



A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN PENSION FOUNS AGREEMENTS

Flávia Moreira Guimarães Pessoa*

José Tuany Campos de Menezes†

Luis Felipe dos Santos Celestino‡

RESUMO

O objetivo deste artigo é abordar a possibilidade de prevalência, no contexto da previdência complementar, que, como observado, tem uma natureza essencialmente contratual, do aspecto dos direitos fundamentais dos direitos previdenciários, inclusive com a adoção da perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para isto, apresenta uma análise exegética e dialética de dispositivos constitucionais e legais, especialmente jurisprudenciais, utilizando uma metodologia dedutiva a partir de uma pesquisa bibliográfica refinada. Deste modo, são apresentados inicialmente conceitos básicos sobre direitos fundamentais, a teoria geral desses direitos e sua eficácia horizontal. Em seguida, discute-se a previdência social como um direito fundamental, demonstrando sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. Posteriormente, são delineados aspectos essenciais da previdência complementar, contextualizando-a no sistema de seguridade social brasileiro, inclusive enquanto direito fundamental. Finalmente, conclui-se pela incidência direta dos direitos fundamentais nos contratos de previdência complementar fechada, celebrados entre os fundos de pensão e os participantes, com referência ao Tema 452 do STF. O artigo destaca assim a relevância da interpretação dos direitos dos participantes do sistema de previdência complementar fechada à luz dos direitos fundamentais, como forma de resgatar o equilíbrio contratual entre as partes.

* Doutora com pós-doutorado em Direito pela UFBA. Doutora em Direito pelo IDP. Mestra em Direito pela UFS. Mestra em Direito pela UGF. Especialista em Direito Processual pela UFSC. Graduada pela UFS. Juíza do Trabalho. E-mail: flaviampessoa@gmail.com.

† Mestrando em Direito pela UFS. Especialista em Processo Civil pela UFBA. Graduado em Direito pela UFS. Associado ao IPCOM. Advogado. E-mail: josetuany@fernandesadvogados.com.

‡ Mestrando em Direito pela UFS. Especialista em Direito Tributário pela ESA. Graduado em Direito pela UFS. Integrante da Comissão de Estudos Tributários da OAB-SE. Advogado. E-mail: felipecelestino@gmail.com.



Palavras-chave: direitos fundamentais; direitos sociais; eficácia horizontal; previdência complementar; equilíbrio contratual.

ABSTRACT

The aim of this article is to address the possibility of prevalence, within the context of complementary pension, which, as noted, inherently carries a contractual nature, of the fundamental rights aspect of social security rights, including adopting the perspective of horizontal effectiveness of fundamental rights. To achieve this, it presents an exegetical and dialectical analysis of constitutional and legal provisions, particularly jurisprudential ones, employing a deductive methodology based on refined bibliographic research. Thus, it initially introduces basic concepts of fundamental rights, the general theory of these rights, and their horizontal effectiveness. Subsequently, it discusses social security as a fundamental right, demonstrating its integration into the Brazilian legal system. Later, it delineates essential aspects of complementary pension, contextualizing it within the Brazilian social security system, including its recognition as a fundamental right. Finally, it concludes by asserting the direct incidence of fundamental rights in closed complementary pension contracts, entered into between pension funds and participants, with reference to STF Theme 452. The article underscores the significance of interpreting the rights of participants in closed complementary pension systems in light of fundamental rights, as a means to restore contractual balance between the parties involved.

Keywords: fundamental rights; social rights; horizontal effectiveness; pension funds; contractual balance.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Os direitos fundamentais e sua eficácia horizontal nas relações entre particulares. 3 A previdência social como direito fundamental. 4 Aspectos básicos da previdência complementar. 5 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos contratos de previdência complementar: o caso do julgamento do Tema 452 do STF. 6 Considerações Finais. 7 Referências

1 INTRODUÇÃO



Ainda no final de 2020 o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Tema 452 da Repercussão Geral, indicando como *Leading Case* o Recurso Extraordinário nº. 639138/RS, tendo fixado a seguinte tese:

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. (BRASIL, 2020)

No referido Recurso Extraordinário se discutia, à luz do princípio da isonomia e do artigo 202 da Constituição Federal, a validade de cláusula de contrato de previdência complementar fechada que, ao prever percentuais distintos entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelecia valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição.

No Brasil, o modelo constitucional previdenciário é organizado pelo Regime Geral de Previdência Social (art. 201, CF/88), direcionado aos trabalhadores e trabalhadoras da iniciativa privada. Há ainda os Regimes Próprios de Previdência (art. 40, CF/88) destinados aos servidores e servidoras públicos, e mais o sistema de proteção social dos militares das Forças Armadas e das polícias militares (art. 142, X, CF/88). Tais subsistemas formam o que se denomina a cobertura básica previdenciária.

