



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

**A COMPATIBILIDADE DO TEMPO FICTO DO SERVIÇO ESPECIAL NA
PREVIDÊNCIA PRIVADA**

VICTOR FERREIRA GUIMARÃES

BRASÍLIA

2016

Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

VICTOR FERREIRA GUIMARÃES

**A COMPATIBILIDADE DO TEMPO FICTO DO SERVIÇO ESPECIAL NA
PREVIDÊNCIA PRIVADA**

Monografia apresentada como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Professora Doutora Érica
Fernandes Teixeira Brasil Paez.

BRASÍLIA

2016

VICTOR FERREIRA GUIMARÃES

**A COMPATIBILIDADE DO TEMPO FICTO DO SERVIÇO ESPECIAL NA
PREVIDÊNCIA PRIVADA**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do título de bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB, pela
banca examinadora composta por:

Professora Doutora Érica Fernandes Teixeira Brasil Paez
Orientadora

Professor Doutor Ricardo José Macedo de Britto Pereira
Membro da Banca Examinadora

Professor Mestre Thiago Luís Santos Sombra
Membro da Banca Examinadora

Professor Doutor Valcir Gassen
Suplente

À minha família, que me apoiou a todo tempo, incentivou-me sempre que preciso e ajudou-me a cada dia, especialmente nas pequenas coisas.

RESUMO

Recentemente, o STJ decidiu que o tempo ficto daqueles que trabalham em serviço passível de aposentadoria especial – trabalho insalubre, perigoso, penoso – não poderia ser levado em consideração no valor do benefício da aposentadoria privada de tais trabalhadores. Isso porque o regime geral de previdência social – RGPS – e o regime da previdência privada seriam ontologicamente distintos, descabendo contar tempo ficto ao benefício deste. Esta Monografia propõe releitura da função da previdência social, como materializadora da dignidade humana, e a incidência de direitos fundamentais, na relação entre segurado participante e previdência privada, que impõem a consideração do tempo ficto em seu benefício. Defender-se-á, portanto, que o tempo ficto reconhecido no RGPS é não apenas um direito adquirido, mas também a consubstanciação da proteção dos direitos sociais, fundamentais de 2ª geração. Além, apesar de o tempo ser juridicamente ficto, a causa é fática: o desgaste excessivo do trabalhador. De acordo com vertente protetiva, tal desgaste maior do trabalhador deve ser considerado na complementação de sua aposentadoria quando levada à relação privada com a previdência complementar, devido à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que os faz incidir nas relações entre particulares.

PALAVRAS-CHAVE: Previdência social. Dignidade Humana. Serviço especial. Aposentadoria especial. Previdência Privada. Direito adquirido. Direito social. Proteção fundamental contra o Estado. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tempo ficto do serviço especial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 O regime geral da previdência social - RGPS	11
1.1 Objeto de pesquisa e critérios de comparação	11
1.1.1 Conceito e natureza jurídica da previdência social.....	12
1.1.2 Breves considerações sobre a evolução histórica da previdência social	15
1.1.3 Princípios específicos da previdência social.....	18
1.1.4 Sistema de financiamento do RGPS.....	26
1.1.5 A previdência social e seu papel no Estado Democrático Brasileiro	30
1.1.6 Delimitação da dignidade humana.....	32
CAPÍTULO 2 Aposentadoria Especial	39
2.1 Conceito e características da aposentadoria especial	39
2.1.1 Fundamentos do serviço especial.....	42
2.1.2 Tempo ficto como direito adquirido	45
CAPÍTULO 3 A previdência privada	48
3.1 Conceito, contexto histórico, características e natureza jurídica da previdência privada.....	48
3.2 Princípios específicos da previdência privada.....	55
3.3 Sistema de financiamento da previdência privada	57
CAPÍTULO 4 A compatibilidade entre o tempo ficto do serviço especial e a suplementação do benefício inicial da previdência privada	59
4.1 A não interferência da diferença ontológica entre os regimes geral e privado	59
4.1.1 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais como fundamento maior de compatibilidade	61
4.2 A não violação do equilíbrio atuarial.....	64
CONCLUSÃO	70
BIBLIOGRAFIA	74

INTRODUÇÃO

A previdência social protege o ser humano de riscos sociais, mundanos e inevitáveis. Garante, nesse sentido, meios à própria manutenção da vida em sociedade. Porém, vai além. A previdência social materializa a dignidade humana¹, na medida em que se consubstancia em direito social, fundamental de 2ª geração, protetivo contra o Estado, e que exige deste atos comissivos de proteção do segurado.

Apesar de ser função fundamental da seguridade social, como gênero, e, essencialmente, da assistência social, como uma espécie da tríade – assistência, saúde, previdência –, a proibição da proteção insuficiente² também encontra-se presente na previdência social. Não em sentido de manutenção da subsistência, como na assistência, mas no de garantir a manutenção do estilo de vida do segurado, ou, ao menos, amenizar as perdas dos riscos sociais. Portanto, a previdência social garante, pelos seus benefícios, a manutenção da vida digna.

Dentre tais benefícios, a aposentadoria especial configura peculiar caráter protetivo. Isso porque surge para compensar o trabalho do serviço especial, este considerado como forma de trabalho insalubre, perigoso ou penoso, previsto no art. 7º, XXIII, da CF. Procura-se, assim, estabelecer critérios para concessão de aposentadoria decorrente de serviços exercidos sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador. A aposentadoria especial tem previsão no art. 201, §1º, da CF; arts. 57 e 58 da Lei 8.213/91; e arts. 64 a 70 do Decreto n. 3.048/99; dentre outros atos normativos. Sua finalidade, de acordo com *Leiria*, é de “amparar o trabalhador que laborou em condições nocivas e perigosas à sua saúde, reduzindo o tempo de serviço/contribuição para fins de aposentadoria.”³.

¹ A doutrina é pacífica ao afirmar que a previdência social é, além de um direito fundamental, materializadora da dignidade humana. Neste sentido, dentre outros: CASTRO, 2011, p. 55; GARCIA, 2015, p. 310; MENDES, 2015, p. 638; MARTINS, 2015, p. 300.

² A proibição à proteção insuficiente é utilizada por *Canaris* como uma das funções dos direitos fundamentais, juntamente à segunda função: proibição de excesso. (CANARIS, 2003, p. 130).

³ LEIRIA, 2001, p. 164.

A aposentadoria especial apresenta, então, função específica de direito social de prestação positiva, no sentido de garantir a proibição da proteção insuficiente àqueles que exercem atividades prejudiciais à própria saúde ou integridade. Cuida-se de um dos meios por qual age a previdência social, em que busca equilibrar o desgaste excessivo do trabalhador com o tempo de trabalho. Para atingir este equilíbrio, diminui-se o tempo de serviço, para fins de aposentadoria, para 25, 20 ou 15 anos, a depender da nocividade do fato gerador. Quando o segurado que exerce serviço especial muda de regime previdenciário – do especial ao comum, convertendo-se o tempo de serviço; ou quando tem período de serviço especial reconhecido, administrativamente ou judicialmente, posteriormente à concessão de sua aposentadoria, tal tempo de serviço especial é chamado de tempo ficto.

Quando o segurado busca previdência privada para complementar sua aposentadoria e junta o tempo de serviço reconhecido pelo órgão do RGPS, o INSS, espera-se que o benefício inicial complementar da previdência privada considere o tempo reconhecido no outro regime, o RGPS. Espera-se, portanto, que incida o tempo ficto no cálculo da suplementação inicial do benefício da previdência privada. Isso porque, além do *status* fundamental que o tempo ficto representa, como direito social protetivo a trabalhadores que laboram em condições nocivas, ele também se consubstancia, na mudança de regime, como direito adquirido, do art. 5º, XXXVI, da CF.

Porém, malgrado a relevância fundamental do tempo ficto, em sua acepção de proibição da proteção insuficiente (CANARIS, 2003) ou direito fundamental à prestação (ALEXY, 2011), a jurisprudência superior inadmite sua consideração no cálculo do benefício suplementar inicial da previdência privada, sob os argumentos, em síntese, de distinção ontológica entre o RGPS e a previdência privada, e de equilíbrio atuarial. Neste sentido, o informativo 555 do STJ, de 11 de março de 2015:

DIREITO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. INCOMPATIBILIDADE DE BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL COM A PREVIDÊNCIA PRIVADA.

Não é possível aproveitar tempo de serviço especial, tampouco tempo de serviço prestado sob a condição de aluno-aprendiz, mesmo que reconhecidos pelo INSS, para fins de cálculo da renda mensal inicial de benefício da previdência privada. Por um

lado, de acordo com os arts. 202 da CF e 1º da LC 109/2001, a previdência privada é de caráter complementar, facultativa, regida pelo Direito Civil, baseada na constituição de reservas que garantam o benefício contratado - sendo o regime financeiro de capitalização (contribuições do participante e do patrocinador, se houver, e rendimentos com a aplicação financeira destas) obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações continuadas e programadas - e organizada de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social. Por outro lado, a previdência social é um seguro coletivo, público, de cunho estatutário, compulsório - ou seja, a filiação é obrigatória para diversos empregados e trabalhadores rurais ou urbanos (art. 11 da Lei 8.213/1991) -, destinado à proteção social, mediante contribuição, proporcionando meios indispensáveis de subsistência ao segurado e à sua família na ocorrência de certa contingência prevista em lei (incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte do segurado), sendo o sistema de financiamento o de caixa ou de repartição simples. Conclui-se, desse modo, que, ante as especificidades de cada regime e a autonomia existente entre eles, a concessão de benefícios oferecidos pelas entidades abertas ou fechadas de previdência privada não depende da concessão de benefício oriundo do regime geral de previdência social. Além disso, ressalte-se que, pelo regime de capitalização, o benefício de previdência complementar será decorrente do montante de contribuições efetuadas e do resultado de investimentos, não podendo haver, portanto, o pagamento de valores não previstos no plano de benefícios, sob pena de comprometimento das reservas financeiras acumuladas (desequilíbrio econômico-atuarial do fundo), a prejudicar os demais participantes, que terão que custear os prejuízos daí advindos. Verifica-se, portanto, que o tempo de serviço especial (tempo ficto) e o tempo de serviço prestado sob a condição de aluno-aprendiz, próprios da previdência social, são incompatíveis com o regime financeiro de capitalização, ínsito à previdência privada.⁴

Diante da ótica protetiva fundamental, o entendimento do Tribunal Superior não parece o mais adequado. Objetiva-se, neste trabalho, desenvolver as razões, algumas acima brevemente apontadas, por quais se demonstra a incidência do tempo ficto de serviço especial no regime da previdência privada. Para tanto, será feita, no primeiro capítulo, releitura dos aspectos constitucionais da previdência social, evidenciando-se sua relação com a manutenção da dignidade humana e sua função protetiva de direito social. Em segundo capítulo, adentrar-se-á em análise mais profunda sobre o serviço especial e a aposentadoria especial, como meios de atuação da previdência social, com fim de confirmar a causa jurídica de status fundamental

⁴ REsp 1.330.085-RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 10/2/2015, DJe 13/2/2015.

do tempo ficto e a correspondência desta causa com a realidade: o desgaste excessivo do trabalhador. No terceiro capítulo, será analisado o regime da previdência privada, evidenciando-se sua relação jurídica de direito privado e seu regime de capitalização, que opera mediante investimentos das contribuições dos segurados. No capítulo quarto, será demonstrada a insubsistência do argumento de equilíbrio atuarial, tanto pelo regime de capitalização, que impessoaliza o investimento das contribuições e, por isso, subordina o equilíbrio atuarial muito mais ao retorno do investimento do que à consideração de excepcional tempo ficto, quanto pela prevalência de direitos fundamentais sobre argumentos legais, que impõe sua incidência protetiva, por meio do tempo ficto, no benefício suplementar da previdência privada; bem como se demonstrará que a diferença ontológica dos regimes de previdência privada e de previdência social não justifica a desconsideração do tempo ficto, pois, apesar de haver diferenças claras, a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência, garante sua aplicabilidade nas relações privadas, incidindo o tempo ficto, sob fundamento do direito adquirido, direito social – fundamental de 2ª geração em seu aspecto de proibição de proteção insuficiente – e dignidade humana, na previdência privada, sem que isso desvirtue seu regime particular, mas, antes, concordando com sua finalidade exclusiva: a proteção social do segurado. Por fim, nas considerações finais, serão sintetizadas as razões em defesa da compatibilidade entre o tempo ficto do serviço especial do RGPS e a suplementação do benefício inicial da previdência privada.

Espera-se contribuir ao debate jurídico de tema tão relevante à realidade social – o clássico mundo do ser, em contraposição ao do dever-ser –, que apresenta-se em fase de debates teóricos próprios do século XXI, de hoje e de amanhã.

CAPÍTULO 1

O regime geral da previdência social – RGPS

1.1 Objeto de pesquisa e critérios de comparação

A previdência social é subsistema de proteção social que integra a Seguridade Social. Este subsistema, por sua vez, apresenta regimes peculiares: o RGPS, regime geral da previdência social, e o RPPS, regime próprio da previdência social. Neste trabalho, busca-se analisar o regime geral de previdência social, que apresenta regime e segurados distintos dos do regime próprio. Com efeito, Martins arrola os segurados do RGPS:

Segurado é tanto o que exerce ou exerceu atividade remunerada, como aquele que não exerce atividade (desempregado) ou que não tem remuneração por sua atividade (dona de casa). Os segurados podem ser divididos em segurados obrigatórios (empregado, empregado doméstico, trabalhador avulso), obrigatórios individuais (trabalhador autônomo, eventual e equiparado, empresário) e segurado facultativo (desempregado, estudante, dona de casa, síndico de condomínio).⁵

Deste conceito, acrescenta-se, como segurado obrigatório, mas de contribuição presumida, demonstrada pelo tempo de serviço, o segurado especial⁶. Ressalta-se, ademais, que o síndico do condomínio será classificado como segurado facultativo apenas se não receber remuneração pelo ofício, sendo considerado segurado obrigatório quando remunerado.

De outro giro, *Garcia* explicita a incidência do RPPS:

Os Regimes Próprios da Previdência Social abrangem os militares dos Estados e do Distrito Federal (art. 42, §§ 1º e 2º, da Constituição da República), os militares das Forças Armadas (art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição Federal), bem

⁵ MARTINS, 2015, p. 310.

