privado.

A verificação da influência dessas normas sobre o ordenamento jurídico e do seu modo de atuação se dão sob a óptica material do fenômeno da constitucionalização da previdência complementar.¹⁶²

¹⁵⁸ IBRAHIM, Fábio Zambite. *A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 138.

¹⁵⁹ IBRAHIM ressalta que a previsão constitucional de pontos que seriam melhor tratados por lei apresenta como “grande perigo” a retirada, da deliberação democrática, de vários temas relevantes (IBRAHIM, Fábio Zambite. *op. cit.*, p. 138).

¹⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, p. 92.

¹⁶¹ ARAÚJO NETO, Raul Lopes de. *op. cit.*, p. 85-86.

¹⁶² A constitucionalização material da previdência complementar é algo a ser verificado por meio da interpretação e aplicação das suas normas por particulares e pelos Poderes Públicos. Assim, a análise do fenômeno pode constituir campo de pesquisa, por exemplo, em temas como a resolução de conflitos ou a elaboração de políticas públicas que envolvam a matéria. Para fins do presente estudo, mostra-se suficiente tão somente a abordagem de alguns aspectos hermenêuticos relacionados à compreensão das normas que regem a previdência complementar sob o “filtro” constitucional, de acordo com os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal.

À luz da nova interpretação constitucional, as diretrizes do regime de previdência complementar previstas no texto constitucional devem nortear a interpretação e aplicação de todo o sistema normativo que regula a matéria. O *caput* do art. 202 da Constituição Federal define as normas fundamentais desse regime, estabelecendo – como já fora apresentado – seu caráter privado, complementar, autônomo e facultativo, além da necessidade de constituição de reservas que garantam os benefícios previdenciários.

Em razão do seu caráter privado e contratual, as relações jurídicas no âmbito da previdência complementar são disciplinadas tanto pela legislação específica que rege a matéria, marcada pela ingerência estatal,¹⁶³ como pelas normas de direito privado. A participação privada na organização de estruturas previdenciárias é característica marcante desse regime previdenciário, o qual está fundado na gestão fiduciária dos recursos de poupadores individuais por entidades de previdência. Há uma relação contratual entre entidades e poupadores: o indivíduo se associa a um plano de benefícios, administrado pela entidade previdenciária, o qual é regido por um regulamento, também chamado de contrato previdenciário ou contrato civil previdenciário.¹⁶⁴ Todo esse emaranhado de relações deve estar permeado pelas diretrizes constitucionais do regime de previdência privada.

Ainda no que tangencia à seara privada, mostra-se aplicável à hermenêutica da matéria a metodologia da constitucionalização do direito civil, pela qual se busca a funcionalização dos institutos jurídicos.¹⁶⁵ No âmbito contratual, característico da relação de previdência complementar, a funcionalização é assim destacada por KONDER:

¹⁶³ “O dirigismo contratual neste segmento é plenamente justificável, pois deixar a regulamentação da matéria ao alvedrio dos Estatutos das Entidades fatalmente geraria toda sorte de dano ao participante, o qual ficaria submetido aos ditames contratuais, sob pena de prejuízo financeiro. Como já dizia Orlando Gomes, neste tipo de relação contratual adesiva, o pacto escraviza e a lei liberta.” (IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2020. p. 771).

¹⁶⁴ REIS, Adacir. *Curso básico de previdência complementar*. São Paulo: RT, 2017. p. 23.

¹⁶⁵ Sobre o tema: “É notório que o Direito Civil brasileiro passou por importantes inovações legislativas, trazidas principalmente pela Constituição de 1988 e pelo Código Civil de 2002, além de diplomas específicos como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto das Cidades. [...] Essas novidades exigiram dos juristas repensar a técnica – ou o método – de se aplicar os institutos civilistas, o que deu origem ao que se convencionou chamar de Metodologia do Direito Civil Constitucional (LÓBO, 2014). Nesse contexto, ganhou relevância a funcionalização dos institutos civilistas como elemento metodológico útil a atender aos novos anseios do Direito Privado, notadamente no que diz respeito à concretização de princípios como o da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.” Os autores ainda destacam: “Portundo isso, a comunidade jurídica tem a missão de fazer o Direito Civil funcionar, o que importa na correta identificação e delimitação das várias funções que os institutos civilistas podem exercer. Essa tarefa exige do intérprete eleger como a função deve incidir no caso concreto (na forma de método, por exemplo), bem como precisa observar os limites do ordenamento quanto aos fins perseguidos, principalmente no que diz respeito à garantia da liberdade que caracteriza as relações privadas”. (EHRHARDT JUNIOR, Marcos; FARIAS, Luiz Roberto Barros. Por um sistema jurídico que funcione: discutindo a funcionalização do direito civil. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; SANTIAGO, Maria Cristina Paiva (orgs.). *Temas de direito civil-constitucional: da constitucionalização à humanização*. João Pessoa: IDCC, 2017, v. 2. p. 17 - 34).

Se a funcionalização de todos os institutos de direito civil é fundamental, no que tange ao direito contratual a funcionalização tem especial relevância. Isto porque a liberdade contratual, como manifestação da autonomia privada, em princípio permite aos particulares escolher os efeitos jurídicos que desejam produzir, as normas que irão reger suas relações interprivadas. Assim, enquanto a propriedade já traz seu conteúdo normativo previsto na lei, limitando-se o titular do direito a decidir como exercê-lo, o conteúdo normativo do contrato é produzido pelo próprio titular da liberdade contratual. Assim, neste âmbito, diante da miríade de possibilidades que surgem, é especialmente importante ao intérprete fazer atenção ao perfil funcional do negócio realizado. Deve-se ter em vista os efeitos buscados, a função perseguida, naquele negócio concreto, de forma a aferir mais cuidadosamente se há compatibilidade com aqueles interesses em razão dos quais a própria liberdade de contratar é tutelada.¹⁶⁶

Nada obstante seu caráter privado, a previdência complementar está englobada pela Teoria Geral do Direito Previdenciário. O reconhecimento desse regime previdenciário como parte integrante da seguridade social, promovido pela Constituição Federal de 1988, implica na vinculação do legislador infraconstitucional e dos intérpretes do direito não apenas às normas específicas dos regimes complementares previstas no texto constitucional, mas sim ao conjunto normativo inerente ao sistema de seguridade social, naquilo em que for aplicável.

Todavia, o regime complementar deve ser integrado a tal sistema de forma mitigada, ponderada e adaptada, aplicando-se suas normas com intensidade diversa daquela observada nos regimes básicos¹⁶⁷. REIS lembra que as normas do regime complementar não podem ser equiparadas às do regime geral ou dos regimes próprios dos servidores públicos, cujas relações são estabelecidas por normas de direito público e em atenção ao princípio da legalidade.¹⁶⁸

Outro aspecto a ser considerado para interpretação e aplicação das normas de previdência complementar é a feição de direito fundamental a ser atribuída a esse regime. Em que pese não estar contemplada no conteúdo do mínimo existencial – ou mínimo social fundamental – que constitui o núcleo da proteção previdenciária¹⁶⁹, sua fundamentalidade

¹⁶⁶ KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principalização” da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil* – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017. p. 46.

¹⁶⁷ Constataçãom sentido semelhante é feita por PULINO ao examinar o enquadramento da previdência complementar fechada no sistema da seguridade social e a aplicação dos princípios da seguridade social neste segmento (PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 322-323).

¹⁶⁸ REIS, Adacir. *op. cit.*, p. 130.

¹⁶⁹ A previdência complementar tem por finalidade a manutenção do padrão de vida do indivíduo, o que, por vezes, estará em patamar superior àquilo que, de maneira geral, será considerado como mínimo para uma existência digna. Outrossim, não se pode afirmar que o regime complementar seja estritamente essencial à estrutura previdenciária brasileira, uma vez que tal organização é uma opção política da sociedade (e do Estado) passível de alteração. A eventual extinção do regime de previdência complementar, *a priori*, não representaria um retrocesso social, situação vedada por princípio constitucional.

estaria associada à dimensão objetiva do direito social à previdência social, no qual estaria inserida a previdência complementar.¹⁷⁰

Na qualidade de componente da previdência social, seria possível extrair do arcabouço constitucional do regime complementar uma ordem objetiva de valores apta a irradiar efeitos por todo o ordenamento jurídico. Tal ordem de valores não incidiria apenas sobre os contratos previdenciários ou atividades a ele inerentes, mas também sobre as normas e institutos dos diversos ramos do direito, de forma ampla. Além de condicionar a interpretação e aplicação das normas e institutos nas relações públicas e privadas, vincularia a atuação dos particulares e dos Poderes Públicos. Nesse último caso, delimitaria e estabeleceria deveres de atuação para o Estado com relação à promoção e guarda dos seus valores de natureza constitucional.

O tema carece de aprofundamento que extrapola a presente pesquisa, contudo pode-se apontar que as alterações que vêm sendo promovidas no sistema de proteção previdenciária pelo poder constituinte derivado reformador¹⁷¹ denotam um reforço do papel da previdência complementar na composição do direito à previdência social, potencialmente reconfigurando o conteúdo deste direito fundamental.^{172 173}

Sem prejuízo à função desempenhada pelos regimes básicos, a opção política adotada pela Lei Maior parece apontar no sentido de estimular a participação da previdência complementar na proteção social.¹⁷⁴ Esse regime previdenciário tem um relevante papel social

¹⁷⁰ O assunto em torno da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não é pacífico. SARLET ressalta que, ainda hoje, o tema é objeto de sérias controvérsias na doutrina e na jurisprudência (SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 147-148).

¹⁷¹ O sistema previdenciário brasileiro já foi objeto de reformas pelas Emendas Constitucionais n. 20/1998, 41/2003 e 47/2005. Mais recentemente, alterações importantes foram promovidas pela Emenda Constitucional n. 103/2019 e já há discussões em curso acerca de novas mudanças para o sistema.

¹⁷² Sobre esse ponto, uma ressalva faz-se necessária. O reforço do papel da previdência complementar não implica em corroborar com processos de “esvaziamento da Previdência Pública” ou “mercantilização dos direitos sociais”, pautados na lógica individualista e no Estado mínimo¹⁷², mas sim em robustecer a função atribuída à previdência complementar, inserida na Ordem Social como parte integrante do sistema previdenciário brasileiro, cujos objetivos são o bem-estar e a justiça social.

¹⁷³ Em que pese a possibilidade ora aventada, cumpre registrar os ensinamentos de TAVARES acerca do conteúdo da previdência como direito fundamental: “A previdência fundamental deve ser baseada nos princípios da universalidade, da uniformidade e da solidariedade na proteção dos segurados mais desvalidos, mediante a participação do Estado; na cobertura dos riscos sociais da morte, da idade avançada, da incapacidade, da maternidade e do desemprego involuntário; e no estabelecimento de patamares mínimo e máximo de pagamentos dos benefícios, com a manutenção real do valor das prestações. Esses parecem ser os requisitos mínimos para a configuração da previdência como direito fundamental e os principais alicerces sobre os quais deve ser estruturada. Com o atendimento desses pressupostos, a previdência torna-se um forte instrumento de concretização do fundamento constitucional da dignidade humana e dos objetivos de erradicação da pobreza e de redução de desigualdades sociais, possibilitando o acesso às oportunidades e garantindo cidadania. Com previdência básica, pode ser comparada a um patamar mínimo abaixo do qual ninguém deve rezear cair, mas acima do qual podem surgir e florescer desigualdades sociais apoiadas na autonomia privada e no talento individual.” (TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*. Niterói: Impetus, 2009. p. 31).

¹⁷⁴ Nesse ponto, ressalte-se o ensinamento de IBRAHIM: “Não é correto incorrer no erro dialético de retornar a o modelo de Estado mínimo, comprometido somente com a liberdade formal, mas evoluir para estrutura capaz de

a desempenhar porquanto contribui para a formação de poupança da população, visando à continuidade do padrão de vida das pessoas, em especial dos trabalhadores, após sua idade ativa.

Assim, em sua acepção material, a constitucionalização da previdência complementar implica na percepção e aplicação do arcabouço normativo de acordo com a unidade sistemática do ordenamento jurídico, à luz da Constituição Federal, de forma a permitir uma integração hermenêutica entre as diversas normas que compõem o microsistema normativo desse regime previdenciário, assim como entre elas e o ordenamento jurídico como um todo.

Sob tal óptica, a seguir são examinadas as características atribuídas à previdência privada pela Constituição Federal de 1988.

2.2.2 Características constitucionais da previdência complementar

O *caput* do artigo 202 da Constituição Federal, com a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 20/98, estabelece que “o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”.¹⁷⁵

Desse dispositivo, são extraídas as características da previdência complementar, as quais consubstanciam – valendo-se de expressão consagrada por Celso Antônio Bandeira de Mello – verdadeiras pedras de toque desse regime previdenciário. Tais atributos, constitucionalmente estabelecidos, norteiam todo o regime jurídico aplicável à previdência complementar, o qual se desdobra em intensa regulamentação legal e infralegal.

A doutrina adota distintas classificações para se reportar às características constitucionais regime de previdência complementar, bem como reconhece a existência de um conjunto de princípios específico aplicável ao regime.

Assim, PULINO aponta oito princípios decorrentes do artigo 202 da Constituição Federal: complementaridade, autonomia em relação à previdência básica e pública,

lidar com riscos e incertezas, sem descuidar de aspectos econômicos e sociais.” (IBRAHIM, Fábio Zambite. *A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói: Impetus, 2011. p. 90).

¹⁷⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

facultatividade, contratualidade, constituição obrigatória de reservas garantidoras do benefício contratado (capitalização), transparência na gestão, desvinculação dos contratos de previdência privada e de trabalho, regulação do regime por lei complementar.¹⁷⁶

AVENA identifica as características determinantes e os princípios constitucionais e legais regedores da previdência complementar (a autora trata especificamente do segmento fechado).¹⁷⁷ Como características, elenca a complementaridade, a autonomia em relação ao regime da previdência social, a facultatividade, a comutatividade benefício x receita de cobertura e a contratualidade. A autora destaca nove princípios considerados fundamentais, reconhecendo que ainda existem outros aplicáveis a esse regime: a preservação do equilíbrio econômico-financeiro e atuarial dos planos de benefícios; a segregação dos planos de benefícios e incomunicabilidade dos seus patrimônios; a universalização do acesso ao plano previdenciário em relação aos empregados de patrocinador ou associados de instituidor; o mutualismo; a transparência; a autonomia de vontade e liberdade de contratar; o conservadorismo e a prudência; o diferimento tributário; e a proteção aos participantes.¹⁷⁸

Para fins da presente pesquisa, serão examinadas as seguintes características, conforme classificação própria: complementaridade, autonomia em relação à previdência básica, facultatividade, contratualidade, necessidade de constituição de reservas.

2.2.2.1 Complementaridade

PULINO destaca que a complementaridade do regime de previdência complementar significa que “não lhe compete a cobertura das necessidades sociais tidas como básicas, as quais ficarão a cargo, em nosso sistema, necessariamente, dos regimes públicos de previdência social, de vinculação obrigatória para os que trabalham”¹⁷⁹. Ressalta o autor que a

¹⁷⁶ PULINO, Daniel. *op. cit.*, p. 241 e ss.

¹⁷⁷ AVENA, Lygia. Características e princípios fundamentais do regime de previdência complementar. AVENA, Lygia (coord.). *Fundamentos jurídicos da previdência complementar fechada*. São Paulo: CEJUPREV, 2012. p. 8-38.

¹⁷⁸ Ainda sobre outros autores que se debruçaram sobre o tema, MARTINEZ cita como ditames constitucionais o regime protetivo autônomo, o caráter supletivo, a organização administrativa sob supervisão do Estado, a facultatividade de adesão, a base financeira e a natureza contratual da relação previdenciária, ressaltando ainda suas fontes formais (MARTINEZ, Wladimir Novaes; FERRAZ, Ana Flávia Ribeiro; KOSUGI, Dirce Namie. *Curso de previdência complementar*. São Paulo: LTr, 2014. p. 64-66). Já GALLO aponta como características a complementaridade, autonomia, facultatividade, contratualidade e a constituição de reservas (GALLO, Ronaldo Guimarães. *op. cit.*, p. 89 et ss).