Aqueles que desejam obter um benefício previdenciário maior ou equiparado à faixa salarial da ativa devem, entretanto, se utilizar do sistema de previdência complementar, também conhecido como previdência privada, previsto constitucionalmente através do art. 202 da Carta Magna.

Diferentemente da previdência pública, que possui natureza estatutária e é de filiação obrigatória, a previdência complementar possui natureza contratual e é facultativa, sendo os planos de previdência complementar operacionalizados através de instrumentos de natureza contratual, apesar do forte cunho regulatório estatal estabelecido por parte da PREVIC – Superintendência Nacional de Previdência Complementar (WEINTRAUB, 2005).

Ocorre que nos últimos anos os participantes e assistidos vinculados às entidades fechadas de previdência complementar vem sofrendo inúmeras perdas, especialmente em razão da interpretação dos seus direitos exclusivamente sob a ótica restritiva do direito privado.



Dito isto, o objetivo principal deste artigo é discorrer sobre a possibilidade de prevalência, no âmbito da previdência complementar, que, como visto, possui natureza eminentemente contratual, do aspecto de direito fundamental dos direitos previdenciários, inclusive com a adoção da perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como forma de resgatar o equilíbrio contratual entre as partes.

Para isso, realiza uma análise exegética e dialética de dispositivos constitucionais e legais, com foco especial em jurisprudência, empregando uma abordagem dedutiva fundamentada em pesquisa bibliográfica criteriosa.

O artigo está dividido em quatro seções principais. A primeira tece alguns aspectos básicos sobre os direitos fundamentais e sua eficácia horizontal nas relações entre particulares. Após, é retratada a previdência social como um direito fundamental. Em seguida, são trazidos alguns aspectos básicos da previdência complementar, contextualizando-a no sistema de seguridade social. Finalmente, utilizando como ilustração o julgamento do Tema 452 do STF, será analisada a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos contratos de previdência privada complementar.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA EFICÁCIA HORIZONTAL NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Para o festejado Ingo Sarlet (2012), os Direitos Fundamentais são direitos reconhecidos e garantidos pela Constituição de um país, que têm como objetivo proteger a dignidade humana e assegurar a liberdade, a igualdade e a fraternidade entre as pessoas. Esses direitos são considerados fundamentais porque são essenciais para a realização de uma vida digna e para o exercício da cidadania. Alguns exemplos básicos de direitos fundamentais são o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à propriedade, à privacidade, à liberdade de expressão, à liberdade religiosa, entre outros.

George Salomão Leite (2022) defende que não há como compreender adequadamente essa temática desconsiderando o seu passado. Para tanto, esclarece que os direitos fundamentais se constituíram através do resultado de um longo processo evolutivo da humanidade, provindo da luta entre povos e entre classes. Por esta razão, os diversos direitos fundamentais surgiram em épocas distintas, dependendo do momento histórico, e não todos de uma vez.



Neste sentido, os direitos fundamentais foram surgindo a partir de uma mudança de mentalidade encabeçada pelo pós-positivismo, movimento caracterizado pelo aceite dos princípios constitucionais como verdadeiras normas jurídicas. Com isto, as constituições passaram a ocupar um papel especial, inclusive sob a influência de Kelsen, para revigorar a força normativa dos direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2019).

Pois bem, em sua obra Sarlet (2012) apresenta a teoria geral dos direitos fundamentais, que consiste em uma abordagem teórica que busca compreender e sistematizar os principais conceitos, princípios e institutos relacionados aos direitos fundamentais, com o objetivo de garantir sua efetividade e proteção.

Primeiramente, para uma melhor compreensão sobre os direitos fundamentais, é preciso fazer sua distinção com a ideia de direitos do homem e direitos humanos. O primeiro diz respeito a valores ético-políticos ainda não positivados, ou mesmo acima do direito positivo, como se decidiu quando do Tribunal de Nuremberg. Já os direitos humanos se referem aos valores que foram reconhecidos na esfera do direito internacional (MARMELSTEIN, 2019).

A distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos está relacionada ao seu plano de positivação. Os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e garantidos pela Constituição de um país, enquanto os direitos humanos são aqueles reconhecidos e garantidos por tratados internacionais de direitos humanos.

Assim, quando se estiver diante de um tratado ou pacto internacional, deve-se preferir a utilização da expressão direitos humanos ao invés de direitos fundamentais. Falar em tratado internacional de direitos fundamentais não soa bem aos ouvidos. Do mesmo modo, à luz dessa classificação, não é tecnicamente correto falar em direitos humanos positivados na Constituição.

No entanto, é importante ressaltar que os direitos fundamentais também são considerados direitos humanos, uma vez que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos. Além disso, os direitos fundamentais e os direitos humanos guardam alguma relação entre si, ainda que diversa no que tange ao seu conteúdo e intensidade (SARLET, 2012).