⁶ Com fundamento no art. 195, § 8º, da CF; art. 12, VII, da Lei 8.212/91, o segurado especial é a pessoa física residente em imóvel rural, ou aglomerado urbano próximo, que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com auxílio eventual de terceiros, na condição de produtor, explore atividade de agropecuária em área de até 4 módulos fiscais; ou de seringueiro; pescador artesanal ou assemelhado; cônjuge ou companheiro do segurado especial.

como os servidores públicos estatutários cujos entes políticos os tenham instituído (art.40 da Constituição Federal de 1988).⁷

Delimitado o objeto de análise: o RGPS; passa-se a segunda divisão da previdência social. Esta se divide em previdência social geral, como direito fundamental à prestação do Estado (ALEXY, 2011), estruturada pelo RGPS, e em previdência complementar, ou privada, em relação de direito privado com o segurado. A fim de se concluir com segurança pela incidência do tempo ficto do serviço especial na previdência privada, é necessário analisar e comparar esses dois regimes. Para tanto, elenca-se critérios de comparação, que auxiliarão na melhor compreensão de cada regime. De forma básica, os critérios são: conceito, contexto e natureza jurídica, princípios, e sistema de financiamento.

Enquanto se analisará tais critérios do RGPS neste capítulo, os da previdência privada o serão no capítulo terceiro. Malgrado a subdivisão classificatória da previdência social, para fins de análise e comparação, utilizar-se-á a abreviação “previdência social” para referir-se ao RGPS, em contraposição à “previdência privada”. Tal jargão é amplamente usado pelos Tribunais Superiores – inclusive no julgado citado na introdução deste trabalho.

1.1.1 Conceito e natureza jurídica da previdência social

O direito à seguridade social consiste num direito fundamental do indivíduo. Trata-se de uma expressão adotada pela constituinte de 1988, com o objetivo de criar um sistema protetivo, até então inexistente no nosso País, tendo como pressuposto a primazia do trabalho humano.

O artigo 194 da Constituição Federal de 1988 declara que:

A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Para *Ibrahim*, a seguridade social pode ser definida como:

⁷ GARCIA, 2015, p. 309 e 310.

a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna.⁸

A previdência social, portanto, integra o gênero seguridade social. Pode-se conceitua-la como:

O segmento da Seguridade Social, composto por um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição do segurado, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, contra contingências de perda ou redução da sua remuneração, de forma temporária ou permanente, de acordo com a previsão da lei.⁹

Complementarmente, pode-se denominar previdência social, de modo a expor suas características, como sendo “seguro *sui generis*, pois é de filiação compulsória para os regimes básicos, além de coletivo, contributivo e de organização estatal, amparando seus beneficiários contra os chamados riscos sociais.”¹⁰

De certo, a previdência social deve ser entendida além de um seguro estatal obrigatório. Trata-se, então, de um seguro decorrente de conquista histórico-social, e nisso assemelha-se ao direito trabalhista, em que figuram partes distribuídas compulsoriamente e estaticamente, estando de um lado particulares e, de outro, o Estado. Esta relação deve visar à proteção social do segurado, elevando tal direito ao nível constitucional fundamental.

O RGPS é regido pelo direito público. A natureza jurídica da previdência social é, pois, de uma relação pública, de um seguro de proteção social público compulsório, na medida da subsunção legal. Rege-se, portanto, pelas normas de direito público, tanto porque representa direito fundamental de 2ª geração – ou dimensão –, que impõe atos comissivos do Estado, estabelecendo a relação entre ele e o segurado.

Ressalte-se que a previdência, nesta dimensão de direitos fundamentais, apresentou, com o direito do trabalho, importante papel histórico

⁸ IBRAHIM, 2012, p. 5.

⁹ MARTINS, 2015, p. 300.

¹⁰ IBRAHIM, 2012.

de conquista de proteção do segurado trabalhador. Deve-se, ademais, atentar que tal função protetiva permanece essencial hodiernamente, já que o equilíbrio das conquistas sociais é volátil e dinâmico, e demanda, portanto, constante relação protetiva entre o direito do trabalho e o previdenciário. Neste sentido, tanto os direitos previdenciários quanto os direitos trabalhistas são devidos a todo cidadão como condição mínima de existência. Sua tutela em âmbito internacional – em especial através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 – e nacional demonstra a relevância desses direitos como promotores da qualidade de vida e dignidade dos cidadãos.

Os vínculos do Direito do Trabalho com o ramo previdenciário (ou de seguridade social) são históricos: os dois segmentos jurídicos praticamente nasceram do mesmo processo de intervenção do Estado no mercado de trabalho, a partir da segunda metade do século XIX, na Europa Ocidental.

Hoje tais vínculos preservam-se estreitos, inclusive pelo fato de parte significativa da arrecadação da Previdência Oficial, no sistema brasileiro, originar-se da folha de salários das empresas, tomando como base de cálculo, no caso das empregados, as verbas de natureza salarial por eles recebidas, inclusive as equiparadas aos salários para tais fins, como as gorjetas.¹¹

O direito do trabalho e o direito previdenciário caminham juntos na busca pela plena dignidade do cidadão numa sociedade mais igualitária. Para este fim, preponderaram normas de cumprimento obrigatório – cogentes – em ambos os sistemas.

Assim sendo, com foco em sua função fundamental protetiva, a previdência social pode ser entendida, em conclusão parcial sintética, como seguro coletivo, de natureza pública, de relação institucional – ou não contratual –, compulsório, com finalidade de proteção fundamental social, financiada mediante contribuição social – espécie de tributo –, que funciona como meio imprescindível de subsistência do segurado e de seus dependentes na ocorrência de riscos sociais legalmente previstos (idade avançada, morte, desemprego involuntário, incapacidade, acidente de trabalho, doença, prisão, maternidade, dentre outros).

¹¹ DELGADO, 2014, p. 81.

1.1.2 Breves considerações sobre a evolução histórica da previdência social

Torna-se relevante compreender breve evolução histórica do tratamento legal e constitucional da previdência social.

A primeira norma a cuidar da previdência social foi o Decreto 4.682/23, conhecida como Lei Eloy Chaves, que estabeleceu um sistema de benefícios aos ferroviários, na forma de caixa de aposentadorias e pensões custeadas pelas empresas. Após, segunda norma de relevo foi a Lei 3.807/60, apelidada de LOPS, que tratava da organização da Previdência Social, prevendo segurados, dependentes, inscrição e benefícios, mas, nos termos de seu art. 3º, II, excluindo os trabalhadores rurais. Atualmente, as Leis 8.212/91 e 8.213/91 regulam a previdência social, em grande medida.

A Constituição de 1824 não previu normas de previdência social, mas tão somente de assistência social. Em seu art. 179, XXXI, a Constituição Imperial de 1824 enuncia que “A Constituição também garante os socorros públicos”. A expressão socorros públicos refere-se à ideia de assistência social, na medida em que busca amparar aqueles impossibilitados de manter-se. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, em seu item XXI, propõe o que se entende por socorros públicos: “Os auxílios públicos são uma dívida sagrada. A sociedade deve a subsistência aos cidadão infelizes, quer seja procurando-lhes trabalho, quer seja assegurando os meios de existência àqueles que são impossibilitados de trabalhar.”¹²

Apesar de parte da doutrina¹³ criticar a falta de aplicabilidade efetiva da referida previsão normativa da Constituição de 1824, trata-se de embrião teórico para caminho protetivo da seguridade social e, como espécie desta, da previdência social.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, pouco avançou em termos de proteção previdenciária, de modo que a única previsão sobre o tema encontra-se em seu art. 75: “A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação”.

¹² Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1793, disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1793.htm> Acesso em janeiro de 2016.

¹³ Neste sentido: HORVATH JÚNIOR, 2006, p. 25; e OLIVEIRA, 1997, p. 26.

A previsão normativa da época indica desenvolvimento paradigmático teórico a um regime protetivo de previdência social, mas ainda longe de sua concretização.

A Constituição de 1934 passou a reconhecer um sistema de previdência social, dispondo sobre normas protetivas e benefícios no art 121, §1º, h, e sobre competência legislativa privativa da União sobre assistência social no art. 5º, XIX, c.

Castro, em análise constitucional e internacional da previdência social, afirma que “a Constituição de 1934 foi a primeira a incluir a palavra “Previdência” em seu texto, e tinha como objetivos o amparo à velhice, invalidez, maternidade, acidentes do trabalho e morte”.¹⁴

De outro giro, a Constituição de 1937, outorgada por Getúlio Vargas e apelada de Constituição Polaca, devido à semelhança com a Constituição polonesa, de linha ditatorial, de 1935, retrocedeu em proteção previdenciária anteriormente conquistada, tanto no que refere-se ao custeio do Estado, quanto no tocante aos benefícios obtidos.

A Constituição de 1946 tratou da previdência social de maneira expressa, consolidando seu tríplice custeio pela União, empregadores e empregados, além de instituir seguro obrigatório contra acidentes do trabalho, pago pelo empregador.

A Constituição de 1967, já em meio ao regime de ditadura militar, limitou-se a repetir os previsões anteriores.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 trouxe avanço paradigmático, na medida em que ultrapassou a noção de previdência e instaurou a de seguridade social, atuando nas áreas da saúde, previdência e assistência. De acordo com ser art. 193, a ordem social objetiva o bem-estar e a justiça sociais. O avanço protetivo é evidente, a previdência passa a ser tratada expressamente como direito constitucional, de nível fundamental e social.

A CF/88 evidencia avanço social do sistema de seguridade social. O tratamento constitucional do subsistema previdenciário também foi aprimorado, tanto por regras quanto por princípios, este analisados adiante. As regras

¹⁴ CASTRO, 2011, p. 34

constitucionais que moldam os limites de atuação da previdência social são sintetizadas por *Castro e Lazzari*:

O Regime Geral de Previdência Social – RGPS, nos termos da Constituição atual (art. 201), não abriga a totalidade da população economicamente ativa, mas somente aqueles que, mediante contribuição e nos termos da lei, fizerem jus aos benefícios, não sendo abrangidos por outros regimes específicos de seguro social.

Ficaram excluídos do chamado Regime Geral de Previdência: os servidores públicos civis, regidos por sistema próprio de previdência; os militares; os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público; e os membros do Tribunal de Contas da União, todos por possuírem regime previdenciário próprio; e os que não contribuem para nenhum regime, por não estarem exercendo qualquer atividade¹⁵.

A Constituição de 1988 foi um importante marco teórico de proteção social, na medida em que previu uma ordem jurídica organizada de normas protetivas e, nesse sentido, consiste em avanço dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito. *Savaris e Strapazzon* anotam o avanço social histórico da constituinte de 1988:

No caso do Brasil, e especialmente para responder e superar a *herança imoral* de uma cena social com discriminatórias estruturas de oportunidades, resultado de muitos anos de adoção de modelos de desenvolvimento *não inclusivos*, o regime constitucional da Seguridade Social (art. 194 e ss.) que foi aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte caracteriza-se por ser um sistema de (i) direitos materialmente conexos com os direitos humanos (DUDWI948, Convenção 102/OIT; PIDESC/1966) e com os direitos previstos no Título 11 (art. 6.º CRFB), relativo aos direitos fundamentais; são (ii) direitos rigidamente protegidos, posto que dotados de uma detalhada redação constitucional de direitos, garantias jurisdicionais, institucionais, organização e orçamento; são (iii) direitos integrados, posto que a redação original determina o respeito, proteção e promoção compartilhada e convergente dos direitos da saúde, da assistência social e da previdência (art. 194, *caput*); e Civ) são direitos exigíveis em juízo.¹⁶

Verifica-se, portanto, que a previdência social é conquista fundamental recente em nosso ordenamento, moldada ao longo do tempo, com ápice protetivo organizado apenas com a Constituinte de 1988, apesar de já haver previsões previdenciárias incidentais em constituintes anteriores. As normas protetivas da Constituição de 1988, por sua vez, demandam políticas públicas

¹⁵ CASTRO e LAZZARI, 2015, p. 45 e 46.

¹⁶ CLEVÈ, 2014, p. 362.

– ações comissivas estatais –, bem como obrigações particulares – como declarar e efetivamente pagar contribuição social devida, dentre outras –, ou seja, a previsão social protetiva constitucional da Constituição de 1988 deve ser atendida no plano fático, para que o cumprimento de tais normas, tanto pelo Estado quanto pelos particulares, determine a materialização de seus objetivos sociais protetivos historicamente alcançados.

1.1.3 Princípios específicos da previdência social

A previdência social possui princípios próprios, alguns inconfundíveis com os da seguridade social. São princípios da previdência social: (a) universalidade de participação nos planos previdenciários; (b) uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; (c) seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; (d) Cálculo do benefício considerando-se os salários de contribuição corrigidos monetariamente; (e) irredutibilidade do valor dos benefícios, de forma a preservar-lhe o poder aquisitivo; (f) valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo; (g) Caráter democrático e descentralizado de administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados; (h) indisponibilidade dos direitos dos beneficiários.

Os princípios (b), (c), (e) e (g) também compõe a seguridade social, com as ressalvas de que, quanto ao (c), deve ser acrescentada a seletividade dos serviços, não apenas dos benefícios; e quanto ao (e), a irredutibilidade dos benefícios assistenciais e de saúde é meramente nominal, de modo que o valor aquisitivo pode diminuir, desde que o valor numérico mantenha-se.

Passa-se a breve análise dos princípios que regem o sistema da previdência social.

A universalidade de participação nos planos previdenciários é princípio condicional, pois garante a participação de todas as pessoas, desde que

efetuem pagamento de contribuições. Isso porque a previdência social é um sistema contributivo, diferentemente da assistência e da saúde. Trata-se, portanto, de universalidade de participação, não de proteção por benefícios. Ademais, o princípio da universalidade de participação é limitado não só pelo critério contributivo, mas também pelo critério da qualificação de segurado por outro regime. Neste sentido, aqueles que são segurados obrigatórios do regime próprio de previdência social – RPPS – não podem requerer sua filiação ao regime geral – RGPS –. É o que dispõe o art. 201, §5º, da CF: “É vedada a filiação ao regime geral de previdência social, na qualidade de segurado facultativo, de pessoa participante de regime próprio de previdência”. Desse modo, o servidor segurado obrigatório do RPPS só poderá ser concomitantemente segurado do RGPS quando, conforme compatibilidade constitucional de cumulação de cargos do art. 37, XVI, exercer outra profissão tutelada pelo regime geral, como ocorre com o médico servidor público de um órgão público que também exerce, nos limites legais, esta profissão no âmbito privado, sendo segurado obrigatório em ambos regimes.

O segurado facultativo, desde que não vinculado ao RPPS, pode filiar-se, quando bem desejar, ao RGPS, de modo que a universalidade de participação abarca aqueles que não são segurados obrigatórios de nenhum regime, mas optam pela proteção do sistema de previdência social. É o que ocorre comumente com os estudantes de tempo integral.

