

**A aplicação coordenada das teses firmadas nos temas 452 do STF e 955 do STJ para afirmação da previdência complementar como direito fundamental<sup>1</sup>**

*The coordinated application of theses signed in themes 452 of the STF and 955 of the STJ for the affirmation of the supplementary social security as a fundamental right*

Edilson Enedino das Chagas<sup>2</sup>

<https://orcid.org/0009-0005-8419-7369>

[edilson.chagas@tjdft.jus.br](mailto:edilson.chagas@tjdft.jus.br)

**Resumo**

No presente artigo, a proposta – diante da centralidade dos direitos fundamentais e sua complexidade nas democracias modernas (poliarquias) – é evidenciar a previdência complementar como direito social fundamental, regulamentado em microsistema autônomo, sendo imperioso ao operador do direito, mesmo em caso de judicialização, atentar-se para a estabilidade de tal microsistema. A objetivização das demandas em caso de RE com repercussão geral ou REsp afetado pela sistemática dos repetitivos aproxima tais demandas dos *hard cases* norte-americanos. Diante do princípio da colegialidade, sobretudo em acórdãos firmados pela maioria, possível enxergar nas razões de decidir ideologias diferentes a subsidiar fundamentos correlatamente diversificados. A tese firmada poderá encontrar ou não receptividade para fora do meio jurídico (teoria dos diálogos institucionais e da reputação judicial). Elegeu-se para estudo o julgamento do Tema 452 do STF e do Tema 955 do STJ, recomendando-se a aplicação coordenada das teses, por meio da técnica da ponderação e do princípio da concordância prática, de modo a reafirmar a previdência privada complementar fechada como direito fundamental e, assim, promover a estabilidade dos planos prospectivamente afetados.

**Palavras-chave:** poliarquia; direitos fundamentais; previdência complementar; judicialização; diálogos institucionais.

**Abstract**

*In this article, the proposal – given the centrality of fundamental rights and their complexity in modern democracies (polyarchies) – is to highlight the complementary pension as a fundamental social right, regulated in an autonomous microsystem, being imperative to the operator of the law, even in case of judicialization, pay attention to the stability of such a*

---

<sup>1</sup> Artigo apresentado como trabalho de conclusão da disciplina “A Democracia”, Professor Ministro Luiz Roberto Barroso, do Programa de Doutorado do Centro Universitário de Brasília, 2024.

<sup>2</sup> Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, titular da 23ª Vara Cível da Circunscrição Judiciária de Brasília – Distrito Federal; Professor Universitário do Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos e do Centro Universitário de Brasília, titular da cadeira de Direito Empresarial e da Escola da Magistratura do Distrito Federal, nas cadeiras de Direito Empresarial e Civil; Mestre e Doutor em Direito e Políticas Públicas, pelo Centro Universitário de Brasília.

*microsystem. The objectification of demands in case of RE with general repercussion or REsp affected by the repetitive system brings such demands closer to North American hard cases. Bearing in mind the principle of collegiality, especially in judgments signed by the majority, it is possible to see in the reasons for deciding different ideologies to subsidize correlatedly diversified foundations. The signed thesis may or may not find receptivity outside the legal environment (theory of institutional dialogues and judicial reputation). The judgment of Theme 452 of the STF and of Theme 955 of the STJ was chosen for study, recommending the coordinated application of theses, through the technique of weighting and the principle of practical agreement, in order to reaffirm the closed supplementary private pension as a fundamental right and, thus, promote the stability of prospectively affected plans.*

**Keywords:** *polyarchy; fundamental rights; complementary pension; judicialization; institucional dialogues.*

### *1 Introdução – A democracia brasileira como poliarquia*

O entrelaçamento lógico entre as noções de Estado de Direito, Constitucionalismo e Democracia tem como fundamentação teórica a concepção de limitação do poder político, alcançada e alçada a novo paradigma por meio das revoluções americana e francesa do século XVIII, primeiramente, mas também por meio do refinamento de princípios basilares como o da separação dos poderes, especificação e coexistência entre o poder constituinte e poder constituído, democracia procedimental ou representativa e controle judicial da constitucionalidade das leis,<sup>3</sup> principiologia incorporada pelo texto de nossa Constituição Federal.

A afirmação de um regime político como mais ou menos democrático, de acordo com a tipologia de Robert Dahl, pode ser mensurada pela acomodação ou amplitude da disputa do poder político e da liberdade da oposição contestar as decisões do governo, bem assim da receptividade ou não do sufrágio universal.<sup>4</sup> E, disso, a análise dos processos de democratização dos países mundo afora, sendo que especificamente em relação ao Brasil, que se inclui na realidade latino-americana, houve, paulatinamente, a migração do regime autoritário (hegemonia fechada) para uma hegemonia inclusiva, no sentido da admissão da participação da maioria nas disputas eleitorais e depois a aceitação de que houvesse uma oposição livre ao governo, rumo ao que se denominou de “poliarquia”, termo entendido como o governo representativo de múltiplas minorias ou grupos de pressão com interesses

<sup>3</sup> TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

<sup>4</sup> JORGE, Vladimyr Lombardo. Regimes Políticos. In: Ferreira, Lier Pires (org.). *Curso de Teoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 212-213.

que sobrepõem ou se contrapõem,<sup>5</sup> mais adequado do que o termo democracia, próprio da democracia grega da Antiguidade, sem correspondência ou possibilidade de transposição para a modernidade, diante da constatação de que o governo do “povo” ou em prol do “bem comum” pode assumir interpretação diversificada, eis que tal vocábulo e locução possuem “significados diferentes para os indivíduos e os grupos” (conforme teorizou Joseph Schumpeter).<sup>6</sup>

Perceptível, assim, que o Brasil, ao longo de sua história, experimentou “ondas democráticas”, que culminaram com a promulgação da Carta da República de 1988, sendo de se aplaudir e de se concordar com a análise de quem vivenciou a superação do regime de exceção (1964 – 1985) para um período em que *a Constituição vige com supremacia, há liberdade partidária, eleições livres em todos os níveis, liberdade de imprensa e uma sociedade politicamente reconciliada*<sup>7</sup>.

Por outro lado, como pondera Vladimir Lombardo Jorge, ainda que o processo de redemocratização fomenta expectativas otimistas, as democracias ou poliarquias possuem limitações e “não promovem necessariamente mais justiça social”.<sup>8</sup>

E isso assim se denota, pois a noção de Bem-Estar Social é complexa, tendo em vista a heterogeneidade de interesses dispersos entre os indivíduos, os sindicatos, os movimentos sociais, os organismos representativos da sociedade civil, os empreendedores e também entre os órgãos e entes a representar o Estado. Há uma gama de demandas sociais reprimidas ou contingenciadas, nem sempre conciliáveis, ao que a Ciência Política denomina de “inflação de demandas”.

O fenômeno “inflação de demandas” parece tangenciar ou conciliar-se com a teoria crítica dos direitos humanos, que rechaça a teoria geracional/dimensional, eis que a ideia de um piso vital mínimo de direitos há de ser incentivada e ampliada formal e materialmente – mais do que mera gramática, prática -, de modo à contextualização no mundo real dos princípios pertinentes à universalidade, indivisibilidade, interdependência e integralidade dos direitos humanos, categorizados apenas para fins metodológicos ou didáticos (direitos civis e políticos, direitos econômicos e sociais, direitos de fraternidade e solidariedade,

---

<sup>5</sup> PATEMAN, Carole. *Participação e Teoria Democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 18.

<sup>6</sup> JORGE, Vladimir Lombardo, op. cit., p. 215.

<sup>7</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988: foi para você também?* Revista de Direito Administrativo, v. 214, out./dez. 1998. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263/45375>. Acesso em: 10 abr. 2022.

<sup>8</sup> JORGE, Vladimir Lombardo, *idem*.

difusos relacionados a toda a humanidade), sem que a classificação que se venha adotar possa evitar o *fenômeno da produção de novos direitos, também denominado inexauribilidade dos direitos humanos, para atender a recentes demandas sociais da atualidade*.<sup>9</sup>

## *2 Afirmação dos Direitos Fundamentais pelo STF e sua contextualização como Poder Neutral do Estado*

Assim, doutrinariamente, a locução Direitos Humanos corresponderia ao amplo espectro de direitos capazes de materializar a dignidade do ser humano<sup>10</sup> e, em teoria, poder-se-ia falar em direitos – repise-se – por categoria, contextualizáveis historicamente como conquistas de natureza civil e política, individualizadas, ou sociais e econômicas, coletivamente consideradas, como inclusive positivados internacionalmente, no Sistema Global ou Internacional de Direitos Humanos, primeiro com a célebre Declaração de 1948 – sem caráter vinculativo, soft Law, de caráter pedagógico ou interpretativo (com o que concordamos) – diante das dificuldades de aplicabilidade dos princípios nela enunciados – a reforçar indiretamente a ideia de que essencialmente a validar o direito internacional estaria o consenso de nações soberanas, não podendo a referida declaração ser considerada um tratado, pois, formalmente, foi aprovada por uma Resolução e, por isso, a Declaração de 1948 (apesar de sua importância histórica) não se tratou de um documento de força jurídica obrigatória.

Tanto isso é fato que apenas 20 (vinte) anos depois houve a juridicização do conteúdo da declaração por meio dos Tratados de 1966, respectivamente, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais. A tensão política e econômica do período da denominada guerra fria (oriunda da bipolarização entre os então rivais Estados Unidos e União Soviética e seus correlatos aliados) justificou um duplo critério para a aplicabilidade das duas categorias enunciadas, o que esmaeceu a contextualização do princípio da indivisibilidade. Para os direitos civis e políticos – aplicação imediata; para os direitos sociais, econômicos e culturais – aplicação progressiva.

---

<sup>9</sup> RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 58.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

De se destacar, que a internacionalização dos direitos humanos contextualizada após as Grandes Guerras Mundiais se espalhou globalmente, mas também regionalmente, destacando-se – para os fins do presente comentário diante da posição geográfica do Brasil – a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José) em vigor desde 1978.