¹⁷⁹ PULINO, Daniel. *op. cit.*, p. 244.

previdência privada está relacionada à ideia de aperfeiçoamento da cobertura conferida pelos regimes básicos, atrelada mais propriamente “fora” do que “acima” do nível básico de proteção. Isso significa que o caráter complementar tem significado de acréscimo e não está atrelado aos critérios de cálculo dos benefícios dos planos públicos ou privados de previdência social¹⁸⁰.

Para o autor, a previdência privada não pode ter papel substitutivo do Estado na proteção previdenciária básica.¹⁸¹ Nesse sentido, BORGES aponta que, sendo a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, cabe ao Estado promover meios para que as pessoas vivam de forma digna, dando efetividade ao disposto no art. 6º da Constituição Federal de 1988.¹⁸²

GALLO ressalva que a concepção inicial do caráter complementar adquire novos contornos, dada a possibilidade de pessoas não filiadas aos regimes básicos se vincularem a plano de previdência privada, em especial do segmento aberto. Assim, o autor defende que a leitura que mais se coaduna com o presente é no sentido de que compreender a previdência complementar “como um esforço realizado agora para o gozo de um benefício futuro, que pode somar ao valor recebido do regime geral de previdência (ou não), podendo perfazer importe financeiro maior ou menor do que o valor recebido na previdência pública obrigatória”.¹⁸³

A complementaridade é melhor compreendida contextualizada com a autonomia em relação à previdência básica.

2.2.2.2 Autonomia

CAZETTA aponta que, embora a autonomia entre os regimes tenha sido declarada expressamente somente com a nova redação do artigo 202, implementada pela Emenda Constitucional n. 20/98, a Lei n. 6.435/77 já contemplava de forma implícita essa característica do sistema previdenciário no Brasil.¹⁸⁴

¹⁸⁰ PULINO, Daniel. *op. cit.* p. 258.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 244.

¹⁸² BORGES, Elisângela Lima dos Santos. *op. cit.*, p. 17.

¹⁸³ GALLO, Ronaldo Guimarães. *op. cit.*, p. 92-93.

¹⁸⁴ CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada: o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 28.

Em atenção à redação do texto constitucional, PULINO ressalta que, embora haja menção à organização da previdência complementar de forma autônoma “em relação ao regime geral de previdência social”, tal autonomia se dá em relação aos regimes básicos, abarcando tanto o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, como os Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos – RPPS.¹⁸⁵

Conforme assevera GALLO, a ideia de autonomia para o regime de previdência complementar tem como objetivo reforçar a arquitetura da Seguridade Social cunhada pela Lei Maior, de forma a preservar as características distintas dos regimes que compõem a malha de proteção social.¹⁸⁶

A autonomia da previdência privada em relação à previdência básica, portanto, traduz a ideia de total desvinculação entre os regimes, tanto no que tange à natureza jurídica quanto à concessão de benefícios.¹⁸⁷

Enquanto a previdência básica tem natureza jurídica de serviço público, regulada por regras específicas de direito público, em especial pelas normas de Direito Administrativo, a previdência privada, conforme pontuado em tópico anterior, tem natureza jurídica privada,¹⁸⁸ sendo regulamentada pelas Leis Complementares n. 108/2001 e n. 109/2001, bem como pelas normas de Direito Privado. Nesse sentido, BORGES consigna que a previdência privada não é uma atividade que o ordenamento jurídico atribua ao Estado, para que a exerça de forma direta ou por delegação.¹⁸⁹ Seu papel precípua é atuar como agente regulador e fiscalizador na proteção dos interesses dos participantes dos planos de benefícios, conforme previsto no artigo 3º da Lei Complementar n. 109/2001.¹⁹⁰

¹⁸⁵ PULINO, Daniel. *op. cit.*, p. 266.

¹⁸⁶ GALLO, Ronaldo Guimarães. *op. cit.*, p. 93.

¹⁸⁷ AVENA, Lygia. *op. cit.*, p. 11.

¹⁸⁸ Ao analisar a natureza jurídica da previdência complementar fechada, Daniel PULINO diz tratar-se de atividade econômica e não de serviços públicos, mesmo que tal atividade esteja sob a regulação estatal mais intensa, se comparada a o que ocorre com as atividades econômicas de modo geral, em razão de sua “relevância social” (PULINO, Daniel. *op. cit.*, p. 53).

¹⁸⁹ BORGES, Elisângela Lima dos Santos. *op. cit.*, p. 20. A autora afirma que, no tocante ao regime de previdência complementar, “não há previsão de satisfação das necessidades coletivas e inexistente supremacia do interesse público sobre o particular, uma vez que, o regime jurídico aplicado é o privado”.

¹⁹⁰ LC 109/2001, “Art. 3º A ação do Estado será exercida com o objetivo de: I - formular a política de previdência complementar; II - disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro; III - determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades; IV - assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios; V - fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades; e VI - proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

No tocante à concessão do benefício, a autonomia entre os regimes previdenciários básico e complementar assegura ao trabalhador a possibilidade de vincular-se concomitantemente a ambos, além de poder aposentar-se em um independentemente da concessão da aposentadoria no outro.¹⁹¹ Ademais, não há vínculo entre o valor do benefício concedido no regime oficial e aquele pago pela previdência complementar, salvo se houver disposição específica nesse sentido no regulamento do plano de benefícios.

2.2.2.3 Facultatividade

O caráter facultativo do regime de previdência complementar, decorrente de imposição constitucional expressa, consiste na iniciativa voluntária das partes em ingressar na relação jurídica previdenciária, em nítida contraposição à obrigatoriedade de filiação imposta pelos regimes básicos. Para PULINO, trata-se de “expressão da livre iniciativa que fundamenta o campo das atividades econômicas, particularmente num de seus desdobramentos, que é a liberdade das pessoas para contratar ou não”.¹⁹²

Conforme aponta GALLO, a facultatividade está relacionada à liberdade de escolha (liberdade de contratar), a qual difere da liberdade contratual propriamente dita (liberdade de discussão das cláusulas e condições inseridas no contrato). Explica o autor que “aquela precede a esta e é requisito para o desenvolvimento do conteúdo do pacto”, sendo indispensável para a formação da relação jurídica previdenciária.¹⁹³

O autor ressalta que a facultatividade deve ser observada sob duas perspectivas: do participante e do patrocinador ou instituidor.¹⁹⁴ Assim, tal característica está presente tanto na adesão pelos empregados ou associados quanto na decisão do empregador, da associação, da

¹⁹¹ BORGES lembra que, apesar da autonomia entre os regimes para a concessão de benefícios, dada a natureza contratual do regime complementar, é possível que o regulamento do plano de benefícios de entidade de previdência complementar fechada contenha disposição que prevê a concessão do benefício complementar somente quando da concessão do benefício pelo regime previdenciário oficial ao qual o participante estiver filiado por intermédio de seu patrocinador (BORGES, Elisângela Lima dos Santos. *op. cit.*, p. 20).

¹⁹² PULINO, Daniel. *op. cit.*, p. 274.

¹⁹³ GALLO, Ronaldo Guimarães. *op. cit.*, p. 97. PULINO ainda ressalta uma terceira perspectiva, que seria da entidade previdenciária. Nesse sentido, ver PULINO, Daniel. *op. cit.*, p. 281-282.

¹⁹⁴ *Loc. cit.* PULINO ainda ressalta uma terceira perspectiva, que seria da entidade previdenciária. Nesse sentido ver PULINO, Daniel. *Loc. cit.*

entidade classista setorial ou profissional de instituir e manter o plano de previdência complementar, consoante dispõem os artigos 12 e 16, da Lei Complementar n. 109/2001.¹⁹⁵

Nesse sentido, cabe ao indivíduo decidir se deseja ou não aderir ao plano de benefícios ofertado livremente no mercado, no caso do segmento aberto, ou oferecido pelo patrocinador ou instituidor para o segmento fechado. Aderindo ao plano, o agora participante estará sujeito às regras estabelecidas no respectivo regulamento.

Acerca do ingresso do participante em plano de benefícios patrocinados, ressalte-se a possibilidade de adesão automática (ou adesão presumida) para o regime de previdência complementar, algo que já é realizado para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo.¹⁹⁶ A extensão da adesão automática para o segmento fechado em geral é amplamente debatida.¹⁹⁷ Trata-se de mitigação à facultatividade, justificável em razão da situação *a priori* mais benéfica proporcionada aos indivíduos, “especialmente aqueles que por inércia ou procrastinação apresentam tendência a não planejar visando à aposentadoria”¹⁹⁸.

Ainda sob a óptica do participante, a facultatividade transcende a adesão ao plano de benefícios, sendo-lhe permitida sua desvinculação por meio dos institutos da portabilidade e do resgate previsto na Lei Complementar n. 109/2001. Observadas as condições legais e regulamentares, a exemplo do prazo de carência, tal opção do participante independe da vontade do patrocinador ou do instituidor.

Com relação ao patrocinador ou instituidor, a facultatividade garante a liberdade de instituir o plano de benefícios previdenciários, assim como de mantê-lo, desde que observados os compromissos assumidos. É do patrocinador ou instituidor a iniciativa de criar um plano de benefícios para seus funcionários ou membros de entidade classista, profissional ou setorial. Todavia, jamais será possível obrigar o patrocinador ou instituidor a criar e a manter um plano de benefícios complementar, sob pena de ofensa ao princípio da facultatividade.

A retirada do patrocínio, bem como a possibilidade de extinção do plano de benefícios, prevista na Lei Complementar n. 109/2001, é assegurada mediante autorização do órgão regulador e fiscalizador. Nesse caso, patrocinadores e instituidores ficam obrigados a

¹⁹⁵ LC 109/2001, “Art. 12. Os planos de benefícios de entidades fechadas poderão ser instituídos por patrocinadores e instituidores, observado o disposto no art. 31 desta Lei Complementar. (...) Art. 16. Os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores. § 2º É facultativa a adesão aos planos a que se refere o caput deste artigo.”

¹⁹⁶ Conforme previsto no artigo 1º, § 2º, da Lei 12.618/2012, com redação conferida pela Lei n. 13.183, de 2015.

¹⁹⁷ Sobre o tema, ver obra de Luis Felipe Lopes Martins (*A regulação da previdência complementar fechada sob a perspectiva da economia comportamental e a adesão automática como proposta para a mitigação de vieses cognitivos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015).

¹⁹⁸ MARTINS, Luis Felipe Lopes. *op. cit.*, p. 101.

cumprir determinadas obrigações legais e os compromissos assumidos com a entidade previdenciária relativos aos direitos dos participantes até o momento da retirada ou extinção do plano de benefícios. CAZETTA aponta que, tal como concebida e disciplinada na lei, a relação de patrocínio jamais constitui direito adquirido do empregado à conservação do regime jurídico correspondente ao patrocínio de plano de benefícios.¹⁹⁹

A facultatividade é uma característica constitucional diretamente ligada à contratualidade, uma vez que tanto a instituição e manutenção do plano pelo patrocinador ou instituidor como a adesão e permanência por parte dos participantes são facultativas, ou seja, decorrem da liberdade de contratar.

2.2.2.4 Contratualidade

A redação do artigo 202 da Constituição Federal de 1988 expressa de forma clara a natureza contratual da previdência complementar, caracterizando as relações jurídicas descritas neste dispositivo, como atos jurídicos, disciplinados pela legislação específica que rege a matéria, bem como pelas normas de direito privado, diferentemente da previdência pública, em que vigora o princípio da legalidade, e as relações são estabelecidas por normas de direito público.

A menção ao caráter contratual aparece por duas vezes no art. 202. No *caput* do artigo, ao versar que o regime de previdência complementar é “baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado”, e no seu § 2º ao consignar que “as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes”.²⁰⁰

Conforme exposto em tópico anterior, as relações jurídicas no âmbito da previdência complementar são disciplinadas tanto pelas normas de Direito Privado como pela legislação específica que rege a matéria, sendo marcada pela ingerência estatal na sua regulamentação e fiscalização.

¹⁹⁹ CAZETTA, Luís Carlos. *op. cit.*, p. 29.

²⁰⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

Sob a óptica contratual, a relação previdenciária complementar é baseada na autonomia privada, a qual, à luz da legalidade constitucional, é tida como “expressão das liberdades fundamentais, asseguradas pela ordem constitucional, no âmbito das relações privadas”²⁰¹, cabendo atentar à necessária compatibilidade entre o fim perseguido pelo plano previdenciário e essas liberdades fundamentais.²⁰²

Essa relação previdenciária é integrada por três figuras centrais: o patrocinador ou instituidor, o participante e a entidade previdenciária, aberta ou fechada, sendo regida precipuamente pelos regulamentos dos planos de benefícios.²⁰³ Também chamado de contrato previdenciário (ou contrato civil previdenciário)²⁰⁴, o regulamento do plano de benefícios estabelece o conjunto de direitos e obrigações ao qual os contratantes se mantêm vinculados. Nada obstante, conforme pontua BALERA, o ordenamento jurídico define, de forma genérica e abstrata, os termos e condições desse negócio jurídico.²⁰⁵

Assinale-se que a definição jurídica de plano de benefícios não é consenso na doutrina. BARROS ensina que são dois os significados usualmente utilizados pela doutrina e pela própria legislação para o plano de benefícios:

O primeiro, no sentido de conjunto de direitos e obrigações ao qual se mantêm vinculados os participantes, os patrocinadores, os instituidores e a Entidade de Previdência Complementar, o que confundiria às vezes com o próprio regulamento, que é instrumento do plano de benefícios, ou com o contrato previdenciário, que é formado, como visto em linha anteriores, pelo conjunto dos instrumentos jurídico que formalizam e disciplinam a relação contratual (regulamento, termo de inscrição e certificado). O segundo, o patrimônio coletivo (universalidade de direito), não

²⁰¹ KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). *Contratos* (fundamentos do direito civil). Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 15. Destacam os autores: “O princípio da autonomia privada, desse modo, insere-se no tecido axiológico do ordenamento, no âmbito do qual se pode extrair seu verdadeiro significado. Encontra-se informado pelo valor social da livre-iniciativa, que se constitui em fundamento da República (art. 1º, IV, C.R.), corroborado por numerosas garantias fundamentais às liberdades, que têm sede constitucional em diversos preceitos, com conteúdo negativo (princípio da legalidade, ex vi do arts. 5º, II, 170, parágrafo único, C.R.) e positivo (arts. 1º, IV, C.R.). Segundo o Texto Constitucional, a liberdade de agir, objeto das garantias fundamentais insculpidas no art. 5º, associa-se intimamente aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade social (art. 3º, I) e da igualdade substancial (art. 3º, III), objetivos fundamentais da República. Significa dizer que a livre-iniciativa, além dos limites fixados por lei, para reprimir atuação ilícita, deve perseguir a justiça social, com a diminuição das desigualdades sociais e regionais e com a promoção da dignidade humana. A autonomia privada não se constitui, portanto, em princípio absoluto, e adquire conteúdo positivo, impondo deveres à autorregulamentação dos interesses individuais, de tal modo a vincular, já em sua definição conceitual, liberdade à responsabilidade”.

²⁰² KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principalização” da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 13, p. 39-59, jul./set. 2017. p. 46.

²⁰³ O tópico seguinte aborda noções gerais acerca dos planos de benefícios, versando sobre as principais distinções entre os seguimentos aberto e fechado.

²⁰⁴ REIS, Adacir. *op. cit.*, p. 23.