O princípio da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, por sua vez, possui evidente caráter protetivo, catalisador da igualdade material. Trata-se, nesta finalidade, de proibição de discriminação negativa aos rurais, aos quais adiciona-se à esfera protetiva, também, as mulheres e os professores. Isso porque a própria CF/88, em seu art. 201, §7º, I e II, reduz em 5 anos o tempo de aposentadoria para mulheres e rurais, respectivamente, e, no §8º, reduz-se mesmo tempo aos professores. O texto constitucional, desse modo, explicita presunção jurídica de vulnerabilidade, por condições sociais, desgaste da profissão e razões histórico-culturais. A aposentadoria especial – que será analisada mais detidamente no segundo capítulo – também pode ser considerada como exceção a uniformidade dos benefícios, pois, como assevera *Garcia*:

essas exceções se justificam em razão do exercício de atividades em contato com agentes nocivos à saúde e à integridade física, bem como no caso de segurados com deficiência, que estão em condições diferenciadas.¹⁷

Pela seletividade e distributividade na prestação dos benefícios, existe escolha política quanto às prestações de benefícios que melhor atenderão a proteção social fundamental – seletividade –, de modo que o Estado deve procurar reduzir desigualdades sociais, por distribuição de renda – distributividade. Neste sentido, *Almeida*:

A seletividade é um critério de responsabilidade, que impõe primeiramente o atendimento das necessidades existenciais de manutenção biológica do organismo humano, para só após dar atendimento a outras prioridades secundárias do gênero humano, como, por exemplo, as que atendem o bem-estar emocional das pessoas, as cirurgias de mera correção estética, etc. Essa priorização da cobertura dos infortúnios e do atendimento da população é condicionada pela disponibilidade de recursos materiais e financeiros, que são, obviamente opulentos nos sistemas de seguridade dos países industrializados e escassos nos sistemas de proteção dos países em vias de industrialização e nos subdesenvolvidos.

A distributividade corresponde à justiça distributiva, significando que a prioridade do atendimento incide inicialmente sobre as camadas populacionais de baixa renda ou de escassos recursos de subsistência, devendo ser garantidos conteúdos mínimos existenciais à maior quantidade possível de pessoas necessitadas, em detrimento de garantir benefícios polpudos a um reduzido contingente populacional melhor aquinhado pela sorte.¹⁸

O princípio do “cálculo do benefício considerando-se os salários de contribuição corrigidos monetariamente” tem razão na história irrequieta de inflação no Brasil. Uma vez que o salário de contribuição é utilizado, na maioria das vezes, como base de cálculo ao valor do benefício previdenciário, sua atualização monetária garante manutenção do valor real.

A irredutibilidade do valor dos benefícios, de forma a preservar-lhe o poder aquisitivo, ou sua irredutibilidade real, está prevista no art. 201, §4º, da CF, e contrapõe-se à irredutibilidade nominal da assistência e saúde. O fundamento do princípio previdenciário é a manutenção do poder aquisitivo como forma de perpetuar vida digna, na medida em que impõe ao Estado que

¹⁷ GARCIA, 2015, p. 314.

¹⁸ ALMEIDA, 2011, p. 165 e 167.

auamente o valor do benefício de acordo com as mudanças inflacionárias de tempo, preservando, assim, seu valor real.

De outro giro, no que tange à saúde e assistência social, a flexibilização protetiva, na forma da irredutibilidade nominal, é inversa à necessidade de seu público alvo. Isso porque se veda ao valor dos benefícios e serviços da assistência e saúde apenas a redução nominal de seu valor, o que permite, juridicamente, que mantenha-se tal valor ao longo do tempo, independentemente de efeitos inflacionários e desvalorização da moeda. A irredutibilidade nominal é, neste sentido, indiferente à mudança do valor real da moeda e, por isso, causa prejuízos aos beneficiários quando o valor do benefício não acompanha os efeitos da inflação, o que gera verdadeira redução do poder aquisitivo do beneficiário. Uma vez que a assistência e a saúde buscam proteger aqueles que não possuem meios de custear a própria subsistência ou saúde, a irredutibilidade nominal contradiz sua finalidade, na medida em que, apesar de tutelar aqueles em necessidade manifesta, permite que o valor dos benefícios percam poder aquisitivo real. O objetivo de garantir o mínimo existencial por prestações positivas estatais, pela assistência social e saúde, é mitigada pela irredutibilidade nominal. De certo, estaria sistematicamente mais alinhada ao sistema social a aplicação da irredutibilidade real não apenas à previdência social, nos termos da alteração do art. 201, §4º, da CF, pela EC 20/98, mas também à assistência e saúde.

O princípio que expressa que o valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário de contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não pode ser inferior ao do salário mínimo encontra exceções nos benefícios que não substituem o salário de contribuição ou o rendimento, como o auxílio-acidente e o salário-família.

O caráter democrático e descentralizado de administração, mediante gestão quadripartite, garante representatividade a todos os envolvidos na relação pública previdenciária, na medida em que o Estado, os aposentados, os trabalhadores e os empregadores elegem representantes para participar nos colegiados dos órgãos públicos em que haja deliberação sobre questões profissionais ou previdenciárias.

A indisponibilidade dos direitos dos beneficiários revela-se como imposição tanto ao segurado quanto ao ente previdenciário. Ao segurado,

impede que transija ou renuncie seus direitos sociais conquistados, materializados em benefícios previdenciários. Já ao ente previdenciário, veda que ele se escuse de cumprir prestação positiva social sob o argumento de transição do direito. A intenção protetiva é evidente, na medida em que se busca proteger a efetivação dos direitos sociais até mesmo contra atos do próprio segurado. Trata-se de o ordenamento jurídico tutelando objetivamente os direitos sociais e alinhando-os ao patamar constitucional fundamental.

Bollmann conclui:

Indisponibilidade dos direitos dos beneficiários, por terem caráter alimentar, os benefícios previdenciários seriam inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis.¹⁹

Além dos princípios específicos do direito previdenciário, a doutrina arrola princípios gerais, a síntese majoritária consiste nos princípios da solidariedade, da vedação do retrocesso social, e da proteção ao hipossuficiente – este em crescente aceitação doutrinária, apesar de “não unânime”²⁰.

O princípio da solidariedade, ou solidarismo, impõe ao segurado, independentemente de sua espontaneidade, que contribua e, assim, participe, como membro da sociedade, da tutela em favor dos necessitados. Trata-se de imposição legal para concretizar o objetivo da justiça social a partir da conjugação de esforços para enfrentar contingências sociais. Por isso, é princípio geral não só da previdência, mas do sistema de seguridade social. Nesse sentido, *Garcia*:

Pode-se dizer que a solidariedade, como valor, é comum à moral e ao Direito. Entretanto, como essa virtude é reconhecida como princípio jurídico constitucional, deixa de depender do eventual sentimento voluntário e caridoso de cada um, tornando-se um mandamento cogente e imperativo que deve nortear as condutas e relações sociais.

A justiça social, nesse enfoque, exige que os membros da sociedade contribuam para o bem comum, com destaque à igualdade substancial, de modo a se alcançar a prosperidade na sociedade como um todo.²¹

O princípio da vedação do retrocesso no âmbito previdenciário, aplicável também aos direitos sociais *lato sensu*, proíbe a redução quantitativa – valor do

¹⁹ BOLLMANN, 2007, p.131.

²⁰ CASTRO E LAZZARI, 2015, p. 89.

²¹ GARCIA, 2015, p. 63 e 64.

benefício – e de alcance – número de segurados tutelados – dos direitos sociais conquistados. Cuida-se de imposição principiológica para garantir a proteção dos direitos sociais no nível de tutela em que se encontram.

Graças ao aprofundamento das pesquisas teóricas e empíricas sobre direitos sociais, pode-se dizer que até mesmo a clássica concepção da *segurança jurídica* foi modificada. Se antes era um conceito que vinha sendo explicado majoritariamente em termos de proteção de direitos *já adquiridos*, ou de atos jurídicos já realizados, em face de novas ameaças fáticas ou normativas, atualmente compreende também o *mínimo* de segurança necessária para proteger *expectativas legítimas e razoáveis* de não retrocesso nos cuidados essenciais com a saúde, renda básica e serviços especiais.²²

A vedação do retrocesso relaciona-se intimamente com a segurança jurídica e princípios de hermenêutica constitucional, como máxima efetividade das normas constitucionais, força normativa da Constituição e eficácia de defesa dos direitos prestacionais²³. Neste sentido, é considerado princípio constitucional implícito, de interpretação sistêmica da CF:

O princípio da vedação do retrocesso decorre implicitamente do ordenamento constitucional brasileiro, extraído das seguintes normas constitucionais: o princípio do Estado Democrático e Social de Direito (em que se destaca o princípio da segurança jurídica, a que necessariamente assenta a proteção da confiança e a manutenção de um patamar mínimo de segurança contra medidas retroativas e atos retrocessivos em geral, considerando que as normas constitucionais expressamente dedicadas à proteção contra a retroatividade, onde se inclui o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, que são insuficientes para alcançar todas as situações que integram uma noção mais ampla de segurança jurídica); o princípio da dignidade da pessoa humana (o qual determina a satisfação de uma existência condigna, ou seja, da proteção dos direitos sociais, por meio de prestações positivas que serão inviáveis se colocadas abaixo de um nível mínimo de proteção aos mesmos); e o princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CRFB/88), que também abrange a maximização da proteção dos direitos fundamentais; que também otimiza a eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica, reclamando a maior proteção possível em detrimento às medidas de caráter retrocessivo.²⁴

Sarlet sintetiza delimitação da vedação do retrocesso:

²² CLÈVE, 2014, p. 361.

²³ MENDONÇA, 2003, p. 219.

²⁴ ZUBA, 2011, p. 115.

Em linhas gerais, o que se percebe é que a noção de proibição de retrocesso tem sido por muitos reconduzida à noção que José Afonso da Silva apresenta como sendo de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador. Em suma, reiterando aqui a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de caráter positivo implicam uma proibição de retrocesso, já que “uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele.”²⁵

O princípio da vedação do retrocesso social, portanto, pressupõe uma prestação protetiva estatal da qual gera-se uma obrigação negativa, em forma de direito subjetivo do segurado, de abstenção à diminuição da proteção alcançada. Esta vedação impõe-se não só ao executivo, mas também ao legislador e ao judiciário, relacionando-se, neste sentido, com o proteção da confiança, dignidade humana e máxima eficácia dos direitos fundamentais.

Quanto aos princípios previdenciários específicos de custeio, dentre eles o do orçamento diferenciado e o da precedência da fonte de custeio, destaca-se, para os fins deste trabalho, o do equilíbrio financeiro e atuarial. Este consiste na obrigação do Estado de procurar manter o sistema superavitário, atentando-se à relação entre custeio e prestação de benefícios.

O equilíbrio atuarial é princípio constitucional que possui relevância pragmática e normativa, adquirida no decorrer da história financeiramente turbulenta brasileira. Sua importância na seguridade social é indiscutível, na medida em que busca garantir a manutenção do sistema. *Vianna*, sobre o RGPS, assevera que “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.”²⁶

A previsão do equilíbrio atuarial encontra-se nos arts. 40 e 201 da CF, de acordo com o advento das ECs 41/2003 e 20/98, respectivamente. Trata-se,

²⁵ MENDONÇA, p. 219, e CANOTILHO e MOREIRA, p. 131, apud SARLET, 2008, p. 22.

²⁶ VIANNA, 2007, p. 32.

em síntese, de imposição à busca do equilíbrio entre receita e despesa. Em sentido amplo, é denominado, quando direcionado ao Estado, de princípio do equilíbrio orçamentário. Neste sentido:

Fernando Lemme Weiss faz uma diferença entre equilíbrio orçamentário e o princípio do equilíbrio orçamentário. Equilíbrio orçamentário, compreendido como referência técnica para a elaboração orçamentária, é o resultado de uma equação matemática em que se coteja a previsão da receita com a estimativa de despesa, cujo objetivo é a organização dos dados e a identificação das despesas ou débitos que devam ser eliminados ou majorados. O princípio do equilíbrio orçamentário, por seu turno, tem um sentido mais amplo e significa a busca da redução do crônico déficit público (despesas superiores à arrecadação tributária) e pretende estimular a redução de despesas e/ou o aumento das receitas. É uma diretriz que se opõe ao endividamento, seja qual for a sua origem, bem como exige uma relação sólida entre investimentos de capital e despesas correntes para que não gerem desequilíbrio no futuro.²⁷

Ao incidir na relação previdenciária, o equilíbrio atuarial exige do gestor do sistema atuação a busca do superávit em médio e longo prazo, não apenas em curto prazo, já que a relação entre o segurado-contribuinte e o Estado é de prazo consideravelmente longo. A procura da perpetuidade da autossustentabilidade do sistema não pode ignorar o objetivo essencial da previdência: a proteção do segurado. Neste sentido, o equilíbrio atuarial atua como meio imprescindível para se alcançar maior proteção social, não podendo, sob pena de usurpação da teleologia da previdência, afastar benefícios protetivos ao argumento de que estes causariam maior ônus ao sistema. Trata-se da complexa tarefa do gestor previdenciário a de alcançar o *equilíbrio* entre prestação social protetiva e receita das contribuições ao sistema, daí as recorrentes alterações legais de regime previdenciário no Brasil. Cuida-se da busca da concretização, pelo princípio do equilíbrio atuarial, dos direitos sociais positivados, ressaltando o papel daquele princípio como mediador da efetiva – e na medida do possível – prestação social protetiva, que, apesar de regular os limites do valor dos benefícios, nunca poderá com eles conflitar e os afastar.

A Previdência deve ter como preocupação principal o equilíbrio e a justiça atuarial de suas regras. Deve ter como diretriz

²⁷ WEISS, Fernando Lemme, *Princípios tributários e financeiros*, 2006, p. 304, apud FERRARO, 2010, p. 142.

estabelecer benefícios sustentáveis a longo prazo; benefícios que possam ser futuramente cumpridos, sem gerar ônus excessivos para a sociedade. Promessas atuarialmente insustentáveis são vazias; (...)

A necessidade de equilíbrio financeiro a atuarial visa a proteger os destinatários das políticas públicas. De nada adiantaria um sistema previdenciário completo e abrangente se seu custo fosse incapaz de ser suportado pela coletividade: ou ele não sairia do papel ou, acaso conseguisse, seria natimorto. É ilusório acreditar que a simples presença no texto constitucional garanta alguma coisa.²⁸

O equilíbrio atuarial demanda que o Estado, ao almejar o planejamento de médio e longo prazo para equilibrar as despesas e receitas, deve não apenas incorporar nestas a ideia de “justiça das políticas sociais e econômicas”, no que *Ferraro* chamou de *justiça orçamentária*²⁹, mas deve também atentar-se que a finalidade exclusiva do equilíbrio atuarial previdenciário é a proteção social do segurado.