A propósito, no Brasil, os Tratados acima somente foram internalizados após a promulgação da Constituição de 1988, no Governo Collor, por meio dos Decretos 591 e 592, ambos de 6 de julho de 1992 (proteção global) e Decreto 678 de 6 de novembro de 1992. Nitidamente, percebe-se que houve uma engenharia jurídica diversificada, no plano internacional e interno, para a acomodação formal de um mesmo rol de direitos, razão porque acertada a corrente que defende a existência de ordens jurídicas paralelas (interna e internacional), inclusive, diante dos princípios que regem as relações internacionais do Brasil com outros países.

Em tal perspectiva, conforme ensina Ingo Sarlet<sup>11</sup>, a depender do documento de positivação de um direito específico, como foi o caso do denominado “tempo razoável do processo” poderá haver a não coincidência de um direito humano internacional (positivado em convenção internacional, previsto no art. 8º, da Convenção Interamericana), mas ainda não positivado na lei máxima de determinado país (isto é, não positivado na Constituição de tal país). Assim, no Brasil, o “tempo razoável do processo” somente foi alçado formalmente à condição de direito fundamental, quando positivado na Constituição Federal de 1988 (LXXVIII, de seu art. 5º), por meio da Emenda Constitucional 45/2004.

Um outro exemplo corresponde à Previdência Social (direito humano explicitado no art. 9º, do Protocolo Adicional da Convenção Interamericana), mas também direito social fundamental inscrito no art. 6º, *caput*, de nossa Constituição Federal. Na verdade, tal direito se compreende no gênero “seguridade social”, que deverá ser implementado e ampliado por *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* (art. 194, *caput*, da CF).

A densidade jurídica do conjunto acima reclamou a regulamentação dos direitos correlatos e suas derivações como microssistemas paralelos (sistema multipilar como será

---

<sup>11</sup> *A Eficácia Dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

comentado), sendo que a amplitude das prestações dos serviços, seja diretamente, seja de forma suplementar ou complementar, apesar da previsão formal dos microsistemas e da prestação material dos serviços pelo Estado e pela Iniciativa Privada, premente a necessidade de melhorias periódicas, e de tal tensão, naturalmente, o segurado/usuário/consumidor/contratante, pontualmente e na perspectiva da defesa de seus direitos pautada na insuficiência ou na necessidade de correção dos serviços prestados, promoverá a judicialização dos direitos sociais afetados, fenômeno comum e corriqueiro no Brasil, ecoando como efeito do que o professor Luís Roberto Barroso denominou como *sindicabilidade judicial das normas constitucionais, inclusive e sobretudo, as que consagram direitos fundamentais*, afirmando-se e apregoando-se, portanto, o princípio da força normativa da Constituição Federal<sup>12</sup> e a eficácia direta e imediata dos direitos nela enunciados.

As vicissitudes históricas, políticas, sociais e, sobretudo, econômicas de cada país estarão a condicionar e a dar concretude às dimensões múltiplas dos direitos humanos, sendo possível mensurar a amplitude de tais direitos, por exemplo, por meio do IDH, a revelar a complexidade de um piso vital mínimo de direitos (sinônimo para o conceito jurídico indeterminado de dignidade da pessoa humana), diante dos critérios para a medição proposta: expectativa de vida ao nascer, grau de escolaridade e renda per capita, para acesso a serviços básicos. Invariavelmente, o monitoramento e a melhoria do referido índice deverão ser aplaudidos e incentivados, o que significa que – paralelamente – eventuais violações aos direitos humanos deverão ser denunciadas e combatidas.

Há que se fazer referência também aos Planos Nacionais de Direitos Humanos que se sucederam e do aperfeiçoamento das políticas públicas correlatas, sendo necessário o diagnóstico dos avanços e eventuais retrocessos, periodicamente, celebrando-se as conquistas, mas também apontando a necessidade de eventuais correções.

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao comentar os 30 (trinta) anos de vigência da Constituição Federal, ponderou que o destaque maior das conquistas percebidas se deveu ao papel emblemático do STF na afirmação dos direitos fundamentais, rememorando decisões importantes a conformar um “saldo [...] extremamente positivo”, eis que *poucos países do*

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 193.

*mundo têm um número tão expressivo de decisões progressistas e civilizatórias em tema de direitos fundamentais.*<sup>13</sup>

Apesar do saldo positivo, S. Ex<sup>a</sup>. também ressaltou *nenhum tribunal do mundo acerta todas. Até porque a verdade não tem dono e há diferentes pontos de observação da vida.*<sup>14</sup>

O acerto ou desacerto das decisões do STF, bem assim dos demais Tribunais Superiores, com destaque para o STJ, pode ser correlacionado com a receptividade ou não das decisões correlatas fora do meio jurídico, pois a linguagem jurídica não se deverá restringir à subsunção dos comandos abstratos dos textos legais aos fatos noticiados, mas se deverá justificar pela interpretação ampla, sem o isolamento da linguagem jurídica. A vida social se entremeia de linguagens paralelas, não necessariamente excludentes:

[...] uma abordagem do direito pela via da semiótica segue a linha da assunção da premissa de que na vida social existem diversas linguagens. Toda a sociedade é composta por diversos códigos sociais, entre os quais se encontra o código do direito. O direito forma, por isso, no conjunto da vida social, uma linguagem entre linguagens, e, por isso, também se serve de diversas linguagens sociais, além de interagir com as demais linguagens sociais. Essa ideia não implica no encerramento da linguagem do direito sobre si mesma, mas implica na ideia de que o direito serve, muitas vezes, como elemento de consolidação da possibilidade de preservação das linguagens e da racionalidade no convívio social. Sem diálogo social não há direito.<sup>15</sup>

Por esta mesma linha de raciocínio, como veremos no último tópico deste artigo, a receptividade de decisão de mérito do STF em sede de repercussão geral poderá confirmar sua importância como Poder de equilíbrio entre os demais Poderes, ao passo que a não receptividade poderá contextualizar uma crise de legitimidade institucional, diante da eventual ausência do diálogo das razões de decidir daquela Corte Constitucional com outras instituições componentes da República, o que seria paradoxal, pois as decisões do Supremo Tribunal Federal (órgão teoricamente infenso *ao menos imediatamente às mudanças político-eleitorais*, nos termos da Teoria dos Poderes Neutrais do Estado)<sup>16</sup> deveriam

<sup>13</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988: foi para você também?* Revista de Direito Administrativo, v. 214, out./dez. 1998, p. 45. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263/45375>. Acesso em: 10 abr. 2022.

<sup>14</sup> *Idem.*

<sup>15</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4.

<sup>16</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais*. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

fomentar o *equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário*.<sup>17</sup>

### *3 Aproximação entre os hard cases norte-americanos e os recursos extraordinários com repercussão geral*

Diante da internacionalização dos direitos fundamentais<sup>18</sup>, fenômeno que aproximou os textos constitucionais, ao menos principiologicamente<sup>19</sup>, possível correlacionar e comparar os denominados *hard cases* norte-americanos com os recursos extraordinários em que haja o reconhecimento de repercussão geral. Em consequência, passíveis de aproveitamento em nosso sistema jurídico as técnicas utilizadas para interpretação do texto constitucional nos Estados Unidos, de modo a investigar a receptividade dos acórdãos do STF no âmbito do Brasil, para além do meio jurídico.

Por amostragem, elegeu-se para fins de contextualização da presente proposta o julgamento do Tema 452 do STF, em que firmada a tese seguinte: *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*.

A previdência privada complementar congrega interesses que se sobrepõem, sendo temerária eventual cognição judicial sobre o tema, de forma reduzida, sem que se projetem os efeitos da decisão judicial em relação a todos os eventuais atingidos por seus comandos. No direito norte-americano, fenômeno semelhante se iniciou já no final da década de 1960, quando se propunham ações não mais para a definição de interesses meramente privados, mas sim interesses privados com reflexos em relação a um determinado grupo de pessoas e,

---

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 235.

<sup>18</sup> A professora Flávia Piovesan, destacando a centralidade dos direitos humanos, diz da concorrência de jurisdições, do controle não só de constitucionalidade, mas também de convencionalidade; informa a emergência de um novo paradigma jurídico: da hermética pirâmide centrada no State approach à permeabilidade do trapézio centrado no Human rights approach. Temas de Direitos Humanos. *Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogo de jurisdições*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115 e 114.

<sup>19</sup> GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França (Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada)*. Tradução de Regina Vasconcelos. São Paulo: Lumen Juris, 2008, p. 2.

assim, repercussão social, transformando-se as bases do contencioso, de adversarial privatístico, para um “contencioso público”:

O aparecimento do modelo do 'contencioso de interesse público' – No modelo clássico do processo do *common law* o litígio fica limitado às partes privadas. O contencioso é bipolar: dois litigantes – e somente dois – se opõem em um confronto no qual os ganhos de um equivalem automaticamente às perdas do outro. Os contornos da ação são nitidamente delimitados, simultaneamente no tempo (porque a sentença do julgamento resolve definitivamente a questão) e quanto a seus efeitos (a autoridade da coisa julgada, a *res judicata*, é restrita às duas partes do processo). Enfim o processo é pilotado do início ao fim pelas próprias partes e seus conselhos livremente escolhidos. Neste modelo o juiz é um árbitro neutro, à distância.

Por volta do final dos anos 1960 e início dos anos 1970 se produziu nos Estados Unidos uma pequena revolução jurídica que transformou profunda e duravelmente ao mesmo tempo a estrutura do processo e a função de julgar. Esse fenômeno foi batizado de 'direito de interesse público' (*public interest law*) ou 'contencioso de direito público' (*public law litigation*). As cortes federais foram progressivamente chamadas não apenas para decidir controvérsias clássicas (contratuais ou extracontratuais) entre particulares, como para gerenciar em profundidade pesadas ações coletivas ou para supervisionar as reformas estruturais de certas administrações.

