
O SENTIDO E ALCANCE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E DA LEGALIDADE À LUZ DA IMPLEMENTAÇÃO DE *DISCRÍMEN* E DO PLANO DE BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR

THE MEANING AND REACH OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF EQUALITY AND LEGALITY IN LIGHT OF THE IMPLEMENTATION OF DISCRÍMEN AND THE BENEFIT PLAN OF COMPLEMENTARY PRIVATE PENSION

LUIZ RODRIGUES WAMBIER

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Professor no Programa de Mestrado e Doutorado do Instituto Brasiliense de Direito Público. Sócio em Wambier, Yamasaki, h Bevervanço & Lobo Advogados.

GUILHERME PUPE DA NÓBREGA

Doutorando, mestre e especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Professor na área de Direito Processual Civil. Sócio em Mudrovitsch Advogados.

RESUMO

Objetivo: O artigo tem por objetivo pesquisar se a distinção norteadora do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), levando-se em consideração as condições de gênero, com o notável excesso de atribuições normalmente assumido pelas mulheres, tem acolhimento justificador de sua replicação na previdência privada complementar.



Metodologia: A metodologia utilizada é dedutiva, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, mediante a leitura de livros, artigos científicos, legislação e jurisprudência.

Resultados: A distinção norteadora do RGPS não encontra acolhimento justificador de sua replicação na previdência privada complementar. O regime privado, exatamente por ser complementar ao oficial, que já observa condições mais favoráveis às mulheres, por exemplo, observa dinâmica distinta, de natureza contratual e sob as condições entabuladas e anuídas pelas partes da relação. Condição decisiva desse pacto privado é o critério atuarial, que observa para o necessário cálculo e custeio de benefícios e sustentabilidade do plano as contribuições vertidas pelos participantes. O caráter complementar e privado do fundo, somado ao necessário equilíbrio atuarial viabilizador de sua manutenção e à autonomia da vontade, rechaçam, qualquer justificativa no sentido de, na esteira de uma eficácia horizontal de direitos fundamentais, pretender replicar no modelo particular.

Contribuições: O artigo traz como contribuição a discussão sobre a previdência privada complementar e a aplicação do princípio constitucionais da igualdade e da legalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Igualdade; mulheres; RGPS; previdência privada; equilíbrio atuarial.

ABSTRACT

Objective: The article aims to investigate whether the guiding distinction of the General Social Security System (RGPS), taking into account gender conditions, with the notable excess of attributions normally assumed by women, has justification for its replication in the complementary private pension plan.

Methodology: The methodology used is deductive, by way of bibliographic and documentary research, through the reading of books, scientific articles, legislation and jurisprudence.

Results: The guiding distinction of the RGPS does not have any justification for its replication in private pension plans. The private regime, precisely because it is complementary to the official one, which already observes more favorable conditions for women, for example, observes different dynamics of a contractual nature and under conditions established and agreed by the parties of the relationship. A decisive condition of this private pact is the actuarial criterion, which observes the contributions made by the participants for the necessary calculation and costing of benefits and sustainability of the plan. The complementary and private character of



the fund, added to the necessary actuarial balance that enables its maintenance and the autonomy of the will, reject any justification in the sense that, in the wake of a horizontal effectiveness of fundamental rights, it intends to replicate in the particular model.

Contributions: The article brings as a contribution the discussion about complementary private pension and the application of the constitutional principles of equality and legality.

KEYWORDS: Equality; women; RGPS; private pension; actuarial balance.

1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE: A DISCRIMINAÇÃO POSITIVA COMO MANIFESTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Previsto na Constituição Federal – CF/88 como um dos direitos e garantias fundamentais a que alude o art. 5^o¹, o princípio da igualdade, ou isonomia, se reveste de particular relevância social, na medida em que confere às pessoas tratamento igualitário, em função da sua relação indissociável com o princípio da dignidade humana. Trata-se de um dos mais importantes pilares do Estado Democrático de Direito.