1.1.4 Sistema de financiamento do RGPS

A doutrina divide o sistema de financiamento da previdência social em sistema não contributivo e sistema contributivo.

O sistema não contributivo, encontrado na Austrália e na Dinamarca³⁰, caracteriza-se pela arrecadação do custeio da previdência social a partir da arrecadação tributária geral. Não existe tributo específico, tampouco contribuinte individualmente identificável, já que qualquer pessoa ou ente que pagar tributo estará contribuindo indiretamente à previdência social.

O sistema contributivo, por sua vez, é marcado pela arrecadação por meio de contribuições diferenciadas dos tributos em geral. As pessoas denominadas contribuintes são individualizáveis e recebem tal denominação por determinação legal. Os contribuintes, nesta esteira, são, geralmente, os próprios segurados, que recebem o benefícios protetivos do regime; outras

²⁸ DAL BIANCO, 2011, p. 63 e 64.

²⁹ FERRARO, 2010, p. 223.

³⁰ CASTRO E LAZZARI, 2015, p. 31.

peças, naturais ou jurídicas, por imposição legal ou constitucional; e, em alguns casos, o Estado. *Coimbra* conceitua contribuição social como “aquelas destinadas exclusivamente a servir de base financeira para as prestações previdenciárias”.³¹

No Brasil, o RGPS sempre foi um sistema contributivo. Isso porque ao menos os trabalhadores, historicamente, contribuía de forma compulsória ao custeio deste regime. Destaca-se, de outro giro, que a assistência social e a saúde, apesar de serem custeadas por tributos e contribuições, são consideradas prestações não contributivas, já que, consubstanciando o princípio da universalidade de atendimento, seus beneficiários não precisam contribuir para usufruir dos serviços e benefícios. Assim, pode-se concluir que a Seguridade Social brasileira tem composição mista de regimes, de modo que o RGPS, espécie da previdência social *lato sensu*, compõe a parte do sistema contributivo brasileiro.

Destaca-se que, mesmo no RGPS, há, além das contribuições sociais, previsão de custeio proveniente do orçamento geral da União. O art. 16, parágrafo único, da Lei 8.212/91 assim enuncia:

Art. 16. A contribuição da União é constituída de recursos adicionais do Orçamento Fiscal, fixados obrigatoriamente na lei orçamentária anual.

Parágrafo único. A União é responsável pela cobertura de eventuais insuficiências financeiras da Seguridade Social, quando decorrentes do pagamento de benefícios de prestação continuada da Previdência Social, na forma da Lei Orçamentária Anual.

Essa previsão não desnatura o sistema contributivo do RGPS, pois a contribuição social continua manifestamente majoritária no custeio do regime.

Dentro do sistema contributivo, baseado nas contribuições sociais, faz-se nova divisão, determinando o sistema contributivo de repartição e o sistema contributivo de capitalização.

Com origem ideológica inglesa, pelo *Plano Beveridge*, o sistema contributivo de repartição é utilizado pelo RGPS. Nele, as contribuições sociais destinam-se a um fundo único, do qual descontam-se os recursos utilizados no pagamento das prestações dos benefícios. *Coimbra, Castro e Lazzari* salientam:

³¹ COIMBRA, 1997, p. 240.

Este modelo repousa no ideal de solidariedade, no pacto entre gerações – já que cabe à atual geração de trabalhadores em atividade pagar as contribuições que garantem os benefícios dos atuais inativos, e assim sucessivamente, no passar dos tempos –, ideia lançada no Plano Beveridge inglês, e que até hoje norteia a maior parte dos sistemas previdenciários no mundo.³²

No sistema contributivo de capitalização, a contribuição social estabelece a cotização de cada segurado durante certo tempo para que, então, possua direito a benefícios. Desse modo, a aquisição de benefícios depende exclusivamente do segurado, na medida de sua contribuição e do período temporal contribuído. As contribuições do segurado destinam-se a um fundo, individual ou coletivo, gerido pelo ente segurador, que tem a incumbência de prezar pela lucratividade do fundo, por meio de investimentos. O sistema de capitalização é comum à previdência privada e será melhor analisado no capítulo terceiro.

Estudos internacionais apontam para uma tendência mundial de se procurar harmonizar a coexistência dos diferentes regimes previdenciários, como o de repartição e o de capitalização, ou o RGPS e a previdência privada. Neste sentido, construiu-se a teoria do sistema de pilares:

A doutrina e os organismos ligados à pesquisa em matéria de seguridade social têm lançado suas luzes sobre a formação de modelos mais recentes de financiamento e distribuição de benefícios, superando a noção de uma só forma de custeio (baseada em contribuições exclusivamente, ou não) e de níveis de cobertura aos beneficiários, com o fito de atingir o objetivo da universalidade do atendimento àqueles que necessitam de proteção.

A isto se costuma denominar de modelos construídos sobre mais de um “pilar”. Segundo o Relatório sobre a Seguridade Social de 2009 da Conferência Interamericana de Seguridade Social, a literatura sobre o tema sugere a formação de três pilares: o primeiro seria uma rede de seguridade ou pensão mínima para todos os cidadãos, financiada por impostos gerais; o segundo, um sistema de benefícios contributivo, voltado à atividade laborativa, financiado por contribuições sobre salários; e o terceiro, baseado na economia voluntária individual.³³

³² COIMBRA, 1997, p. 233, apud CASTRO e LAZZARI, 2015, p. 32.

³³ CASTRO E LAZZARI, 2015, p. 33 e 34.

O modelo brasileiro segue esta tendência. O primeiro pilar assemelha-se à função fundamental social de proibição da proteção insuficiente, garantindo a subsistência mínima, nas formas de benefícios e serviços de saúde e assistência social, não contributivos. O segundo pilar associa-se ao RGPS, na medida em que garante a manutenção da vida digna, por meio de benefícios previdenciários, em um sistema contributivo. O terceiro pilar refere-se à previdência privada, ou complementar, que, apesar de facultativa e suplementar, objetiva a manutenção da qualidade de vida do segurado, de modo que possui função social protetiva, mesmo em menor medida do que a previdência social, mas derivada, ou, ao menos, relacionada, a esta.

Entretanto, ainda são necessárias ponderações à teoria dos pilares para que não se perca de vista a finalidade do sistema previdenciário: a proteção do segurado e, conseqüentemente, a concretização da proteção e manutenção da dignidade humana. Isso porque numa coalização de sistemas previdenciários em que os segurados precisam contribuir ao menos duplamente – uma ao RGPS e outra à previdência privada –, sem contrapartida de outra parte, como da cota patronal, o ônus e risco passam a recair desmesuradamente sobre o segurado, o que pode configurar flexibilização da finalidade protetiva do sistema e, por conseguinte, relativização da proteção da dignidade do obreiro. Neste sentido:

A passagem de um sistema de aposentadoria por repartição (*pay-as-you-go*) para um sistema por capitalização gera reais problemas técnicos. Por um lado, os contribuintes ativos continuam obrigados a financiar o benefício dos inativos ao mesmo tempo em que constituem seu próprio capital para a aposentadoria futura. Tudo isso, sem qualquer contribuição patronal. Também, as perspectivas de rendimentos futuros podem ser consideradas muito aleatórias, recaindo todos os riscos sobre os próprios indivíduos.³⁴

Quinteros, em estudo sobre as reformas previdenciárias de outros países, conclui:

Nos países de “sistema único”, a filiação a este é de caráter obrigatório; nos países de “sistema misto integrado”, como o do Uruguai, o regime de capitalização individual e o de repartição coexistem, sendo obrigatória a filiação a um dos dois regimes, ou a ambos; e nos de “sistema misto em concorrência”, como os da Colômbia, o regime de capitalização e o de repartição

³⁴ MERRIEN, 2007, p.136.

são concorrentes, a contribuição destinada integralmente ao regime escolhido.³⁵

Verifica-se, portanto, que o sistema de repartição e o de capitalização, apesar de apresentarem distinções claras, não devem ser considerados, aprioristicamente, dissociados – ou que não se influenciam. A experiência internacional de coexistência e harmonização dos regimes de repartição e capitalização, exemplificada pela teoria dos pilares previdenciários, corrobora a inviabilidade da dissociação total de tratamento jurídico fundamental – constitucional – a eles. Não se deve, entretanto, olvidar-se da função protetiva social do sistema, com foco na dignidade do segurado.

1.1.5 A previdência social e seu papel no Estado Democrático Brasileiro

A previdência social possui função essencial à vida em sociedade, pois não só garante a manutenção da vida digna, como também realiza verdadeira distribuição social, na medida em que se tutela, por meio de benefícios, segurados que sofreram algum risco social, financiados por todos os demais segurados membros da sociedade. Neste sentido, fala-se em previdência social fundamental como realizadora da justiça social. Assim desenvolveu

Fortes:

Relevantíssimos para o conceito são, de um lado, a atribuição aos indivíduos da tarefa de cumprir com o que se lhes exige em atendimento do bem comum, e, de outro, que dada a dignidade da pessoa humana, assiste-lhe o direito a uma distribuição que garanta todo o necessário ao desempenho de tais funções sociais. Assim, a Justiça Social incumbe a cada indivíduo o dever de participar na formação do bem comum, para que se efetive a dignidade humana de todos os membros da comunidade, e, em contrapartida, garante-lhe os correlatos direitos inerentes à sua própria condição humana.³⁶

A Justiça Social, nos termos de Fortes, perpassa princípios como a solidariedade, igualdade e dignidade:

Importa, pois, sinalar o papel fundamental da igualdade material no âmbito dos direitos sociais, tanto no sentido de

³⁵ QUINTEROS, 2006, p. 93.

³⁶ FORTES, 2005, p. 54.

processo de igualdade de condições econômicas (redução da desigualdade social ou redistribuição de renda), como no sentido de inclusão de todos na condição de membros da comunidade, com todos os seus efeitos. (...)

A igualdade na dignidade, resumida enquanto cidadania, é exatamente a condição atribuída aos que são membros integrais da comunidade, isto é, os que partilham de seus valores e são, a um só turno, por ela responsáveis e beneficiados. Neste sentido, os direitos sociais encontram-se situados no Estado Democrático de Direito como garantias iguais para todos os membros da comunidade política, sem estabelecimento de privilégios e distinções, portanto construídos sobre a idéia de Justiça Social.³⁷

De certo, a previdência social é reconhecida pela CF/88, sob paradigma protetivo entre o Estado do bem-estar social – Welfare State – e Estado regulador, como direito fundamental de especial proteção jurídica e normativa. *Guerreiro e Benetti* desenvolvem interessante trabalho sobre a fundamentalidade da previdência social e a relação com o mínimo existencial, ou protetivo. E função-dever do Estado seria, pela previdência, garantista – protetiva – expansionista. Ou seja, a garantia do mínimo protetivo é o limite menor de proteção, trata-se de proibição ao Estado de tutelar abaixo do mínimo, ao passo que a obrigação principal seria a incessante busca de expandir a proteção, afastando-a do mínimo. Certamente, acaso o Estado não consiga cumprir o mínimo protetivo a todos, ele deve, antes de expandir a proteção, fazê-lo.

Os direitos fundamentais não tem a finalidade de dar ao brasileiro apenas o mínimo. Ao contrário, eles reclamam num horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta a Constituição, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível.

Sem um mínimo necessário existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem prisioneiros, os doentes mentais e os indígenas podem ser privados.³⁸

³⁷ Ibidem, p. 181.

³⁸ GUERREIRO MILHORANZA e BENETTI SELAU, 2012, p. 153 e 154, citando, em partes, respectivamente, CLEMERSON MERLIN CLEVE, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais*, 2003, p. 159 e 160; e MARIANA FILCHTINER FIGUEIREDO, *Objções Possíveis e Parâmetros Mínimos à Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a partir do Direito à Saúde*, 2005, p. 284.

A proteção mínima deve ser considerada em regulamentação constitucional e legal dos benefícios previdenciários, abrangendo seus âmbitos de proteção individualmente considerados, como decorrência da seletividade. Ademais, deve-se considerar os princípios específicos da previdência social na aplicação, interpretação e delimitação do mínimo protetivo. A função fundamental da previdência, em seu aspecto de mínimo protetivo, incorpora o que *Tavares* chamou de *direitos sociais do mínimo existencial*:

Sendo assim, quando os direitos sociais são necessários para uma existência digna do homem, acabam por assumir uma função fundamental e passam a ser intitulados direitos sociais do mínimo existencial, enquanto para além deles há os direitos sociais formais. (...)

A previdência social deve ser baseada nos princípios da universalidade, da uniformidade e da solidariedade na proteção dos segurados mais desvalidos, mediante a participação do Estado; na cobertura dos riscos sociais da morte, da idade avançada, da incapacidade, da maternidade e do desemprego involuntário; e no estabelecimento de patamares mínimo e máximo de pagamento dos benefícios, com a manutenção real do valor das prestações.

Esses parecem ser os requisitos mínimos para a configuração da previdência como direitos fundamental e os princípios alicerces sobre os quais deve ser estruturada. Com o atendimento desses pressupostos, a previdência torna-se um forte instrumento da concretização do fundamentos constitucional da dignidade humana e dos objetivos de erradicação da pobreza e de redução de desigualdades sociais, possibilitando os acessos às oportunidades e garantindo cidadania.³⁹

Verifica-se que a previdência social é um direito fundamental com funções essenciais à manutenção da vida digna do ser humano em sociedade, dentre as quais a de garantir a igualdade material, a de realizar justiça social – no sentido de distribuição e seletividade –, e a de cumprir patamares mínimos protetivos. Por isso sua imensurável relevância jurídica, social e normativa.

1.1.6 Delimitação da dignidade humana

³⁹ TAVARES, 2015, p. 38 e 39.

A previdência social, como demonstrado, materializa a dignidade humana. Apesar de se compreender a relevância desta expressão, é necessário delimitar, ou, ao menos, explicitar a circunscrição do termo dignidade humana, sob pena de se a transformar em um conceito vago, utilizado conforme as necessidades e arbítrio do julgador.

Este trabalho não objetiva aprofundar-se e desvendar os fundamentos e visões da dignidade humana em sua variedade – pois, para tanto, seria preciso, ao menos, uma obra de dedicação exclusiva ao tema. Entretanto, é possível, e desejável, que se delineie entendimentos da dignidade humana, a partir da doutrina, filosofia jurídica e jurisprudência de destaque no cenário mundial, que influenciam a construção jurídica brasileira.