²⁰⁵ BALERA, Wagner. *Comentários à lei de previdência privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.19.

dotado de personalidade jurídica, mas tutelado juridicamente, a fetado ao pagamento dos benefícios previdenciários.²⁰⁶

GALLO esclarece que não se deve confundir o plano de benefícios com o próprio contrato de previdência privada, apesar da sua relação de interdependência.²⁰⁷ Nesse sentido, BALERA e DE RAEFFRAY asseveram que “o plano de benefícios é uma engenharia jurídica desenvolvida pela Entidade de Previdência Complementar, com objetivos normativamente delineados e sistematicamente bem situados”, existindo uma correlação entre a arquitetura organizacional e regulamentar do plano de benefícios e o contrato de previdência privada, “o que não significa dizer que perfazem o mesmo instrumento ou possam ser confundidos como se mesmo institutos fossem”.²⁰⁸

Da natureza civil (contratual) da relação de previdência complementar decorre a desvinculação dos contratos de previdência privada e de trabalho, a qual consta expressamente no art. 202, § 2º, da Constituição Federal.²⁰⁹ Lembra PULINO que “essa autonomia é jurídica, não fática”, sendo direcionada especialmente aos planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar e à maioria dos planos coletivos das entidades abertas, estabelecidos no artigo 26 da Lei Complementar n. 109/2001.²¹⁰ Nesse sentido, para o autor, nessas situações específicas mostra-se evidente a ligação dessas relações jurídicas no plano da realidade social, uma vez que ambas têm lastro no vínculo de trabalho.²¹¹

²⁰⁶ BARROS, Allan Luiz Oliveira. *Previdência complementar aberta e fechada*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016. p. 85.

²⁰⁷ GALLO, Ronaldo Guimarães. *op. cit.*, p. 157.

²⁰⁸ BALERA, Wagner; DE RAEFFRAY, Ana Paula (coords.). *Introdução à previdência complementar*. Coleção de direito previdenciário. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, v. 2. p. 106.

²⁰⁹ CF/88, “Art. 202 § 2º - As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.”

²¹⁰ PULINO, Daniel. *op. cit.*, p. 296.

²¹¹ O tema já foi intensamente debatido no passado, em especial para definição da competência jurisdicional para julgamento de causas relacionadas a planos de benefícios patrocinados. A propósito, em 20 de fevereiro de 2013, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 586.453, que originou o Tema 190, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho.

2.2.2.5 Necessidade de constituição de reservas

O regime de previdência complementar deve estar baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, conforme preceitua o *caput* do art. 202. Isso significa que o pagamento do benefício previdenciário requer, necessariamente, que a reserva que o lastreia esteja constituída.²¹²

MARTINEZ afirma que a “constituição de recursos para fazer frente às despesas atuais e futuras é o Calcanhar de Aquiles do sistema complementar”, sendo que tal sistema “reclama a provisão desses recursos, capitais acumulados no curso da relação com o participante”.²¹³ Em sentido semelhante, para REIS, “não pode haver benefício sem prévio custeio”, sendo este o “princípio sagrado da previdência complementar”²¹⁴.

PULINO também confere importância especial a essa característica do regime complementar, ressaltando que o equilíbrio permanente e a solvência dos planos de benefícios devem preponderar sobre os demais valores acolhidos no ambiente de previdência privada. Nas palavras do autor:

[...] o que há de mais essencial para um plano de finalidade previdenciária é a construção atual e, sobretudo, futura dos benefícios previdenciários previstos no Regulamento do Plano, de modo que a garantia de que isso vá realmente ocorrer, de que poderão ser efetivamente pagos os benefícios, constitui preocupação que deve prevalecer sobre qualquer outra que possa ocorrer a patrocinadores e participantes do plano, por mais tentadoras que sejam no presente. Este valor não pode ser colocado em risco.²¹⁵

O autor assevera que a necessidade de constituição de reservas, ou do prévio custeio, advém do fato de que a proteção previdenciária complementar foi atribuída à livre-iniciativa e ao regime de autonomia privada, o que impele a se exigir o máximo de garantias para que o plano de benefícios atinja sua finalidade, qual seja, o pagamento dos benefícios contratados.²¹⁶

A doutrina usualmente extrai dessa característica constitucional a obrigatoriedade de adoção do regime de capitalização pelo regime de previdência complementar, por ser este o

²¹² CARVALHO, Fábio Junqueira de; MURGEL, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva. *A regulação e a fiscalização da previdência complementar no Brasil: uma proposta de nova estruturação*. São Paulo: Editora Dialética, 2022. p. 101.

²¹³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência complementar*. São Paulo: LTr, 2003. p.76

²¹⁴ REIS, Adacir. *op. cit.*, p. 23.

²¹⁵ PULINO, Daniel. *op. cit.*, p. 289.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 288.

que melhor possibilita a formação do custeio prévio. Nesse regime, os contribuintes gerarão, na atividade, o valor necessário para o custeio das prestações na inatividade. IBRAHIM ensina que:

No regime de capitalização, os recursos arrecadados com contribuições são investidos pelos administradores do fundo, tendo em vista o atendimento das prestações devidas aos segurados futuramente, ou seja, e a partir das opções de investimento dos administradores. Aqui, não há o financiamento entre gerações, ao menos, diretamente.²¹⁷

Por não apresentarem tal característica, os demais regimes financeiros existentes não se amoldariam à exigência constitucional. É o que ocorre, por exemplo, com regime de repartição simples adotado pelos regimes básicos, os quais se caracterizam pelo pacto intergeracional, com fulcro na solidariedade social.

Contudo, a Lei Complementar n. 109/01, em seu artigo 18, § 1º, estabelece que o regime de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas. Assim, permite-se que benefícios na forma de renda ou pagamento único adotem regimes distintos ao da capitalização.

É importante frisar que a constituição de reservas que garantam o benefício contratado tem por consequência a necessidade de aplicação dos recursos acumulados. Conforme expõe GALLO, essas reservas “devem ser capitalizadas de forma a maximizar os ganhos futuros dos participantes dos planos de benefícios, ou no mínimo manter o poder financeiro do programado quando da adesão”, tarefa que ficará a cargo das entidades previdenciárias e seus respectivos administradores.²¹⁸

PULINO aponta obrigações previstas na Lei Complementar n. 109/01, que estão associadas à constituição de reservas que garantam o benefício contratado. São elas: a intervenção estatal no sentido determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez; a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades (art. 3º, III); a possibilidade de contratação de resseguro, visando assegurar os compromissos assumidos pelo plano de benefícios (art. 11); as cautelas para elaboração do plano de custeio (art. 18); e a avaliação atuarial do plano de benefícios ao final de cada exercício (art. 22).²¹⁹

²¹⁷ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *op. cit.*, p.172.

²¹⁸ GALLO, Ronaldo Guimarães. *op. cit.*, p. 108.

²¹⁹ PULINO, Daniel. *op. cit.*, p. 289.

Conforme se depreende dos autores supracitados, essa característica constitucional é frequentemente associada pela doutrina à preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefícios. Trata-se de corolário lógico, uma vez que tal equilíbrio é imprescindível para a constituição das reservas garantidoras do benefício, constituindo “um valor que deve ser intensamente protegido”.²²⁰

Embora não seja um ponto usualmente aprofundado na doutrina, a qual costuma se referir indistintamente à ideia de equilíbrio financeiro e atuarial no regime de previdência complementar, tal temática adquire contornos próprios de acordo com o modelo de estruturação do plano previdenciário.²²¹ Naqueles planos estruturados na modalidade de benefício definido (BD), a preocupação com relação ao custeio e ao equilíbrio dos recursos garantidores se mostra evidente. Isso porque, conforme apontam CARVALHO e MURGEL, nesses planos o custeio é variável, baseado em estudos atuariais que levam em conta diversas premissas, com o condão de impactar no valor das contribuições dos participantes.²²²

Prosseguem os autores esclarecendo que os planos nessa modalidade (BD) apresentam por característica o mutualismo²²³ entre os seus participantes, assim ilustrado:

Os estudos e cálculos são elaborados com o objetivo de que cada participante, quando receber seu benefício, possua reserva suficiente para pagar o benefício para o resto da vida. Nesse cenário, surge outra característica importante dos planos estruturados na modalidade de benefício definido, qual seja, o mutualismo. Embora o valor do benefício de cada participante seja calculado individualmente, com base no histórico do participante, no tempo de vinculação ao plano, na média aritmética de remunerações que comporá a base de cálculo do próprio benefício, fato é que a definição das contribuições e os cálculos atuariais são realizados considerando a massa de participantes. Assim, se o participante viver mais do que a média da expectativa de vida dos participantes de seu plano, média esta utilizada na formação

²²⁰ CARVALHO, Fábio Junqueira de; MURGEL, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva. *op. cit.*, p. 101.

²²¹ O tópico seguinte aborda noções gerais acerca dos planos de benefícios, em que são apresentadas as noções de planos de benefício definido (BD), de contribuição definida (CD) e de contribuição variável (CV).

²²² “Os estudos atuariais são importantes para as modalidades de planos de benefícios, porém para os planos estruturados em benefício definido são fundamentais, e diversas podem ser as variáveis, conhecidas como premissas atuariais, que deverão ser observadas, tais como a expectativa de vida dos participantes; o tempo em que as pessoas vão contribuir; a rentabilidade que será conseguida na aplicação das reservas fundadas e provisões, a média de remuneração dos participantes, pois sobre ela usualmente se cobram as contribuições e se calculam os benefícios (sic); o tempo médio que os participantes ficam vinculados à empresa, já que a grande maioria dos planos BD possuem instituidores (abertos) ou patrocinadores (fechados); o índice dos aumentos salariais; e o índice de reajuste dos benefícios.” (CARVALHO, Fábio Junqueira de. MURGEL, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva. *op. cit.*, p. 90).

²²³ WEINTRAUB prefere o uso do termo “protocooperação”, por entender que o regime de capitalização adotado na previdência privada não expressa a ideia de mutualismo característica dos regimes de repartição simples. Para o autor: “No mutualismo há uma necessária simbiótica na sobrevivência do sistema. Existe sim, na capitalização financeira, uma protocooperação, onde a individualização é natural”. (WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 57).

de sua reserva, a inda assim continuará a receber o benefício, aproveitando-se da reserva dos demais participantes.²²⁴

Em função de suas características, os planos de benefício definido estão suscetíveis a desequilíbrios atuariais, caso constatado que o montante dos recursos garantidores não é suficiente para o cumprimento das obrigações do plano. Tais desequilíbrios podem ter causas variadas, a exemplo de erro na modelagem do custeio do plano ou premissas atuariais concretizadas de forma diferente da sua previsão (incluindo o retorno esperado para os investimentos).

Diante desses casos, a saída é a recomposição do custeio, conforme leciona RODRIGUES.²²⁵ Nesse sentido, a legislação infraconstitucional já possui diversas disposições para regular situações de déficit nos planos de benefícios, tão sensíveis e com impacto direto para os integrantes da relação previdenciária (participantes e, se for o caso, patrocinadores ou instituidores).²²⁶

Nada obstante, nos planos estruturados na modalidade de contribuição definida (CD), o tema não adquire contornos de maior relevo. Nesses planos, não há o mutualismo presente nos planos de benefício definido²²⁷, tampouco se verifica uma influência determinante das premissas atuariais que compõem o plano de custeio, haja vista que o valor do benefício guarda relação direta com o retorno dos recursos garantidores acumulados ao longo dos anos pelo participante. Nesse sentido, CARVALHO e MURGEL afirmam que esses planos “não geram *superávit* ou *déficit*”^{228 229}.

Examinadas as principais características constitucionais da previdência complementar, serão expostas breves noções acerca dos termos associados a esse regime, seus segmentos aberto e fechado e tipos de planos de benefícios ofertados.

²²⁴ CARVALHO, Fábio Junqueira de. MURGEL, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva. *op. cit.*, p. 90.

²²⁵ “Dentro da teoria clássica do contrato, as dificuldades de custeio de planos de previdência, desde que imprevistos, podem ser fixadas na cláusula *rebus sic stantibus*, que se concentra na já clássica Teoria da Imprevisão. Veja-se que os contratos de planos previdenciários são longos, longuíssimos, talvez os mais longos do qual um ser humano possa participar. [...] Como então coadunar a segurança jurídica dos contratos civis com os imprevistos enfrentados? A moderna Teoria dos Acordos, antes colacionada, e a já clássica Teoria da Imprevisão levarão à mesma solução do conflito estabelecido: há que se recompor o regime de custeio, sobretudo em se tratando de planos do tipo benefício definido.” (RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão: temas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 81).

²²⁶ A título de exemplo: LC 109/2001, “Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.”

²²⁷ CARVALHO, Fábio Junqueira de. MURGEL, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva. *op. cit.*, p. 91.

²²⁸ *Loc. cit.*

²²⁹ A possibilidade de desequilíbrio dos planos de contribuição variável deve ser verificada de acordo com o modo de estruturação do plano de benefícios no caso concreto, uma vez que tal modalidade se caracteriza por poder apresentar aspectos das modalidades de benefício definido e de contribuição definida.

2.3 Noções gerais sobre os planos de previdência complementar

Conforme já fora exposto, o principal objetivo de um plano de previdência complementar é proporcionar um padrão de vida mais digno para seus contratantes e familiares, em especial para os trabalhadores após sua idade ativa.²³⁰ Em geral, trata-se de proteção estabelecida contratualmente para cobertura de riscos sociais específicos, tais como idade avançada, invalidez, morte, entre outros.

Sendo a relação previdenciária complementar de natureza contratual, regida pelo regulamento do plano de benefícios, as suas três figuras centrais são o participante, a entidade previdenciária e o patrocinador ou instituidor (quando for o caso).

Os participantes, em sentido amplo, são usualmente subdivididos em participantes ou assistidos, de acordo com o estágio em que se encontram na relação previdenciária. Enquanto os participantes são aqueles que aderiram ao plano de benefícios e se encontram na fase de acumulação das reservas, os assistidos já estão em gozo de benefício após o cumprimento dos requisitos regulamentares para tanto.²³¹

Note-se que há duas fases distintas no curso do plano de previdência: a fase de acumulação ou diferimento, em que o participante acumula os recursos que serão destinados ao pagamento do benefício, e a fase prestacional, após a concessão do benefício, que consiste no seu recebimento pelo participante, já na condição de assistido.

Além de participantes e assistidos, ainda podem figurar nessa relação os beneficiários, que são aqueles indicados no contrato previdenciário para o recebimento das prestações contratadas, caso ocorra situação de risco social contratualmente protegida, a exemplo do óbito do participante.²³²

O regime de previdência complementar encontra-se dividido em dois segmentos: fechado e aberto. Desta forma, os planos de benefícios são operados por entidades fechadas de previdência complementar – EFPC ou por entidades abertas de previdência complementar – EAPC, a depender do segmento.

Um dos principais traços distintivos entre ambos diz respeito ao seu universo de participantes. No segmento fechado, os planos de benefícios são ofertados a grupos

²³⁰ A previdência complementar exerce outros importantes papéis, como auxiliar as políticas públicas estatais no tratamento do déficit da Previdência Pública ou na proteção social e atuar como instrumento de poupança nacional (BALERA, Wagner; DE RAEFFRAY, Ana Paula (coords). *op. cit.*, p. 16).

²³¹ BARROS. Allan Luiz Oliveira. *op. cit.*, p. 97.

²³² Caso não existam condições específicas estabelecidas no regulamento do plano de benefícios, pode o participante designar livremente o beneficiário, de acordo com sua vontade.

específicos de pessoas, a partir do vínculo de trabalho ou associativo. Já no segmento aberto, tal vínculo não é obrigatório, sendo o plano de benefício deste segmento usualmente acessível ao público em geral.²³³

Para ter acesso a um plano de benefícios do segmento fechado, o indivíduo deve possuir vínculo com um patrocinador ou instituidor. Patrocinador é a pessoa jurídica, de natureza pública ou privada, que institui plano de benefícios de caráter previdenciário para seus empregados ou servidores.²³⁴ Já o instituidor é a pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial, que institui plano de benefícios para seus associados ou membros. A condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefícios é formalizada mediante a celebração de um contrato com a entidade de previdência, denominado convênio de adesão, o qual está previsto no artigo 13 da Lei Complementar n. 109/01.²³⁵

Os planos de previdência complementar operados por EFPC, no intuito de conferir proteção previdenciária, buscaram historicamente se assemelhar ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, razão pela qual suas disposições regulamentares estabeleciam critérios para concessão de benefícios e indicação de beneficiários em moldes semelhantes a esse regime, o que ainda se observa em alguns planos em operação.²³⁶ Ademais, a necessidade de vínculo prévio com entidade patrocinadora ou instituidora restringe seu acesso a um grupo específico de pessoas. Ao revés, além do acesso facultado a qualquer interessado, os planos operados por EAPC usualmente apresentam maior liberalidade para indicação de um ou mais beneficiários, de forma similar aos seguros de pessoas.²³⁷

²³³ Registre-se a previsão legal de planos coletivos, contratados por pessoas jurídicas junto à EAPC, em que os participantes são pessoas vinculadas, direta ou indiretamente, à pessoa jurídica contratante. Ademais, por força da Emenda Constitucional n. 103/2019, que alterou a redação do § 14 do art. 40 da CF/1988, as EAPC também ficam autorizadas a operar planos de benefícios de previdência complementar ofertados pelos entes da federação aos seus servidores públicos.