Destaque-se, a propósito, que essa distinção é inclusive compatível com o nosso texto constitucional. Sempre que a Constituição se refere ao âmbito internacional, é usada a expressão “direitos humanos”. E, quando tratou dos direitos por ela mesmo reconhecidos, tem-se a expressão “direitos fundamentais”, exatamente como é denominado o Título II da Carta Magna (VIEIRA, 2017).



Não é à toa, portanto, que este trabalho se compromete a discorrer sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre os contratos de previdência privada, ou seja, de acordo com o previsto em nossa Constituição Federal.

Tem sido usual em sede de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, em relação ao desenvolvimento histórico dessa categoria de direitos, a utilização do termo geração ou dimensão.

Isso porque, embora alguns pensem os direitos fundamentais como valores imutáveis e eternos, para Bobbio (1992) eles são absolutamente dinâmicos, sujeitos aos saltos evolutivos e aos tropeços históricos, acompanhando a evolução cultural da própria sociedade, sendo natural que seu conteúdo se modifique ao longo do tempo.

Esclarecemos, desde já, que alguns autores são críticos à utilização do termo gerações, na medida em que esse vocábulo reflete a ideia de sucessividade entre os direitos conquistados pela humanidade ao longo do tempo, de modo que a sucessão de uma geração por outra, tende a eliminar a antecedente, algo que se mostra incompatível com o estudo dos direitos fundamentais (LEITE, 2022).

Novamente Ingo Sarlet, agora ao tratar das dimensões dos direitos fundamentais, aduz:

Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo “gerações” por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. Neste contexto, aludiu-se, entre nós, de forma notadamente irônica, ao que se chama de “fantasia das chamadas gerações de direitos”, que, além da imprecisão terminológica já consignada, conduz ao entendimento equivocado de que os direitos fundamentais se substituem ao longo do tempo, não se encontrando em permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento. Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e gerações de direitos. (SARLET, 2009, p. 45-46)





Assim, em decorrência dessa divergência entre os termos “geração” e “dimensão”, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2006), por sua vez, recomendam o uso da terminologia “categorias” ou “espécies”, de maneira similar à classificação das leis ou atos jurídicos.

Independentemente desta questão sobre a terminologia, que pouco tem a acrescentar a este trabalho, para Ingo Wolfgang Sarlet (2012) a teoria das gerações dos direitos fundamentais é uma classificação que busca sistematizar os diferentes momentos históricos em que foram reconhecidos e garantidos novos direitos fundamentais, sendo composta por três gerações principais.

A primeira geração, ligada às revoluções liberais, é composta pelos direitos civis e políticos, que surgiram no final do século XVIII e início do século XIX, e que têm como objetivo proteger a liberdade e a igualdade dos indivíduos perante o Estado, a exemplo do direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, entre outros.

Já a segunda geração, decorrente da Revolução Industrial, é a dos direitos econômicos, sociais e culturais, que surgiram no século XX, e que têm como objetivo proteger a dignidade humana e assegurar a igualdade material entre as pessoas, como no caso do direito à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, entre outros.

Finalmente, a terceira geração, fruto do sentimento de solidariedade mundial, que brotou como reação aos absurdos praticados pelo regime nazista, é composta pelos direitos difusos, coletivos e solidários, que surgiram a partir da segunda metade do século XX, e que têm como objetivo proteger a fraternidade entre as pessoas e a solidariedade social, tais como o direito ao meio ambiente, à paz, ao desenvolvimento, à comunicação, entre outros.

Enfatize-se, a propósito, que estas são as três principais gerações, pois a evolução dos direitos fundamentais naturalmente não parou na terceira geração. A luta por direitos e dignidade é constante na humanidade, de modo que é natural que outros valores acabem surgindo, acrescentando-se às declarações de direitos, assim como atualizando os antigos.

Para George Marmelstein (2019), as novas tecnologias surgidas neste século, o mapeamento genético humano, a crise ambiental, o terrorismo, entre outros fatos, riscos ou ameaças relevantes da atualidade, fazem com que novas reivindicações incorporem a agenda política da comunidade.

Daí se falar em novas gerações, além daquelas principais já indicadas, a exemplo da quarta, quinta, sexta e até sétima gerações, decorrentes da globalização, era cibernética e bioética. Paulo Bonavides (1998), por seu turno, defende o direito à democracia direta, informação e pluralismo como quarta geração dos direitos fundamentais, compondo o futuro





da cidadania e o porvir da liberdade dos povos. Ele também fala em paz universal como quinta geração. Essa matéria, a bem da verdade, seria passível de um trabalho acadêmico próprio, porém, por fins didáticos e para não fugirmos do tema, nos limitaremos até aqui.

Dando continuidade à nossa linha de argumentação principal, temos que os direitos fundamentais se caracterizam, dentre outros itens, por sua eficácia horizontal, abrangendo, assim, as relações entre particulares.