João Costa Neto, em sua dissertação de mestrado *Dignidade Humana, Visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu*, apresenta a relevância mundial da dignidade humana:

O conceito de dignidade humana ou dignidade da pessoa humana é, hoje, um dos mais difundidos em direito constitucional no mundo. Além de encontra-se inscrito sob a rubrica “dignidade” no preâmbulo da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ele encontra-se expressamente consignado em várias Constituições, como: a brasileira (art. 1º, III), alemã (art.1º), portuguesa (art. 1º), irlandesa (preâmbulo), grega (art. 2º), espanhola (art. 10º), italiana (art. 41), turca (art. 17), sueca (art. 2º), finlandesa (art. 1º), suíça (art. 7º), montenegrina (art. 20), polonesa (art. 30), romena (art. 1º), russa (art. 7º), sérvia (art. 18) e outras.⁴⁰

A construção de um melhor entendimento sobre dignidade humana deve levar em consideração a influência de *Immanuel Kant*. Em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785), Kant desenvolve a ideia de dignidade – *Würde* – como status moral, prerrogativa apriorística própria de “todos os que a detém em igual medida, tornando-a pedra angular do princípio da igualdade ou isonomia e da defesa do antiprivilégio”⁴¹. Trata-se de vedação de agressão (*Angriffe*) à autonomia do *ser humano capaz de moralidade* imposta a todos os membros da coletividade:

Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto a moralidade, e a

⁴⁰ COSTA NETO, 2014, p. 19 e 20.

⁴¹ Ibidem, p. 25.

humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade.

Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade.⁴²

A dignidade – *Würde*, portanto, é desenvolvida como status moral com precedência na autonomia do sujeito racional. Tal autonomia é própria do sujeito idealizado, dotado de razão, em âmbito contrafactual, o que contrapõe-se à autonomia empírica, ou concreta, própria de todos seres humanos, mesmo aqueles que não preenchem os requisitos da racionalidade kantiana. Parece haver, então, em contraposição paradoxal à ideia de proteção universal do ser humano idealizado, a limitação do âmbito de incidência aos *racionais*. De qualquer modo, a contribuição kantiana é imensurável e pode ser assim sintetizada:

É possível enxergar, por conseguinte, que estão, em Kant, alguns dos traços fundamentais da dignidade humana como a vemos hoje, nomeadamente, (1) a salvaguarda ou tutela da autonomia; (2) o antipaternalismo (estatal ou não); (3) o sujeito como ser dotado de valor intrínseco, a despeito dos fins derivados e consequências que suas ações tragam ou possam trazer a si ou à sociedade à qual ele pertence, ou seja, trata-se de um sujeito que deve ser encarado sempre como um fim em si mesmo e nunca como mero meio (*niemand bloß als Mittel*); (4) e a igualdade, já que todos os sujeitos são, intrínseca e aprioristicamente, dotados de igual valor.⁴³

A tradição kantiana influencia diversos ordenamentos jurídicos na construção dos moldes da dignidade humana. A exemplo da jurisprudência alemã, que a considera um princípio constitucional supremo:

Segundo Christian Stark (2010, p. 33 e 37), a Jurisprudência do Bundesverfassungsgericht e a doutrina alemã acolheram a tese de que a dignidade humana é o princípio constitucional supremo (*oberstes Verfassungsprinzip*). Em mais de uma ocasião, o Tribunal valeu-se, explicitamente (HABERMAS, 2010, p. 465), da segunda formulação do imperativo categórico (*kategorischer Imperativ*) de KANT, também chamada de *Objektformel*, para explicar o que seja dignidade humana.⁴⁴

⁴² KANT, *Fundamentação da Metafísica dos costumes*, 2007, p. 77 e 78.

⁴³ COSTA NETO, 2014, p. 34, em referência a LINDNER, 2005, p. 198 a 252.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 50.

A doutrina e jurisprudência dos países de tradição de *common law* compreendem dignidade humana como um termo atualmente recorrente e de suma relevância, sem ignorar as divergências conceituais que este princípio possui. Meir Dan-Cohen⁴⁵ ilustra o importância que o tema pressiona:

Even the most casual web-search will confirm that the term *dignity* has acquired great prominence in recent years, both in public discourse and in the philosophical literature. And where there is prominence there is often also notoriety. Dignity has many ardent devotees as well as some vocal detractors. But though all sides use the same term, it is less clear that they always address the same topic or have in mind the same concept. Dignity has come to mean different things to different people.⁴⁶

O entendimento majoritário da doutrina da *common law* é o de que dignidade humana – *dignity* – é um princípio moral e jurídico, com base protetiva e incidente em todos os seres humanos, sem distinção. Entendem-no como derivação do conceito de *Worth* – valor –, antes de *Honor* – honra, reputação. Isso porque, enquanto a distribuição de *Worth* é igualitária entre os seres humanos tomados como um todo, *Honor* procede da ideia de hierarquia social, feudal e moderna, de modo que se distribui de forma desigual, tomando a dignidade como de origem social:

Honor is of social origin: it derives from and reflects one's social position and the norms and attitudes that define it; whereas worth, at least as used by Kant, has metaphysical origins: the alleged radical autonomy of the noumenal self. (...) the distribution of honor is typically uneven and hierarchical, reflecting and indeed in part constituting social stratification; worth is evenly distributed over humanity as a whole.⁴⁷

⁴⁵ Professor de ética legal da *School of Law, the University of California at Berkeley*.

⁴⁶ DAN-COHEN, 2009, posição 88, livro digital – ebook. “Até a mais casual pesquisa na web irá confirmar que o termo *dignidade* adquiriu grande proeminência nos anos recentes, tanto no discurso público quanto na literatura filosófica. E onde há proeminência também há, frequentemente, notoriedade. Dignidade possui muitos devotos fervorosos como também alguns francos detratores. Embora todos os lados usem o mesmo termo, é menos claro que eles sempre abordam o mesmo tema ou possuem em mente o mesmo conceito. Dignidade veio a se tornar coisas diferentes para pessoas distintas.” (tradução nossa).

⁴⁷ DAN-COHEN, 2009, posição 100, livro digital – ebook. “Honra é de origem social: ela deriva e reflete a posição social do indivíduo e as normas e atitudes que a definem; enquanto valor, pelo menos como usado por Kant, possui origens metafísicas: a suposta autonomia radical da coisa em si. (...) a distribuição da Honra é tipicamente desigual e hierárquica, refletindo e em parte constituindo estratificação social; valor é uniformemente distribuído pela humanidade como um todo.” (tradução nossa).

Jeremy Waldron, em seu compêndio das palestras *Tanner Lectures: Dignity, Rank and Rights*, procura “nadar contra a maré” e utiliza uma delimitação da concepção social de dignidade – a qual se adota neste trabalho, com poucas alterações aos fins deste. Para *Waldron*, a dignidade decorre, empiricamente, mais de Honor do que de Worth, no sentido de que possui origens mais de construção social do que metafísicas kantianas. Apesar de não se identificar com o conceito majoritário de Honor, a dignidade, para *Waldron*, apresenta vertentes de abstrativização que se complementam, de modo que a dignidade incide em concepção individual (concreta, sobre o indivíduo), social (intermediária em termos qualitativos substanciais, ponte entre concreto e abstrato) e moral (abstrata). A tradição de *Honor*, nesta teoria, ocorre na medida em que a evolução social trouxe certas proteções e privilégios, antes próprios dos antigos dignos feudais e modernos, como duques, reis, dentre outros, a todos os seres humanos de hoje.

Würde, in sense of the passage in Kant's Groundwork, expresses a type of value or a fact about value. "Dignity," by contrast, conveys the idea of a type of status that a person may have. (...) a person may have dignity (in the sense that interests us) because he or she has worth (or Würde in Kant's sense): but this is genuine derivation, not synonymy. The thing to do with something of value is promote it or protect it, perhaps maximize things of that kind, at any rate to treasure it. The thing to do with a ranking status is to respect and defer to the person who bears it. It is important not to elide this difference. (...) So that is my hypothesis: the modern notion of human dignity involves an upwards equalization rank, so that we now try to acquire to every human being something of the dignity, rank, and expectation of respect that was formerly accorded to nobility.⁴⁸

⁴⁸ WALDRON, 2009, posição 382 e 539, livro digital – ebook. “Würde (dignidade, honra), no sentido da passagem da *Fundamentação da Metafísicas dos Costumes* de Kant, expressa um tipo de valor ou um fato sobre valor. “Dignidade”, em contraste, transmite a ideia de um tipo de status que uma pessoa pode ter. (...) uma pessoa pode ter dignidade (no sentido que nos interessa) porque ele ou ela tem valor (ou Würde, no sentido de Kant): mas isso é uma genuína derivação, não sinonímia. O que se deve fazer com algo de valor é promovê-lo ou protegê-lo, quiçá maximizar coisas deste tipo, a qualquer nível para estima-la. O que se deve fazer com um status de posição é respeitá-lo e submetê-lo à pessoa que o carrega. É importante não omitir essa diferença. (...) Então eis minha hipótese: a noção moderna de dignidade humana envolve uma classe de equalização ascendente, de modo que nós procuramos conquistar para cada ser humano algo da dignidade, classe, e expectativa de respeito que antes eram concedidas à aristocracia.” (tradução nossa).

A doutrina espanhola, com *Gregorio Peces-Barba*, entende a dignidade humana como princípio basilar moral e normativo. É levado em consideração o aspecto social, que, além de ser a ponte qualitativa entre o individual e o abstrato, é a ponte normativa entre a própria dignidade e os direitos sociais, dentre os quais a previdência.

El punto de partida de mi intervención es la idea de dignidad humana, que considero la base de la ética pública de la modernidad y que se realiza socialmente a través del derecho en diversos ámbitos y, en este caso, a través de los derechos sociales. Es la dignidad humana como posibilidad fáctica y como idea normativa. En el primer sentido la dignidad humana puede ser realizada, o al menos podemos aproximarnos a su realización a lo largo de la vida humana, en sus dimensiones fundamentales, que son las que nos distinguen de los restantes animales: nuestra capacidad de elegir; de construir conceptos generales y de razonar, que está en la raíz del pensamiento filosófico, científico y técnico; de crear belleza desde plurales cánones estéticos, que está en el origen del arte y de la literatura; de comunicarnos y de dialogar, que está en el origen del lenguaje y de la cultura; de vivir bajo un sofisticado sistema de normas para afrontar la escasez, el egoísmo y la violencia, que es el origen del derecho; y, por fin, de buscar el sentido último de la existencia, el bien, la virtud, la felicidad o la salvación, que es el fundamento de la ética privada de cada uno. Kant formalizará esta tradición moderna e ilustrada cuando sostiene que nuestra dignidad, que es nuestra autonomía y nuestra capacidad de autodeterminación, consiste en que somos seres de fines, que no podemos ser utilizados como medios y que no tenemos precio. La dignidad es individual y es también del conjunto de la humanidad, por lo que debemos hablar de igual dignidad de todos los seres humanos. Al pasar de la posible facticidad a su carácter normativo, al deber ser que suponen para realizarnos como personas, encontramos las razones para la procura existencial, para la acción positiva de los poderes públicos, que utilizan, entre otros, el instrumento de los derechos sociales para ayudar a satisfacer necesidades básicas que muchos individuos no pueden alcanzar por sí mismos y que impedirían radicalmente el desarrollo de la dignidad de esas personas.⁴⁹

No Brasil, a dignidade humana é prevista no art. 1º, III, da CF, como um dos fundamentos da República Federativa, também basilar dos direitos e garantias fundamentais. A doutrina a entende como concretizadora material dos direitos fundamentais:

Não obstante a inevitável subjetividade envolvida nas tentativas de discernir a nota de fundamentalidade em um direito, e embora haja direitos formalmente incluídos na classe dos

⁴⁹ PECES-BARBA, 1995, p. 86 e 87.

direitos fundamentais que não apresentam ligação direta e imediata com o princípio da dignidade humana, é esse princípio que inspira os típicos direitos fundamentais, atendendo à exigência do respeito à vida, à liberdade, à integridade física e íntima de cada ser humano, ao postulado da igualdade em dignidade de todos os homens e à segurança. É o princípio da dignidade humana que demanda fórmulas de limitação do poder prevenido o arbítrio e a injustiça.

Os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana.⁵⁰

Ademais, critica-se, no Brasil e alhures, a utilização trivial pela jurisprudência, e, por vezes, pela própria doutrina, da dignidade humana. Neste sentido:

Deve-se fazer um esforço para que a dignidade humana não seja trivializada, tampouco invocada para solucionar questões de ordem banal. É imperioso que se valha dela com certa cautela e parcimônia, adotando-se critério de subsidiariedade, de modo a aplicar, primeiramente, os direitos fundamentais especiais e, posteriormente, a dignidade humana, que é um direito fundamental de liberdade geral. É o que recomenda a dogmática da teoria geral dos direitos fundamentais, em casos de concorrência de tais direitos. (Grundrechtskonkurrenz) (MICHAEL; MORLOK, 2012, p. 57; DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 162; MENDES; BRANCO, 2011, p. 283; HUFEN, 2011, p. 90; MENDES, 2012b, p. 112).⁵¹

Percebe-se, portanto, que a dignidade humana é princípio de relevância essencial em diversos ordenamentos jurídicos, e a definição de seu conceito é um desafio que cada ordenamento deve enfrentar. No Brasil, apesar de muitas vezes se utilizar a dignidade humana para fundamentar argumentos e decisões, o termo geralmente não é detidamente delimitado ao caso que eventualmente se o utiliza. O desafio da circunscrição da dignidade humana está presente, entretanto, noutros diversos ordenamentos, em maior ou menor intensidade.

À finalidade deste trabalho, utiliza-se o entendimento adaptado de *Waldron*. Assim, a dignidade humana pode ser vista como princípio – de conteúdo normativo e moral – fundamental que, ao mesmo tempo que exerce função basilar de direitos fundamentais, exerce também um status normativo, do qual muitos direitos fundamentais tutelam em conteúdo. Possui, portanto,

⁵⁰ SARLET, 1998, p. 109, apud MENDES e BRANCO, 2015, p. 140.

⁵¹ COSTA NETO, 2014, p. 113.

aspectos basilar e teleológico dos direitos fundamentais. É construído em seus aspectos individual, social e moral, com enfoque no social, na medida em que deriva da ideia de proteção dos antigos dignos, mas, hoje, a todos os seres humanos. Seu aspecto moral kantiano – universal – não deve ser entendido como contraditório, ou paradoxal, ao social, mas como complementar, resultando numa delimitação multifacetada da dignidade humana.

Quando se fala que a previdência social, por meio de seus benefícios, materializa a dignidade humana, deve-se entender que ela o faz nos três âmbitos da dignidade humana. No universal, com influência na delimitação kantiana; no individual, com respeito aos valores e direitos do indivíduo segurado da previdência, relacionando-se com a igualdade material; e no social – como intermediária entre a individual e a universal, fruto das relações da sociedade, antes em classe – ranks –, hoje estendida a todos os seres humanos.