²³⁴ “O termo patrocinador é oriundo da expressão inglesa *sponsor*, tendo em vista que os planos de benefícios dos Estados Unidos, em sua modalidade de benefício definido, nasceram sob patrocínio (*sponsorship*), isto é, sob o financiamento integral das empresas empregadoras. Assim, os ‘patrocinadores’ de planos de benefícios norte-americanos tradicionalmente assumiam o custo total pelo financiamento da aposentadoria complementar, como foi o caso de grandes fundos de pensão dos setores automotivos, ferroviários e de comunicações” (REIS, Adacir. *op. cit.*, p. 46).

²³⁵ LC 109/2001: “Art. 13. A formalização da condição de patrocinador ou instituidor de um plano de benefício dar-se-á mediante convênio de adesão a ser celebrado entre o patrocinador ou instituidor e a entidade fechada, em relação a cada plano de benefícios por esta administrado e executado, mediante prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador, conforme regulamentação do Poder Executivo”.

²³⁶ É comum que planos de benefícios do segmento fechado exijam vínculo familiar ou dependência econômica para a inclusão de beneficiários por seus participantes e assistidos.

²³⁷ A designação do beneficiário, nesses planos, encontra seu fundamento no art. 794 do Código Civil (aplicado subsidiariamente por força do art. 73 da LC 109/2001), segundo o qual o capital estipulado no seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito (BARROS, Allan Luiz Oliveira. *op. cit.*).

Outras diferenças entre os segmentos fechado e aberto podem ser destacadas, a exemplo da forma de constituição das suas entidades previdenciárias. Enquanto as EFPC são constituídas como fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos,²³⁸ as EAPC operam sob a forma de sociedades anônimas.²³⁹ A ausência de finalidade lucrativa e o vínculo associativo existente entre participantes e entidades são, portanto, traços próprios do regime fechado.

Acerca do aparato regulatório do regime de previdência complementar, a regulação e a supervisão e fiscalização de EFPC e EAPC são atribuídas a órgãos distintos. Tais funções são exercidas, respectivamente, pelo Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC e Superintendência Nacional da Previdência Complementar – Previc, no caso do segmento fechado, e pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP e Superintendência Nacional de Seguros Privados – Susep, no caso do segmento aberto.

Os planos de benefícios podem se desenvolver nas modalidades de benefício definido (BD), contribuição definida (CD) ou contribuição variável (CV).²⁴⁰ Embora apresentem distinções regulatórias de acordo com o segmento em que operado, tais modalidades podem assim ser compreendidas: i) o plano BD se caracteriza por ter o valor do benefício previamente estabelecido, sendo marcante o mutualismo entre os seus participantes; ii) o plano CD é estruturado por meio de saldo de conta individual de cada participante, ao qual é permanentemente reajustado o valor do benefício, inclusive na fase prestacional; iii) o plano CV é aquele que cujos benefícios apresentam a conjugação das características das modalidades anteriores.²⁴¹

No âmbito das EAPC, conforme estabelecido pelo órgão regulador, os planos de previdência podem possuir cobertura para os riscos sobrevivência, morte e invalidez. A

²³⁸ Segundo BALERA, na verdade as entidades fechadas de previdência complementar possuem natureza *sui generis*, uma vez que não se enquadram perfeitamente nas hipóteses de pessoas jurídicas previstas na legislação civil vigente: “Esta situação foi reconhecida pela Secretaria de Previdência Complementar, na Portaria n. 02 de 08 de janeiro de 2004, pela qual as ‘entidades fechadas de previdência complementar, regidas por lei complementar, não estão obrigadas a promover em seus estatutos as adaptações a que se refere o artigo 2.031 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002’ (artigo 1º). Observa-se, assim, que as entidades fechadas são constituídas como fundações e sociedades, sem finalidade lucrativa, previstas em lei especial, conforme já contemplado no artigo 2.033 do Novo Código Civil.” (BALERA, Wagner. *Comentários à lei de previdência privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 208).

²³⁹ A legislação autoriza que sociedades seguradoras que operem exclusivamente seguros de vida possam operar planos de previdência complementar concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único e acessíveis a quaisquer pessoas físicas, em moldes semelhantes às EAPC.

²⁴⁰ Conforme previsto em lei, outras formas que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar poderão ser normatizadas.

²⁴¹ No caso das EAPC, o órgão regulador estabeleceu tão somente as modalidades de planos BD e CV. Contudo, estes últimos, por definição, assemelham-se aos planos CD do segmento fechado (GALLO, Ronaldo Guimarães. *op. cit.*, p. 157 e p. 167).

legislação conferiu aos planos deste segmento nítida feição securitária.²⁴² Entre os diversos tipos de planos previstos na legislação²⁴³, destaca-se o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL), com cobertura de sobrevivência e obrigatoriamente na modalidade de contribuição variável.²⁴⁴

Tais entidades operam, ainda, planos do tipo Vida Gerador de Benefício Livre (VGBL), os quais, embora apresentados como planos de previdência privada, tecnicamente são classificados como seguro de pessoas. Acerca deste tipo de plano do segmento aberto, pode-se entender que é, na verdade, “um seguro de vida com plano de previdência complementar, dependendo do que ocorrer primeiro: a morte ou a aposentadoria”²⁴⁵.

Neste capítulo, viu-se que a previdência complementar foi inserida de forma ampla e específica no sistema de seguridade social, por meio da Emenda Constitucional n. 20/98, que conferiu nova redação ao artigo 202 da Lei Maior. Neste dispositivo constitucional, estão previstas as características fundamentais desse regime, com destaque para a autonomia, facultatividade, contratualidade e a necessidade de constituição de reservas garantidoras dos benefícios, as quais gozam de normatividade e rigidez constitucional, irradiando efeitos em todo o ordenamento jurídico e norteando as mais diversas relações nos âmbitos público e privado.

O próximo capítulo abordará o estudo de caso objeto da presente pesquisa, em que as características do regime de previdência complementar são postas em evidência para solucionar controvérsia constitucional envolvendo o *discrímén* de gênero adotado por plano de benefício para fins de concessão de complemento de aposentadoria.

²⁴² Neste sentido: “A Lei Complementar n.º 109/01, em diversos de seus dispositivos, reforça a natureza securitária dos referidos fundos. Assim, exemplificativamente, prevê: i) a possibilidade das entidades de previdência complementar contratarem operações de resseguro - art. 11; ii) a aplicação da legislação e regulamentação da profissão de corretor de seguros aos corretores de planos de benefício – art. 30, parágrafo único; iii) a possibilidade de as seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo vida a operar os planos de benefícios – art. 36, parágrafo único; iv) a aplicação da legislação das sociedades seguradoras às entidades abertas de previdência privada – art. 73”. (MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A previdência privada como instrumento de planejamento sucessório. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 25, n. 14, p. 1-13, jan./mar. 2020. p. 3).

²⁴³ Os planos de benefícios com cobertura por sobrevivência ou por morte e invalidez estão regulados, respectivamente, na Resolução CNSP n. 349/2017 e na Resolução CNSP n. 201/2008.

²⁴⁴ CASTRO, Marina Grimaldi de. *Previdência complementar aberta: estrutura, regulação, os planos de benefícios, o contrato de previdência complementar aberta e o regime jurídico conferido ao patrimônio formado com base nas contribuições realizadas pelos participantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 93.

²⁴⁵ IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2020. p. 781.

3 ESTUDO DE CASO: TEMA 452 DO STF ²⁴⁶ ²⁴⁷

Após examinados os contornos relacionados ao princípio da isonomia e ao regime jurídico-constitucional da previdência complementar, este capítulo promove um estudo de caso do julgamento no Recurso Extraordinário n. 639.138, o “*leading case*” que originou o Tema n. 452, no qual o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese, com repercussão geral:

É inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia (art. 5º, I, da Constituição da República), cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelece valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição.²⁴⁸

Para o presente estudo de caso, inicialmente será posto o resumo dos fatos e das pretensões iniciais relacionados ao processo judicial objeto do estudo. Em seguida, serão abordados os diálogos institucionais finais, notadamente no tocante ao julgamento da lide em sede de Recurso Extraordinário, com o relato da pretensão recursal e sua fundamentação, examinando-se a questão jurídica que foi enfrentada no julgamento final, a conclusão da decisão final e as razões utilizadas, observadas as distintas manifestações dos Ministros que apresentaram votos no julgamento. Por fim, será estabelecido um diálogo entre os fundamentos do julgado e o referencial obtido por meio da investigação realizada na doutrina e na legislação, conforme exposto nos capítulos anteriores.

²⁴⁶ As inferências ou conclusões relacionadas ao estudo de caso estão embasadas nas informações resultantes da prévia investigação do referencial teórico acerca do tema, evitando-se juízo de valor sobre o caso que esteja fundamentado em percepções pessoais do autor.

²⁴⁷ Os dados e informações relacionadas ao Recurso Extraordinário n. 639.138, utilizados na pesquisa, foram coletados em consulta aos seus respectivos autos eletrônicos, disponibilizados no site do Supremo Tribunal Federal, mediante acesso aos referidos autos com uso de certificado digital, permitido a advogados regularmente cadastrados junto ao tribunal.

²⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: *RE 639138/RS*. Plenário. Rel., Ministro Gilmar Mendes. Redator p/ acórdão: Ministro Edson Fachin. Tribunal Pleno. DJE n. 250, de 16/10/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344701320&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 de ago. 2022.

3.1 Resumo dos fatos e da pretensão inicial

Cuida-se de ação cível proposta por associada em face da entidade de previdência complementar fechada, à qual se encontra vinculada, na qual se questiona cláusula do contrato previdenciário (regulamento do plano de benefícios) que estabelece o patamar inicial de benefício complementar à aposentadoria por tempo de serviço concedida pela previdência oficial.

A autora é participante de plano de benefícios administrado pela FUNCEF – Fundação dos Economiários Federais e teve seu benefício de previdência complementar concedido em março de 1995.

Na lide, discute-se a previsão do regulamento do plano de benefícios (Regulamento Básico – REG), instituído em maio de 1977, com redação vigente à época da concessão do benefício²⁴⁹ e do instrumento particular contratual firmado pela autora (“IPAC”).²⁵⁰

Pelos termos da disposição regulamentar e do IPAC, enquanto o participante do sexo masculino deve contribuir durante trinta anos para fazer jus à suplementação da aposentadoria por tempo de serviço calculada no patamar de oitenta por cento sobre a diferença entre o salário real de benefício e o valor do benefício concedido pela previdência oficial, a participante do sexo feminino deve contribuir durante vinte e cinco anos para ter concedido o benefício no patamar de setenta por cento.

Por entender ser discriminatório o percentual inferior estabelecido para a mulher, a participante requer a condenação da entidade previdenciária ao pagamento das diferenças

²⁴⁹ “7.2 A suplementação da aposentadoria por tempo de serviço para o filiado que houver completado 35 (trinta e cinco) anos de contribuição ao órgão oficial da previdência, se do sexo masculino, e 30 (trinta) anos se do sexo feminino, consistirá numa renda mensal correspondente à diferença entre o salário real de benefício e o valor do benefício concedido por aquele órgão previdenciário. 7.2.1 Quando, porém, o filiado do sexo masculino tiver completado 30 (trinta) anos, a suplementação será de 80% (oitenta por cento) sobre a diferença referida no item anterior. 7.2.1.1 Essa suplementação será a crescida de um percentual igual ao concedido pelo órgão oficial de previdência, nesses casos, por ano de serviço que o filiado complementar após os 30 e até os 35 anos.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.*, p. 12-13. Acesso em: 06 fev. 2023).

²⁵⁰ “CLÁUSULA PRIMEIRA – DO CRITÉRIO PARA APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO Reconhecendo que o contrato vigente, objetivado no Regulamento próprio, não cogitava de concessão de suplementação de aposentadoria por tempo de serviço proporcional para mulheres, as partes acordam introduzir em suas relações jurídicas de direito privado esta possibilidade, estabelecendo, para tanto, que a suplementação, nesta hipótese, será concedida adotando-se coeficiente de cálculo necessário a viabilidade do benefício, apurado segundo os critérios atuariais utilizados pela lei 8.213, de 24 de julho de 1.991, em seu art. 53, inciso I. Parágrafo único – A suplementação consistirá numa renda mensal, correspondente a diferença entre o valor do benefício apurado na forma do caput, calculado na proporção de 70% (setenta por cento) do salário de contribuição aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do correspondente aos 30 (trinta) anos de atividade, que totaliza, no caso da ASSOCIADA...” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.*, p. 32. Acesso em: 06 fev. 2023).

resultantes da utilização de percentuais diferenciados entre homens e mulheres para o caso de concessão de suplementação de aposentadoria por tempo de serviço proporcional, ante a afronta ao princípio da isonomia previsto no artigo 5º da Constituição Federal.

3.1.1 Aposentadoria por tempo de contribuição e o regulamento do plano de benefícios da FUNCEF (Regulamento Básico – REG)

Para contextualização da controvérsia e devida compreensão da questão constitucional que será posta no tópico seguinte, convém esclarecer alguns pontos acerca da aposentadoria proporcional no ordenamento jurídico brasileiro.

Até o advento da Constituição Federal de 1988, inexistia previsão de benefício de aposentadoria proporcional às mulheres. À época, a Constituição Federal de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/69²⁵¹ e pela Lei n. 5.890/1973²⁵² previam o benefício da aposentadoria proporcional apenas ao “funcionário” do sexo masculino, o qual poderia se aposentar com oitenta por cento do salário-de-benefício aos trinta anos de serviço.

A Constituição Federal de 1988, conforme redação original do art. 202, § 1º, passou a prever a possibilidade de aposentadoria proporcional para homens e mulheres, o que veio a ser disciplinado pelo artigo 53 da Lei 8.213/91²⁵³. Restou estabelecida a concessão desse

²⁵¹ “Art. 101. O funcionário será aposentado: (...) III – voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço. Parágrafo único. No caso do item III, o prazo é de trinta anos para as mulheres. Art. 102. Os proventos de aposentadoria serão: I- integrais, quando o funcionário: a) contas trinta e cinco anos de serviço, se do sexo masculino, ou trinta anos de serviço, se do feminino; ou (...)II – proporcionais ao tempo de serviço, quando o funcionário contar menos de trinta e cinco anos de serviço, salvo o disposto no parágrafo único do artigo 101” (BRASIL. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 06 fev. 2023).

²⁵² “Art. 10. A aposentadoria por tempo de serviço será concedida aos trinta anos de serviço: I – Até a importância correspondente a 10 (dez) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, em valor igual a: a) 80% (oitenta por cento) do salário-de-benefício ao segurado do sexo masculino; b) 100% (cem por cento) do salário benefício, ao segurado do sexo feminino; II – sobre a parcela corresponde ao valor excedente ao do item anterior aplicar-se-á o coeficiente previsto no item II do artigo 5º desta lei; III – o valor da renda mensal do benefício será a soma das parcelas calculadas na forma dos itens anteriores e não poderá exceder ao limite previsto no item III do artigo 5º, desta lei. § 1º Para o segurado do sexo masculino que continuar em atividade após 30 (trinta) anos de serviço, o valor da aposentadoria, referido no item I, será acrescido de 3% (três por cento) do salário-de-benefício para cada novo ano completo de atividade abrangida pela previdência social, até o máximo de 95% (noventa e cinco por cento) desse salário aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço.” (BRASIL. Lei n. 5.890, de 8 de junho de 1973. Altera a legislação de previdência social e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5890.htm>. Acesso em: 06 fev. 2023).