No modelo de 'contencioso de interesse público', o objeto do conflito não é mais uma controvérsia entre particulares, mas, sobretudo, queixas relativas à oportunidade, à implantação ou à avaliação de políticas no mais das vezes públicas, mas que, com frequência, dizem também respeito às grandes empresas (*organismos de gestão de poupança, fundos de pensão, associações de grande porte que se envolvem na vida de um grande número de pessoas ...*). *O panorama político muda por completo. As pessoas que participam do processo e o objeto do litígio tornam-se amorfos: seus contornos são vagos porque são definidos ad hoc, à medida que o contencioso se desenrola, e não respondem a critérios jurídicos estritos e precisos. Os efeitos dos atos processuais ultrapassam frequentemente as intenções de seus autores e repercutem em miríade de relações jurídicas, às vezes exteriores ao processo. Essas mudanças influem por sua vez em outras relações jurídicas e assim por diante, de forma que é cada vez mais difícil fixar com precisão a data do fim do processo, ou as partes que serão ligadas pela autoridade da coisa julgada.*<sup>20</sup> (sublinhou-se).

A repercussão social do “contencioso público” norte americano guarda sintonia com o conteúdo do conceito jurídico indeterminado<sup>21</sup> <sup>22</sup>do que venha a se entender por repercussão geral no caso brasileiro, ou, ainda, para aproveitarmos a redação do art. 543, § 1º, do CPC de 1973, em ambos os casos, percebem-se *questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico*.

<sup>20</sup> GARAPON, A.; PAPADOPOULOS, I. Op. cit. p. 199-200.

<sup>21</sup> NASCIMENTO, Bruno Dantas. *Repercussão Geral: perspectivas históricas, dogmáticas e de direito comparado: questões processuais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 243.

<sup>22</sup> ALVIM, Arruda. A emenda constitucional 45 e a repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC nº 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, p. 63-99.

Antes do breve comentário sobre o conteúdo dos votos colhidos no julgamento do RE, a categorização das razões de decidir correlatas de modo a acomodá-las às impressões da doutrina norte-americana precisa da explanação sobre duas teorias aparentemente rivais: a teoria pragmática de Posner e a teoria da integralidade do direito de Dworkin.

#### *4 A teoria pragmática de Posner*

O Juiz norte-americano Richard A. Posner (juiz do tribunal de apelação para a 7ª Região) ao tecer comentários sobre a teoria constitucional critica os métodos convencionais de cognição judicial, de “cima para baixo”, ao se referir à construção jurisprudencial, que de certo modo ultima por enrijecer-se, priorizando, às vezes, mais uma cultura jurídica enraizada do que a solução efetiva dos conflitos. Afirma as limitações de tal método. Por suas palavras:

[...] o significado da ideia de raciocinar 'de' um caso a outro, cerne do raciocínio jurídico de baixo para cima, também é obscuro. Soa como indução, método que, de Hume a Popper, causou sérios problemas para os filósofos. Grande parte do chamado raciocínio por analogia no direito é, na verdade, uma forma indireta de raciocínio lógico. Os casos são usados como fonte de fatos e ideias interessantes e, portanto, como matéria-prima para a criação de teorias que possam ser aplicadas, por dedução, a novos casos. Mas não (espera-se) como matéria-prima exclusiva para a criação dessas teorias. Isso excluiria, injustificadamente, áreas inteiras do conhecimento [...]<sup>23</sup>

Posner também se contrapõe ao que denominou de raciocínio de “baixo para cima”, por se tratar de técnica que pode ser manipulada pelo jurista sem critérios precisos, sendo-lhe conveniente ora uma interpretação restritiva, ora uma interpretação extensiva do direito positivo, o que sujeitaria o jurisdicionado a um decisionismo<sup>24</sup> incompreensível. Critica, especificamente, o pensamento de Dworkin<sup>25</sup>, salientando o pouco interesse do autor pelo texto da Constituição norte-americana, inclinado a construir uma teoria jurídica como base em princípios, de abertura conceitual prejudicial, pois a falta de critérios para a ampliação de sentido do texto constitucional redundaria, em situações extremas, em insegurança jurídica e decisões injustas. Interpreta o indireto desprezo de Dworkin citando trecho da obra deste: [...] *'um Estado não de homens e mulheres, ou mesmo regido pelo direito, mas um*

<sup>23</sup> POSNER, Richard A. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 184.

<sup>24</sup> Em sentido semelhante, a crítica de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(em) Crise*: 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>25</sup> Filósofo e professor de Teoria Geral do Direito, falecido 2013.

*Estado regido por princípios', princípios concebidos pela Suprema Corte em nome da Constituição*<sup>26</sup>. Declara sobre tal método de decidir:

No raciocínio de cima para baixo, o juiz, ou outro analista jurídico, inventa ou adota uma teoria sobre algum campo do direito, quiçá sobre o direito em geral, e a utiliza para organizar, criticar, aceitar, rejeitar ou distinguir os casos decididos, bem como para inventar justificativas para estes, ou, ainda, para ampliar seu alcance e fazer com que se encaixem na teoria, gerando-se assim, em cada novo caso que surja, um resultado coerente com a teoria e com os casos por esta revestidos de autoridade. A teoria não precisa – talvez nunca possa – ser extraída do 'direito', e certamente não precisa ser articulada em jargão jurídico.<sup>27</sup>

Posner, citando precedentes norte-americanos, continua suas observações e diz que existem duas possibilidades do uso do raciocínio de “cima para baixo”, uma interpretação extensiva, de parte do texto constitucional, “cláusula a cláusula”, ou uma interpretação mais ampla ainda, “holística”. Para superar, segundo argumenta as incoerências conceituais dos raciocínios de “cima para baixo” e de “baixo para cima”, propõe sua abordagem e análise pragmática do direito em geral e do texto constitucional em particular. Informa que uma solução adequada para determinado caso perpassará pela análise do direito positivo, porém considerando-se os efeitos e as implicações sociais e a repercussão da cognição na realidade do jurisdicionado. Pronunciamentos judiciais marcados pela realidade em que se deve inserir o julgador, plasmando o ato de decidir em ato de sensibilidade, experiência, de diálogo, da mescla de teorias que não se alberguem estritamente no hermetismo jurídico, mas que se espraíem por outros campos do saber, como, por exemplo, a Economia<sup>28</sup>. Em casos difíceis defende:

Naturalmente, um juiz não deve valer-se da liberdade advinda de seu cargo para tentar, em larga escala, impor à nação, em nome da Constituição, as visões de São Tomás de Aquino acerca do direito natural, ou então às de Herbert Spencer, ou ainda a filosofia utilitarista de Bentham, ou mesmo a de Mill. A tolerância e o entendimento são virtudes importantes no ato de julgar. Mas as visões filosóficas, religiosas, econômicas e políticas de um juiz devem orientá-lo nos casos situados naquelas áreas indeterminadas nas quais ele possui poder discricionário para tomar decisões. Afinal, de que outro modo se decidirão esses casos? Os valores subscritos por todos os indivíduos sensíveis e racionais de nossa sociedade são delicados demais para resolver os casos difíceis. Não se deve exagerar o perigo de tirania por parte dos juízes. A heterogeneidade de nossa sociedade, refletida na composição do Judiciário, impede-os de transformar em lei doutrinas gerais. Os juízes do Tribunal Recursal julgam em órgão colegiado, logo, em casos complicados, o voto vencedor geralmente representa um acordo entre doutrinas gerais.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> POSNER, Richard A. Op. cit. p. 186.

<sup>27</sup> *Ibidem.* p. 184.

<sup>28</sup> *Ibidem.* p. 204-209.

<sup>29</sup> *Ibidem.* p. 210.

Pela abordagem de Posner há um espaço de indeterminabilidade do direito, o que explicaria a divergência de doutrinas e que, para uma mesma questão jurídica poderá haver mais de uma resposta correta sem excluir outros caminhos de solução.

### *5 A teoria da integralidade do direito de Dworkin*

Dworkin, por meio de sua teoria da integralidade do ordenamento jurídico, faz reservas ao pragmatismo, por entender que, de forma sub-reptícia, a abordagem defendida por Posner apenas substituiria o dogmatismo jurídico pelo político, o que não se deve apoiar, pois o direito acaba por resignificar a realidade por meio da atividade dos juízes e que a argumentação jurídica seria suficiente para acomodar o moralmente aceitável pela sociedade. O sistema jurídico se alimentaria da articulação sistemática da atividade jurisdicional, sendo possível superar eventual divergência jurídica por meio da interpretação e de uma “leitura moral” da Constituição Federal (“constituição política”):

A maioria das constituições contemporâneas expõe os direitos do indivíduo perante o governo numa linguagem extremamente ampla e abstrata, como a Primeira Emenda à Constituição norte americana, que estabelece que o Congresso não pode fazer nenhuma lei que diminua a 'liberdade de expressão'. A leitura moral propõe que todos nós – juízes, advogados e cidadãos – interpretemos e apliquemos esses dispositivos abstratos considerando que eles fazem referência a princípios morais de decência e justiça.<sup>30</sup>

Dworkin sustenta que fora da leitura moral – interpretativa-constitutivista -, sobraría uma leitura originalista do texto constitucional, para acomodar muitas vezes interpretações de um constitucionalismo “morto”, que não se presta a decisões justas. Assim, a legitimidade das decisões judiciais será mensurada pela correta interpretação do fenômeno jurídico, que deverá guardar sintonia com a norma-princípio eleita para iluminar a solução do caso concreto:

É evidente que a leitura moral não é adequada para a interpretação de tudo quanto uma constituição contém. A Constituição norte-americana inclui muitos artigos e dispositivos que não são nem especialmente abstratos nem vazados na linguagem dos princípios morais. O Artigo II, por exemplo, especifica que o Presidente ter pelos menos trinta e cinco anos de idade; e a Terceira Emenda estabelece que o Estado não pode aquartelar soldados nas residências de civis em tempo de paz. Este último dispositivo pode até ter sido inspirado por um princípio moral, os que o inscreveram e o homologaram podem, por exemplo, ter querido dar efeito a um princípio que protegesse o direito dos cidadãos à privacidade. Mas Terceira Emenda não é em si mesma um princípio moral: seu conteúdo não é um princípio geral de privacidade. Assim, o primeiro questionamento da minha interpretação dos dispositivos abstratos pode ser formulado deste modo: de que provas ou

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad. CIPOLLA, M. B. Rev. MUÑOZ, A. A. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.



argumentos disponho para afirmar que o dispositivo de igualdade de proteção da Décima Quarta Emenda (por exemplo), que declara que nenhum estado pode negar a nenhuma pessoa a mesma (*equal*) proteção da lei, tem como conteúdo um princípio moral, embora a Terceira Emenda não tenha?