CAPÍTULO 2

Aposentadoria Especial

2.1 Conceito e características da aposentadoria especial

A aposentadoria especial foi instaurada pela Lei 3.807/60, conhecida como LOPS, em seu art. 31. A conversão sucessiva entre atividades passíveis de aposentadoria especial foi permitida pelo Decreto 63.230/68. Já a conversão entre atividades comuns e especiais deu-se apenas pelo advento da Lei 6.887/80. Atualmente, a aposentadoria especial tem sede constitucional e, de acordo com o art. 201, §1º, da CF, até que lei complementar reguladora seja publicada – o que ainda não ocorreu –, permanece a aplicabilidade dos arts. 57 e 58 da Lei 8.213/91.

Para *Martins*, consiste a aposentadoria especial no:

benefício previdenciário decorrente do trabalho realizado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física do

segurado, de acordo com a previsão da lei. Trata-se de um benefício de natureza extraordinária, tendo por objetivo compensar o trabalho do segurado que presta serviços em condições adversas à sua saúde ou que desempenha atividades com riscos superiores aos normais.⁵²

Os requisitos à concessão do benefício são atualmente: comprovação do tempo de trabalho permanente; do período de carência; da exposição do segurado aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou da associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física.

Importante ressaltar que os requisitos para consideração e reconhecimento de serviço como especial devem dar-se de acordo com a época de cada serviço prestado, já que novos requisitos legais, que dificultam a aferição do benefício, possuem efeito prospectivo. Neste sentido:

Dúvidas surgem quando, ao pretender se aposentar, o segurado inclui o tempo de trabalho prestado em condições especiais.

Isso porque, muitas vezes, na via administrativa, o direito do segurado de computar o tempo laborado em atividades especiais não é analisado à luz das normas legais vigentes à época de cada prestação laboral, não se reconhecendo seu direito de computar todo o tempo de serviço especial prestado ao longo de sua vida produtiva, para fazer jus ao benefício de aposentadoria integral ou proporcional.

Como não se pode submeter a comprovação do tempo de serviço especial a critérios novos e mais rígidos do que os vigentes ao tempo da prestação do trabalho, a exigência de comprovação nos termos da legislação vigente no momento da concessão do benefício constitui ofensa ao direito do segurado.⁵³

O período de carência é de 180 contribuições mensais. Neste sentido, a aposentadoria especial aproxima-se da aposentadoria por tempo de contribuição. De certo, a aposentadoria especial em nada assemelha-se à aposentadoria por invalidez, uma vez que não se tem como fato gerador a incapacidade permanente ao trabalho; tampouco assemelha-se à aposentadoria por idade, já que não possui idade mínima como requisito, mas exige a comprovação da exposição aos agentes nocivos em trabalho permanente e, ao menos, 180 contribuições mensais.

Quanto ao trabalho permanente, o art. 57, §3º, da Lei 8213/91, alterado pela Lei 9.032/95, portanto, a partir desta data, passa a ser requisito à

⁵² MARTINS, 2015, p. 374.

⁵³ RIBEIRO, 2012, p. 26.

concessão da aposentadoria especial. A permanência é entendida, majoritariamente, por exposição aos agentes nocivos diariamente ou durante toda a jornada de trabalho. Neste sentido: “Agora, mesmo que haja exposição intermitente ou ocasional em condições nocivas à saúde do trabalhador, não haverá direito à aposentadoria especial.”⁵⁴

Desse modo, se houver interrupção que não o descanso legal remunerado na jornada de trabalho, ou alternância entre serviços comuns e especiais, o segurado não fará jus à aposentadoria especial.

O Equipamento de Proteção Individual – EPI – que eliminar ou neutralizar a exposição ao agente nocivo afastará o direito à aposentadoria especial. Isso porque não haverá prejuízo à saúde ou integridade do segurado, de modo que o requisito da exposição permanente restará desqualificado. Assim entendeu o STF:

O direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial.⁵⁵

Entretanto, o STF excepcionou o referido entendimento quando se tratar de ruído como agente nocivo, pois o EPI não consegue afastar todos os efeitos nocivos do ruído, que atinge não apenas o aparelho auditivo, mas também provoca alterações físicas e psíquicas.⁵⁶

Não basta a declaração de eficácia do EPI pelo empregador, deve-se considerar a realidade concreta de proteção do equipamento. De outro giro, é necessário, nos termos do art. 57, §4º, da Lei 8.213/91, que o segurado comprove não só o tempo de trabalho, mas também a exposição permanente aos agente nocivos. Portanto, a mera filiação do segurado a uma profissão não presume exposição aos agentes nocivos.

O anexo IV do Decreto 3.048/99 relaciona os agentes físicos, químicos e biológicos nocivos a saúde ou á integridade. Tanto a doutrina como a jurisprudência majoritárias entendem ser o rol exemplificativo. Assim, basta que

⁵⁴ MARTINS, 2015, p. 376.

⁵⁵ Pleno, ARE 664.335, rel. Min. Luiz Fux, Dje 12.02.2015.

⁵⁶ CASTRO E LAZZARI, 2015, p. 742.

o segurado comprove a exposição a agentes nocivos para que preencha o requisito da exposição permanente.

São beneficiários da aposentadoria especial os segurados empregados, avulsos, e contribuinte individual, sendo que, quanto a este, apenas quando cooperado filiado a cooperativa de trabalho ou de produção. Logo, a aposentadoria especial não se aplica aos segurados facultativos, domésticos e contribuinte individual não cooperado de cooperativa de trabalho ou de produção.

Com relação ao contribuinte individual que presta serviço em caráter eventual e sem relação de emprego, o INSS tem adotado a sistemática de que, a partir de 29 de abril de 1995, a sua atividade não poderá ser enquadrada como especial, uma vez que não existe forma de comprovar a exposição a agentes nocivos prejudiciais à saúde e a integridade física, de forma habitual e permanente, não ocasional nem intermitente.⁵⁷

A doutrina e jurisprudência majoritária adotam o referido entendimento.

Verifica-se que a aposentadoria especial é um benefício da previdência social que, apesar de exigir requisitos rígidos, possui função essencial de materialização da dignidade humana, na medida em que tutela aqueles que trabalham em condições especiais, prejudiciais à saúde ou à integridade, atingindo excessivamente o corpo ou a mente. Por isso, o art. 201, §1º, da CF, ao prever a aposentadoria especial, deve ser interpretado como norma que apresenta meio de concretização dos direitos sociais fundamentais, de essencial importância à sociedade e à proteção do ser humano. *Barbosa Garcia* assim conceitua aposentadoria especial: “A aposentadoria especial é benefício previdenciário assegurado no plano constitucional, com natureza de direito fundamental e social, integrando, assim, o sistema da Seguridade Social, em sua vertente contributiva.”⁵⁸

2.1.1 Fundamentos do serviço especial

⁵⁷ CASTRO E LAZZARI, 2015, p. 735.

⁵⁸ GARCIA, 2015, p. 427.

O serviço especial – aquele passível de aposentadoria especial – possui, ao menos, dois fundamentos, que dão causa à sua existência: um imediato, fático; outro mediato, jurídico.

O fundamento imediato é entendido como os agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade do segurado. Trata-se de rol exemplificativo, em que se reconhece como agentes:

Físicos: os ruídos, as vibrações, o calor, as pressões anormais, as radiações ionizantes, etc.;

Químicos: os manifestados por névoas, neblinas, poeiras, fumos, gases, vapores de substâncias nocivas presentes no ambiente de trabalho, etc.;

Biológicos: os micro-organismos como bactérias, fungos, parasitas, bacilos, vírus, etc.⁵⁹

Aos agentes nocivos alia-se a noção de periculosidade, no sentido de que o segurado exposto ou passível de exposição constante tem direito à aposentadoria especial, pois o serviço será considerado especial. Neste sentido:

A periculosidade está intimamente ligada à possibilidade, eminente e real, do segurado sofrer algum dano resultante da atividade que venha a exercer. A eventual ocorrência do dano é irrelevante à configuração da periculosidade, basta apenas que o segurado esteja habitualmente e permanentemente acometido pela possibilidade real do dano.⁶⁰

Em relação consequencial com os agentes nocivos, o segundo fundamento fático, que justifica a previsão do serviço especial, é o desgaste excessivo do trabalhador. Dessa forma, a aposentadoria especial pode ser entendida como compensação do prejuízo à saúde ou à integridade do segurado, já que é impossível resgatar o desgaste do ser humano – por isso fala-se apenas em compensação. Percebe-se, mais uma vez, a materialização do caráter protetivo do serviço especial.

Esta materialização deve ser entendida atrelada aos direitos fundamentais aplicáveis, sendo a ponte entre o fundamento imediato e o mediato. Este, por sua vez, consiste na previsão legal e constitucional da aposentadoria especial. Mas vai além, pois integram também direitos fundamentais previstos em outros tópicos da Constituição. O serviço especial, portanto, materializa não só a dignidade humana, em seu sentido delimitado no

⁵⁹ CASTRO E LAZZARI, 2015, p. 733.

⁶⁰ WEINTRAUB e BERBEL, 2005, p. 88.

item 1.1.5, mas também a igualdade material, no sentido de exceção positiva ao princípio previdenciário da uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.

A especificação do serviço especial materializa também os direitos sociais. Isso gera, ao menos, duas consequências. A primeira é a de que incidirá sobre o instituto do serviço social os princípios gerais dos direitos sociais, como vedação do retrocesso social e proteção ao hipossuficiente, que deverão influenciar em decisões de aplicabilidade do serviço especial. A segunda consequência é a de que surge ao segurado que atua em atividade especial permanentemente um direito subjetivo, de nível fundamental, contra o Estado – o direito social. *Alexy* divide o direito à prestação positiva do Estado em três subcategorias:

El concepto de “derecho a la acción positiva del estado” comprende una diversidad de derechos que se prestan a clasificaciones bastante distintas. Una posibilidad es dividir-los en tres grupos: (1) derechos a protección, (2) derechos a organización y procedimiento, y (3) derechos a prestaciones en sentido estricto. La estructura y contenido de estos derechos es bastante diferente, pero existe un común denominador que justifica su agrupación. Todos ellos requieren una acción positiva. Con objeto de no conculcarlos, no basta con que el estado se abstenga de interferir en los ámbitos que protegen, especialmente la vida, la libertad y la propiedad. El estado debe hacer algo.⁶¹

O serviço especial, de certo, encontra-se na subcategoria dos direitos à prestação em sentido estrito, ou direitos fundamentais sociais. Isso porque não representa tutela estatal contra ações de terceiros, como os direitos à proteção; tampouco relaciona-se aos aspectos processuais dos direitos à organização e procedimento. Consubstancia, em verdade, obrigação de prestação positiva do Estado, de objetivo protecionista. Portanto, o serviço especial, em seu fundamento constitucional, é meio essencial à materialização da dignidade humana. Em complementação à delimitação do conceito de dignidade humana do item 1.1.5, *Francisco J. Bastida*, doutor pela *Universidad de Barcelona*, acastela que a dignidade humana fundamenta os direitos sociais:

Al contrario, es la dignidad humana la que “fundamenta el orden político y la paz social”. Su configuración jurídica se erige en pieza básica del ordenamiento constitucional para cimentar ese orden político y la paz social. El concepto constitucional de

⁶¹ ALEXY, 2009, p. 50.

dignidad humana expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlo.⁶²

2.1.2 Tempo ficto como direito adquirido

O serviço especial, como já referido, possui menor período de tempo à aposentadoria – 15, 20, 25 anos. Isso decorre de seus fundamentos físicos e jurídicos, analisados no item anterior. O tempo ficto, entretanto, não ocorre em todos os casos de serviço especial.

O tempo ficto só ganha destaque quando há conversão de regime especial ao comum, ou quando há suplementação da aposentadoria já conferida, em decorrência de posterior reconhecimento administrativo ou judiciário de serviço de natureza especial trabalhado. Em ambos os casos, deve ser considerado o tempo ficto do serviço especial como integrante do benefício da previdência privada. Porém, o caso da suplementação da aposentadoria devido ao reconhecimento de tempo de serviço trabalhado como serviço de natureza especial, e, portanto, incorporação do tempo ficto, decorrente deste reconhecimento, no benefício previdenciário complementar requer análise mais detida, pois trata de situação peculiar em que o segurado demanda seu direito – tempo ficto do serviço reconhecido como especial – após a concessão do benefício inicial da previdência privada.

Para melhor compreensão, é salutar diferenciar as concepções de tempo ficto desses dois casos, pois, apesar de semelhantes, guardam diferenças relevantes. No caso da conversão de regime especial ao comum, o tempo ficto é o cálculo do período trabalhado, acrescentado do que tal período valeria acaso trabalhado sob condições comuns – não prejudiciais. Ou seja, se uma segurada trabalhou 5 anos em atividade cuja aposentadoria especial se daria com 15 anos, ao migrar ao regime comum, os 5 anos trabalhados seriam contados como 10 anos, pois seu tempo a aposentadoria pelo regime comum é

⁶² BASTIDA, 2009, p. 132 e 133.

de 30 anos, o dobro do anterior – 15 anos. Neste sentido, o tempo ficto é a compensação dos anos trabalhados em condições prejudiciais, na proporção relacional ao tempo que se trabalharia no regime comum, em consideração *antes* da prestação do benefício. A acepção fundamental protetiva do instituto é clara.

No caso da suplementação da aposentadoria decorrente de tempo de serviço especial efetivamente trabalhado, mas posteriormente reconhecido, o tempo ficto possui outra acepção. Nesta hipótese, ele abrange o próprio tempo ficto do trabalho em atividade especial permanente, que não fora reconhecido, mas fora trabalhado, de modo que seus efeitos prejudiciais à saúde e à integridade do segurado ocorreram. Portanto, o tempo é dito ficto, nesta segunda acepção, porque a natureza de serviço especial está apenas sendo levada em consideração *após* a aposentadoria, pública e privada, por meio de suplementação ao benefício desta. A ficção decorre da falta de previsão durante a fase do custeio, e reconhecimento da natureza especial após o benefício. Desse modo, pode ocorrer de o segurado não ter contribuído à previdência privada na exata medida que tem direito à suplementação pela atividade especial trabalhada⁶³. Aí reside o eixo principal do tema. Pois, apesar de possível inexatidão entre o custeio e a suplementação do benefício privado, deflagrando-se o equilíbrio atuarial, o tempo ficto, em sua segunda acepção, também representa a compensação dos anos trabalhados em condições prejudiciais, não reconhecidas anteriormente, mas que surtiram seus efeitos prejudiciais ao segurado, possuindo conteúdo fundamental protetivo. Essa acepção fundamental protetiva, de ambos os casos, parece prevalecer sobre inexatidão numérica casuística. Esta questão será analisada e concluída no capítulo quarto, após compreensão mais aprofundada sobre o funcionamento da previdência privada.