²⁵³ “Art. 53 - A aposentadoria por tempo de serviço, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de: I - para a mulher: 70% (setenta por cento) do salário-

benefício aos segurados homens a partir dos trinta anos de serviço e às seguradas mulheres a partir dos vinte e cinco anos de serviço, assegurando a ambos o percentual inicial de setenta por cento do salário-de-benefício para o cálculo da renda mensal.

Posteriormente, a aposentadoria proporcional por tempo de serviço foi extinta pela Emenda Constitucional n. 20/98. Permaneceu resguardado o direito daqueles que já haviam se aposentado ou reunido os requisitos para se aposentar (ainda que proporcionalmente), conforme regras de transição que vigoram até o advento da Emenda Constitucional n. 103/2019.²⁵⁴ Para novos inscritos no Regime Geral de Previdência Social – RGPS, estavam previstas somente a aposentadoria por tempo de contribuição e por idade.

Nesse contexto, o Regulamento Básico do Plano de Benefícios – REG, ao qual aderiu a autora, não se referiu à possibilidade de aposentadoria proporcional da mulher, uma vez que, sob a égide da Constituição Federal de 1967, existia o benefício da aposentadoria proporcional apenas aos homens.

Após o surgimento da possibilidade de aposentadoria proporcional para as mulheres na previdência oficial, instituída pela Constituição Federal de 1988, a FUNCEF oportunizou às participantes do gênero feminino optar pela suplementação de aposentadoria por tempo de

de-benefício aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço; II - para o homem: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço” (BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm>. Acesso em: 06 fev. 2023).

²⁵⁴ “Art. 9º - Observado o disposto no art. 4º desta Emenda e ressalvado o direito de opção a aposentadoria pelas normas por ela estabelecidas para o regime geral de previdência social, é assegurado o direito à aposentadoria ao segurado de que se tenha filiado ao regime geral de previdência social, até a data de publicação desta Emenda, quando, cumulativamente, atender aos seguintes requisitos: I - contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e II - contar com cinquenta e três anos de idade, se homem, e quarenta e oito anos de idade, se mulher; e III - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: a) trinta e cinco anos, se homem, e trinta anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição equivalente a vinte por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior. § 1º - O segurado de que trata este artigo, desde que atendido o disposto no inciso I do ‘caput’, e observado o disposto no art. 4º desta Emenda, pode aposentar-se com valores proporcionais ao tempo de contribuição, quando atendidas as seguintes condições: I - contar tempo de contribuição igual, no mínimo, à soma de: a) trinta anos, se homem, e vinte e cinco anos, se mulher; e b) um período adicional de contribuição equivalente a quarenta por cento do tempo que, na data da publicação desta Emenda, faltaria para atingir o limite de tempo constante da alínea anterior; II - o valor da aposentadoria proporcional será equivalente a setenta por cento do valor da aposentadoria a que se refere o “caput”, acrescido de cinco por cento por ano de contribuição que supere a soma a que se refere o inciso anterior, até o limite de cem por cento. § 2º - O professor que, até a data da publicação desta Emenda, tenha exercido atividade de magistério e que opte por aposentar-se na forma do disposto no ‘caput’, terá o tempo de serviço exercido até a publicação desta Emenda contado com o acréscimo de dezessete por cento, se homem, e de vinte por cento, se mulher, desde que se aposente, exclusivamente, com tempo de efetivo exercício de atividade de magistério” (BRASIL. Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998 (redação original). Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 06 fev. 2023).

serviço proporcional, mediante a assinatura do IPAC. No referido instrumento, estabelecia a concessão de tal benefício à participante mulher com vinte e cinco anos de serviço, estabelecendo patamar inicial de benefício idêntico ao previsto na legislação da previdência oficial (setenta por cento), o qual, contudo, diferia do patamar inicial estabelecido pelo regulamento do plano de benefícios para o participante do sexo masculino (oitenta por cento).

3.2 Diálogos institucionais finais

Após o julgamento pela improcedência do pedido em primeiro grau, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento à apelação da parte autora, para deferir a diferença buscada quanto ao benefício de previdência complementar, ao entender inválida a cláusula do contrato previdenciário que prevê a aplicação de percentuais distintos para homens e mulheres no cálculo do benefício. O Superior Tribunal de Justiça não conheceu do Agravo em Recurso Especial interposto pela ré.²⁵⁵

No Recurso Extraordinário em exame, a FUNCEF recorreu sustentando violação aos arts. 5º, I, LV; 202, § 1º (redação anterior à EC 20/98); e art. 202, *caput* (redação posterior à EC 20/98), da Constituição Federal. Sustenta que não há afronta à isonomia, porque as participantes mulheres contribuem por cinco anos a menos que os participantes homens, o que justifica a retribuição menos favorável na hipótese de complementação de aposentadoria por tempo proporcional; e tratando-se de benefícios baseados na constituição de reservas (art. 202, *caput*, da CF), a igualdade pretendida comprometeria o equilíbrio atuarial do fundo de previdência.²⁵⁶

A recorrida, nas contrarrazões, alegou estar presente a discriminação de gênero, sendo obrigatória a aplicação do artigo 5º, inciso I, da Carta Federal, para que lhe fosse dado o

²⁵⁵ O Agravo de Instrumento n. 1.309.001/RS não foi conhecido por descumprimento do comando do art. 544, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, em razão da ausência da certidão de intimação da decisório agravada.

²⁵⁶ A recorrente argumenta que o plano de benefício (e respectivo regulamento) REG foi substituído pelo REPLAN, cujas regras passaram a dispor que a associada do sexo feminino, com vinte e cinco anos de contribuição, faria jus, proporcionalmente, ao benefício no importe de setenta por cento, e que a recorrida teria, voluntariamente, aderido a essa alteração no plano de previdência, configurando-se, assim, o ato jurídico perfeito. Alega que, dada a natureza contratual do ajuste celebrado entre a entidade e seus associados, quanto aos homens, não lhe era facultado alterar unilateralmente o percentual de oitenta por cento para setenta por cento e, quanto às mulheres, não havia qualquer ilegalidade, uma vez que o índice estava amparado na Lei n. 8.213/1991. Defende que não há afronta ao princípio da isonomia, uma vez que as participantes mulheres contribuem por cinco anos a menos que os participantes homens, o que justifica o benefício menos favorável na hipótese de suplementação de aposentadoria por tempo de serviço proporcional.

mesmo tratamento conferido aos homens, quando se aposentam proporcionalmente. Alega que aos homens que se inativam proporcionalmente, com trinta anos, a FUNCEF complementa oitenta por cento da diferença entre o que paga a previdência oficial e o que o funcionário recebia na atividade. Para as mulheres que se aposentam proporcionalmente, com vinte e cinco anos de contribuição, a respectiva complementação é de setenta por cento.

A questão constitucional que se colocou no julgamento do Supremo Tribunal Federal consiste em “saber à luz do princípio da isonomia se o fator de discriminação adotado nos dispositivos constitucionais que tratam dos regimes geral e próprio de previdência gênero da pessoa projeta-se na ordem jurídica com força para vincular os contratos de previdência privada”²⁵⁷.

Atuaram no feito na qualidade de *Amici curiae*, a Federação Nacional das Associações de Aposentados e Pensionistas da Caixa Econômica Federal – FENACEF, a Associação do Pessoal da Caixa Econômica Federal do Rio Grande do Sul – APCEF/RS, a Associação dos Economiários Aposentados do Distrito Federal – AEA/DF e a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc. A autarquia federal se manifestou pela necessidade de reforma do acórdão recorrido, ressaltando, entre outros pontos, o risco jurídico e o potencial risco financeiro envolvidos na extensão dos mesmos percentuais previstos para a aposentadoria proporcional dos homens às mulheres, em infringência ao contrato e em desrespeito aos princípios que regem o sistema de previdência complementar. As demais associações se manifestaram pela manutenção do acórdão.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria Geral da República, emitiu parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.

O recurso foi julgado pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual, conforme acórdão de 18/08/2020, publicado em 16/10/2020. Por maioria de votos, o Tribunal negou provimento ao recurso nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, restando vencidos os Ministros Gilmar Mendes (Relator) e Marco Aurélio. Além do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, também apresentando votos vogais a Ministra Rosa Weber e o Ministro Alexandre de Moraes.²⁵⁸

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 639138/RS. Plenário. Rel., Ministro Gilmar Mendes. Redator p/ acórdão: Ministro Edson Fachin. DJE n. 101, de 29/05/2013. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=143037940&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

²⁵⁸ O Tribunal Pleno estava composto pelos Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes. Após o voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator), que dava provimento ao recurso extraordinário para reformar o acórdão recorrido, e julgar improcedente o pedido formulado na inicial, e dos votos dos Ministros Edson Fachin e Carmen Lúcia, que negavam provimento ao recurso, pediu vista dos autos o

Nos termos do voto do Ministro Redator, o Tribunal Constitucional entendeu que a isonomia formal, assegurada pelo artigo 5º, I, da Constituição Federal exige tratamento equitativo entre homens e mulheres, o que não impede que sejam enunciados requisitos de idade e tempo de contribuição mais benéficos a elas, diante da necessidade de medidas de incentivo e de compensação não aplicáveis aos homens. Concluiu-se ser caso de incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com prevalência das regras de igualdade material aos contratos de previdência complementar travados com entidade fechada.

Firmou-se, então, a tese transcrita no início deste capítulo.

Em face da decisão que apreciou o mérito da controvérsia, a recorrente interpôs Embargos de Declaração, requerendo a modulação dos efeitos da decisão para que a nova forma de cálculo do benefício fosse aplicada a partir da publicação do acórdão, os quais foram rejeitados pelo Tribunal, por maioria de votos.²⁵⁹

Ressalte-se o posicionamento do Ministro Roberto Barroso, o qual votou a favor da modulação dos efeitos da decisão, no seguinte sentido:

Em questões orçamentárias e atuariais, a surpresa é um fator sempre danoso. Sendo esta a primeira manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, e não sendo absurda a compreensão anterior da Fundação dos Economistas Federais - Funcef, parece-me que o caso é, efetivamente, de modulação, com toda a vênua à maioria que já se formou.²⁶⁰

Para fixação da tese, debateu-se a autonomia existente entre os regimes básicos de previdência social e o regime de previdência complementar, com destaque para as características próprias deste último. A partir de tais atributos, em especial da sua natureza privada e do seu caráter autônomo em relação à previdência oficial, os julgadores se debruçaram sobre como o princípio da isonomia incide sobre a relação de previdência complementar: sua eficácia, a validade do *discrimen* adotado para conferir tratamentos distintos a homens e mulheres e a necessidade de proclamação da igualdade material estabelecida pela Lei Maior.

Ministro Alexandre de Moraes, o qual em seguida apresentou voto para negar o provimento recursal. A Ministra Rosa Weber também apresentou voto neste sentido.

²⁵⁹ O Tribunal Pleno estava composto pelos Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes e Nunes Marques. Foram vencidos os Ministros Nunes Marques e Roberto Barroso.

²⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: *RE 639138/RS*. Plenário. Rel., Ministro Gilmar Mendes. Redator p/ acórdão: Ministro Edson Fachin. DJE n. 95, de 19/05/2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346455578&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

A seguir, examinam-se as razões de decidir apresentadas em seus votos pelos Ministros Gilmar Mendes (Relator), Edson Fachin (Redator), Rosa Weber e Alexandre de Moraes, especificamente no tocante à questão constitucional em debate.

3.2.1 Voto do Ministro Gilmar Mendes (Relator)

O Ministro Relator se manifesta pelo provimento do Recurso Extraordinário para reformar o acórdão recorrido e julgar improcedente o pedido formulado na inicial.

Para tratar do tema, inicialmente estabelece as características e diferenças entre os regimes previdenciários previstos na Constituição Federal. Delimitou que a análise jurídica para o presente caso está restrita à aposentadoria proporcional por tempo de serviço prevista na redação original da Constituição Federal de 1988, aplicável ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS, e às entidades fechadas que integram o regime de previdência complementar.²⁶¹

A respeito do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, aponta a sua natureza pública, sua finalidade de proteção das necessidades sociais básicas e seu caráter solidário:

Como demonstrado, o referido regime é, por definição, público, de filiação obrigatória e caráter contributivo, destinado, em regra, ao trabalhador da iniciativa privada, sendo gerido pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

[...] De suma importância registrar que o Regime Geral de Previdência Social visa apenas a manter os meios necessários para o sustento do trabalhador e de sua família, possuindo natureza estritamente alimentar. Busca proteger o segurado de necessidades básicas decorrentes da idade avançada, doença ou tempo de contribuição, prevendo benefícios a partir de suas contribuições obrigatórias.

[...] Há que se ressaltar o princípio da solidariedade, o qual impõe uma obrigação geral para que todos contribuam para a manutenção da seguridade social, com vista à garantir a dignidade daqueles não contribuintes de baixa renda, aplica-se apenas ao regime geral de previdência.²⁶²

²⁶¹ “Para os fins a que se destinam esse caso em concreto, nos interessa restringir a análise jurídica relacionada à aposentadoria proporcional por tempo de serviço prevista na redação original da Constituição Federal e às entidades fechadas de complementação de aposentadoria.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: *RE 639138/RS*. Plenário. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Redator p/ acórdão: Ministro Edson Fachin. Voto do Relator. DJE n. 250, de 16/10/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344701320&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022).

²⁶² *Ibidem*.

No tocante à previdência complementar, o magistrado traça um breve histórico acerca do instituto, enfatizando sua importância para garantia da manutenção da qualidade de vida do trabalhador, finalidade distinta daquela perseguida pela previdência oficial.²⁶³

E aponta as características do seu regime jurídico delineado pela Constituição Federal de 1988 e pela legislação infraconstitucional, com destaque para a Lei Complementar n. 109/2001. Neste sentido, expôs:

A partir da leitura do referido dispositivo (art. 202), depreende-se que o regime de previdência complementar é autônomo, facultativo, independente da relação de trabalho que lhe deu causa e baseado na constituição de reservas que garantam o benefício do contratado, de acordo com previsão estatutária sobre as contribuições do empregador, os benefícios e as condições estabelecidas em contrato.

[...] A referida lei estabelece ainda que contratação dos planos de previdência complementar ocorre de forma voluntária, por meio de contrato de adesão (arts. 13 e 16, § 2º, da LC 109/2001) e sua operação se dá pelo regime financeiro de capitalização das reservas, que é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas (art. 18, § 1º, da LC 109/2001).²⁶⁴

O Ministro reconhece na previdência complementar a presença de caráter social, apto a justificar maior intervenção do Estado, visando à adequação da atividade aos fins de justiça social, sem, contudo, alterar sua essência privada, contratual e facultativa.²⁶⁵

Tais características são acentuadas pelo magistrado, assim como a necessidade de constituição de reservas que garantam o benefício contratado e de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefícios. Sobre este último ponto, versa que “a lei impõe a observância dos critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, bem como que as reservas técnicas devem atender à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano”²⁶⁶.

O Ministro afirma que, dadas as características do regime de previdência complementar, este “só pode ser limitado em virtude de disposição constitucional ou legal, conforme previsto no art. 5º, II, da Constituição”²⁶⁷.

Ao apreciar o caso concreto, discorre sobre as regras aplicáveis à aposentadoria proporcional na previdência oficial e a disponibilização do IPAC pela FUNCEF, como forma

²⁶³ “Daí a importância da instituição de um regime de previdência complementar que buscasse garantir ao trabalhador a manutenção de sua qualidade de vida.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.*).

²⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.*

²⁶⁵ “Cumpra ainda registrar que a localização das disposições acerca da previdência complementar dentro do Título destinado à Ordem Social, apesar de demonstrar seu caráter social, não teve o condão de alterar-lhe a essência privada, contratual e facultativa. Apenas possibilitou maior intervenção do Estado a fim de adequar a atividade aos fins de justiça social.” (*Ibidem*).

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ *Ibidem*.

de possibilitar que a participante mulher pudesse ter concedido o benefício de complementação da aposentadoria proporcional, não previsto no regulamento do plano de benefícios original.