Para que o princípio da igualdade alcance a sua finalidade, consubstanciada na *igualdade substancial*, a paridade de tratamento não pode ser aplicada de forma irrestrita, tomando por parâmetro a ideia de uma sociedade idealizada, assim entendida como aquela que, utopicamente, estivesse absolutamente livre das desigualdades sociais, gênero, etnia, raça e cor.

A diversidade existente entre determinados segmentos da sociedade, nos parece, clama pela aplicação de tratamento diferenciado, com o objetivo de coibir, ou minimizar, as desigualdades fáticas de origem histórica ou cultural. Assim, sendo o princípio da igualdade um princípio de justiça social, cumpre a sua finalidade (redução das desigualdades sociais) ao conferir o amparo legislativo diferenciado a

¹ “Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.



determinados grupos, nos quais se enquadram pessoas com as mesmas características individuais.

É com essa percepção que se deve interpretar o texto do art. 5º da CF/88, como explica, brilhantemente, J.J. Gomes Canotilho (2003, p.426-427):

Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria, deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislador, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos (...) O princípio da igualdade no sentido de igualdade na própria lei, é um postulado de racionalidade prática: para todos os indivíduos com as mesmas características devem prever-se, através da lei, iguais situações ou resultados jurídicos. Todavia, o princípio da igualdade, reduzido a um postulado de universalização, pouco adiantaria, já que ele permite discriminação quanto ao conteúdo (exemplo: todos os indivíduos de raça judaica devem ter sinalização na testa; todos os indivíduos de raça negra devem ser tratados igualmente em escolas separadas das escolas reservadas aos brancos). A lei tratava igualmente todos os judeus e todos os pretos mesmo que criasse para eles uma situação intrinsecamente discriminatória. Daí a sugestiva formulação de Castanheira Neves: a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei. Não há, pois, igualdade no não direito. Reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração. Consequentemente, é preciso delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material. Isso não significa que o princípio da igualdade formal não seja relevante nem seja correto. Realça-se apenas o seu caráter tendencialmente tautológico, uma vez que o cerne do problema permanece irresolvido, qual seja, saber quem são os iguais e quem são os desiguais. Assim, por exemplo, uma lei fiscal impositiva da mesma taxa de imposto para todos os cidadãos seria formalmente igual, mas seria profundamente desigual quanto ao seu conteúdo, pois equiparava todos os cidadãos, independentemente dos seus rendimentos, dos seus encargos e da sua situação familiar.

Essa diferenciação de tratamento a grupos estigmatizados, ou com necessidades específicas, poderia até parecer contraditória e desrespeitosa ao princípio constitucional, porém, é o meio adequado para a busca de uma sociedade igualitária. Aliás, a própria Constituição Federal não veda a ocorrência de tratamentos diferenciados, apenas se exige a existência de elementos legítimos para a implementação do *discrímen*.



De acordo com os ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a diversidade de situações permite a coexistência de igualdade e da diferenciação, visto que *“a igualdade, nesse caso, é o tratamento desigual das desigualdades²”*.

Como resposta às necessidades sociais específicas, surge o instituto da discriminação positiva como manifestação do princípio da igualdade.

Mais uma vez sobre esse tema, é Manoel Gonçalves Ferreira Filho quem elucida que a:

A busca da igualdade de fato, ou melhor, de uma atenuação das desigualdades de fato, especialmente das decorrentes de gênero, etnia ou cor, tem sido procurada contemporaneamente por meio das chamadas ações afirmativas. São estas políticas públicas que importariam numa “discriminação positiva” ou “discriminação reversa”. Consistiriam no aspecto que interessa a este livro em introduzir, nas leis, normas que favoreceriam os membros de grupos caracterizados por sexo, etnia, cor, tidos por desvantajosos, quando em competição com os pertencentes a segmentos outros da população, tidos como não desvantajosos, isto é, favorecer esses desvantajosos a fim de lhes assegurar uma igualdade de oportunidades quando em confronto com os “avantajados”, por exemplo, na busca de emprego, de lugar nas escolas, em atividades econômicas, etc. Tais normas seriam a resposta à discriminação contra esses grupos no passado. “Discriminariam”, de modo positivo, no sentido de que seriam a resposta a práticas e normas discriminatórias que teriam pesado contra os mencionados grupos e seriam a fonte das desvantagens de que eles hoje padecem. Justificar-se-iam em face da igualdade, por configurar um tratamento favorável que corresponderia à situação de desvantagem existente.