Neste sentido, a perspectiva constitucional é fundamental para a eficácia dos direitos fundamentais, uma vez que é a Constituição que reconhece e garante esses direitos. Novamente segundo Ingo Sarlet (2012), a Constituição é a norma fundamental de um Estado democrático de direito, e é nela que se encontram os principais direitos fundamentais reconhecidos e garantidos pelo ordenamento jurídico.

Diante disto, essa perspectiva constitucional influencia a eficácia dos direitos fundamentais de diversas formas, como por exemplo o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais, conferindo-lhes, como já visto, um status especial no ordenamento jurídico. Há ainda a influência quanto a sua interpretação e ao controle de constitucionalidade, pois a Constituição é a norma que deve ser interpretada para a aplicação dos direitos fundamentais e serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, garantindo a proteção dos direitos fundamentais contra eventuais violações.

Por fim, temos a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, embasamento para a conclusão deste artigo, segundo a qual a Constituição é a norma que deve ser interpretada de forma a abranger as relações entre particulares, permitindo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Como vimos, os direitos fundamentais foram concebidos originalmente como instrumentos de proteção dos indivíduos contra a opressão estatal. O particular era o titular dos direitos e nunca o sujeito passivo, o que se conhece como a eficácia vertical dos direitos fundamentais. Atualmente, num contexto de maior aceitação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem-se reconhecido que os valores contidos nestes direitos se projetam nas relações entre particulares, afinal, os agentes privados, especialmente aqueles detentores de poder social e econômico, são potencialmente capazes de causar danos efetivos aos princípios constitucionais e podem até oprimir mais que o Estado (MARMELSTEIN, 2019).

A este respeito escreveu Daniel Sarmento:



“No contexto da economia capitalista, o poder crescente de instâncias não estatais como as grandes empresas e associações, tornara-se uma ameaça para os direitos do homem, que não poderia ser negligenciada, exigindo que a artilharia destes direitos se voltasse também para os atores privados. Estes, que até então eram apenas titulares direitos humanos oponíveis em face do Estado, assumem agora, em determinados contextos, a condição de sujeitos passivos de tais direitos. Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles se lastreiam”. (SARMENTO, 2006, p. 25)

Assim, diante dessa constatação de que a sociedade também pode tyrannizar tanto quanto o Estado, cometendo violações aos direitos mais básicos do ser humano, fala-se atualmente nessa aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, como ferramenta de conformação ou modelação de toda a sociedade (MARMELSTEIN, 2019). É o que Cristina Queiroz (2002) chama de “sistema de valores”, a orientar toda ação pública e privada.

Ingo Sarlet (2012) defende que para que os direitos fundamentais tenham eficácia horizontal, ou seja, para que seja possível sua aplicação nas relações entre particulares, deve não apenas haver uma interpretação adequada das normas jurídicas, mas também se faz necessária a utilização de mecanismos jurídicos que permitam a sua aplicação nessas relações, tais como:

a) Interpretação conforme a Constituição: consiste em interpretar as normas infraconstitucionais de acordo com a Constituição, de forma a garantir a proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares;

b) Analogia: consiste em aplicar uma norma que regula uma situação semelhante àquela em que se busca a proteção dos direitos fundamentais;

c) Princípio da igualdade: consiste em aplicar o princípio da igualdade para garantir a proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de forma a evitar tratamentos discriminatórios;

d) Cláusulas gerais: consistem em normas abertas que permitem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, como por exemplo a cláusula geral da boa-fé objetiva;



e) Interpretação sistemática: consiste em interpretar as normas de forma sistemática, levando em consideração o conjunto de normas que regula determinada matéria, de forma a garantir a proteção dos direitos fundamentais.

Haverá, contudo, situações de conflito entre determinado direito fundamental e a autonomia da vontade, o que também é um valor importante, pois ligado ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Para Robert Alexy (2003), tais casos, que são extremamente complexos, somente podem ser resolvidos adotando-se técnica de ponderação, após análise dos interesses em jogo e à luz do caso concreto.

Neste contexto, existem basicamente três correntes que discorrem sobre a forma como se procede a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a eficácia horizontal ora em estudo: a primeira nega sua incidência, sendo comum nos Estados Unidos da América, onde predomina a doutrina *state action*; a segunda diz respeito a uma eficácia indireta, comum na Alemanha, na qual se defende que as normas constitucionais funcionariam tão somente para permitir uma melhor interpretação do direito infraconstitucional; e a terceira, a eficácia direta, que vem ganhando cada vez mais força no Brasil e parece ser a mais adequada ao espírito da Constituição Federal de 1988, considera que os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente às relações entre particulares, independentemente de lei, assim como nos casos entre particular e Estado (vertical), ainda que com temperamentos (MARMELSTEIN, 2019).