Trata-se de uma questão de interpretação ou, se preferir, de tradução. Temos de procurar encontrar uma linguagem nossa que capte da melhor maneira possível e em termos que nos pareçam claros o conteúdo que os 'autores' quiseram dizer. (Os estudiosos da Constituição usam a palavra 'autores' (*framers*) para designar, de maneira um tanto ambígua, as diversas que redigiram e aprovaram um artigo ou dispositivo da constituição [...]. Em segundo lugar, mas na mesma ordem de importância, a interpretação constitucional sob a leitura moral é disciplina pela exigência de integridade constitucional [...] Como eu disse, a primeira estratégia alternativa aceita a leitura moral. A segunda alternativa, a chamada estratégia 'originalista' ou da 'intenção original', não aceita. A leitura moral insiste em que a Constituição significa o que seus autores quiseram dizer. O originalismo insiste em que ela significa o que eles queriam que sua linguagem fizesse, e isso, como eu já disse, é uma coisa completamente diferente.<sup>31</sup>

Posner entende que os princípios morais são volúveis, pois devem ser contextualizados culturalmente. Além disso, considera que a teoria moral se fundou num moralismo meramente acadêmico, sem suporte empírico para solução adequada dos litígios do mundo real. Posner explica que o pragmatismo jurídico não se confunde com um utilitarismo cego, pois para além das consequências, as decisões dos juízes deverão pautar-se pela razoabilidade<sup>32, 33</sup>.

Dworkin, por sua vez, entendia a visão pragmática como uma ameaça à integridade do direito, ultimando por impor aos Juízes uma atuação discriminatória, no sentido de eleger alguns direitos e, indiretamente, desprezar outros.<sup>34</sup>

Argumentou que a indeterminabilidade do direito não se confunde com a certeza da declaração de acerto de tal direito. Criticou, assim, a visão cética dos pragmáticos, que discutem haver ou não objetividade no pensamento interpretativo. Ao invés de respostas múltiplas e corretas – a depender do recorte que se faça da realidade – para um determinado problema, tais respostas “certas” poderão estar carregadas de argumentos externos à prática jurídica, diferentemente de uma interpretação coerente, que *dada a complexidade do*

---

<sup>31</sup> *Idem.* p. 12-59.

<sup>32</sup> POSNER, Richard A. *The problematics of moral and legal theory.* *Harvard Law Review*, v. 111, p. 1637-1717, 1998d.

<sup>33</sup> POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy.* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003a, p. 45.

<sup>34</sup> *Objectivity and Truth: You'd better believe it.* *Philosophy and Public Affairs*, v. 25, n. 2, p. 87-139, 1996.

*material jurídico existente, os juízes irão concluir [...] que, pesados todos os prós e contras, uma ou outra das partes detém a melhor argumentação para o caso.*<sup>35 36</sup>

### *6 O efeito prospectivamente vinculante e expansivo do julgamento de RE com repercussão geral*

O ato de cognição judicial, como ato de inteligência, para além de raciocínios verbais e lógicos deveria proporcionar, regra geral, não só a declaração de acertamento do direito material, mas igualmente ao jurisdicionado uma solução prática do problema-fundamento da lide, ou nos termos do atual código de ritos civis, direito de obtenção a uma “atividade satisfativa” (art. 4º, *caput*, do CPC). Apesar disso, a disparidade de entendimentos jurisprudenciais e a demora sobre a definição da declaração de acertamento da questão de mérito, no caso da revisão de benefícios complementares de previdência privada, ao invés de convencer os jurisdicionados e, por consequência, também promover a pacificação dos conflitos correlatos, em sentido inverso, pode causar estranheza e incompreensão. Ou, mais tecnicamente, insegurança jurídica.

E, mesmo após o julgamento de mérito pelo Plenário, considerando a declaração de repercussão geral, o entendimento majoritário no sentido de que houve ofensa ao princípio da isonomia (com sede no texto constitucional), ainda que coincida com a legítima expectativa de revisão e prospectivo aumento dos benefícios em prol dos aderentes do sexo feminino, não afasta a necessidade de discussão paralela de outras matérias contidas no texto da Constituição Federal, como, por exemplo, a previsão de fonte de custeio para que haja a majoração do benefício (art. 195, § 5º, também da CF) e disso, infralegalmente, a investigação sobre a forma pela qual deverá ser recomposta a reserva matemática, para suportar o passivo gerado pela tese firmada.

Além da função de filtro para outros recursos (extraordinários e especiais), o julgamento de mérito do RE deverá ser referenciado em ações futuras sobre a mesma matéria, buscando-se conciliar a autoridade da coisa julgada estabelecida pelo STF com o poder-dever de dizer o Direito das instâncias inferiores. Há um efeito prospectivamente vinculante da tese firmada.

---

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. CAMARGO, J. L. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 44.

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. CAMARGO, J. L. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Porém, tal efeito vinculante<sup>37</sup> e expansivo<sup>38</sup> da tese há de ser aplicado restritivamente, sem impedir, em consequência, o debate e a cognição sobre outras questões relevantes e derivadas da necessidade de revisão do benefício. Assim, em ações novas, o julgamento do mérito da revisão não se imporá sem ressalvas, ainda que a tese majoritária firmada deva ser (com fundamento no princípio da segurança jurídica) observada pelo Juiz de Primeiro Grau.

Retomemos, com as ressalvas acima, a análise dos votos proferidos no julgamento do referido RE e sua aproximação das tipologias de Posner e Dworkin. Eis a ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CÁLCULO DO VALOR DO BENEFÍCIO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DEVIDA POR ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA FECHADA. CONTRATO QUE PREVÊ A APLICAÇÃO DE PERCENTUAIS DISTINTOS PARA HOMENS E MULHERES. QUEBRA DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1. A isonomia formal, assegurada pelo art. 5º, I, CRFB, exige tratamento equitativo entre homens e mulheres. Não impede, todavia, que sejam enunciados requisitos de idade e tempo de contribuição mais Supremo Tribunal Federal Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001. O documento pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código D185-EDFA-B875-0CAF e senha B5A3-079D-D543-6D22 Supremo Tribunal Federal Inteiro Teor do Acórdão – página 1 de 87. Ementa e Acórdão RE 639.138/RS benéficos às mulheres, diante da necessidade de medidas de incentivo e de compensação não aplicáveis aos homens. 2. Incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com prevalência das regras de igualdade material aos contratos de previdência complementar travados com entidade fechada. 3. Revela-se 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. 5. Recurso extraordinário conhecido e desprovido. (STF. Recurso Extraordinário 639.138/RS. Relator p/ acórdão o Min. Edson Fachin. *DJe* 16/10/2020).

### *7 A tipologia das razões de decidir de Posner e Dworkin aos votos proferidos no julgamento do RE 639.138/RS*

As noções acima expostas sobre a teoria pragmática de Posner, de um lado, e a teoria da integração do direito de Dworkin, de outro, permitem a identificação das razões de decidir, expostas no julgamento do RE 639.138/RS, para categorizar a atuação dos Ministros do STF em alguma das seis abordagens antes destacadas: Para Posner, 1) julgar de forma pragmática; 2) julgar de “baixo para cima”; 3) julgar de “cima para baixo” pela interpretação

<sup>37</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 37.

<sup>38</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. In: RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (coord.). *Reforma do Judiciário – Comentários à Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 300-301.

cláusula à cláusula; 4) julgar de “cima para baixo” de forma holística ou ampla. Para Dworkin: 5) julgar por meio de uma leitura moral da Constituição; 6) julgar de forma conservadora, sem uma interpretação dinâmica do texto constitucional. Passemos a tal análise. De antemão, ainda que por argumentos diferentes, no resultado as abordagens 2 e 6 se aproximam. E do mesmo modo as abordagens 4 e 5.

A análise do mérito do RE acima ementado ocorreu em quatro sessões, respectivamente, em 24/04/2020, 30/04/2020, 07/08/2020 e 17/08/2020. O julgamento ocorreu por maioria de votos (8x2), considerando uma ausência justificada.

Da leitura do inteiro teor do acórdão do RE 639.138/RS, relevante pontuar o entendimento do relator originário daquele RE, o Ministro Gilmar Mendes, que destacou que o regime jurídico pertinente à previdência complementar detém autonomia em relação à previdência oficial, a adesão voluntária da então demandante ao aditivo contratual, que passou a permitir, em caso de aposentadoria proporcional, o percentual inicial de 70% da remuneração complementar, a necessidade de delimitação da fonte de custeio, referenciando-se, expressamente, o art. 202, § 3º, da CF. O voto do ministro Gilmar Mendes, aparentemente, aproximou-se do julgamento de *‘cima para baixo’ pela interpretação cláusula à cláusula*, dando prevalência aos princípios constitucionais da autonomia do regime de previdência complementar e da necessidade prévia de custeio, fazendo-os preponderar sobre a circunstancial quebra de isonomia, estabelecida contratualmente, e apenas aparente, diante da consideração de que homens e mulheres aderentes do plano de benefício complementar poderiam ter o percentual mínimo não coincidente, pois, igualmente, diferente o prazo de contribuição para homens e mulheres.

Em seguida, votou o Ministro Edson Fachin (designado posteriormente relator p/ acórdão), que divergiu da posição do relator originário. Para este Ministro, ainda que independentes os regimes de previdência, argumentou que a discriminação razoável – derivada do princípio da igualdade material – somente seria tolerada em benefício das mulheres, portanto discriminação positiva, não sendo razoável, em sentido contrário, discriminação de gênero que impusesse situação mais gravosa, apoiando seu raciocínio na doutrina norte-americana da Teoria do Impacto Desproporcional, bem como no entendimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. Assim, suas razões de decidir aproximaram-se do julgar de *cima para baixo de forma holística ou ampla e/ou do julgar por meio de uma leitura moral da Constituição*.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, acompanhou o voto divergente, ao explicitar que deveria prevalecer o entendimento de que não contextualizada uma “discriminação justificada”, sem cabimento a imposição de medidas legais distintas entre homens e mulheres. Disse que a equiparação efetuada judicialmente não estaria a contrariar o regime de previdência complementar, interpretação conforme os art. 1º, I e XXXVI, e art. 202, § 1º, da Constituição, mesclando, assim, o modo de julgamento de seus predecessores.