Assevera que, “tendo em vista que a relação entre a segurada e a entidade de previdência complementar fechada possui natureza eminentemente contratual de direito privado, sendo facultativa e baseada na constituição de reservas que garantam o benefício contratado”²⁶⁸, a pretensão autoral não encontra respaldo jurídico, haja vista que a participante aquiesceu com as condições acerca da aposentadoria proporcional pela mulher, ao assinar voluntariamente o IPAC.

Ao analisar a validade da extensão do fator de discrimen de gênero do Regime Geral de Previdência Social - RGPS aos contratos de previdência privada, o magistrado pontua que a criação de aposentadoria proporcional para mulheres com a concessão dos mesmos percentuais previstos para os homens pela legislação que rege a previdência oficial não vincula a entidade de previdência complementar, a qual não pode ser obrigada a pagar parcela de benefício para a qual não tenha havido custeio, sob pena de abalar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, e de violar a necessária constituição de reservas para a garantia do benefício contratado. Nesse sentido:

Sublinhe-se, ademais, que, tratando-se o benefício de reserva constituída pelo participante e por seu patrocinador ou instituidor, nos limites estabelecidos no art. 202, § 3º, da Constituição, não pode a entidade privada de previdência complementar ser obrigada a pagar parcela de benefício para a qual não tenha havido custeio, sob pena de abalar o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Da mesma forma, sendo os benefícios de pagamento em prestações programadas e continuadas submetidos ao regime financeiro de capitalização, cujo custeio é formado pela contribuição prevista no plano, necessária à constituição de reservas para a garantia do benefício contratado, não se pode impor ônus a alguns participantes de prover parte da contribuição necessária à formação de reserva técnica para os benefícios contratados por outros.²⁶⁹

Ao final, conclui que cláusula de plano de previdência privada complementar que estabelece valor inferior do benefício inicial da complementação de aposentadoria para mulheres, em virtude de seu tempo de contribuição, não viola o princípio da isonomia.

²⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.*

²⁶⁹ *Ibidem.*

3.2.2 Voto do Ministro Edson Fachin (Redator)

O Ministro Redator aponta que a controvérsia diz respeito à validade de cláusula de contrato de previdência privada que preveja percentuais diferenciados para homens e mulheres, quando da obtenção de aposentadoria proporcional.

Salienta que os percentuais são idênticos para homens e mulheres no desenho da aposentadoria proporcional concebido para o Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Ressalta a natureza privada e a autonomia dos contratos de previdência privada, os quais “submetem-se ao direito civil, conforme dispõe o § 2º do art. 202 da Constituição”²⁷⁰, que os diferenciam do contrato de trabalho do beneficiário. Destaca que tais contratos estão “regidos pela Lei Complementar 109/2001, que prevê independência do regime privado relação ao Regime Geral de Previdência Social, nos termos do art. 68”²⁷¹.

O Ministro então passa a analisar se a diferença de gênero é fator apto para a fixação assimétrica de benefício de ordem previdenciária, para os regimes público e complementar.

Quanto ao regime público, afirma ser inconteste a possibilidade de tal desigualação, salientando que as mulheres são beneficiadas com requisitos menos gravosos de idade e de tempo de contribuição, tanto no Regime Geral de Previdência Social – RGPS como nos Regimes Próprios de Previdência de Servidores Públicos – RPPS.²⁷² Segundo expõe o magistrado, essa distinção visa reduzir os impactos enfrentados pelas mulheres em razão da desigualdade de gênero:

Despiciendo ressaltar a existência de diversos fatores que contribuem para tratamento desigual entre homens e mulheres no mercado de trabalho, tais como a vinculação entre o trabalho formal e a proteção conferida pelos sistemas contributivos; os papéis sociais tradicionais desempenhados pelos gêneros na sociedade (homem provedor, mulher cuidadora); a participação menor (embora crescente) da mulher no mercado de trabalho; a remuneração inferior ao trabalho da mulheres, bem como a falta de reconhecimento das tarefas de cuidado, geralmente desempenhada por mulheres.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.*

²⁷¹ *Ibidem.*

²⁷² “Quanto ao regime público, a possibilidade de tal desigualação é inconteste. Com efeito, os requisitos para aposentação de homens e mulheres no Brasil são distintos. As mulheres são beneficiadas com requisitos menos gravosos de idade e de tempo de contribuição, nos termos do § 7º do art. 201 da Constituição, na redação da EC 103/2019, [...] No regime próprio dos servidores públicos a distinção também se verifica, conforme previsão do art. 40, CRFB, também na redação da EC 103/2019” (*Ibidem*).

Os requisitos diferenciados para inativação das mulheres buscam, desta forma, minorar os impactos enfrentados pelas mulheres em razão da desigualdade de gênero – na vida em sociedade e no mercado de trabalho.²⁷³

O Ministro Edson Fachin ressalta que as “regras distintas para aposentação das mulheres foram insertas pelo constituinte com evidente propósito de proclamar igualdade material – não se limitando à igualdade meramente formal”²⁷⁴.

Nesse sentido, assenta que a isonomia formal, assegurada pelo art. 5º, I, da Constituição Federal, exige tratamento equitativo entre homens e mulheres, porém não impede a enunciação de regras mais benéficas às mulheres “diante da necessidade de medidas de incentivo e de compensação não aplicáveis ao gênero masculino”²⁷⁵. Assim, versa que “reconhecer situações favoráveis à mulher das quais não se beneficia o homem não significa violar o princípio da isonomia, aqui focado sob o prisma material”²⁷⁶.

Para “robustecer” sua análise (expressão utilizada pelo Ministro), faz referência à teoria do impacto desproporcional, associada à discriminação indireta, noção que integra o conteúdo material do princípio da isonomia. Nesta referência, além da citação ao célebre conceito de impacto desproporcional professado por GOMES²⁷⁷, o Ministro cita o precedente da Corte Europeia de Justiça, relacionado ao Caso 170/84, *Bilka-Kaufhaus vs. Von Hartz*, no qual se entendeu que um sistema de pensão privado não poderia estabelecer condições que excluíssem trabalhadores em regime de tempo parcial, sob pena de incorrer em discriminação indireta em relação às mulheres, à medida que eram maioria nesse regime de trabalho, violando o art. 119 do Tratado de Roma.

Com relação ao regime de previdência complementar, ao se debruçar sobre a fixação assimétrica de benefício com base na diferença de gênero, inicialmente consigna ser o caso de incidência da ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais:

O respeito à igualdade não é, contudo, obrigação cuja previsão somente se aplica à esfera pública. Incide, aqui, a ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo importante reconhecer que é precisamente nessa artificiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres²⁷⁸

Cita trecho do emblemático precedente da corte constitucional que reconhece a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, relacionado ao caso que tratou da

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.*

²⁷⁶ *Ibidem*.

²⁷⁷ Ver item 1.3 do Capítulo 1.

²⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.*

exclusão de sócio de associação privada sem observância das garantias da ampla defesa e do contraditório, o Recurso Extraordinário 201.819.²⁷⁹

Para exemplificar que o contrato de previdência privada admite o reconhecimento de situações mais favoráveis à mulher, registra que, tal como apontado no parecer apresentado pelo Ministério Público Federal, o plano de benefícios administrado pela FUNCEF não prevê percentuais diferenciados para homens e mulheres quando não se trata de aposentadoria proporcional, não obstante ser menor o tempo de contribuição dela.

Por fim, como resultado da submissão da relação de previdência complementar à eficácia irradiante do direito fundamental da igualdade de gênero, conclui que, para a fixação de benefício de previdência complementar, “a segurada mulher deve ter assegurado seu direito de receber complementação de aposentadoria sempre no mesmo patamar do segurado homem, sendo irrelevante que contribua por tempo menor”²⁸⁰.

3.2.3 Votos dos Ministros Rosa Weber e Alexandre de Moraes (Vogais)

Nos seus votos, os Ministros Alexandre de Moraes e Rosa Weber seguem raciocínio semelhante ao do Ministro Redator, porém com fundamentos distintos em alguns aspectos.

A Ministra Rosa Weber refere-se à previdência complementar como atividade complementar à atividade estatal concretizadora do direito fundamental à previdência: “A previdência é direito fundamental social concretizado seja pela atuação estatal, seja pela

²⁷⁹ “As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...] A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: *RE 201.819*. Segunda Turma. Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes. DJ de 27/10/2006).

²⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.*

atuação privada, complementar àquela, que se submete ao influxo estatal em razão da natureza da sua atividade”^{281 282}.

A magistrada assenta que o âmbito da previdência complementar se trata de “espaço público ocupado por empresa privada, sob a regulação do Estado e com a incidência da normatividade dos direitos fundamentais de forma plena, mormente considerando a natureza da atividade desenvolvida”.²⁸³ Cita dispositivos da Lei Complementar n. 109/01 que atestam a complementaridade desse regime e intensa ingerência estatal, em especial sob o segmento fechado, assim como o precedente relacionado ao Recurso Extraordinário 201.819, no tocante ao reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Ao se manifestar sobre o julgado, o Ministro Alexandre de Moraes afirma ser inconteste que a natureza do vínculo existente entre uma entidade fechada de previdência complementar e seu associado “é de direito privado, não obstante a repercussão social e econômica na vida de milhares de beneficiários, de ambos os sexos”²⁸⁴.

A exemplo do Ministro Gilmar Mendes, o magistrado ressalta que a contratação dos planos de previdência complementar ocorre de forma voluntária, por meio de contrato de adesão, citando os artigos 13 e 16, § 2º, da Lei Complementar n. 109/2001.

Ao fazer referência à inserção do regime de previdência complementar no Título dedicado à Ordem Social, o Ministro vislumbra o caráter público neste regime, “mormente quando se trata de entidade fechada de previdência, que conta contribuições do empregador com o qual o trabalhador estabelece vínculo de dependência econômica”²⁸⁵.

Quanto à existência de situação discriminatória no caso, os Ministros trilham caminhos diferentes entre si, e com relação ao Ministro Edson Fachin, para formar seu

²⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: *RE 639138/RS*. Plenário. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Redator p/ acórdão: Ministro Edson Fachin. Voto Vogal (Ministra Rosa Weber). DJE n. 250, de 16/10/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344701320&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

²⁸² A referência feita pela Ministra Rosa Weber à previdência privada como atividade concretizadora do direito fundamental à previdência lança questões acerca do conteúdo axiológico a ser atribuído à previdência complementar, a exemplo de saber se tal regime possui jusfundamentalidade no ordenamento brasileiro. Este autor, em outro estudo, sugeriu que a previdência complementar adquire fundamentalidade à medida que seu caráter de componente da previdência social, enquanto direito social, torna-se mais acentuado pela atuação do poder constituinte derivado reformador. Tal regime pode estar associado à dimensão objetiva do direito à previdência social, no sentido de uma “mais valia jurídica”, integrando seu conteúdo axiológico, para condicionar a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, ainda que seu caráter complementar exceda à garantia do mínimo existencial previdenciário. (NASCIMENTO, Mateus Assis. *op. cit.*, p. 237).

²⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.*

²⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: *RE 639138/RS*. Plenário. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Redator p/ acórdão: Ministro Edson Fachin. Voto Vogal (Ministro Alexandre de Moraes). DJE n. 250, de 16/10/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344701320&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

²⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.*

entendimento pela impossibilidade de percentuais diferenciados para homens e mulheres quando da obtenção de aposentadoria proporcional.

Para a Ministra Rosa Weber, com fulcro no entendimento de que a entidade de previdência privada exerce atividade pública complementar à do Estado na efetivação do direito social previdenciário, a diferenciação entre homens e mulheres constitucionalmente estabelecida para os regimes básicos de previdência vincula o regime complementar. Segundo a magistrada, o regime de previdência complementar “não poderia ir além da diferenciação realizada constitucionalmente, que não atingiu o valor final do benefício a ser gozado, que remanesce equivalente para homens e mulheres”²⁸⁶.

Para o Ministro Alexandre de Moraes, “a sistemática adotada pela FUNCEF para complementação da aposentadoria proporcional às mulheres, baseada no menor tempo de contribuição, enseja tratamento discriminatório, sem razão suficiente que justifique o *discrimen*”, incorrendo “em violação ao princípio da isonomia, baseada na diferença de gênero”²⁸⁷.

O Ministro afasta a alegação de ausência de constituição de reservas para concessão do benefício sob o argumento de que caberia ao plano de benefícios ter previsto – entre os demais fatores atuariais envolvidos – o menor tempo de contribuição das mulheres, no caso de aposentadoria proporcional, tal como o fez para as situações de aposentadoria integral.

Além de se reportar ao parecer do *Parquet*, que apontara tal incongruência, discorre sobre a natureza associativa do segmento fechado da previdência complementar e da presença dos participantes nos órgãos estatutários das entidades previdenciárias,²⁸⁸ a fim de enfatizar que “todos os que participam da entidade de previdência privada se tornam corresponsáveis

²⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: *RE 639138/RS*. Plenário. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Redator p/ acórdão: Ministro Edson Fachin. Voto Vogal (Ministra Rosa Weber). DJE n. 250, de 16/10/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344701320&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: *RE 639138/RS*. Plenário. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Redator p/ acórdão: Ministro Edson Fachin. Voto Vogal (Ministro Alexandre de Moraes). DJE n. 250, de 16/10/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344701320&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

²⁸⁸ “No que toca à natureza jurídica dos recursos que constituem os fundos para concessão dos benefícios previdenciários, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, em sua petição em que pleiteia o ingresso nesta lide na qualidade de *amicus curiae* (Doc 3, fl. 27), anota que, de fato, essas quantias representam um tipo de “condomínio social”, para o qual cada participante contribui a fim de, no futuro, ele próprio e, também, toda a comunidade de beneficiados, seja favorecida com as prestações previdenciárias. Dentro dessa noção de condomínio, extrai-se que todos os participantes têm direitos e obrigações para com a comunidade protegida. [...] Atendendo a esse comando, a Lei Complementar 109/2001 assegurou aos participantes e assistidos compor os órgãos administrativo, fiscal e deliberativo dessas entidades” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: *RE 639138/RS*. Plenário. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Redator p/ acórdão: Ministro Edson Fachin. Voto Vogal (Ministro Alexandre de Moraes). DJE n. 250, de 16/10/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344701320&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022).

pela administração do fundo”²⁸⁹. Ressalta que a Lei Complementar n. 109/01, em seu artigo 21, estabeleceu regras aplicáveis a eventuais déficits de recursos do plano de benefícios para assegurar a cobertura dos compromissos assumidos. Com isso, o magistrado quis assentar que “a questão relativa à fonte de custeio para satisfazer os benefícios previdenciários de forma isonômica entre homens e mulheres já encontra resposta”²⁹⁰ na própria legislação específica do regime de previdência complementar.

Por fim, o Ministro consigna ser inaplicável às entidades de previdência privada a regra inerente à necessidade de prévia fonte de custeio direcionada à seguridade social mantida por toda a sociedade, prevista no artigo 195, § 5º, da Constituição Federal, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal.²⁹¹

3.3 Discussão

No julgamento que originou o Tema 452, a controvérsia diz respeito a saber se viola o princípio da isonomia cláusula de contrato de previdência complementar que prevê regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelecendo valor inferior do benefício para as mulheres em razão do seu menor tempo de contribuição.

A questão é complexa e deve ser examinada à luz da unicidade do ordenamento jurídico: se, por um lado, a relação de previdência complementar deve observar a isonomia em suas distintas dimensões; por outro, não pode desconsiderar a necessidade de equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefício para pagamento do benefício contratado, sendo o tempo de contribuição um relevante fator para a constituição das reservas garantidoras dos benefícios. Há uma aparente dicotomia entre as normas constitucionais, cabendo compatibilizar a igualdade de gênero, esculpida no art. 5º, I, e a necessidade de constituição de reservas que garantam o benefício de previdência complementar, prevista no art. 202, ambos do texto constitucional.

Ao julgar o caso, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser a cláusula do contrato de previdência complementar inconstitucional por violação ao princípio da isonomia. Nos termos

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ Cita o AI 764.283 ED/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. DJE de 4/4/2014 (*Ibidem*).

do voto vogal proferido pelo Ministro Edson Fachin, a Corte Constitucional consignou que a isonomia formal assegurada pelo texto constitucional importa em tratamento equitativo entre homens e mulheres, o que não impede que o estabelecimento de requisitos de idade e tempo de contribuição mais benéficos a elas, diante da necessidade de medidas de incentivo e de compensação não aplicáveis aos homens. Os membros da referida Corte concluíram, por maioria, que, no caso, deve incidir a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com prevalência das regras de igualdade material aos contratos de previdência complementar travados com entidade fechada.