É neste contexto, portanto, mediante o reconhecimento da eficácia horizontal e direta dos direitos fundamentais sobre a relação entre particulares, que se defende sua incidência nos contratos privados de previdência complementar, celebrados entre os fundos de pensão e os seus participantes.

3 A PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Há quem pense que os direitos do art. 5º são os únicos direitos fundamentais existentes na Constituição Federal de 1988, ou mesmo que seriam estes os mais importantes. Ledo engano. A previdência social é, sem dúvidas, um direito fundamental, que deve ser protegido e garantido pelo ordenamento jurídico. Para Ingo Sarlet (2012) a previdência social é um direito fundamental que não tem o seu objeto limitado a determinado tipo de prestação, abrangendo uma variada gama de benefícios.



Neste sentido, pensando a seguridade social como um direito social, ou seja, originalmente de segunda geração, a previdência social estaria ligada à promoção da pessoa humana e suas próprias condições de vida digna.

Eduardo dos Santos (2022) aborda o tema da seguridade social através do direito fundamental à segurança, o qual se fundamenta materialmente na dignidade da pessoa humana, visando a tranquilidade e a previsibilidade necessárias a uma vida estável. Para o autor, esse direito seria multidimensional, perpassando por diversos campos do direito. No que se refere à dimensão social do direito à segurança, na qual se enquadraria a seguridade social, estaria relacionada a uma quarta dimensão, consagrada expressamente no art. 6º da CF/88 (BRASIL, 1988).

Nesta dimensão merece destaque o sistema de seguridade social (arts. 194 a 204 da CF/88), no qual está inserida a previdência social, que consiste em uma espécie de seguro compulsório e de caráter contributivo, que tem por finalidade garantir meios essenciais de subsistência aos seus beneficiários nas mais variadas hipóteses de hipossuficiência.

A Previdência Social está incluída dentre os direitos fundamentais de segunda dimensão, cuja finalidade principal busca a concretização dos direitos sociais básicos, com vista a alcançar de modo formal e material um Estado Social de Direito. Isso significa que a previdência social é um direito que busca garantir a proteção social e a dignidade da pessoa humana, e que o Estado tem o dever de agir positivamente para promover esses direitos. Além disso, a proteção previdenciária em face do ser humano configura um direito de personalidade, o qual jamais poderá ser afastado em prejuízo do seu titular, ainda que ocorra alteração do texto legal ou exclusão da previdência do rol dos direitos fundamentais (RODRIGUES, 2015).

A previdência social, destarte, visa garantir a vida digna dos trabalhadores e seus dependentes por meio da proteção que oferece. Isso significa que, em situações de necessidade social, a previdência pode fornecer algum rendimento que substitua a remuneração do trabalhador, seja indenizatório de sequelas ou em razão de encargos familiares.

Portanto, os direitos sociais são, à luz do direito positivo-constitucional brasileiro, legítimos direitos fundamentais, tanto em sentido formal, pois estão na Constituição e têm status de norma constitucional, quanto em sentido material, já que são valores intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana (MARMELSTEIN, 2019).

A previdência complementar (art. 202, CF/88), a propósito, embora tenha a já multicitada natureza contratual, está devidamente inserida no sistema de seguridade social, como melhor veremos em seção específica deste artigo, a seguir.



4 ASPECTOS BÁSICOS DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

Antes de adentrarmos o ponto sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos contratos de previdência privada complementar, alguns esclarecimentos se fazem necessários em relação aos conceitos mais básicos envolvendo a previdência complementar, assim como o seu histórico no Brasil.

Isso porque, embora a previdência complementar seja atualmente uma tema de enorme relevância, contemplando mais de 7 milhões de pessoas em todo Brasil, segundo levantamento da instituição associativa dos fundos de pensão, a ABRAPP – Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, este assunto ainda é pouco abordado no âmbito do universo jurídico-acadêmico (ABRAPP, 2023).

Se a previdência social é relativamente nova, pois acaba de completar 100 anos no país, por ocasião do aniversário da Lei Eloy Chaves (Decreto Legislativo 4.682/1923), de 24/01/1923, a previdência complementar é mais ainda. Apesar dos primeiros projetos embrionários, como o caso da PREVI – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil, fundada em ainda 1904, somente em 1977, com advento da Lei nº. 6.435/77, a previdência complementar teve seu impulso mais significativo, enquanto instituição nacional (MARTINEZ; FERRAZ; KOSUGI, 2014).

As entidades fechadas de previdência complementar se desenvolveram no Brasil em um contexto de mudanças econômicas e sociais, que incluíram a expansão do Estado de bem-estar social, a globalização da economia e a necessidade de aperfeiçoamento do aparelho estatal fiscalizador (PULINO, 2011).