O voto do Ministro Alexandre de Moraes destacou farta a jurisprudência do STF a encampar o entendimento de que o *tratamento singularmente favorecido para a mulher não ofende o princípio da isonomia* e da possibilidade de afastamento da cláusula contratual, a qual aderiu a demandante, então contratante, posto que – conforme salientado pelo Ministro – o ato jurídico perfeito não se coaduna com ofensa ao princípio da proporcionalidade, embasando sua argumentação em outros precedentes também no âmbito o STF. Logo, possível inferir-se que suas razões de decidir incorporaram o modo conservador de decidir, com apoio em precedentes do próprio STF.

Posteriormente, por duas vezes, houve a interposição de Embargos de Declaração, quando se postulou a modulação dos efeitos do julgado, considerando-se o impacto financeiro da tese firmada e da multiplicidade de ações sobrestadas a envolver causa de pedir semelhante. Ambos os recursos foram rejeitados, porém relevante rememorar que os Ministros Luís Roberto Barroso e Nunes Marques votaram pelo acolhimento da modulação dos efeitos do julgado, sendo que o Ministro Barroso referenciou, expressamente, que “a surpresa”, no que diz respeito a questões orçamentárias e atuariais, “é um fator sempre danoso”. Tal perspectiva, ainda que não acolhida pela maioria, denota o pensamento dos que priorizam a justiça possível para o caso concreto, *visão pragmática*, portanto, porém com a responsabilidade de modular os efeitos da decisão, tendo em vista os prospectivos efeitos de tal decisão como externalidade nociva e hábil afetar direitos de terceiros, tema relacionado à análise econômica do direito.

Nos tópicos seguintes, teceremos breves observações sobre o sistema multipilar de previdência e sobre microsistema relacionado à previdência complementar e previdência complementar, tema expressamente previsto no texto da Constituição Federal, espécie do conjunto seguridade social, e que pode ser classificando como direito social fundamental.

### *8 O Sistema Multipilar de Previdência foi adotado no Brasil*

A adoção de um Sistema de Previdência Social essencialmente público ou a opção por um sistema exclusivamente privado permite a constatação de que tais modelos opostos refletem tipos-ideais de Estado não coincidentes (Estado de Bem-Estar Social, de um lado, e Estado Neoliberal, de outro). Apesar disso, diante do relativo consenso de que no denominado Estado Democrático de Direito a centralidade dos direitos fundamentais deverá orientar o incremento das políticas públicas principalmente em relação aos direitos fundamentais de solidariedade (categoria dos direitos provenientes da seguridade social) demonstra-se contraproducente o enrijecimento conceitual, pois a constitucionalização do direito como fenômeno uniforme (público-privado) impõe uma resposta social adequada e de proteção aos menos favorecidos ou aos agentes econômicos circunstancialmente alijados da relação de emprego ou mesmo mercedores de apoio econômico quando da inatividade.

Diante de tal quadro, talvez se apresentem mais hábeis a uma proteção efetiva dos potenciais beneficiários os sistemas híbridos, baseados em “pilares” sustentados por fontes de recursos diferentes, um sistema “multipilar”, sendo oportuno observar a orientação do Banco Mundial a respeito, que em substancioso estudo comparativo, traçou um panorama global sobre os sistemas de previdência:

Os sistemas de previdência são basicamente métodos para normatizar e operacionalizar os riscos de envelhecer. Isto se tornará possível por meio da criação de mecanismos, individuais e sociais, para manter o poder aquisitivo da população que venha a atingir a melhor idade, por incapacidade laboral ou por opção, não desejando mais desenvolver atividade remunerada após eventual aposentadoria. Tais mecanismos de planejamento e administração do risco, por um critério de eficiência, devem ser capazes de prospectar os riscos relevantes, em nível individual e transindividual.

Os sistemas de previdência compreendem elementos que, essencialmente, devem facilitar o acesso ao consumo de bens e serviços, que tanto em sua forma como em sua função, podem ser vistos como ativos (e passivos) dos indivíduos que usufruíram dos benefícios, mas também de toda sociedade. O princípio da eficiência da administração do risco – a otimização dos resultados, apesar dos riscos, a ocorrer por meio da diversificação das fontes de custeio do sistema como um todo – é princípio tão importante na estruturação do sistema, quanto a administração da carteira de beneficiários. Nos sistemas de previdência, isto se evidenciará pelas vantagens potenciais de um sistema multipilar que compreenda características variadas, as quais, conjuntamente, ultimem por possibilitar a consecução dos benefícios individuais e sociais desejados e, concomitantemente, sejam hábeis à minimização dos riscos relevantes.

O sistema multipilar de benefícios sugerido, está composto de alguma combinação de cinco elementos básicos: (a) um pilar não contributivo ou pilar zero (na forma de um benefício universal ou pensão social) que proporcione um nível mínimo de proteção; (b) um sistema de primeiro pilar contributivo que está vinculado a graus variáveis para a eleição dos benefícios, bem assim para custear em parte os futuros benefícios; (c) um segundo pilar obrigatório, essencialmente, viabilizado pela criação de contas individuais; (d) negócios jurídicos variados como meio implementar o terceiro pilar, o que poderá ocorrer por diversas formas (individual, patrocinado pelo empregador, de benefício definido, de contribuição definida) mas que são essencialmente maleáveis e de natureza facultativa; e (e) fontes

intrafamiliares ou intergeracionais informais de apoio, tanto financeiro como também não-financeiro, incluindo acesso aos serviços de saúde e moradia digna.<sup>39</sup>

Ao analisarmos as diretrizes acima, ainda que haja muito a avançar, do ponto de vista dos níveis razoáveis para o cálculo do valor dos benefícios (funcionalidade do ordenamento jurídico), formalmente, existem microssistemas paralelos que, no conjunto, aproximam-se do sistema multipilar proposto: as ações e serviços de saúde por meio do SUS (art. 196); benefícios sem a necessidade de contribuição, no caso de idosos e portadores de necessidades especiais, nos termos do art. 203, V, da CF; o regime geral de previdência (art. 201); o regime complementar (art. 202); infraconstitucionalmente, a Lei do SUS (8.080/1990); a LOAS (8.742/1993), o Estatuto do Idoso (10.741/2003), a Lei Orgânica da Seguridade Social (8.212/1991) e Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social (8.213/1991); Leis Complementares 108 e 109/2001, relacionadas à previdência complementar.

Logo, não há dúvida de que o ordenamento jurídico pátrio congrega diplomas legais que embasam o sistema multipilar referido pelo Banco Mundial. Por isso, as especificidades

---

<sup>39</sup> Comparativo efetuado pelo Banco Mundial em 2005 sob o título “*Old Age Income Support in the 21st Century*”. O trecho destacado foi traduzido livremente da versão espanhola intitulada *Soporte del ingreso económico en la vejez en el siglo XXI: una perspectiva internacional de los sistemas de pensiones y de sus reformas*. “*EL ENFOQUE MULTIPILAR: DIVERSIFICACIÓN Y EFICIENCIA Los sistemas de pensiones son básicamente métodos de dirigir y manejar los riesgos de envejecer.5 Esto es abordado mediante la creación de la capacidad, de los individuos y de la sociedad, como un todo, para mantener el consumo de la población de mayor edad, cuando ésta es incapaz o no desea ser económicamente productiva. Como dispositivos de manejo de riesgo, su diseño debe basarse en una evaluación de su capacidad para manejar eficientemente los riesgos relevantes, tanto a nivel individual como colectivo. Los sistemas de pensiones comprenden elementos que son esencialmente mecanismos de asignación de consumo, que tanto en su forma como en su función, pueden ser vistos como activos (y pasivos) de los individuos afectados y de la sociedad. El principio de eficiencia en el manejo de riesgos –la optimización de 5 La propuesta de la reforma multipilar logró un auge con la publicación del informe de investigación del Banco, Envejecimiento sin crisis (Banco Mundial 1994), el cual proponía un sistema específico de tres pilares. Otras propuestas del Banco se han centrado, igualmente, en los elementos básicos de un sistema multipilares. Véase Vittas (1993). cap2.p65 48 27/01/2006, 4:34 Fundamentos conceptuales de la perspectiva 49 los retornos esperados en relación con los riesgos a través de la diversificación de los elementos (o activos) del sistema como un todo– es un elemento tan importante en el diseño del sistema como lo es en el manejo del portafolio. En sistemas de pensiones, esto se manifiesta en las ventajas potenciales de un sistema multipilar que comprende algunos elementos con características variadas que, conjuntamente, consiguen los beneficios individuales y sociales deseados mientras minimizan los riesgos relevantes. El sistema multipilar de pensiones sugerido, está compuesto de alguna combinación de cinco elementos básicos: (a) un pilar no contributivo o pilar cero (en forma de un beneficio universal o pensión social) que provee un nivel mínimo de protección;6 (b) un sistema de primer pilar contributivo que está vinculado en grados variables con los ingresos y trata de sustituir alguna parte del ingreso; (c) un segundo pilar obligatorio que es esencialmente una cuenta de ahorro individual; (d) los esquemas voluntarios de tercer pilar que pueden tomar muchas formas (individual, patrocinado por el empleador, de beneficio definido, de contribución definida) pero que son esencialmente flexibles y de naturaleza discrecional; y (e) fuentes intrafamiliares o intergeneracionales informales de apoyo, tanto financiero como no financiero, para los ancianos, incluyendo acceso a atención sanitaria y vivienda.*”, p. 48-49; Acesso via www. URL: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/271221468315291697/pdf/326720SPANISH0101OFFICIAL0US E0ONLY1.pdf>. Acesso em: 23 out. 2017.

de cada microssistema deverão ser estudadas, sendo que, pelas regras de hermenêutica, a sobreposição de normas jurídicas de proteção, ao invés de colidência, deveria proporcionar diálogo entre as diversas normas dos microssistemas paralelos. Nesse contexto, não deveria haver confusão entre os microssistemas pertinentes ao regime geral e ao regime complementar de previdência, temática que será analisada nas linhas seguintes.