No caso concreto, o contrato previdenciário (regulamento do plano de benefícios) estabelecia a suplementação de aposentadoria por tempo de serviço proporcional em frações distintas para homens e mulheres. Para os homens, após trinta anos de contribuição, o benefício era calculado no patamar de oitenta por cento; para as mulheres, após vinte e cinco anos de contribuição, o benefício era calculado no patamar de setenta por cento.

Para compreensão da celeuma, importa notar que o regulamento do plano de benefícios foi instituído antes da Constituição Federal de 1988, período em que a aposentadoria por tempo de serviço proporcional era destinada somente aos homens. Enquanto no regime jurídico anterior à referida Lei Maior, apenas ao homem era facultada a obtenção desse benefício, no patamar inicial de oitenta por cento, o regramento adotado pela Carta Magna de 1988 permitiu a adoção da aposentaria proporcional por homens e mulheres, ambos no nível inicial de setenta por cento.

O Ministro Relator deu provimento ao recurso interposto pela entidade previdenciária para reformar o acórdão recorrido e julgar improcedente o pedido formulado na inicial, por entender que a cláusula de plano de previdência privada complementar que estabelece valor inferior do benefício inicial da complementação de aposentadoria para mulheres, em virtude de seu tempo de contribuição, não viola o princípio da isonomia. Entre os votos examinados, o seu foi aquele que mais extensamente se debruçou acerca do regime jurídico-constitucional da previdência complementar.

Ao analisar a validade da extensão dos fatores de discrimen de gênero do Regime Geral de Previdência Social - RGPS aos contratos de previdência privada, o referido Ministro assevera que a criação de aposentadoria proporcional para mulheres com a concessão dos mesmos percentuais previstos para os homens pela legislação que rege a previdência oficial não vincula a entidade de previdência complementar, a qual não pode ser obrigada a pagar parcela de benefício para a qual não tenha havido custeio, sob pena de abalar o equilíbrio

financeiro e atuarial do sistema e de violar a necessária constituição de reservas para a garantia do benefício contratado.

Ao revés, o Ministro Edson Fachin entende que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para fins de concessão de benefício de previdência complementar, o estabelecimento de valor inferior do benefício para as mulheres em razão do seu menor tempo de contribuição, viola o princípio da isonomia. Os votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Rosa Weber apontam em sentido semelhante, todavia com fundamentos distintos em alguns aspectos.

Importante notar que a incidência do princípio da isonomia no caso concreto foi analisada sob a perspectiva dos direitos fundamentais, à luz do art. 5º, I, da Constituição Federal, apontada pela doutrina como uma cláusula isonômica especial de igualdade entre homens e mulheres.

Os Ministros atestam a eficácia direta do direito fundamental de igualdade na relação de previdência complementar.²⁹² Do exame dos votos, observa-se ser uníssono o reconhecimento do caráter privado do regime de previdência complementar e da sua autonomia em relação ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS.²⁹³

Ao afirmar que a ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais incide no caso, o Ministro Edson Fachin cita o emblemático precedente relacionado ao Recurso Extraordinário n. 201.819, que tratou da possibilidade de exclusão de sócio de associações privadas sem observância das garantias da ampla defesa e do contraditório. Neste julgado, o Supremo Tribunal Federal consignou que a associação privada em comento se tratava de entidade que integrava o espaço público, ainda que não estatal, e que desenvolvia atividade de caráter público.

Em suas manifestações quanto a esse aspecto, os Ministros Rosa Weber e Alexandre de Moraes ressaltam o caráter público presente nas atividades relacionadas à previdência complementar para justificar a incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no caso, aproximando seu entendimento daquele firmado no Recurso Extraordinário n. 201.819, também mencionado por ambos.²⁹⁴

²⁹² A exceção foi o Ministro Relator Gilmar Mendes, que não abordou este ponto específico em seu voto.

²⁹³ Esses aspectos foram abordados, em especial, para análise das questões atinentes à incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e à vinculação da previdência privada ao discrimen de gênero adotado pela previdência básica. Nada obstante, outras características constitucionais da previdência complementar são evidenciadas pelos Ministros, a exemplo da facultatividade, da independência em relação ao contrato de trabalho e da necessidade de constituição de reservas, em linha ao que se observa na doutrina sobre o tema.

²⁹⁴ Embora todos os Ministros reconheçam a natureza privada do regime de previdência complementar, constatou-se a existência de divergência entre os julgadores no tocante ao caráter público, que pode ser conferido às atividades relacionadas ao regime de previdência complementar e à medida de sua extensão. Por um lado, o

Admitida a eficácia horizontal do direito de igualdade no caso, para solucionar a controvérsia, o Ministro Redator aborda de forma sucinta o regime jurídico-constitucional da previdência complementar, centrando-se na análise da aptidão do *discrimen* de gênero para a fixação assimétrica de benefício de ordem previdenciária.

Com relação aos regimes básicos de previdência, constatou a existência de requisitos mais benéficos para aposentação das mulheres em relação aos homens, assim como a constitucionalidade de tais medidas à luz do princípio da isonomia, em especial em sua dimensão material. Nos demais votos examinados, também resta evidente tal constatação, sendo a dimensão material do preceito isonômico notadamente reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme exposto pelos julgadores.

Para os magistrados, a igualdade material respalda a adoção de situações favoráveis à mulher das quais não se beneficia o homem, seja para atenuar “impactos enfrentados pelas mulheres em razão da desigualdade de gênero”²⁹⁵, como pontua Fachin, permitir a “solução que almeje compensar diferenças históricas e sociais presentes na sociedade brasileira”²⁹⁶ ou contemplar “um segmento já tão estigmatizado no mercado de trabalho”²⁹⁷, como asseveram respectivamente os Ministros Rosa Weber e Alexandre de Moraes.

O Ministro Edson Fachin faz referência à teoria do impacto desproporcional para “robustecer” sua análise (expressão utilizada por ele). Conforme exposto em capítulo anterior, essa teoria está associada à discriminação indireta, noção que integra o conteúdo material do princípio da isonomia, cuja constatação, conforme apontado pela doutrina nacional e estrangeira, requer um exame minucioso, a exemplo do teste de proporcionalidade. Tal

entendimento proferido pelo Ministro Gilmar Mendes não reconhece ostensivamente o caráter público nas atividades relacionadas a esse regime, limitando-se a afirmar que sua inclusão na Ordem Social demonstra seu caráter social e permite maior intervenção do Estado, visando assegurar a justiça social. Em sentido distinto, os Ministros Alexandre de Moraes e Rosa Weber atribuem caráter público mais acentuado ao regime, esta última referendando ser a previdência complementar a atividade concretizadora do direito fundamental à previdência. O Ministro Edson Fachin não se estende acerca do ponto, limitando-se a demarcar a natureza privada da previdência complementar, cujos contratos se submetem ao direito civil.

²⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: *RE 639138/RS*. Plenário. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Redator p/ acórdão: Ministro Edson Fachin. Voto do Redator. DJE n. 250, de 16/10/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344701320&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: *RE 639138/RS*. Plenário. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Redator p/ acórdão: Ministro Edson Fachin. Voto Vogal (Ministra Rosa Weber). DJE n. 250, de 16/10/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344701320&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: *RE 639138/RS*. Plenário. Rel. Ministro Gilmar Mendes. Redator p/ acórdão: Ministro Edson Fachin. Voto Vogal (Ministro Alexandre de Moraes). DJE n. 250, de 16/10/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344701320&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

escrutínio não foi realizado no julgamento em análise²⁹⁸, inferindo-se, a toda evidência, que a referência do Ministro à teoria em comento opera tão somente como reforço argumentativo, não constituindo fundamento essencial da decisão que ostente força vinculante.

Sobre a teoria do impacto desproporcional, acerca da referência feita pelo Ministro Redator à sua aplicação pela Corte Europeia de Justiça (o Caso 170/84, *Bilka-Kaufhaus vs. Von Hartz*), ressalte-se que a referida Corte adota um alto padrão de escrutínio para casos da espécie, conforme exposto em capítulo anterior. Em caso envolvendo perspectiva de gênero relacionado à concessão de benefício por órgão previdenciário espanhol, a Corte entendeu que, para trabalhadores em regime parcial (em sua maioria mulheres), uma redução proporcional do benefício previdenciário é justificável quando reflete adequadamente a redução do tempo de trabalho, não podendo ser admitida uma redução que exceda o necessário para atingir esse objetivo.²⁹⁹

Nada obstante, nota-se que a análise do julgado está em consonância com a doutrina, que reconhece a presença das três dimensões do princípio da igualdade na Constituição Federal de 1988. Assim, são vedadas pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro as situações de tratamento igual para situações manifestamente desiguais, de diferenciações baseadas em categorias meramente subjetivas ou destituídas de justificção razoável, pautada nos valores constitucionais, assim como estabelecida a obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de desigualdades de oportunidades.³⁰⁰

Cedição que o preceito igualitário, enquanto direito fundamental, tem incidência direta na relação contratual firmada entre entidade previdenciária e participante, nesta relação não podem ser admitidas situações em desacordo com as exigências da igualdade. Embora não exista obrigação de que a relação de previdência complementar promova ação afirmativa em prol das mulheres (o que tampouco é vedado), estão proibidas distinções arbitrárias baseadas no gênero, vale dizer, situações de desigualdade de gênero injustificadas.

A partir dessa constatação, a questão que se coloca perante o caso em estudo é saber se, para fins do contrato previdenciário, o menor tempo de contribuição para a constituição de

²⁹⁸ Note-se que, em segunda instância, ao julgar o caso, o desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ainda que sucintamente, faz breve referência a um “*balancing process*” para, ao final, concluir que deve prevalecer o interesse da participante em detrimento do interesse maior a ser preservado, qual seja, a manutenção do sistema previdenciário (RIOGRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70031205800. Apelante: Ines Caumo Guerra. Apelado: Fundação dos Economiários Federais – FUNCEF. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, ago. 2009. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index>. Acesso em: 20 dez. 2022).

²⁹⁹ FREDMAN, Sandra. *op. cit.* p. 297.

³⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

reservas que garantam o benefício contratado é justificativa apta para o tratamento distinto entre homens e mulheres, ensejando valor inferior do benefício para elas.

Sobre esse ponto, o entendimento dos Ministros que concluíram pela violação à isonomia no caso pode ser sintetizado no sentido de que é vedado ao contrato de previdência privada estabelecer distinção entre homens e mulheres para fins de concessão de benefício previdenciário que seja prejudicial a este último grupo, conquanto a Constituição Federal admita tão somente discrimen que lhe seja favorável, consideradas as especificidades do gênero feminino no contexto da sociedade atual.

Enquanto o Ministro Redator e a Ministra Rosa Weber não se alongam com relação ao menor tempo de contribuição das mulheres como justificativa para a diferenciação de tratamento, o Ministro Alexandre de Moraes apresenta argumentos para repeli-la. Pontua que o menor tempo de contribuição das mulheres no caso de aposentadoria proporcional poderia ter sido previsto pelo plano de benefícios entre os demais fatores atuariais envolvidos, tal como o fez para as situações de complementação da aposentadoria integral, sendo – ao final – responsabilidade da coletividade do plano arcar com o ônus necessário para assegurar a cobertura dos compromissos assumidos.

No caso, verifica-se que o menor tempo de contribuição das mulheres para a constituição de reservas não pode ser justificativa apta para o tratamento distinto entre homens e mulheres conferido pelo contrato previdenciário, acarretando a discriminação da mulher, uma vez que desta distinção resultou condições menos favoráveis a ela em relação ao homem. Ressalta o Ministro que “os direitos fundamentais previstos na Constitucionais [sic] limitam a autonomia privada, pelo que não se pode dar guarida a pacto consensual que fira princípios constitucionais elevados à categoria de direitos fundamentais, como vem a ser o da igualdade de gênero”³⁰¹.

A autonomia privada em que se baseia a previdência complementar não afasta dessa relação a preponderância dos direitos fundamentais, em especial do direito de igualdade de gênero, que confere especial proteção à mulher. Sob a perspectiva da legalidade constitucional, a liberdade de agir está intimamente associada à igualdade material, impondo às partes o dever de agir em consonância com os valores constitucionais. Conforme pontua KONDER:

Nesse processo, percebe-se que a autonomia privada e os espaços de liberdade perdem a posição de prevalência a priori e passam a figurar com o mesmo status de

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *op. cit.*

princípios como a igualdade, a privacidade e a solidariedade: sua justificação tem a mesma alçada, sua aplicação é que dependerá do exame das circunstâncias concretas. Assim, por exemplo, diante de circunstâncias fáticas de nítida desigualdade, a incidência do princípio da liberdade não será tão forte, uma vez que o respeito à autonomia privada, puramente formal, não garantiria uma liberdade autêntica, eis que seu exercício estaria contaminado pela relação de poder socialmente configurada.³⁰²

No esteio dos argumentos apresentados pelo Ministro Alexandre de Moraes, nota-se que é possível compatibilizar o menor tempo de contribuição da mulher com o custeio do plano de benefícios, resguardando o seu equilíbrio financeiro e atuarial. Por se tratar de um plano de benefício definido (BD), em razão das suas características, seu custeio é variável, compartilhado entre os participantes do plano e baseado em premissas atuariais diversas, entre as quais figura o tempo de contribuição. A alteração dessa premissa – considerando o menor tempo de contribuição da mulher, porém com patamar inicial de complemento de aposentadoria proporcional igual ao do homem – é possível, ainda que onere a coletividade dos participantes do plano de benefícios, de caráter mutualista, por meio da majoração das contribuições.

À primeira vista, a solução pode causar polêmica, especialmente entre aqueles dedicados ao estudo da previdência complementar, para os quais o equilíbrio financeiro e atuarial deve ser preservado a qualquer custo. Todavia, apesar da extrema relevância deste fundamento para o regime de previdência complementar, ele não pode prevalecer diante da constatação de uma inconstitucionalidade por violação a preceito fundamental tão caro como o direito da igualdade, em especial da isonomia de gênero.³⁰³

³⁰² KONDER, Carlos. Direitos fundamentais e relações privadas: o exemplo da distinção por gênero nos planos de previdência complementar. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 99, p. 47-65, set./out. 2016. p. 61. Vale ressaltar que, ao analisar o caso em comento, antes do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o autor entendeu que não seria a hipótese de prevalência do direito fundamental a um tratamento substancialmente isonômico frente a liberdade fundamental de iniciativa. Assim expõe o seu raciocínio: “Embora inquestionável que a vedação ao abuso do direito e o respeito à função social do contrato possam impor aos contratantes um controle do exercício da liberdade de contratar, para o atendimento de interesses coletivos juridicamente protegidos. No entanto, esse controle deve ser pautado pela função econômico-individual do contrato firmado. Novamente, o caráter contributivo dos planos de previdência complementar, efeito essencial desse tipo de contratação, em que a aposentadoria obtida guarda proporcionalidade direta com as contribuições vertidas, parece afastar a qualificação abusiva à cláusula que aumenta as contribuições ou reduz a aposentadoria de mulheres em razão do menor tempo de contribuição. Da mesma forma, a ilação, a partir da função social do contrato, da exigência de uma compensação sistêmica para garantir igualdade de termos a despeito da diferença de tempo de contribuição parece frágil, na falta de uma expressa previsão legislativa nesse sentido. Por fim, ainda que se tenha por direta e imediatamente eficaz o direito fundamental à igualdade substancial de gênero nas relações entre particulares, sua eficácia não é absoluta, devendo ser ponderado com a liberdade individual da entidade de previdência complementar, assim como dos demais contratantes que acabariam por suportar o ônus desse acréscimo.” *Loc. cit.*

³⁰³ Frise-se que o presente caso difere de outras situações em que o equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefício e a coletividade dos participantes do plano devem ser preservados, a exemplo dos reflexos no contrato previdenciário, decorrentes da prática de ato ilícito pelo patrocinador. Nesses casos, os fundamentos do regime de previdência complementar devem ser observados em sua plenitude, sendo este o posicionamento do Superior

Nada obstante, uma cautela deve ser observada nesses casos: *a priori*, quando a majoração das contribuições for em patamar tão expressivo que comprometa parte significativa do benefício dos participantes, deve-se cogitar se seria o caso de o direito fundamental à isonomia ceder à autonomia privada – ou mesmo ao direito fundamental à previdência – de forma a preservar a aposentadoria tanto do grupo discriminado como dos demais participantes do plano de benefícios, uma vez que a majoração expressiva das contribuições alcançaria a todos. Tal situação não restou demonstrada no caso em estudo, porém seria suscetível de acontecer, por exemplo, em planos de benefícios que estejam em déficit ou em situação próxima, a depender do conjunto das circunstâncias.