Nos últimos anos, a previdência complementar no Brasil passou por importantes reformas. A Emenda Constitucional nº 20, de 1998, trouxe mudanças significativas ao sistema previdenciário, permitindo a criação dos planos de previdência complementar para os servidores públicos. Em 2012, foi aprovada a Lei Complementar nº 109, que estabeleceu normas gerais para as entidades fechadas de previdência complementar e definiu regras de governança, transparência e solvência. Em seguida, em 2019, a Reforma da Previdência trouxe alterações relevantes para o setor, como a criação do regime de capitalização e a possibilidade de adesão facultativa ao regime complementar por parte dos servidores públicos (AGOSTINHO, 2020).





Todas essas transformações refletem a busca por um sistema previdenciário mais sustentável e adaptado às necessidades atuais, visando garantir a proteção social e a estabilidade financeira dos trabalhadores no futuro.

Neste sentido, quanto aos aspectos básicos, precisamos esclarecer algumas figuras envolvendo a previdência complementar. Em primeiro lugar, temos os participantes, que são aqueles filiados a um plano de previdência complementar. Os participantes podem ou não indicar beneficiários, os quais figuram na qualidade de dependentes. Temos ainda os assistidos, que são aqueles em gozo de benefício de suplementação de aposentadoria ou pensão, ou seja, benefício na forma de renda (REIS, 2019).

A propósito, embora a expressão “participante assistido” não seja a melhor opção técnica, seu uso é comum para uma identificação explicativa daqueles que se inscreveram na qualidade de participantes e hoje estão em gozo de benefícios de suplementação de aposentadoria ou pensão, junto a um fundo de pensão, enquanto assistidos (MARTINEZ; FERRAZ; KOSUGI, 2014).

Já em relação à terminologia “Fundos de Pensão”, temos que se tratam das entidades fechadas de previdência complementar, que são pessoas jurídicas de direito privado, organizadas como sociedades civis ou fundações, sempre sem fins lucrativos. As entidades possuem um ou mais planos de benefícios, aos quais são filiados estes participantes (REIS, 2019).

Essas entidades são ditas fechadas pois operam planos de previdência complementar de acesso restrito a empregados de uma empresa ou grupo de empresas, e tem como objetivo garantir benefícios previdenciários complementares aos oferecidos pelo Regime Geral de Previdência Social (PULINO, 2011).

Existem ainda as patrocinadoras (WEINTRAUB, 2005), que são as empregadoras dos participantes, quando em atividade, que instituem e financiam os fundos de pensão, inclusive como política salarial, para atração e fidelização de mão de obra mais qualificada.

Em suma, os participantes assistidos dos fundos de pensão, a população objeto deste artigo, são aqueles majoritariamente aposentadas, em gozo de aposentadoria ou pensão pela Previdência Social (INSS), que é complementada mediante o recebimento de um benefício suplementar correspondente, este, por sua vez, pago pela entidade de previdência privada (fundo de pensão).

Da própria interpretação destes conceitos já temos como extrair o objetivo da previdência complementar, ao menos em relação ao participante. Para Roberto Erias Messina



(2011), a este respeito, um dos ideais básicos da previdência complementar é a renúncia ao poder aquisitivo imediato em prol de uma estabilidade financeira futura.

A referida renúncia a um poder aquisitivo imediato se traduz nos descontos mensais sobre o salário dos trabalhadores, que são as contribuições, item básico e imprescindível para custear os benefícios futuros. Como pontua o já mencionado Adacir Reis (2019), o princípio sagrado da previdência complementar é que não há benefício sem custeio prévio. Este custeio é formado através das contribuições, e sua rentabilização.

Tais elementos estão previstos na própria Constituição Federal, através do *caput* do único artigo que trata sobre a matéria, o art. 202 da CF/88, o qual, para uma melhor compreensão, trazemos a seguir:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (BRASIL, 1988)

Como se vê, o caráter complementar e autônomo em relação à previdência social, bem como o pressuposto da formação de uma reserva para custeio do benefício contratado, são itens tão essenciais que receberam, pelo constituinte derivado, status constitucional.

Portanto, em relação à sistemática para o recebimento dos benefícios suplementares quando da aposentadoria, temos que os trabalhadores filiados ao sistema de previdência complementar, quando em atividade, passam todo período laborativo contribuindo para a formação de uma reserva financeira suficiente ao custeio do benefício de aposentadoria ou pensão, a partir de notáveis descontos sobre o contracheque (MARTINEZ; FERRAZ; KOSUGI, 2014).

Formada essa reserva financeira suficiente e atingidos todos os requisitos para a concessão da aposentadoria pelo INSS e seu benefício suplementar correspondente, como por exemplo tempo de contribuição e idade mínima, os participantes passam à condição de assistidos, iniciando, em regra, o recebimento de um benefício fixo e vitalício de suplementação de aposentadoria ou pensão, calculado previamente segundo as regras originalmente estabelecidas no próprio regulamento do fundo de pensão (WEINTRAUB, 2005).