Transpondo a matéria relativa à discriminação positiva às diferenças que se instauram em função do gênero, contemporaneamente ainda existe a necessidade de concessão de maior proteção à mulher.

² FERREIRA FILHO, 2015. De acordo com o Autor em referência: *“No mundo contemporâneo, dado o intervencionismo do estado que procura corrigir as mais variadas disparidades, a diferenciação de situações se intensificou a um ponto que raras são as leis que colhem todos os indivíduos. De fato, o Estado intervencionista (o Welfare State ou Estado-providência) preocupa-se em compensar desigualdades de riqueza, de educação, em amparar os carentes, os trabalhadores, os inquilinos; em proteger mulheres, os membros de minorias etc. Certamente, cuida de diferenciar para reparar as desigualdades, mas com o efeito perverso de esmaecer a igualdade perante a lei”*.



A Constituição Federal de 1988 trouxe importantes modificações no sentido de coibir a discriminação contra a mulher. Porém, situação clássica de discriminação positiva é a baseada no gênero, típica da legislação trabalhista.

Em que pese a evolução legislativa ter conferido, genericamente, a garantia ao direito fundamental à igualdade entre homens e mulheres, esse postulado admite exceções. Especificamente com relação aos direitos trabalhistas, o legislador vislumbrou a necessidade de conferir proteção mais intensa às mulheres do que aos homens, por meio da concessão de benefícios exclusivos. Isso por considerar a existência de diferenças fisiológicas (alusivas à maternidade, saúde, segurança).

Por exemplo, dentre inúmeras situações de proteção mais intensa à mulher previstas em Lei (tais como o direito à licença maternidade e salário maternidade), considerando a diferente compleição física entre os gêneros, à luz dos arts. 40, III e 201, parágrafo sétimo da CF, foi estabelecido o regime temporal reduzido em cinco anos para aquisição da aposentadoria por tempo de serviço e de contribuição.

Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 29.963/DF, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, manifestou o seu entendimento no sentido de ser possível a realização de testes físicos diferenciados para homens e mulheres, em cumprimento a etapa de concurso público, justamente com o objetivo de conferir às participantes do sexo feminino igualdade na participação do processo seletivo.

Do voto do acórdão constou o seguinte trecho, extraído do Parecer apresentado pelo Ministério Público:

Se, na prova de esforço físico, considerasse absolutamente iguais homens e mulheres, criaria para estas um impacto desproporcional. Sabe-se que homens possuem maiores condições de resistência física do que as mulheres, o que se prova pela mera verificação do que ocorre nos esportes. Não há, em qualquer competição que envolva resistência física, disputa entre homens e mulheres. Cada um desses grupos compete entre si³.

³ STF. MS 29893, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 06/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 22-09-2011 PUBLIC 23-09-2011.



Ainda, em paradigmático precedente (RE 658.312/SC), de Relatoria do Ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal analisou todas as nuances envolvendo o tema e concluiu que as diferenciações em razão do gênero, no âmbito das relações de laborais, não ofendem ao princípio da isonomia. Ao contrário, a proteção mais intensa à mulher é o modo de se conferir efetividade ao princípio:

O princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual. 3. A Constituição Federal de 1988 utilizou-se de alguns critérios para um tratamento diferenciado entre homens e mulheres: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas e/ou legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho; ii) considerou existir um componente orgânico a justificar o tratamento diferenciado, em virtude da menor resistência física da mulher; e iii) observou um componente social, pelo fato de ser comum o acúmulo pela mulher de atividades no lar e no ambiente de trabalho – o que é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma. 4. Esses parâmetros constitucionais são legitimadores de um tratamento diferenciado desde que esse sirva, como na hipótese, para ampliar os direitos fundamentais sociais e que se observe a proporcionalidade na compensação das diferenças. 5. Recurso extraordinário não provido, com a fixação das teses jurídicas de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e de que a norma se aplica a todas as mulheres trabalhadoras⁴.