Portanto, quando se reconhece, após a prestação do benefício previdenciário – segunda acepção de tempo ficto –, que, por determinado

⁶³ Porém, não se pode vislumbrar essa discussão na hipótese em que o segurado não tenha, concomitantemente, contribuído ao RGPS nem tido o tempo de serviço especial trabalhado reconhecido administrativamente, pelo INSS, ou judicialmente. Isso porque, em regra, para que se fale em suplementação do benefício da aposentadoria privada, deve-se pressupor o reconhecimento formal do tempo trabalhado em âmbito administrativo ou judicial, para, ao menos, fins probatórios.

período, o segurado trabalhou em serviço especial, o tempo ficto deste serviço posteriormente reconhecido deve ser considerado em seus benefícios.

Evidencia-se, por fim, que o tempo ficto de serviço especial reconhecido administrativamente ou judicialmente configura direito adquirido. Com previsão no art. 5º, XXXVI, da CF; e art. 6º, §2º, da LINDB, este preceitua: “Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”

Assim, o reconhecimento formal do serviço especial trabalhado, para fins previdenciários, marca a aquisição de um direito social, fundamental de caráter protetivo, que incide, sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tanto nas relações públicas, quanto privadas.

Sobre a relevância dos direitos sociais no Estado Democrático e Social de Direito:

Os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material. Cumpre frisar, ainda, que a ideia do reconhecimento de determinadas posições jurídicas sociais fundamentais, como exigência do princípio da dignidade da pessoa humana, decorre, consoante leciona Klaus Stern, da concepção de que “homogeneidade social e uma certa medida de segurança social não servem apenas ao indivíduo isolado, mas também à capacidade funcional da democracia considerada na sua integralidade”.⁶⁴

Ressalta-se que não se precisa requerer o benefício para ter adquirido seu direito, basta que se cumpra os requisitos. Neste sentido:

Em suma, pois, adquire-se um direito quando o titular preenche os requisitos legais para seu exercício. Para a incorporação ao patrimônio individual não é fundamental o requerimento ou mesmo o início da fruição. Podem estes influir no valor da prestação, ou mesmo a prescrição da mensalidade, nos termos dos arts. 102 e 103 do PBPS, mas não no direito ao benefício em si.⁶⁵

Ademais, deve ser reconhecido o direito adquirido conforme a legislação da época trabalhada. Isso porque, ao longo dos anos, novas leis e

⁶⁴ SARLET, 2012, p. 49.

⁶⁵ MARTINEZ, 1992, p. 35.

jurisprudências criaram requisitos ao reconhecimento do tempo de serviço especial, como ocorreu pela Lei 9.032/95, que exigiu a comprovação do tempo trabalhado sujeito aos agentes nocivos. *Ribeiro* sintetiza:

A jurisprudência reconhece o direito adquirido à contagem do tempo especial laborado de acordo com a legislação previdenciária em vigor ao tempo da prestação do serviço, bem como o direito à conversão do tempo especial em tempo comum, tendo em vista que a agressão ao organismo do trabalhador ocorreu durante a execução do trabalho e, conseqüentemente, lhe é devida uma compensação.⁶⁶

Desse modo, desconsiderar o tempo de serviço especial efetivamente exercido atinge não apenas direito fundamental social protetivo, mas também direito fundamental de segurança, o direito adquirido.

CAPÍTULO 3

A Previdência Privada

3.1 Conceito, contexto histórico, características e natureza jurídica da previdência privada

A previdência privada, ou complementar, integra o sistema de previdência *lato sensu*, mas possui estrutura e princípios próprios. Sua previsão constitucional se deu com a EC 20/98, pelo art. 202 da CF: “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”.

Verifica-se, portanto, que, ao passo que a previdência privada sofre a incidência de princípios gerais da previdência pública, no que compatível, contrastam-se também, princípios específicos, relacionados a características específicas. É importante analisar-se o contexto, princípios e estrutura da

⁶⁶ RIBEIRO, 2012, p. 342.

previdência privada, a fim de se poder afirmar ser compatível o direito social do tempo ficto do serviço especial com a suplementação do benefício.

A previdência privada, no Brasil, surgiu antes da previdência social do regime geral⁶⁷, com a criação, em 1835, do MONGERAL – Montepio Geral de Economia dos Servidores do Estado, que era regido como previdência aberta sem fins lucrativos. Desde então, a previdência privada já possuía as características de facultatividade e mutualismo. *Ramos* esclarece a natureza do antigo montepio:

Os montepios foram organizados em sociedades civis, sem fins lucrativos, agrupando setores profissionais com objetivos previdenciários, concedendo pecúlios, aposentadoria e pensão para a família e aceitando sempre, nos seus quadros sociais, associados individuais de outras profissões.⁶⁸

Percebe-se que, desde a origem, apesar do regime complementar, a previdência privada “tem como objetivo maior a adequada proteção dos seus beneficiários, garantindo-lhes a manutenção da qualidade de vida quando da ocorrência de quaisquer dos riscos sociais protegidos”⁶⁹.

Em 1904, surgiu a primeira entidade fechada de previdência privada no Brasil, a Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil S.A. – Previ. Em 15 de abril de 1967, a Previ passou a garantir aos seus segurados e dependentes a complementação dos benefícios de aposentadoria e pensão instituídos pelo então RGPS.

Em 1977, a Lei 6.435 regulou regime específico da previdência privada, tratando sobre os normas aplicáveis, as entidades abertas e fechadas, a fiscalização e relação com o Estado, dentre outros temas. Seu art. 1º dispunha sobre o conceito legal de entidade de previdência privada, a saber:

Art. 1º Entidades de previdência privada, para os efeitos da presente Lei, são as que têm por objeto instituir planos privados de concessão de pecúlios ou de rendas, de benefícios complementares ou assemelhados aos da Previdência Social,

⁶⁷ Como visto no item 1.1.1, a doutrina majoritária considera o Decreto 4.682/23, conhecido como Lei Eloy Chaves, o marco brasileiro inicial de regulamentação da previdência social. Há, ainda, aqueles que preferem estabelecer tal marco pela Lei 3.397/88, que instituiu a Caixa de Socorros em cada uma das Estradas de Ferro do Estado. Seja qual for o marco considerado, o surgimento da previdência privada – 1835 – o antecede.

⁶⁸ RAMOS, 2005, p. 22.

⁶⁹ Ibidem, p. 22 e 23.

mediante contribuição de seus participantes, dos respectivos empregadores ou de ambos.

A referida lei foi revogada, em 29 de maio de 2001, pela Lei Complementar 109, que compreende, juntamente com a LC 108/2001, a previsão legal de regulamentação geral da previdência privada atualmente.

A Emenda Constitucional 1, de 1969, não previu, expressamente, a previdência privada, mas tratou da previdência social no mesmo contexto da assistência social. A doutrina de peso da época entendia que a previdência complementar, uma vez que integrava o sistema de previdência brasileiro, relacionava-se na mesma medida com a assistência, já que ambas eram tratadas no mesmo contexto do art. 165, parágrafo único. Isso repercutiu, inclusive, em fins tributários, no sentido de que os serviços relacionados com os objetivos institucionais da previdência privada possuíam imunidade tributária. *Reis e Borges* retratam:

(...) o parágrafo único do mesmo artigo – 165 da EC de 1969 – estabelecia que “nenhuma prestação de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total”. (grifo dos autores)

Restava claro ante o teor das disposições acima que a assistência social destinada ao amparo da criança, do desempregado, da velhice, da mulher, dos acidentados, dos doentes e dos carentes, de um modo geral, estava compreendida dentro da noção geral de previdência social.

Como tal, a previdência complementar, atividade desenvolvida por particulares com a finalidade de proporcionar uma garantia facultativa, ao trabalhador e aos seus dependentes, sob a forma de pecúlio ou de pensão, integrava-se, tranquilamente, no conceito de assistência social para fins tributários.⁷⁰

Como já referido, a CF/88, pela EC 20/98, conceituou previdência privada em seu art. 202. A Lei Complementar 109/2001, em seu artigo 1º, traz similar conceituação. As características que destes dispositivos se extraem são: complementariedade, autonomia, facultatividade, constituição de reservas, e garantia.

A complementariedade da previdência privada ocorre no sentido de sua atuação paralela à previdência social. Não trata-se de opção de previdência alternativa, ou substitutiva, mas de escolha do segurado participante de

⁷⁰ REIS e BORGES, 2002, p. 10 e 11.

integrar o sistema privado de previdência. Desse modo, a previdência privada não retira a marca de filiação obrigatória da previdência social pública – RGPS –, mas, antes, surge em atuação concomitante, com a finalidade de maior proteção da manutenção da dignidade do segurado.

A previdência privada possui autonomia, pois, malgrado sua inserção no sistema previdenciário em sentido lato, atuando paralelamente ao regime geral, sua atuação independe da gestão do ente público, tampouco as decisões deste vinculam a previdência privada. Ela é gerida e estruturada de forma autônoma em relação ao RGPS:

A previdência privada é autônoma em relação ao regime geral de previdência social, porque não depende desta e é administrada, organizada e gerida separadamente da previdência geral e, da mesma forma, os benefícios gerado por ambos os regimes.⁷¹

Há facultatividade na medida em que os segurados aderem à previdência privada espontaneamente, de acordo com sua autonomia privada, o que faz com que a receita da previdência privada seja oriunda de contribuições voluntárias das pessoas físicas ou jurídicas patrocinadoras ou instituidoras. Não há, diferentemente do que ocorre na previdência social, obrigatoriedade de filiação.

Pela característica da constituição de reservas, a previdência privada atua de forma a formar, ou constituir, um patrimônio para custear os benefícios futuros. Trata-se de direcionamento da gestão do ente previdenciário, que deve construir um patrimônio capaz de financiar a demanda da proteção social, por meio das contratações de benefícios.

A garantia, por sua vez, opera na teleologia da previdência privada, que deve adimplir a prestação dos benefícios contratados. Relaciona-se com a constituição de reservas na medida em que esta existe como mecanismo de concretização daquela, ou seja, o ente previdenciário privado deve observar a constituição de reserva de patrimônio para garantir aos participantes seu benefício social. Neste sentido, ao segurado deve ser garantido o recebimento dos benefícios contratados, além de amplo acesso às informações, sendo

⁷¹ SANTOS, 2005, p. 67.

assegurada ao segurado participante – pelo art. 202, §1º, da CF – informação sobre a gestão de seus planos.⁷²

A previdência privada⁷³, portanto, possui nítido caráter privado, já que o segurado participante adere a contrato previdenciário-privado para complementar ou receber benefícios. Além disso, confirme sua característica de autonomia, não há que se falar em relação de subordinação ou dependência entre ela e a previdência social.

O objetivo da previdência privada, de proteção social do segurado, entretanto, já evidencia seu papel social – próprio da previdência em sentido lato –, o que, desde seu âmago, confirma o entendimento de que as características da previdência privada operam-se a uma exclusiva finalidade: a efetiva concretização de direitos sociais protetivos do segurado.

Sobre o objetivo e a autonomia, comparando a previdência social com a privada, *Martinez*:

Sob o aspecto estudado, uma não depende da outra e, *in casu*, devem deter regras próprias, que podem ser semelhantes entre si. O objetivo é o mesmo: proteção do trabalhador.⁷⁴

E, ainda neste sentido, *Ramos*:

A previdência privada busca também alcançar sua função primordial de garantir tranquilidade social e manutenção do padrão de vida de seus participantes e assistidos. Objetiva ainda proporcionar o aumento da poupança acumulada pelo fundos no país, traduzindo-se em importante fonte de financiamento nacional.

Os recursos acumulados por meio da capitalização traduzem importante fonte de financiamento nacional, realizando, conseqüentemente, alguns dos objetivos elencados no art. 3º da Constituição Federal de 1988, tais como a busca da redução das desigualdades sociais e regionais, a garantia do desenvolvimento nacional e a promoção do bem-estar e da justiça sociais.⁷⁵

A previdência privada classifica-se em duas espécies: previdência privada fechada e previdência privada aberta. *Santos* resume a previdência fechada: “pode-se, numa definição sumária, afirmar que as EFPC’s (entidades

⁷² REIS e BORGES, 2002, p. 12 e 13.

⁷³ *Ramos* defende que a expressão “previdência complementar” foi mal escolhida, pois contrasta o caráter autônomo da previdência privada em relação ao RGPS. RAMOS, 2005, p. 26.

⁷⁴ MARTINEZ, artigo do Repertório IOB nº 23, 2001, p. 468.

⁷⁵ RAMOS, 2005, p. 24.

fechadas de previdência complementar) são aquelas que instituem e executam planos de benefícios de caráter previdenciário, cuja modalidade de acesso é restrita a determinadas pessoas físicas.”⁷⁶

A entidade fechada de previdência complementar é, portanto, pessoa jurídica de direito privado, compulsoriamente instituídas como fundação ou sociedade civil sem fins lucrativos, que gere benefícios previdenciários acessíveis a um grupo com vínculo determinado, sejam empregados privados ou mesmo servidores públicos. São conhecidas como “fundos de pensão”, apesar de a derivação do inglês *pension funds* ser mais técnica como “fundos de aposentadoria”⁷⁷. A entidade fechada não pode ter fins lucrativos, de acordo com o art. 31, §1º, da LC 109/2001, e seu objeto institucional limita-se à instituição, gerência e execução de planos de benefícios previdenciários.

A empresa, ou grupo de empresas, e os entes da Administração Pública Direta, quando instituem e mantêm o ente de previdência fechada, são denominados patrocinadores. Já a pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial que o faz é chamada de instituidor. Não se deve confundir, entretanto, a pessoa jurídica do patrocinador ou instituidor com a pessoa jurídica da entidade de previdência fechada, pois esta será sempre de direito privado, enquanto pode haver patrocinador de direito público.

A entidade aberta de previdência complementar é assim denominadas porque, diferentemente do que ocorre com a entidade fechada, seus planos são oferecidos “abertamente no mercado”, sem a necessidade de vínculo algum.

São ofertados planos coletivos à pessoas jurídicas e planos individuais a pessoas físicas, acessíveis a qualquer pessoa. O art. 36 da LC 109/2001 exige a forma de sociedade anônima às entidades abertas. Portanto, terão fins lucrativos, distintamente às entidades fechadas. Sociedade seguradora de vida podem equiparar-se à entidade aberta de previdência privada, desde que autorizada a comercializar planos coletivos e individuais.

Há divergência doutrinária quanto à possibilidade de a entidade aberta prestar outros serviços, distintos ao objeto principal, paralelamente a este.