Pois bem, vimos na seção anterior que a previdência complementar integra o sistema de seguridade social. Conseqüentemente, a previdência complementar fechada, ou seja, os fundos de pensão, igualmente estão inseridos neste contexto. O professor Wagner Balera assim escreveu:

Integram o quadro de componentes do sistema de seguridade social brasileiro os entes de previdência privada. Atuam, os entes complementares, como estruturas de expansão do arcabouço de proteção, formando, como já se costuma dizer em França, segunda rede de seguridade social, em estreita colaboração com o Poder Público, no interior do aparato de seguridade social. (BALERA, 2006, p. 71)

Neste sentido, mesmo que supletivamente, se integram essas entidades privadas a um todo que oferece cobertura à comunidade protegida, e só se tornam elemento desse todo e subsistem nessa qualidade enquanto cumprem seus papéis de proteção social. Assim, devem reportar sua atuação aos princípios constitucionais da seguridade social (BALERA, 2006).

E, se integradas as ações públicas e privadas tendentes à concessão das respectivas prestações previdenciárias, não se poderia, sob pena de incorrer em uma inconstitucionalidade, termos a previdência complementar fechada como elemento isolado, desprendido do todo.

Ora, não só porque a Constituição tratou da matéria previdência complementar dentro do Capítulo da seguridade social, que a reconhecemos como componente desse sistema, mas também diante da clara determinação do texto constitucional para a compreensão sistemática da seguridade social, no sentido de as ações, sejam as do Poder Público, sejam as da iniciativa privada, compreenderem um conjunto integrado, unido, sistematizado e reunido, sujeito aos princípios ou regras jurídicas comuns (PULINO, 2011).

Portanto, a previdência complementar fechada deve integrar-se ao sistema de seguridade social brasileiro, mas com absorção mitigada, ponderada e adaptada dos princípios da seguridade social.

Afinal, embora a previdência complementar fechada seja disciplinada por regime de direito privado, sofre marcante intervenção estatal, a qual, na forma da lei, claramente, integra o segmento fechado ao sistema de seguridade social brasileiro, devendo seguir os princípios e objetivos da seguridade social previstos na Constituição.

5. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS CONTRATOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: O CASO DO JULGAMENTO DO TEMA 452 DO STF



Como visto, ainda no final de 2020 o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do Tema 452 da Repercussão Geral, tendo fixado tese pela inconstitucionalidade, por violação ao princípio da isonomia, de cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelecia valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição (BRASIL, 2020).

No caso em questão, a entidade fechada de previdência complementar vinculada à Caixa Econômica Federal, FUNCEF – Fundação dos Economiários Federais, defendia que as participantes do sexo feminino não fariam jus a um benefício isonômico em relação aos colegas masculinos, pois não teriam contribuído para isto, de modo que essa equiparação representaria, inclusive, violação ao custeio financeiro e atuarial do plano. Segundo a defesa da entidade, sem maiores delongas, as mulheres recebem menos pois pagam menos.

Essa linha argumentativa da FUNCEF tinha amplo respaldo no posicionamento que vem sendo firmado há alguns anos pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido da inviabilidade de revisão posterior de benefício de suplementação de aposentadoria, exatamente pela possibilidade de submeter o equilíbrio financeiro e atuarial do plano a risco.

Neste sentido, ao enfrentar diversas matérias envolvendo litígios entre os participantes assistidos e os fundos de pensão, todas submetidas à sistemática dos recursos repetitivos já no âmbito do próprio STJ, acabou sempre prevalecendo o argumento econômico-financeiro das entidades de previdência, priorizando o equilíbrio atuarial em detrimento do direito individual dos participantes (PINHEIRO, 2022).

Desta maneira, é inegável que a situação individual dos participantes restou prejudicada, à luz dos seus direitos fundamentais, como por exemplo no caso do julgamento do Tema 907 do STJ, no qual se reconheceu que o regulamento aplicável no cálculo do benefício de suplementação de aposentadoria seria aquele vigente quando desligamento do trabalhador, e não o vigente quando da respectiva contratação, independentemente de alterações unilaterais e prejudiciais que tenham ocorrido ao longo dos anos. Vejamos:

O regulamento aplicável ao participante de plano fechado de previdência privada para fins de cálculo da renda mensal inicial do benefício complementar é aquele vigente no momento da implementação das condições de elegibilidade, haja vista a natureza



civil e estatutária, e não o da data da adesão, assegurado o direito acumulado. (BRASIL, 2019)

Do mesmo modo ocorreu quando do julgamento do Tema 1021 do STJ. Neste caso, decidiu o STJ que uma vez concedido o benefício, não seria mais possível revisá-lo, para que não haja comprometimento ao equilíbrio do plano, ainda que em um processo trabalhista anterior, sejam reconhecidas verbas remuneratórias que integrariam o cálculo do benefício junto ao fundo de pensão, mas que não foram, em desatendimento, por parte do ex-empregador, da legislação trabalhista. Confirma-se a tese firmada:

A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos de quaisquer verbas remuneratórias reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria. (BRASIL, 2020)

Como dito, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo exclusivamente pelo equilíbrio financeiro das entidades em detrimento do próprio equilíbrio contratual junto aos aposentados.