Entendeu-se, em síntese, que não há vedação, seja de ordem constitucional ou infraconstitucional ao tratamento diferenciado, desde que comprovada a existência de **elementos jurídicos legítimos para o *discrímen*** e que as garantias às diferenças existentes entre homens e mulheres sejam proporcionais, ou definidas por conjunturas sociais.

De fato, doutrina e jurisprudência reconhecem que a discriminação considerada legítima é aquela que não detém caráter de arbitrariedade. Ou seja, proíbem-se as diferenciações jurídicas sem justificção razoável. Essa nos parece a posição mais coerente.

⁴ STF. RE 658312, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015.



A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello (1999, p.18), em obra específica sobre o tema, teve a oportunidade de expor:

Por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende afirmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.

Aplicando a premissa de que as diferenciações de tratamento decorrentes do princípio da igualdade, em sua vertente material, devem ser justificadas, nos filiamos ao entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a adoção de medidas mais protetivas ao sexo feminino, especialmente no âmbito dos direitos trabalhistas, encontra a sua justificativa em critérios de ordem fisiológicos e sociais. É por isso que, como já mencionado anteriormente, fixou-se para as mulheres um lapso temporal menor para a concessão da aposentadoria da previdência social. Não pairam dúvidas de que há adequação, proporcionalidade e razoabilidade no tratamento diferenciado e nenhum espaço para a configuração da arbitrariedade. Portanto, é legítimo o benefício conferido em razão do gênero, nesta situação, o qual tem por objetivo corrigir a desigualdade existente entre os gêneros e coloca-los em situação de paridade.

Por outro viés, entendemos que as equiparações pretendidas no âmbito da aposentadoria privada complementar (modalidade contratual de caráter privado, que guarda independência em relação ao Regime Geral da Previdência Social), fundadas em *motivações exclusivamente ideológicas* de igualdade entre homens e mulheres é situação que se enquadra na hipótese de diferenciação arbitrária e, desse modo, ilegítima.

Essa conclusão está pautada, em primeiro plano, no fato de que não é responsabilidade do plano de aposentadoria privada complementar corrigir, ou minimizar, as diferenças históricas e sociais entre os gêneros. Essa função é



realizada pela Previdência Social, mediante a concessão de período completivo inferior às mulheres para a obtenção da aposentadoria. O segundo ponto que evidencia a arbitrariedade nesta pretensão, consiste no fato de que, em relação à aposentadoria privada complementar, não existe desigualdade entre os gêneros.

No âmbito do plano de aposentadoria privada complementar, que consagra o regime de capitalização, que tem como pressuposto a constituição de reserva prévia, a equiparação de benefícios conferidos às mulheres ao dos homens opera no plano da desigualdade pelo favorecimento dos iguais. Isso se diz, pois, os parâmetros iniciais levam em consideração exatamente o volume dos aportes realizados pelos gêneros até o momento da concessão dos benefícios. Se as mulheres recebem um percentual inicial menor, significa que aportaram menos recursos ao plano, ante a previsão legal de fazerem jus ao benefício cinco anos antes que os homens.

A consequência dessa equiparação, que não encontra respaldo no princípio da igualdade, será o favorecimento das mulheres em detrimento dos homens. A elas, porque receberão um benefício sem a formação de uma reserva capaz de garantir o valor em sua integralidade. Os homens, de outro lado, muito provavelmente terão o seu benefício reduzido, em que pese a formação prévia de um capital, como forma de reequilibrar a técnica científica dos planos de aposentadoria privada complementar.

A questão foi muito bem explicada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015):

A legitimidade da diferenciação deve ser aferida subjetivamente ou objetivamente, ou seja, quanto ao sujeito da diferenciação, o grupo por ela alcançado, e quanto às condições e critérios da diferenciação. Quanto ao primeiro aspecto, é ilegítima diferenciação quando arbitrária. Ou seja, quando é maculada pelo desvio de poder, sendo estabelecida por razões que não se coadunam com sua finalidade. É o caso das diferenciações fundadas em **motivos exclusivamente ideológicos** ou políticos ou fruto de capricho. Quanto ao segundo aspecto, a diferenciação somente é legítima quando justificada. Ou seja, quando corresponde a uma diversidade real e a norma se ajusta a tal diversidade. É a desigualação na medida da desigualdade.