### *9 Microssistema Previdência Complementar: normas-princípio positivadas no texto constitucional*

A Previdência Social no Brasil, nos termos da Constituição Federal, para os empregados celetistas, compõe-se de dois núcleos<sup>40</sup> ou de dois microssistemas<sup>41</sup> que se inter-relacionam. O Regime Geral de Previdência Social (básico, público) e o Complementar (privado). Há semelhanças principiológicas, mas há dessemelhanças estruturais. Tais sistemas tem como princípio comum a contributividade<sup>42 43</sup>, no sentido de que os futuros titulares dos benefícios de eleição deverão financiar parcialmente os recursos necessários (período de formação ou captação) para a formação do patrimônio que custeará o usufruir das contraprestações pecuniárias correspondentes aos referidos benefícios em data futura (período de maturação).

### *10 Caráter Complementar e Facultativo*

Por outro lado, enquanto no sistema público há a obrigatoriedade ou automaticidade de filiação. No sistema privado, por se tratar de regime complementar, em sentido diametralmente oposto, há a faculdade de filiação, sendo que o empregado poderá aderir ou não a plano de benefício complementar que lhe seja oferecido (art. 201, *caput*, c/c art. 202, *caput*, ambos da Constituição Federal). Os regimes de acumulação do patrimônio também não coincidem.

---

<sup>40</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 1243.

<sup>41</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 31.

<sup>42</sup> DIAS, Eduardo Costa; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 111.

<sup>43</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Ibidem*, p. 32.

### *11 Autonomia e Regime de Capitalização*

No sistema público o regime de acumulação corresponde ao da repartição (fundo geral, único), ao passo que no sistema privado há, por assim dizer, uma estrita dependência das contribuições dos participantes ao “caixa” dos planos a que aderiram (fundos específicos, paralelos e independentes em relação à cada plano administrado pela mesma entidade de previdência complementar, cf. art. 18, § 1º, da LC nº 109/2001).

No regime geral de previdência, assim, pode-se afirmar que há flexibilidade no que diz respeito à continuidade ou não dos aportes pelo segurado, enquanto no regime complementar há imprescindibilidade na regularidade dos aportes pelos participantes:

Primordial no sistema de capitalização é a contribuição do próprio segurado, potencial beneficiário, que deverá cumprir o número de cotas ou o valor estabelecido para garantir a proteção pelo sistema para si e seus dependentes. Já no sistema de repartição, as contribuições sociais vertem para um fundo único, do qual saem os recursos para a concessão de benefícios a qualquer beneficiário que atenda aos requisitos na forma previdenciária. A participação do segurado continua a ser importante, mas a ausência de contribuição em determinado patamar não lhe retira o direito a benefícios e serviços, salvo nas hipóteses em que se lhe exige carência.<sup>44</sup>

### *12 Natureza contratual e independência entre a relação jurídica civil-previdenciária e a relação de emprego*

A existência de patrimônios em formação paralelos (regime oficial) e (regime complementar) não importa em subordinação ou condicionamento de um regime em relação a outro, nem há causa jurídica para eventual paridade de reajustes de um regime para outro. O texto constitucional não deixa dúvida quanto a isso: *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* (§ 2º, do art. 202, da CF).

A autonomia da relação jurídica previdenciária complementar não se compatibiliza com o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o reconhecimento de rubrica posterior ao cálculo do benefício de eleição, no contexto de reclamação trabalhista, tenha reflexos automáticos na relação civil previdenciária. Tal entendimento, reflexamente,

---

<sup>44</sup> CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Idem*.

desconsidera a doutrina especializada e majoritária sobre a natureza unitária da relação jurídica previdenciária:

Se a previdência social é seguro, o vínculo que une os segurados ao ente segurador é unitário e, tal qual ocorre no contrato de seguro, faz nascer obrigações e direitos para ambas as partes: o segurado tem direito às prestações previdenciárias para si e para os seus dependentes, na forma da lei, e a obrigação de pagar a contribuição previdenciária; o Estado, por sua vez, tem direito ao recebimento das contribuições do segurados e, em contrapartida, a obrigação de 'prestar prestações', quando atendidos os requisitos dispostos na lei. Trata-se, portanto, de uma relação jurídica complexa (direitos e obrigações recíprocos) e unitária.<sup>45</sup>

A unidade de cada relação jurídica previdenciária impõe a observância estrita dos respectivos regimes financeiros de administração dos patrimônios. Assim, não se demonstra razoável a extensão de vantagens ou revisão das rubricas próprias para a integração do seguro social público, mas não ao seguro social complementar e privado.

### *13 Equilíbrio Atuarial e Contrapartida*

Os referidos seguros coletivos, autônomos e independentes com regimes jurídicos específicos ou microssistemas próprios, na função se tocam, pois possível contextualizar por meio da relação INSS-Empregador-Contribuinte-Segurado a eficácia vertical, e, paralelamente, na relação jurídica EFPC-Patrocinador-Participante-Beneficiário a eficácia horizontal da proteção do trabalhador em situações de risco, bem assim no período da inatividade.

Logo, os benefícios legais e contratuais, para que sejam hábeis a cumprir a efetiva proteção, devem ser administrados com a previsão de reservas atuariais, para que quando da aposentadoria e/ou cumprimento das condições de eleição do benefício complementar não ocorra carência de recursos, para o cumprimento das prestações paralelas. Por tal razão, implicitamente, a regra da contrapartida como princípio geral das contribuições estipuladas pelo Sistema Constitucional de Seguridade Social, norma cogente do art. 195, § 5º, da Constituição Federal, deve ser observada em relação aos benefícios estabelecidos pelo regime geral de previdência, bem como pelos regulamentos dos planos de previdência complementar: *Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.*

---

<sup>45</sup> DIAS, Eduardo Costa; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012, p. 90.

O princípio da contrapartida ou da preexistência da fonte de custeio aplica-se à seguridade social como um todo<sup>46</sup> e tem relação direta como a constituição de reservas para a contextualização do equilíbrio atuarial da relação jurídica civil-previdenciária.

#### *14 Aspectos legais e doutrinários da relação jurídica civil-previdenciária*

A par dos preceitos constitucionais acima referenciados, as especificidades da relação jurídica civil-previdenciária se farão sentir legal e infralegalmente. A natureza jurídica do benefício não se confunde com a de salário indireto. Na verdade, trata-se de poupança coletiva, baseada no autofinanciamento do participante, tendo em vista, notadamente, a complementação de renda quando do período pós-aposentadoria. Nesse sentido, adverte Wladimir Novaes Martinez:

Paralelismo de cobertura – Trata-se de técnica de proteção social particular, paralela, adicional, supervisionada pela União, com a relação jurídica submetida principalmente às normas de direito privado [...] Feição previdenciária – Em razão da independência das pessoas envolvidas e do celebrado, não se trata objetivamente de salário indireto, mas de instituição própria, securitária, inconfundível com o elo laboral.<sup>47</sup>

#### *15 Plurilateral e Complexa*

A relação jurídica civil previdenciária exemplifica negócio jurídico complexo<sup>48</sup>, pois integrada por compromissos ou declarações de vontade em instrumentos paralelos (convênio de adesão, estatuto da EFPC, regulamento do plano de benefícios e contrato de adesão) que no conjunto irão viabilizar a prestação dos benefícios quando se contextualizarem as condições de eleição do benefício em concreto.

#### *16 De trato sucessivo e prazo indeterminado*

A constituição do direito à percepção do benefício complementar dependerá da sucessão e regularidade dos aportes efetuados pelo participante e pelo patrocinador. Tais aportes compõem obrigações de trato sucessivo e projetarão contraprestações igualmente de

<sup>46</sup> EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. *Curso de Direito Previdenciário: teoria, jurisprudência e questões*. 12. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 26-27.

<sup>47</sup> Op. cit., p. 1.263.

<sup>48</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 1, Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 337-343.

trato sucessivo a serem cumpridas pela EFPC, quando da eleição dos benefícios. A doutrina refere-se aos ciclos de formação do direito à referida contraprestação<sup>49</sup>. É importante ainda ter em mente que o benefício concedido inicialmente como complemento de aposentadoria poderá ter continuidade como pensão por morte em relação a dependente inscrito. Diante da indeterminação do período de satisfação das contraprestações possível afirmar que a relação jurídica civil previdenciária caracteriza-se como de prazo indeterminado.

Neste particular, o cálculo atuarial das reservas tem estrita relação com os tipos de benefícios oferecidos e previstos no regulamento do plano, advindo do trato sucessivo das presentes e futuras prestações duas outras características presentes na relação jurídica civil-complementar: a assimetria e a assincronia dos benefícios em relação aos participantes, diante da não coincidência das condições de eleição, bem assim da natural renovação do rol de participantes (participantes novos, na fase de capitalização dos recursos, e participantes mais antigos na expectativa do usufruto do benefício complementar, diante da aproximação do período pós-aposentadoria).<sup>50</sup> Por isso, defensável que a revisão do benefício complementar eventualmente se dê em sintonia com a necessidade de eventual recomposição da reserva matemática do benefício revisado, pois do contrário ocorre ingerência externa a provocar o descasamento entre ativos e passivos administrados pela EFPC.

### *17 Contrato de Adesão e Dirigismo Contratual*

Rememore-se que não pode haver confusão entre a condição paralela do potencial beneficiário, concomitantemente, contribuinte-segurado e participante/assistido. Trata-se da análise de relações jurídicas paralelas. A primeira de direito público, obrigatória. A segunda de natureza contratual, facultativa. Nesta última é bem verdade, diante de sua implementação por meio de contrato de adesão, com cláusulas e condições predispostas pela EFPC, e com a ingerência do órgão de regulação sobre o conteúdo do regulamento, podendo-se afirmar que referido contrato o princípio da autonomia da vontade estaria a sofrer restrições (ao que a doutrina denomina de dirigismo contratual), porém a natureza essencialmente contratual da avença se mantém.