Ocorre, como bem escreveu Sandra Poletto (2014), que o equilíbrio contratual é uma das garantias para a promoção da dignidade da pessoa humana do aposentado em relação à previdência complementar fechada.

Neste contexto, ao reconhecer o direito das participantes do sexo feminino da FUNCEF, decidiu, portanto, o Supremo Tribunal Federal, ao menos parcialmente, em detrimento daquilo que vinha sendo reconhecido pela Corte Superior, pois concedeu revisão a benefícios já concedidos, e ainda permitiu essa majoração sem que tenha ocorrido, de fato, à luz da matemática atuarial, o custeio correspondente.

Ora, mas como seria isso possível? A resposta está exatamente na eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre os contratos de previdência complementar, inclusive fechada. Já na ementa do referido julgado o STF, por seu item “2”, reconheceu expressamente a “incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com prevalência das regras de igualdade material aos contratos de previdência complementar travados com entidade fechada” (BRASIL, 2020).



Através do julgado, observa-se que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais foi utilizada como fundamento para afirmar que as restrições postas e definidas pela própria Constituição devem ser respeitadas não apenas pelos poderes públicos, mas também pelos particulares em suas relações privadas, especialmente em temas relacionados às liberdades fundamentais.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a aplicação de percentuais distintos para homens e mulheres no cálculo do valor do benefício de complementação de aposentadoria devida por entidade de previdência fechada viola o princípio da isonomia, que é um direito fundamental previsto na Constituição Federal, afinal, a jurisprudência do STF sedimentou-se no sentido de que razões históricas e sociais justificam estender tratamento diferenciado às mulheres.

Além disso, o STF ainda ponderou que as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas também nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, é plenamente possível e salutar o reconhecimento e utilização da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sobre os contratos celebrados entre as entidades fechadas de previdência complementar e seus participantes.

O sistema de seguridade social e a previdência social possui status de direito fundamental em nossa Constituição Federal, integrando o rol dos direitos sociais, no qual está contida a previdência complementar e fazem parte, conseqüentemente, as entidades fechadas de previdência, também conhecidas como fundos de pensão.

Assim, embora possuam natureza privada, os contratos da previdência complementar devem ser analisados sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante eficácia direta, como forma de reparar distorções, a exemplo do caso dos benefícios inferiores às participantes do sexo feminino, cuja inconstitucionalidade fora declarada pelo STF.

É através da interpretação destes contratos sob incidência direta dos direitos fundamentais que teremos uma melhora na situação dos participantes assistidos dos fundos de pensão no Brasil, reparando os prejuízos históricos sofridos, como forma de assegurar a tão festejada dignidade da pessoa humana.





7 REFERÊNCIAS

ABRAPP. [Página eletrônica]. São Paulo: ABRAPP, 2023. Disponível em: <<https://www.abrapp.org.br/>>. Acesso em: 13 jun. 2023.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, junho de 2003, p. 131-140.

AGOSTINHO, Theodoro. **Manual de Direito Previdenciário**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. São Paulo: LTr, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 5 de outubro de 1988. Portal da Legislação. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.435.837/RS. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 27 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201400313793&dt_publicacao=07/05/2019>. Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.778.938/SP. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Julgado em 28 de outubro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1021&cod_tema_final=1021>. Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº. 639138/RS. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 18/08/2020. DJE nº 218, divulgado em 31/08/2020. Brasília, DF. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4062504&numeroProcesso=639138&classeProcesso=RE&numeroTema=452>>. Acesso em: 13 jun. 2023.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DOS SANTOS, Eduardo. Direitos sociais positivos: análise do art. 6º da Constituição Federal à luz da jurisprudência superior. In: LEITE, George Salomão (Coord.). **Curso de direitos fundamentais: em homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso**. vol. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.



_____. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

LEITE, George Salomão. **Curso de direitos fundamentais**: em homenagem ao Ministro Luís Roberto Barroso. vol. 2. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

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

PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. **O princípio constitucional do equilíbrio atuarial aplicado aos planos de previdência complementar fechada segundo a jurisprudência atual do STJ**. 2022.

POLETTO, Sandra Maria. **Previdência complementar fechada: garantias ao equilíbrio contratual com vistas à dignidade da pessoa humana do aposentado**. 2014.

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

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais**: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

REIS, Adacir. **Curso básico de previdência complementar**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

RODRIGUES, Edgar Dener. A Previdência Social à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais: Um Direito da Personalidade. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social**, v. 1, n. 1, p. 207-223, 2015.



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