Uma alternativa para situações da espécie conferida pelo ordenamento jurídico, apta a preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefícios, é a modulação dos efeitos da decisão pelo Tribunal Constitucional.³⁰⁴ Embora não tenha sido acolhida a modulação dos efeitos da decisão requerida pela FUNCEF em sede de Embargos de Declaração, parece assistir razão o Ministro Barroso ao entender ser o caso de modulação, por considerar que a compreensão anterior da entidade previdenciária quanto ao aparente cumprimento do princípio da igualdade não era absurda, bem como por se tratar da primeira manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, aliada a circunstância de que “a surpresa é um fator sempre danoso” em questões atuariais.³⁰⁵

Evidencia-se, portanto, que a ausência de consenso entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal que compunham o plenário e os distintos fundamentos apresentados pelos julgadores denotam a árdua tarefa de se cotejar – no caso concreto – a existência de prática discriminatória, em ofensa ao princípio da isonomia. Quando esta se dá no bojo de relação de previdência complementar, demanda-se a análise de suas peculiaridades e do seu complexo arcabouço jurídico.

Tribunal de Justiça ao enfrentar situações da espécie. No julgamento dos recursos que originaramos Temas 955 e 1.021, o Tribunal firmou o entendimento de que, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos de quaisquer verbas remuneratórias reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, cabendo a reparação dos prejuízos causados ao participante por meio de ação judicial a ser proposta contra o patrocinador na seara trabalhista.

³⁰⁴ Código de Processo Civil: “Art. 927 (...) § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.”.

³⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: *RE 639138/RS*. Plenário. Rel., Ministro Gilmar Mendes. Redator p/ acórdão: Ministro Edson Fachin. DJE n. 95, de 19/05/2021. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346455578&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

Em que pese o voto do Ministro Redator ser aquele usualmente observado para fins de aplicação da tese firmada³⁰⁶, as razões dos demais votos são insumos importantes para compreender as nuances da controvérsia. Assim, por exemplo, o voto do Ministro Gilmar Mendes propicia uma visão holística do regime de previdência complementar e, em especial, o voto do Ministro Alexandre de Moraes auxilia na compreensão da impossibilidade de se justificar o tratamento desfavorável à mulher, com base no seu menor tempo de contribuição para o custeio do benefício previdenciário.

³⁰⁶ Acerca da problemática envolvida na formulação de teses em sede de recurso extraordinário, ver obra de MARINONI. Assevera o autor: “A tese é um resumo que tenta descrever as razões de decidir do recurso. Tenta, mas não consegue, simplesmente porque não se vale de qualquer critério que permita a identificação racional do que realmente foi sustentado pelos julgadores. [...] Isso quer dizer que, para se estabelecer as razões de uma decisão, é antes de tudo imprescindível identificar, em plenário, como os julgadores votaram. É indispensável, em outras palavras, não somente proclamar o resultado do recurso, ou seja, se o recurso foi provido por unanimidade ou por X contra Y votos. Isso era bastante para as velhas Cortes supremas, que exerciam mera função de correção das decisões dos tribunais. Para as Cortes que se preocupam em desenvolver o direito mediante a fixação de precedentes, o resultado do recurso não tem grande importância. O resultado, como chega a ser intuitivo, tem importância para as partes, não obstante ainda seja a única coisa proclamada em várias Cortes Supremas dos dias presentes, obviamente por conta de um modo de ver o julgamento com os olhos da tradição do *civil law*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, s/p.).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trajeto percorrido pelo presente estudo serve para compreender a incidência do princípio da isonomia no regime de previdência complementar, especificamente a partir da argumentação desenvolvida pelo Tribunal Constitucional, à luz do caso que originou o Tema n. 452, no qual se discutiu a distinção de gênero nos contratos deste regime previdenciário.

A investigação do referencial teórico, com análise de legislação e doutrinas nacionais e estrangeiras, permite constatar que o princípio isonômico se encontra albergado na Constituição brasileira em suas distintas dimensões (proibição do arbítrio, proibição de discriminação, obrigação de tratamento diferenciado), destacando-se, na arquitetura constitucional pátria, a forma assumida pelo preceito enquanto importante direito fundamental.

No caso do direito de igualdade de gênero, cláusula isonômica especial consagrada no art. 5, I, do texto constitucional, nota-se que, em atenção à sua dimensão material, o ordenamento jurídico-constitucional pátrio admite tão somente distinções entre homens e mulheres que sejam mais benéficas a estas últimas, considerada a posição feminina no contexto histórico político-social brasileiro.

Na seara previdenciária, resta evidente o tratamento mais benéfico conferido às mulheres, quando observados os critérios constitucionalmente estabelecidos de idade e tempo de contribuição para aposentadoria pelos regimes básicos de previdência social.

Observou-se que o regime jurídico-constitucional da previdência complementar não estabelece expressamente tal diferenciação e, a seu turno, prevê que as suas relações se desenvolvem no âmbito da autonomia privada, baseada na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, com destaque para seu caráter complementar, facultativo, contratual e autônomo em relação aos regimes previdenciários básicos.

A necessidade de constituição de reservas, atrelada à manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do plano de benefícios, é considerada preponderante em relação às demais características desse regime, por estar essencialmente vinculada à finalidade previdenciária dos planos de benefícios.

Nessa linha, a questão analisada pela Corte Constitucional está relacionada à aparente dicotomia entre o direito fundamental à igualdade substancial de gênero e a autonomia privada do regime de previdência complementar, calcado na preservação do equilíbrio financeiro e atuarial dos planos de benefícios.

O estudo do caso que originou o Tema 452 permite constatar a complexidade da questão, inexistindo consenso entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal que apreciaram a matéria, bem como o uso de argumentos distintos em suas razões de decidir.

A Corte Constitucional, por maioria, entendeu que a cláusula de contrato de previdência complementar que prevê regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelecendo valor inferior do benefício para as mulheres em razão do seu menor tempo de contribuição, é inconstitucional por violação ao princípio da isonomia.

No caso, o preceito igualitário, na qualidade de direito fundamental de igualdade de gênero, tem incidência direta na relação contratual firmada entre entidade previdenciária e participante. Por força deste princípio, tal diferenciação é considerada arbitrária, uma vez que o menor tempo de contribuição da mulher não é justificativa válida para o menor valor de benefício a ela conferido. Conquanto a Constituição Federal admita tão somente discrimen que seja mais favorável às mulheres, consideradas as especificidades do gênero feminino no contexto da sociedade brasileira, é vedado ao contrato de previdência privada estabelecer distinção de gênero para fins de concessão de benefício previdenciário que seja prejudicial ao grupo feminino.

A aparente dicotomia entre as normas constitucionais relativas à isonomia e à previdência complementar é dissipada na medida que a autonomia privada não se constitui em princípio absoluto e deve guardar relação com os valores e preceitos fundamentais da Constituição Federal, neste caso, em especial, com o direito de igualdade. Alia-se a esse argumento o fato de que, *a priori*, é possível compatibilizar o menor tempo de contribuição da mulher com o custeio do plano de benefícios, sem comprometer o seu equilíbrio financeiro e atuarial, ainda que se trate de plano previdenciário estruturado na modalidade de benefício definido.

Vale ressaltar que, no caso em estudo, a Corte Constitucional não decidiu se tratar de hipótese de discriminação indireta (*disparate impact*). A teoria do impacto desproporcional foi suscitada pelo Ministro Redator do acórdão a título de reforço argumentativo, não integrando a *ratio decidendi* da questão enfrentada pela Corte. Nesse ponto, conforme aponta a doutrina nacional e estrangeira, a constatação de tal situação discriminatória requer um exame minucioso do caso concreto, o que não foi realizado no julgamento em análise.

Em síntese, o entendimento assentado pelo Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a adoção do fator de discrimen de gênero para a concessão de benefício de previdência complementar pode se valer de critérios que resultem em complemento de aposentadoria mais

benéfico para as mulheres em comparação aos homens, o que é permitido pelo ordenamento jurídico, sob o prisma da isonomia material. Contudo, a adoção de tal fator de *discrímen* não pode se valer de critérios – tempo de contribuição, inclusive – que resultem em benefício mais prejudicial para elas, sob pena de violação ao princípio da isonomia, que proíbe a discriminação de gênero.

Especificamente para a configuração de discriminação indireta (*disparate impact*) – em especial nas hipóteses em que o contrato previdenciário não tenha estabelecido expressamente o fator de *discrímen* de gênero, mas as circunstâncias importem em valor inferior do benefício para as mulheres – faz-se necessário um exame minucioso do caso concreto, a exemplo da adoção de teste de proporcionalidade, a fim de se constatar a ocorrência da situação discriminatória, e a consequente violação ao princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAÚJO NETO, Raul Lopes de. *Teoria geral do direito previdenciário*. Rio de Janeiro: G.Z, 2020.
- AVENA, Lygia. Características e princípios fundamentais do regime de previdência complementar. AVENA, Lygia (coord.). *Fundamentos jurídicos da previdência complementar fechada*. São Paulo: CEJUPREV, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2021.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BALERA, Wagner. *Comentários à lei de previdência privada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- BALERA, Wagner; DE RAEFFRAY, Ana Paula (coords). Introdução à previdência complementar. *Coleção de direito previdenciário*, v. II. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- BARROS. Allan Luiz Oliveira. *Previdência complementar aberta e fechada*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, 1 abr. 2005.
- BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline Rezende Peres. “Sabe como quem está falando?”: Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. *Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 07, n. 13, 2016, p. 208.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2020.
- BORGES, Elisângela Lima dos Santos. *Função social do contrato e boa-fé objetiva: uma análise de sua aplicação ao contrato de previdência complementar das entidades fechadas*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Decreto n. 65.810, de 8 dezembro de 1969. Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Decreto n. 4.377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Decreto n. 10.932, de 10 de janeiro de 2022. Promulga a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, firmado pela República Federativa do Brasil, na Guatemala, em 5 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis-n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Lei Complementar n. 108, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário: RE 639138/RS. Plenário. Rel., Ministro Gilmar Mendes. Redator p/ acórdão: Ministro Edson Fachin (Redator). DJE n. 250, de 15/10/2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344701320&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CARVALHO, Fábio Junqueira de; MURGEL, Maria Inês Caldeira Pereira da Silva. *A regulação e a fiscalização da previdência complementar no Brasil: uma proposta de nova estruturação*. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

CASTRO, Marina Grimaldi de. *Previdência complementar aberta: estrutura, regulação, os planos de benefícios, o contrato de previdência complementar aberta e o regime jurídico conferido ao patrimônio formado com base nas contribuições realizadas pelos participantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CAZETTA, Luís Carlos. *Previdência privada. o regime jurídico das entidades fechadas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos; FARIAS, Luiz Roberto Barros. Por um sistema jurídico que funcione: discutindo a funcionalização do direito civil. FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; SANTIAGO, Maria Cristina Paiva (orgs.). *Temas de direito civil-constitucional: da constitucionalização à humanização*. João Pessoa: IDCC, 2017, v. 2. p. 17-34.

FLORES, Vinícius Letti. *Igualdade e proibição de discriminação no direito privado*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2014.

FREDMAN, Sandra. *Discrimination law*. Oxford: Oxford University Press, 2022. (e-book).

GALLO, Ronaldo Guimarães. *Previdência privada e arbitragem*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. *Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: parâmetros hermenêuticos e controle de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

IBRAHIM, Fábio Zambite. *A previdência social no estado contemporâneo: fundamentos, financiamento e regulação*. Niterói: Impetus, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Impetus, 2020.

JUNQUEIRA, Thiago Villela. *Diferenciação admissível e discriminação inadmissível no contrato de seguro privado: exame da precificação com base no gênero e em variáveis que causem impacto desproporcional nos indivíduos negros*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

KENNEDY, Randall. *For discrimination: race, affirmative action, and the law*. Nova Iorque: Pantheon Books, 2013. (e-book).

KONDER, Carlos Nelson. Direitos fundamentais e relações privadas: o exemplo da distinção por gênero nos planos de previdência complementar. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 99, p. 47-65, set./out. 2016.

KONDER, Carlos Nelson. Para além da “principlialização” da função social do contrato. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 13, p. 39-59, jul./set. 2017.

KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco; TEPEDINO, Gustavo (orgs.). *Contratos (fundamentos do direito civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MACHADO, Maíra Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. MACHADO, Maíra Rocha (org.) *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 357-389.

MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. A previdência privada como instrumento de planejamento sucessório. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 25, n. 14, p. 1-13, jan./mar. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedente constitucional*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. (e-book).

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência complementar*. São Paulo: LTr, 2003.

MARTINEZ, Wladimir Novaes; FERRAZ, Ana Flávia Ribeiro; KOSUGI, Dirce Namie. *Curso de previdência complementar*. São Paulo: LTr, 2014

MARTINS, Luis Felipe Lopes. *A regulação da previdência complementar fechada sob a perspectiva da economia comportamental e a adesão automática como proposta para a mitigação de vieses cognitivos*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. 30 anos depois da constitucionalização do Direito no Brasil: avanços e perspectivas na atuação do Supremo Tribunal Federal na proteção dos direitos fundamentais e no respeito ao princípio democrático. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Brasil: Konrad Adenauer Stiftung, 2019.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. A constitucionalização do direito da cidade. *Revista Brasileira de Gestão Urbana*, p. 527-542, set./dez. 2017.

NASCIMENTO, Mateus Assis. Notas sobre a constitucionalização da previdência complementar no Brasil. BARBOZA, Heloisa Helena; MELLO, Cleyson de Moraes; SIQUEIRA, Gustavo Silveira (Coordenação Geral); IBRAHIM, Fábio Zambitte, TAVARES, Marcelo Leonardo (Coordenação Acadêmica). (org.). *Direito previdenciário: o futuro do direito*. Rio de Janeiro: Processo, 2022. p. 213-237

PIERDONÁ, Zélia Luiza. A previdência complementar no contexto do sistema de seguridade social brasileiro. MARQUES, André Luiz; SILVA, Camila Pellegrino Ribeiro da; PIERDONÁ, Zélia Luiza (orgs.). *Previdência complementar: panorama jurídico e desafios*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 15-31.

PULINO, Daniel. *Previdência complementar: natureza jurídico-constitucional e seu desenvolvimento pelas entidades fechadas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

REIS, Adacir. *Curso básico de previdência complementar*. São Paulo: RT, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70031205800. Apelante: Ines Caumo Guerra. Apelado: Fundação dos Economiários Federais – FUNCEF. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, ago. 2009. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index>. Acesso em: 20 dez. 2022

RIOS, Roger Raup. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIOS, Roger Raup. *O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte-americano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

RODRIGUES, Flávio Martins. *Fundos de pensão: temas jurídicos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: SaraivaJur, 2022. (e-book).

SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Igualdade como proibição de discriminação e direito à (e dever de) inclusão: o acesso ao ensino superior e a regulamentação do estatuto brasileiro das pessoas com deficiência. *Revista de Direito Público*, v. 14, n. 78, p. 197-226, nov-dez/2017.

SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e igualdade étnico-racial. PIOVESAN, Flávia; MARTINS DE SOUZA, Douglas (coords.). *Ordem jurídica e igualdade étnico-racial*. Brasília: SEPIR, 2006. p. 59-108.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. SARMENTO, Daniel. (coord). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*. Niterói: Impetus, 2009.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos. *Previdência privada: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.