---

<sup>49</sup> ALENCAR, Marcele Caroline Maciel de. Defesa do Contrato Previdenciário das Entidades Fechadas de Previdência Complementar: aspectos jurídicos relevantes e proposições. Monografia vencedora do “2º Prêmio Previc de Monografia: Previdência Complementar Fechada. Brasília: MPS, Previc, 2010, p. 6-58.

<sup>50</sup> ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. A definição do Direito Previdenciário complementar na Constituição Brasileira – Belo Horizonte: UFMG/Faculdade Direito. 2001. Tese (doutorado). 670 p.

*18 Contrato aleatório e mutualista*

Ainda que haja obrigação da EFPC de se submeter a rigoroso controle contábil e atuarial, no que diz respeito aos planos de benefícios que administre, os contratos de adesão correlatos podem ser classificados como contratos aleatórios, pois não será possível precisar um valor certo de retorno para as contraprestações relativas aos benefícios eleitos. A lei determina, inclusive, a obrigatoriedade da capitalização para os benefícios de “pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas”. Porém, no decorrer do pagamento de tais contraprestações poderá ser constatado eventual déficit ou superávit. No primeiro caso, *o resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participante e assistidos*, o que se fará por meio da redução do valor dos benefícios a serem concedidos ou do aporte de contribuição adicional em relação aos benefícios já concedidos (art. 21, *caput*, e §§ 1º e 2º, da LC nº 109/2001).

Há que se observar há possibilidade de um movimento pendular, pois no caso de superávit consecutivo, parte do resultado contingenciado poderá resultar em diminuição das contribuições efetuadas pelos participantes e patrocinadores (art. 20, *caput*, e §§ 1º, 2º, e 3º, também da LC nº 109/2001).

Percebe-se, portanto, que a cotização dos resultados para os participantes, seja em caso de superávit, seja em caso de déficit denota, intuitivamente, que os participantes e patrocinadores estejam predispostos a colaborar e cooperarem entre si para a manutenção dos benefícios coletivamente e de tal predisposição a ideia de que a estabilidade do fundo somente será alcançada com a periódica e necessária revisão das bases atuariais dos fundos do benefício, tratando da revisão de regra benfazeja, não sendo razoável que os participantes se insurjam contra eventual necessidade de plano de ajuste financeiro, pois tal postura seria contrária à cooperação financeira essencial para a manutenção dos benefícios de forma coletiva e que bem resume o princípio do mutualismo, marca dos contratos que envolvem seguro coletivo.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 21.

*19 A Teoria dos Diálogos Institucionais e da Reputação Judicial e a Estabilidade da Relação Jurídica Civil Previdenciária*

O julgamento emblemático e majoritário do Recurso Extraordinário (Tema 452), conforme analisado anteriormente, apesar de contextualizar importante precedente a afirmar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em contrato a envolver plano de previdência privada complementar, destoa, indiretamente, do entendimento unânime do STJ no sentido de que eventual revisão de benefício complementar, necessariamente, deveria respeitar a autonomia do microsistema e constituição de reservas, sem as quais, intuitivamente, restará comprometido o equilíbrio econômico-atuarial do plano de previdência complementar correlato, com fundamento no *caput*, do art. 202, da CF e nas normas regulamentadoras do texto constitucional.

Da análise das normas-princípio pertinentes ao referido equilíbrio atuarial do “fundo” relacionado ao benefício complementar revisado, e à necessidade de contrapartida para alteração das bases do plano, e da não vinculação ou paridade entre o salário da ex empregada, base de cálculo para o benefício oficial, mas sem relação direta com o salário de participação para a formação do direito acumulado do benefício complementar, ainda que respeitáveis os argumentos dos pronunciamentos judiciais em sentido contrário, entendo que, indiretamente, a tese firmada no julgamento do Tema 452, ao não especificar, nem ressaltar a recomposição da reserva técnica, impôs interpretação das cláusulas do regulamento descontraída do microsistema de regência.

Houve omissão reflexa na consideração do art. 6º, *caput*, da LC 108/2001, e do art. 17, *caput*, art. 18, §§ 1º e 2º, e do art. 21, *caput*, todos da LC 109/2001. Isso significou a convação do regime financeiro de capitalização em regime financeiro de repartição circunstancial e a beneficiar somente os demandantes que se ultimaram ou se ultimarem vencedores nas ações de revisão. Situação nova pós julgamento não razoável, a causar flagrante insegurança jurídica, com nítido comprometimento do sinalagma funcional do avençado. A prevalecer a equiparação automática do percentual inicial mínimo entre homens e mulheres, sem qualquer ressalva, isso significará ingerência indevida do Poder Judicial na relação jurídica civil-previdenciária, repise-se de natureza privada, contratual, substituindo-se o juiz sentenciante aos contratantes, mas também desautorizando o poder regulamentar que normatizou, aprovou e fiscalizou o regulamento do plano que será atingido com a referida extensão.

A ausência de qualquer ressalva – reitere-se – quanto à reserva matemática para que se operacionalize a revisão imposta – conformaria, minimamente, inconstitucionalidade indireta, sendo possível prospectar que o tribunal de convergência (STJ) poderá se valer de um diálogo interinstitucional como critério para corrigir eventual equívoco dos órgãos judiciais de hierarquia inferior, de modo semelhante ao caminho trilhado pelas cortes constitucionais para que haja interação dos pronunciamentos judiciais de densidade abrangente (casos difíceis) com os órgãos de outros Poderes, bem assim receptividade pela sociedade civil organizada. A tal linha teórica o direito comparado denominou de “teoria dos diálogos institucionais”:

Percebe-se, com isso, que as Constituições acabam por criar instituições que possam implementar os fundamentos basilares do constitucionalismo. Dentre tais ideias está a de que o governo precisaria operar de acordo com um rol previamente estabelecido de regras e princípios e que estes deveriam ter como conteúdo a proteção de direitos fundamentais. Diferentes arranjos institucionais podem ser utilizados para observar as características principais do constitucionalismo, as quais costumam estar dispostas no texto constitucional. Este, por sua vez, é o suporte muitas vezes utilizado para barrar escolhas democráticas majoritárias. Logo, a guarda da Constituição e um conjunto de decisões majoritárias que definem o autogoverno de um povo são os elementos binários da tensão entre constitucionalismo e democracia. Percebe-se, com isso, que os questionamentos a respeito da legitimidade da fiscalização de constitucionalidade não são mais uma 'questão estrangeira'. Vive-se no Brasil uma crescente vaga crítica ao ativismo judicial. Contudo, parte dessas considerações acaba por reproduzir o mesmo equívoco da aposta em uma 'última palavra' e olvida a estrutura institucional em que os poderes estão inseridos. De uma parte, *afirma-se que o Executivo possui melhores condições para avaliar casos concretos e que o Judiciário deveria prestar deferência a decisões das agências do governo. Do lado do constitucionalismo popular, o Povo seria o agente ideal para a solução de conflitos*. Há ainda quem defenda que o controle de constitucionalidade devesse ser reduzido ao máximo em favor de debates realizados nas casas do Parlamento. Tais construções, feitas a partir de diferentes referências ideológicas, as quais buscam potencializar modos diversos de arranjos institucionais, dirigem-se pela preocupação a respeito da legitimidade da prática da jurisdição constitucional.<sup>52</sup> (Grifou-se).

Assim, porque os contratos que operacionalizaram e operacionalizam a adesão aos planos de benefícios administrados pela EFPC são avenças sobre as quais há intensa ingerência e fiscalização da agência reguladora, corrigir eventual pronunciamento judicial que desconsidere indiretamente o poder regulamentar da agência reguladora significará restabelecer o diálogo entre os Poderes Judiciário e Executivo. Pronunciamento judicial de

---

<sup>52</sup> CLÈVE, Clemerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. ISSN 2359-5639. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>

revisão em sintonia com o *accountability* anterior efetuado pela SUSEP e depois pela PREVIC.

Advirta-se que o refinamento do entendimento dos tribunais a respeito da preservação do equilíbrio econômico atuarial de planos de previdência complementar engendrou a uniformização da jurisprudência federal, por meio do julgamento do Tema 955, em sede de repetitivo, no sentido de que a *concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática*. Julgamento em sede repetitivo e, por isso, precedente qualificado e vinculante. A uniformização da jurisprudência, portanto, gerou o efeito agregador e de prestígio do Tribunal da Cidadania. Estudos no sentido da construção de uma reputação judicial como efeito dos pronunciamentos que permeiem resultados concretos e realmente viabilizadores da pacificação social.

A importância da investigação acadêmica sobre a aplicação e acomodação das teses vinculantes firmadas se relaciona com possível recomendação aos colegiados judiciais de que seus pronunciamentos ocorram com transparência, com amplo debate e discussão das matérias, e isso para preservar a imagem dos magistrados, diante de possível identificação ideológica diversificada, consequência da estrutura colegiada dos órgãos judiciais de segundo grau e grau superior.