2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE E A PREVIDÊNCIA PRIVADA

A letra do art. 5º, II, a CF preconiza que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

O princípio da legalidade, primeiro princípio do Estado Democrático de Direito, contempla a ideia de submissão à lei, porém é aplicado de forma diferente, a depender do seu destinatário. Em relação ao particular, confere liberdade para fazer a sua vontade, exceto o que a lei proíbe. Do outro lado, restringe a interferência do Poder Estatal na esfera das liberdades individuais, buscando evitar arbitrariedades.

A respeito do princípio da legalidade, o Ministro Gilmar Mendes, em coautoria com André Rufino do Vale (2013), já teve a oportunidade de elucidar que:

A ideia expressa no dispositivo é a de que somente a lei pode criar regras jurídicas (*Rechtsgesetze*), no sentido de interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora. Toda novidade modificativa do ordenamento jurídico está reservada à lei. É inegável, nesse sentido, o conteúdo material da expressão “em virtude de lei” na Constituição de 1988. A lei é a regra de direito (*Rechtssatz*) ou norma jurídica (*Rechtsnorm*) que tem por objeto a condição jurídica dos cidadãos, ou seja, que é capaz de interferir na esfera jurídica dos indivíduos, criando direitos e obrigações. A lei deve ser igualmente geral e abstrata, uma disposição normativa válida em face de todos os indivíduos (de forma impessoal) e que regule todos os casos que nela se subsumam no presente e no futuro. Trata-se também de um conceito material de lei como *ratio* e *ethos* do Estado de Direito, que leva em conta o conteúdo e a finalidade do ato legislativo, sua conformidade a princípios e valores compartilhados em sociedade, assim fortalecendo o necessário liame entre legalidade e legitimidade (...). Quando a Constituição, em seu art. 5º, II, prescreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, por “lei” pode-se entender o conjunto do ordenamento jurídico (em sentido material), cujo fundamento de validade formal e material encontra-se precisamente na própria Constituição. Traduzindo em outros termos, a Constituição diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa que não esteja previamente estabelecida na própria Constituição e nas normas jurídicas dela derivadas, cujo conteúdo seja inovador no ordenamento



(*Rechtsgesetze*). O princípio da legalidade, dessa forma, converte-se em princípio da constitucionalidade (Canotilho), subordinando toda atividade estatal e privada à força normativa da Constituição.

O plano de aposentadoria privada complementar, como se viu, encontra previsão no *caput* do artigo 202 da CF/88, de onde se extrai que *o regime da 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.*

No plano infraconstitucional, a matéria é regulamentada na LC 109/2001, em seus artigos 1º e 18, que também dispõe acerca da constituição prévia de reservas para garantia do plano, dispositivos que devem ser interpretados de forma conjunta com o artigo 6º da LC 108/2001, tendo em vista a **responsabilidade mútua pelo fundo, por parte dos participantes e da patrocinadora.**

Como se viu anteriormente, aplicando-se as regras próprias relativas à matéria, os planos de aposentadoria privada complementar são constituídos sob a perspectiva de que o recebimento do benefício pressupõe o correlato custeio prévio que o garante, o qual é formado pelo regime da capitalização. A ideia é a de que cada um receberá o seu quinhão.

Se, por um lado, em razão do gênero, é oportunizado às mulheres a percepção do benefício antecipadamente em cinco anos em relação aos homens, não se pode desconsiderar, pelo viés econômico e atuarial, o volume menor de aportes por elas realizado e, conseqüentemente, a formação menor do prévio custeio.

Nessa perspectiva, a diferenciação no percentual inicial pago em razão do gênero parece ser corolário da legalidade. A conduta é fundamentada na premissa modular dos fundos de previdência complementar que é a adoção do regime da capitalização. O benefício diferenciado aos gêneros, portanto, encontra respaldo no princípio da legalidade e atende adequadamente ao princípio da igualdade.

Mas não é só. Em se tratando de um plano na modelagem de benefício definido, não é demais realçar que o cálculo da prestação previdenciária tomará o



critério de apuração proporcional entre os recursos acumulados (patronal e individual) e o tempo contribuído para a formação da reserva, por ser o procedimento desejável para se chegar aos efetivos direitos, não havendo qualquer erro na metodologia, que respeita a regra de sustentação, o denominado custeio.

Aliás, a regra Constitucional, a que alude o art. 202 visa a garantir, a título de prestação previdenciária, o que realmente foi vertido pelas partes signatárias da relação contratual. Significa dizer: um tempo contributivo inferior de uma participante não poderia propiciar um benefício em patamar idêntico àquele que foi constituído pelo participante do sexo masculino por um período superior, sob pena de se permitir um direito sem a devida contrapartida financeira e com fortes tendências para acarretar o desequilíbrio atuarial do plano, posto que faltante a respectiva fonte de custeio.

3 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DAS REGRAS DE APOSENTADORIA PARA HOMENS E MULHERES. DISTINÇÃO DE TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO QUE TEM ORIGEM NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E EM LEI ORDINÁRIA

A regra que estabelece a distinção de percentual do benefício para homens e mulheres, reflete distinção que tem base constitucional e legal, obedecendo à hierarquia das leis na pirâmide normativa.

Para que se possa constatar essa realidade, faz-se breve histórico da evolução legislativa da cláusula geral de igualdade (art. 5º, *caput*, I da CF/88), na qual estão inseridas as regras infraconstitucionais (art. 53, I da Lei 8.313/91) e as normas internas dos planos dos fundos de previdência, notadamente ao REG – Regulamento Básico de Plano de Benefícios.

Pois bem. Na Constituição de 1824, no art. 179, XIII, o princípio da isonomia vinha previsto no sentido de que: “... a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”.



Posteriormente, na Constituição de 1891, o constituinte preocupou-se em igualar a todos, impedindo discriminações em razão de posses, títulos ou nascimento. Previa o art. 72, 2º: “... *todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliarchicos e de conselho*”.

No entanto, somente em 1934 é que o legislador voltou seus olhos aos problemas sociais discriminativos em relação à mulher e passou a prever o seu **tratamento igualitário com os homens**: “*todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas*” (art. 113, 1).

Após a Constituição de 1934, mais três outras – 1937, 1946 e 1967 – antecederam a Constituição Federal de 1988 que, de fato, enfrentou o tema da igualdade entre os sexos.

A Constituição Federal de 1988 trata desse tema nos seguintes dispositivos:

Art. 5º, *caput*. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Art. 5º, I: homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Atente-se que na parte final do art. 5º, I, foi assegurado o tratamento diferenciado para homens e mulheres, conforme se extrai do art. 7º, XX e o art. 40, §1º, III:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado o regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. §1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: III – voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: a)



sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinquenta anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: §7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I – trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II – sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

O tratamento diferenciado teve como premissas a exclusão histórico-social da mulher, a resistência física e componentes sociais⁵. Concebeu-se, então, a igualdade entre os gêneros, a partir da realidade, com as suas múltiplas facetas, afastando-se a interpretação decorrente do liberalismo clássico⁶. Desse modo, é mais do que evidente a impossibilidade de igualar indiscriminadamente homens e mulheres, pois é exatamente a consideração aos contrastes individuais que atenta ao princípio da isonomia, como já se pronunciava Rui Barbosa (1997, p.26):