A não receptividade dos pronunciamentos judiciais pelos interessados poderá revelar uma crise, mais que dogmático-judicial, uma crise de legitimidade institucional, enquanto a receptividade, ao contrário, informará acomodação dos interesses e ideologias divergentes. A Teoria da Reputação Judicial induz a autocrítica e fortalece o diálogo institucional ultimado pelos julgamentos do Poder Judiciário:

Os estudos revisados sugerem que uma descrição do processo de tomada de decisão judicial deve levar em conta as influências extrajurídicas, que incluem as limitações cognitivas, as intuições, as preferências estratégicas e os auditórios específicos a que se dirige o magistrado. Quanto maior a margem de discricionariedade, maior a influência desses fatores. Assim, especialmente nos chamados “casos difíceis”, em casos moralmente carregados, ou em julgamentos que envolvam o autointeresse dos próprios magistrados, ou suas preferências político-ideológicas, os fatores extrajurídicos devem ser levados em conta como influências que, sem a contraposição de constrangimentos institucionais e estratégicos dos demais atores envolvidos, podem ser determinantes no resultado da lide. Contudo, os estudos também mostram que a justificação pode atuar como um constrangimento, na medida em que retroalimenta o processo de descoberta. Essa descrição sugere que se os interlocutores relevantes para o magistrado são

mais exigentes e potencialmente discordam de sua opinião, o ônus decisório é maior, o que pode levar a decisões mais refletidas.<sup>53</sup>

Tanto a Teoria dos Diálogos Institucionais, quanto a Teoria da Reputação Judicial se entremeiam e complementam as bases conceituais do que se convencionou denominar, na atualidade, de Resolução Apropriada de Disputas, sendo recomendável, mesmo no contexto do procedimento adversarial e nos julgamentos de revisão, que

[...] a escolha do método de resolução mais indicado para determinada disputa precisa levar em consideração características e aspectos de cada processo, tais como: custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade.<sup>54</sup>

Ao Juízo de Primeiro Grau caberá, nas ações novas, em conclusão, a complexa tarefa de aplicar a tese firmada no Tema 452, do STF, mas, concomitantemente, a tese estabelecida no julgamento do Tema 955, do STJ. Ainda que indiretamente deverá o julgador de primeiro grau, com as contribuições de todo recomendáveis provenientes dos patronos das Partes (princípios cooperativo e do contraditório efetivo) e, ainda, o auxílio imprescindível de perito judicial (prova técnica a ser produzida por Atuário), com base na técnica da ponderação,<sup>55</sup> própria da hermenêuticas das normas constitucionais em colidência aparente,<sup>56</sup> efetuar a concordância prática entre o princípio da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF) e a consequente equiparação imposta pela tese firmada no Tema 452, com a necessidade de recomposição da reserva matemática inserida como rubrica componente da constituição de reservas que garantam o benefício contratado (art. 202, *caput*, da CF) e recomposição encampada pela tese firmada no Tema 955 do STJ. O entendimento ora exposto, em que pese eventual dissenso doutrinário e jurisprudencial, apresenta-se como alternativa para prestigiar e respeitar o efeito vinculante das teses firmadas, mas também contribuir para a estabilidade

<sup>53</sup> HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação às teorias da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017.

<sup>54</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Manual de Mediação Judicial. Brasília-DF, 2016, p. 16-17. Acesso via www. URL: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 14/04/2022.

<sup>55</sup> MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 378-389.

<sup>56</sup> Luís Roberto Barroso fala em choque natural e inevitável no que diz respeito a eventuais colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 199.

do plano de previdência complementar afetado e reafirmar o direito de previdência privada complementar como direito fundamental.

### *Considerações finais*

Nas democracias modernas, a pulverização do poder político denota-se como movimento proporcional ou atrelado à acomodação de interesses plúrimos e, muitas vezes, aparentemente contrapostos, diante a abertura conceitual da locução bem comum e dos vários grupos de pressão que compõem determinada sociedade, ao que a Ciência Política denomina de inflação de demandas e temática que tangencia, no âmbito do Direito, teoria crítica dos direitos humanos.

Direitos humanos e direitos fundamentais ainda que coincidentes em relação ao conteúdo, distinguem-se, doutrinariamente, pelo modo de positivação. Os primeiros em normas de Direito Internacional, os segundos em textos constitucionais.

A convergência de proteção, tanto internacionalmente, quando internamente, permite a superação da pirâmide kelseniana pelo modelo do trapézio que na base superior representa em seus vértices as categorias direitos humanos e direitos fundamentais como as normas de maior hierarquia e centralidade do sistema jurídicos.

A seguridade social no Brasil incorporou o sistema multipilar referenciado pelo Banco Mundial.

O ordenamento jurídico pátrio, portanto, ainda que tenha muito a avançar, do ponto de vista dos níveis razoáveis para o cálculo do valor dos benefícios (funcionalidade do ordenamento jurídico), formalmente, mantém microssistemas paralelos que, no conjunto, aproximam-se do sistema multipilar proposto pelo Banco Mundial: as ações e serviços de saúde por meio do SUS (art. 196); benefícios sem a necessidade de contribuição, no caso de idosos e portadores de necessidades especiais, nos termos do art. 203, V, da CF; o regime geral de previdência (art. 201); o regime complementar (art. 202); infraconstitucionalmente, a Lei do SUS (8.080/1990); a LOAS (8.742/1993), o Estatuto do Idoso (10.741/2003), a Lei Orgânica da Seguridade Social (8.212/1991) e Lei dos Planos de Benefícios da Previdência Social (8.213/1991); Leis Complementares 108 e 109/2001, relacionadas à previdência complementar.

As regras constitucionais elencadas no texto constitucional permitem inferir a relação EFPS-patrocinador-participante-assistido como direito fundamental, devidamente

regulamentado por meio de microssistema autônomo e independente, com destaque para a edição das Leis Complementares 108 e 109/2001.

Eventual pronunciamento judicial que proveja a revisão do benefício complementar, sem ressaltar a necessidade de recomposição da reserva matemática, ultimar-se-á por, indiretamente, convolar o regime de capitalização próprio da relação civil-previdenciária em regime de participação, contrariando expressamente o conteúdo do art. 18, § 1º, da LC nº 109/2001.

A alteração das bases do benefício, nas condições acima, estará a desafiar o princípio da contrapartida, que somente autorizaria o incremento do benefício, em caso de fonte de recurso preexistente, nos termos do art. 195, § 3º, da CF.

A revisão do benefício também, sem a contextualização da necessidade de recomposição da reserva matemática decorrente de tal revisão, não se compatibiliza com o mutualismo que deveria projetar a estabilidade dos benefícios e preservação da poupança coletiva em benefício de toda carteira de participantes/assistidos.

O equilíbrio atuarial do plano de benefícios impõe a revisão e a fiscalização periódica da aderência das hipóteses atuariais, sendo que a adesão de cada participante por meio de contratos de adesão paralelos importa na aceitação das regras do regulamento do plano, inclusive quanto à possibilidade da ocorrência de resultado deficitário e, para equacionar o déficit, a redução dos benefícios a serem concedidos ou a implementação de contribuições adicionais em relação aos que já estiverem a usufruir do benefício complementar.

Os precedentes do STJ, em sede recurso repetitivo, tem afirmado a autonomia, a independência, e a suficiência dos regulamentos dos planos, em prol do mutualismo presente na relação jurídica civil-previdenciária.

As teses firmadas, debatidas e julgadas conforme a sistemática dos recursos repetitivos, têm tido alcance, para além do meio jurídico, sendo possível afirmar que a experiência, a formação humanística e a bagagem acadêmico-institucional que os Ministros construíram e continuam a construir permitem que suas razões de decidir dialoguem com outras instituições de outros Poderes, mas também encontrem receptividade entre entidades representativas da sociedade civil organizada.

A tese majoritária firmada no Tema 452 do STF (no sentido da equiparação de percentual inicial de fixação de benefício complementar, a equiparar homens e mulheres, ainda que não coincidentes os períodos de contribuição) e disso os efeitos consequentes de posterior revisão, indiretamente, esmaeceu a tese por unanimidade firmada no Tema 955 do

STJ (a afirmar a necessidade da recomposição da reserva matemática como condicionante de eventual revisão).

Nas ações novas (derivadas do efeito expansivo da tese firmada no Tema 452), impor-se-á ao julgador, respeitado o devido contraditório, com auxílio de prova técnica a mensurar o *quantum* necessário para a recomposição da reserva matemática (laudo a ser elaborado por Atuário), a difícil tarefa de aplicar de forma coordenada e concomitante as teses acima, valendo-se da técnica da ponderação e do princípio da concordância prática e, assim, reafirmar a previdência privada complementar como direito fundamental.

### *Referências*

ALENCAR, Marcele Caroline Maciel de. Defesa do Contrato Previdenciário das Entidades Fechadas de Previdência Complementar: aspectos jurídicos relevantes e proposições. Monografia vencedora do 2º Prêmio Previc de Monografia: Previdência Complementar Fechada. Brasília: MPS, Previc, 2010.

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. A definição do Direito Previdenciário complementar na Constituição Brasileira – Belo Horizonte: UFMG/Faculdade Direito. 2001. Tese (doutorado). 670 p.

ALVIM, Arruda. A emenda constitucional 45 e a repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC nº 45/2004*. São Paulo: RT, 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais*. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988: foi para você também?* Revista de Direito Administrativo, v. 214, out./dez. 1998. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263/45375>. Acesso em: 10 abr. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo Direito Constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem Jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CIPOLLA, M. B. Rev. MUÑOZ, A. A. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 2.

CLÈVE, Clemerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. ISSN 2359-5639. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>

CNJ. Manual de Mediação Judicial. Brasília-DF, 2016, p. 16-17. Acesso via WWW. URL: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>. Acesso em: 23/10/2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIAS, Eduardo Costa; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Método, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O processo civil na reforma constitucional do Poder Judiciário. In: DWORKIN, Ronald. *O Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Trad.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. CAMARGO, J. L. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad. CAMARGO, J. L. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EDUARDO, Ítalo Romano; EDUARDO, Jeane Tavares Aragão. *Curso de Direito Previdenciário: teoria, jurisprudência e questões*. 12. ed. São Paulo: Método, 2016.

FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Plano de saúde e direito do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França (Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada)*. Tradução de Regina Vasconcelos. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

NASCIMENTO, Bruno Dantas. *Repercussão Geral: perspectivas históricas, dogmáticas e de direito comparado: questões processuais*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 1, Parte Geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Das teorias da interpretação às teorias da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 271-297, jan./jun. 2017.

JORGE, Vladimir Lombardo. Regimes Políticos. In: Ferreira, Lier Pires (org.). *Curso de Teoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013

PATEMAN, Carole. *Participação e Teoria Democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

POSNER, Richard A. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 184.

Em sentido semelhante, a crítica de STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(em) Crise*: 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

POSNER, Richard A. *The problematics of moral and legal theory*. *Harvard Law Review*, v. 111.

POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2003a.

RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo (coord.). *Reforma do Judiciário – Comentários à Emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TROPER, Michel. *Pour une théorie juridique de l'État*. Paris: Presses Universitaires de France, 1994.

### **Fluxo editorial/Editorial flow**

Recebido em 13/09/2024

Aprovado pelo Editor-chefe em 23/12/2024

Publicado em 29/12/2024