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social,

⁵ Oportuna transcrição de brilhante acórdão desse e. STF, já mencionado acima neste Parecer, prolatado nos autos de RE 658.312: “Pela leitura desses dispositivos, podemos concluir que a Constituição Federal veio a se utilizar de alguns critérios para esse tratamento diferenciado: i) em primeiro lugar, levou em consideração a histórica exclusão da mulher do mercado regular de trabalho e impôs ao Estado a obrigação de implantar políticas públicas, administrativas ou meramente legislativas de natureza protetora no âmbito do direito do trabalho (PITAGUY, Jacqueline & BARSTED, Leila L. (orgs). **O Progresso das Mulheres no Brasil**. Brasília: UNIFEM, Fundação Ford e CEPIA, 2006); ii) considerou existir um componente orgânico, biológico, a justificar o tratamento diferenciado, inclusive pela menor resistência física da mulher; e iii) considerou haver, também, um componente social pelo fato de ser comum o acúmulo de atividades pela mulher no lar e no ambiente de trabalho – o que, de fato, é uma realidade e, portanto, deve ser levado em consideração na interpretação da norma, como propõe a metódica concretista de Friedrich Müller (cf. **Métodos de trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann: Rio de Janeiro, Renovar, 2005 e **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes do direito**. Trad. Dimitri Dimoulis et.al.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008). RE 658.312-SC, Rel. Ministro Dias Toffoli, J. em 27/11/2014.

⁶ “O homem, nascendo, conforme provamos, com direito à perfeita liberdade e gozo incontrolado de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, por igual a qualquer outro homem ou grupo de homens do mundo, tem, por natureza, o poder não só de preservar sua propriedade - isto é, a vida, a liberdade e os bens - contra os danos e ataques de outros homens, mas também de julgar e castigar as infrações dessa lei por outros conforme estiver persuadido da gravidade da ofensa...”. LOCKE, 2001. p. 133.



proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. (...)Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.

Da mesma forma que as diferenças entre os sexos foi objeto de cuidado pelo constituinte, ao estabelecer diferenciado regime temporal de aposentadoria⁷, não poderia ser diferente para o regime da previdência privada complementar, a fim de compatibilizar o tempo de aposentadoria de homens e mulheres com um dos principais pilares de seu regime: equilíbrio atuarial do fundo.

Veja-se que antes da Constituição Federal de 1988, apenas ao homem era permitido aposentar-se proporcionalmente, conforme se extrai do art. 10 da Lei 5.890/1973⁸. Foi, então, somente com a Constituição Federal de 1988 que passou a se assegurar também à mulher o direito à aposentadoria proporcional, a partir de 25 anos de contribuição.

Em que pese a regra constitucional se dirigir à previdência social, três fundos de previdência complementar do país passaram a adotar o benefício proporcional às mulheres que quisessem se aposentar com 25 anos de contribuição, recebendo o benefício na proporção de 70%: FUNCEF, COPEL e FORLUZ⁹.

No caso da FUNCEF, adaptou-se o antigo plano REG – Regulamento Básico, mediante a celebração do IPAC – Instrumento Particular de Alteração Contratual, tendo como bases legais a Constituição Federal e a Lei 8.213/91, que em seus arts. 52 e 53, I, passaram a prever a aposentadoria por tempo de serviço para a mulher, consistente na renda mensal de 70% do salário-de-benefício aos 25 anos de serviço.

⁷ Como já tive oportunidade de expor, a regra da aposentadoria proporcional – a partir de 25 anos de contribuição para mulheres 30 anos homens – tem como justificativa o maior desgaste físico da mulher, inclusive em razão de sua dupla jornada: compatibilização de trabalho profissional e trabalho doméstico.

⁸ “Art. 10. A aposentadoria por tempo de serviço será concedida aos trinta anos de serviço: I – até a importância correspondente a 10 (dez) vezes o maior salário-mínimo vigente no País, em valor igual a: a) 80% (oitenta por cento) do salário-de-benefício, ao segurado do sexo masculino; b) 100% (cem por cento) do salário-de-benefício ao segurado do sexo feminino;”

⁹ Dados extraídos de manifestação da PREVIC, que figura como *amicus curiae* no Recurso Extraordinário 639.138/RS.



Em 1998, no entanto, o sistema de previdência social sofreu significativas alterações, inclusive quanto à extinção da aposentadoria proporcional por tempo de serviço, mediante a promulgação da Emenda Constitucional nº 20/98, respeitando-se, ao mesmo tempo, o direito adquirido dos beneficiários que já contavam com a possibilidade de aposentar-se antes do limite constitucional vigente à época – 25 anos para mulher e 30 para homem¹⁰.

A justificativa para a adoção do percentual de 70%, portanto, decorre da aplicação de dois pilares que regem o regime da previdência complementar: **a.** o regime contratual da previdência complementar e; **b.** o equilíbrio atuarial do fundo.

Assim, observadas essas considerações, parece mais do que desejável e necessário que a igualdade entre homens e mulheres não se dê indiscriminadamente, mas sim em atenção aos ditames do princípio da isonomia.

CONCLUSÃO

Todos os elementos colhidos até aqui convergem em prol da conclusão de que a distinção norteadora do RGPS não encontra acolhimento justificador de sua replicação na previdência privada complementar.

¹⁰ Em síntese, a aposentadoria proporcional pode ser concedida nas seguintes hipóteses: *“Para aqueles que completaram 25 anos de tempo de serviço, se mulher, e 30 anos de tempo de serviço, se homem, até 15.12.1998, é garantida a concessão de aposentadoria proporcional, independentemente da idade, com renda equivalente a 70% do salário de benefício acrescido de 6% a cada ano adicional de tempo de serviço até no máximo 100%. Por sua vez, aos que ingressaram no RGPS antes da E.C. nº 20/98 e não preencheram o tempo mínimo exigido até a Emenda, há uma regra de transição para a concessão de aposentadoria proporcional. De acordo com essa regra, exige-se, na data de entrada do requerimento, a idade mínima de 48 anos, se mulher, e 53 anos, se homem, além da comprovação de tempo de serviço mínimo acrescido de um “pedágio” (40% do tempo que, na data da E.C. nº 20/98, faltava para atingir o tempo mínimo de 25 anos, se mulher, e 30 anos, se homem). Nesse caso, a renda mensal será equivalente a 70% do salário de benefício acrescido de 5% a cada ano adicional de tempo de serviço até no máximo 100%. Por fim, para os novos filiados à Previdência Social, já sob a égide das alterações trazidas pela E.C. nº 20/98, não há mais a possibilidade de concessão de aposentadoria proporcional, mas apenas de aposentadoria integral. É necessária a comprovação de 30 anos de tempo de contribuição, se mulher, e 35 anos de tempo de contribuição, se homem, independentemente da idade, e a aposentadoria será concedida com Renda Mensal Inicial equivalente a 100% do salário de benefício”.* (TSUTSUI, 2014).



De modo algum se está aqui a renegar discriminações positivas abrigadas pela Constituição. O que se quer dizer é que o regime privado, exatamente por ser complementar ao oficial, que já observa condições mais favoráveis às mulheres, por exemplo, observa dinâmica distinta, de natureza contratual e sob condições entabuladas e anuídas pelas partes da relação.

Condição decisiva desse pacto privado é o critério atuarial, que observa para o necessário cálculo e custeio de benefícios e sustentabilidade do plano as contribuições vertidas pelos participantes.

Daí que o caráter complementar e privado do fundo, somado ao necessário equilíbrio atuarial viabilizador de sua manutenção e à autonomia da vontade, rechaçam, em nossa visão, qualquer justificativa no sentido de, na esteira de uma eficácia horizontal de direitos fundamentais, pretender replicar no modelo particular — frise-se novamente: complementar — critérios distintivos presentes no regime oficial obrigatório.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 5.890, de 08 de junho de 1973**. Altera a legislação de previdência social e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jun. 1973. Col. 4, p. 5586.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 639.138-RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 30/06/2011. Data de publicação: DJe-101 29/05/2013.

_____. _____. **Recurso Extraordinário nº 658.312-SC**. Relator: Min. Dias Toffoli. Data de julgamento: 27/11/2014. Data de publicação: DJe-027 10/02/2015.



_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). **Mandado de Segurança nº 29.893-DF**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 06/09/2011. Data de publicação: DJe-183 23/09/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. (reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios Fundamentais do Direito Constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. Comentário ao Art.5º, II. in: CANOTILHO, J.J. Gomes [et al.]. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TSUTSUI, Priscila Fialho. **A aposentadoria proporcional e as regras de transição**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 nov. 2014. Disponível em: < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-aposentadoria-proporcional-e-as-regras-de-transicao,50666.html> >. Acesso em: 26 jun. 2019.