⁷⁶ SANTOS, 2005, p. 327.

⁷⁷ REIS, 2014, p. 21.

Enquanto *Santos* entende ser majoritário o entendimento pela vedação⁷⁸, *Reis* e *Borges* defendem a possibilidade de realização de outros serviços condicionada à segregação contábil⁷⁹.

Em ambas as espécies de previdência privada, a relação jurídica entre segurado participante é, portanto, complexa, consensual, onerosa e privada. Neste sentido, sintetiza, *Leitão, Rocha Dias e Macêdo*:

O vínculo jurídico da previdência privada interliga sempre o participante e seu beneficiário e a entidade de previdência privada. No caso de previdência privada fechada, teremos ainda a presença da figura do patrocinador ou do instituidor. Na previdência privada aberta, na hipótese de plano de benefício coletivo, teremos a presença da pessoa jurídica instituidora ou averbadora. São, portanto, sujeitos da relação jurídica de previdência privada fechada e aberta, o patrocinador e instituidor da entidade fechada de previdência privada e a pessoa jurídica instituidora ou averbadora de plano coletivo de previdência privada aberta.⁸⁰

Aos fins deste trabalho, a análise da relação entre o regime de previdência social – RGPS – e o da previdência privada, no que tange à afirmação da compatibilidade do tempo ficto do serviço especial com eles, não se faz necessária segregar entidade fechada e entidade aberta de previdência privada, pois o regime geral privado é suficientemente semelhante para que a análise genérica *RGPS x previdência privada* seja satisfatória a ambas as espécies de entidades privadas. Portanto, as diferenças estruturais entre a entidade privada fechada e a aberta – acima apresentadas – não exigem duplo confronto com o RGPS, quando se pretende analisar a compatibilidade do tempo ficto do serviço especial. Tanto porque o objetivo protetivo das espécies de previdência privada é o mesmo, com *Teixeira*:

A previdência complementar foi criada com o objetivo precípuo de fornecer uma rede proteção adicional, buscando o desenvolvimento econômico e a melhoria do bem estar de todos os indivíduos. (...)

Assim, acreditamos que o desenvolvimento da previdência complementar, com a criação da cultura de poupança futura, tende a preservar ou aprimorar o padrão de vida dos trabalhadores em períodos de inatividade.⁸¹

⁷⁸ SANTOS, 2005, p. 367.

⁷⁹ REIS E BORGES, 2002, p. 26.

⁸⁰ LEITÃO, ROCHA DIAS e MACÊDO, 2012, p. 62 e 63.

⁸¹ TEIXEIRA, 2014.

3.2 Princípios específicos da previdência privada

A doutrina, com *Ramos*, aponta que os princípios que regem a previdência social em grande medida também incidem na previdência privada. Certamente, os princípios gerais da previdência, como dignidade, solidariedade e igualdade aplicam-se à previdência privada. Neste sentido:

Os princípios especificamente aplicáveis ao sistema de previdência privada devem guardar estrita conformidade com os princípios da previdência social e, logicamente, da seguridade social.

Primeiro, temos a busca do valor da dignidade da pessoa humana, invariante axiológica presente como fundamento da República Federativa do Brasil, inserto no art. 1º da Constituição Federal.

Além disso, os princípios fundamentais que balizam o sistema ora tratado são os da solidariedade, da igualdade e da liberdade, que originam os demais princípios.⁸²

A delimitação da dignidade humana do item 1.1.5 pode ser aplicada em sua incidência na previdência privada, na medida em que isto ocorre de forma semelhante à da previdência social, apenas em proporção distinta, pois, enquanto esta materializa, como visto, um mínimo protetivo social, a previdência privada materializa a manutenção do nível de vida do segurado, na proporção de sua complementação.

A solidariedade está presente na previdência privada em menor força, mas com a mesma função da na previdência social, a de proteção social, por meio de benefícios, para garantir a manutenção do estilo de vida do segurado participante e, conseqüentemente, buscar minimizar ou, ao menos, estreitar, a desigualdade social.

A igualdade incide na previdência privada no sentido de vedação da discriminação negativa, que atinja direitos do segurado participante, e no de garantir as necessidades de cada segurado participante e buscar de cada um suas possibilidades sem tratamento diferenciado.

A liberdade, por sua vez, é princípio exclusivo da previdência privada, porquanto incide em sua vertente de autonomia privada, na medida em que o

⁸² RAMOS, 2005, p. 28.

segurado participante tem liberdade de escolha e de negociação de seu plano privado, da mesma forma que há previsão para sua entrada e saída do plano. Isso não ocorre na previdência social porque sua filiação é de caráter compulsório.

Ademais, os princípios da universalidade da cobertura e do atendimento, da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, da irredutibilidade do valor dos benefícios, da publicidade, e da indisponibilidade dos direitos dos beneficiários também incidem, em alguma medida, na previdência privada.

A universalidade da cobertura e do atendimento possui conteúdo próprio na previdência privada. Aplica-se após a especificação do grupo protegido, ou seja, um vez que se delimite o âmbito do plano, este deve ser oferecido a todos os segurados do universo delimitado. Por exemplo, se uma empresa contrata um plano de benefício coletivo, todos os seus empregados possuem o direito de integrar o plano.

Ramos explica a aplicação da seletividade e distributividade na previdência privada:

Por sua vez, o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços apresenta-se implícito no negócio jurídico contratual. O contrato de previdência privada estipulará (selecionará), de forma pormenorizada, os riscos a serem cobertos pelo plano. Traduz-se em direito da patrocinadora ou da instituidora. Já a distributividade aparece na forma como o legislador trata, com reservas, os integrantes do mesmo plano em razão das diferenças decorrentes das diferentes patamares, relativos aos salários de contribuição.⁸³

A irredutibilidade do valor dos benefícios aplica-se apenas nos casos em que o plano contratado é o de benefício definido. De outro giro, não se o aplicará se o plano contratado for o de benefício a definir, condicionado às contribuições fixas, pois o valor do benefício é incerto e depende de variantes especificadas no plano.

A indisponibilidade dos direitos dos beneficiários, conforme *Bollmann*, que tutela a proibição da renúncia dos benefícios sociais, devido a seu caráter jurídico alimentar⁸⁴, aplica-se naturalmente à previdência privada, uma vez que ela integra o sistema de previdência, sendo o objeto de seus contratos

⁸³ RAMOS, 2005, p. 30.

⁸⁴ BOLLMANN, 2007, p. 131.

previdenciários-privados a prestação social por meio de benefício. O segurado participante possui direito ao benefício contratado, de modo que este direito social fundamental é inalienável, impenhorável e imprescritível.

Por fim, o princípio do equilíbrio atuarial incide na previdência privada. Sua substância é, *mutatis mutandis*, a mesma da analisada no capítulo primeiro, ou seja, trata-se de imposição ao ente de previdência privada para que seja almejado o superávit, por meio de aplicação das contribuições. Portanto, não se deve confundir equilíbrio atuarial com reserva do possível, de modo que emprestar a função pretensamente inibitória de direito social fundamental custoso da reserva do possível ao equilíbrio atuarial significa desvirtuar seu conteúdo. A relação entre a consideração do tempo ficto do serviço especial e o equilíbrio atuarial será analisada no capítulo quarto.

3.3 Sistema de financiamento da previdência privada

O sistema de financiamento da previdência privada é o sistema de capitalização. Nele, não se conta com o aporte do Estado, mas, antes, dos segurados participantes e, quando for o caso, dos patrocinadores. Assim, há um plano de custeio, de acordo com cada plano de benefício, em que o ente privado previdenciário deve calcular o valor das contribuições e sua rentabilidade pelas aplicações e investimentos. O plano de custeio é calculado com base na *hipótese atuarial*, que, de acordo com *Reis*, consiste, “como o nome sugere, (n)uma hipótese, uma projeção, a qual pode ou não se confirmar com o tempo.”⁸⁵

O plano de previdência complementar deve atingir a *meta atuarial*, que é a estimativa de desempenho dos investimentos dos planos de custeio. *Reis*, novamente, elucida sobre o tema:

Dessa forma, a meta atuarial buscada pelo plano de benefícios, e que deverá ser perseguida pelo gestor da entidade de previdência, será de inflação (índice de correção do plano) somada à taxa de juros (retorno real dos investimentos).⁸⁶

⁸⁵ REIS, 2014, p. 82.

⁸⁶ Ibidem, p. 84.

Verifica-se, portanto, que o sistema de capitalização utiliza contribuições, definidas por cálculos atuariais, como meio de investimento para cumprir sua meta atuarial e, assim, assegurar o superávit. Entretanto, é próprio do sistema a incerteza do resultado, evidenciada pela própria denominação da *hipótese* atuarial, ou seja, o retorno dos investimentos pode ou não ocorrer de acordo com a meta. O princípio do equilíbrio atuarial é concretizado quando se realiza, seriamente, os cálculos atuariais e os investimentos devidos, com finalidade de superávit. Porém, acaso este não ocorra, tal princípio não restará violado, já que o que se demanda do ente previdenciário é, de certa forma, uma obrigação de meio, no sentido de que ele deve cumprir todas as imposições para que alcance balanço superavitário.

Se o resultado em certo período é deficitário, haverá reajuste nos planos previdenciários:

A redução da taxa atuarial de juros, na medida em que projeta um crescimento real menor dos recursos garantidores, vai naturalmente encarecer o plano previdenciário. De forma lógica, se a rentabilidade for menor, as contribuições terão que ser maiores.⁸⁷

Portanto, a função dos entes da previdência privada de buscar o superávit é de importância ímpar, para que atue de modo a alinhar os valores arrecadados com os ditames constitucionais. De certo, a finalidade da gestão autossuficiente é a de garantir a prestação do benefício ao segurado. Neste sentido, nada mais razoável do que respeitar a saúde do trabalhador e o desgaste sofrido no trabalho exercido em condições especiais para fins de consideração do tempo ficto.

Neste linha de pensamento, o direito social fundamental materializado como tempo ficto não deve ser afastado da incidência na previdência privada, mas, antes, considerado como custo necessário, de modo que, acaso preciso, se modifique as contribuições para assegurar resultado superavitário. A interpretação de que tal tempo ficto violaria o equilíbrio atuarial do regime da previdência privada não subsiste, já que a incerteza do superávit é própria do regime, além de que não há razões jurídicas para afastar a incidência de direito fundamental social protetivo, como se demonstrará no capítulo seguinte.

⁸⁷ Ibidem, p. 85.

CAPÍTULO 4

A compatibilidade entre o tempo ficto do serviço especial e a suplementação do benefício inicial da previdência privada

4.1 A não interferência da diferença ontológica entre os regimes geral e privado

Como visto, os regimes da previdência social – RGPS – e da previdência privada são distintos. Enquanto aquele é espécie de seguro coletivo, público, compulsório, este possui caráter complementar, facultativo, privado. Verifica-se, entretanto, que ambos possuem mesmo conteúdo teleológico: proteção social do segurado.

Os sistemas de financiamento desses regimes também se distinguem. Pois, ao passo que a previdência social opera pelo sistema de repartição, em que as contribuições sociais destinam-se a um fundo único, do qual descontam-se os recursos utilizados no pagamento das prestações dos benefícios, ocorrendo, assim, o “financiamento de gerações”, a previdência privada sustenta-se pelo regime de capitalização, o qual se mantém pelas aplicações das contribuições dos participantes. *Ferraro* sintetiza a diferença dos sistemas:

O regime de capitalização é o próprio do neoliberalismo, enquadrado como poupança individual e disponível, da iniciativa privada, para o plano do tipo contribuição definida, com baixo nível de solidariedade, hodierno e com tendências a se universalizar. Bom para as prestações programadas. Por outro lado, o regime de repartição simples, ideologicamente seria social democrático, técnica previdenciária, de iniciativa estatal, para o plano tipo benefício definido, com elevada solidariedade, ultrapassado no tempo e com tendência a desaparecer. Própria das prestações programadas.⁸⁸

O tempo ficto do serviço especial que foi efetivamente trabalhado, malgrado não reconhecido à época, não amolda-se a apenas o sistema de repartição da previdência social. Isso porque, dado seu caráter materializador

⁸⁸ FERRARO, 2010, p. 183.

de direito social protetivo, o tempo ficto é plenamente compatível com ambos os sistemas, na medida em que atende o objetivo principal deles: a proteção social do segurado. O sistema de capitalização, ao considerar o tempo ficto, busca compensação nas aplicações e nos cálculos atuariais de próximas receitas – contribuições, a fim de se concretizar o equilíbrio atuarial e o direito social protetivo. A diferença estrutural-orgânica de cada regime não é óbice, portanto, à incidência do referido tempo ficto na suplementação do benefício previdenciário do ente privado.

As características, princípios sociais específicos aplicáveis à previdência privada – como a liberdade, universalidade da cobertura e do atendimento, a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, e a irredutibilidade do valor dos benefícios – e princípios gerais da previdência – dignidade, igualdade – alinham-se à consideração do tempo ficto de serviço especial.

A característica da autonomia entre o regime da previdência social e o da previdência privada, por sua vez, impede que a decisão de um ente vincule o outro. Desse modo, o reconhecimento do tempo de serviço especial pelo INSS não vincula, por si só, a decisão do ente de previdência privada. O reconhecimento administrativo pelo ente público poderia, neste sentido, constituir prova ou argumento em favor do segurado participante, em seu requerimento de suplementação, embora não possua força vinculante. Entretanto, independentemente de o reconhecimento por um regime não vincular o outro, o direito fundamental do segurado deve ser tutelado por ambos. Trata-se de outra relação jurídica, mas com a mesma causa de pedir: a tutela de direito social protetivo. Este é não só compatível com ambos os regimes, mas impõe seu reconhecimento uma vez incontrovertida a base factual.

Verifica-se, desse modo, que os princípios que regem a previdência privada alinham-se à consideração do tempo ficto de serviço reconhecido como especial após a prestação do benefício.

As características do regime de previdência privada tampouco constituem óbice à incidência do tempo ficto. O caráter complementar do regime promove a proteção social pela manutenção do valor usual de vida do segurado, antes do que pela garantia de subsistência. O tempo ficto, ao ser

considerado, garante que se aproxime a manutenção do modo de vida usual do segurado, de modo a alinhar-se à característica da complementariedade.

A facultatividade não influencia a consideração do tempo ficto em momento posterior à prestação do benefício, pois incide na liberdade de aderir ao plano de previdência privada, ou seja, em momento inicial da relação jurídica entre o segurado participante e o ente previdenciário, como também na liberdade de retirada, ou saída. A relação privada e o equilíbrio atuarial serão analisados nos próximos itens.

Portanto, ao confrontar os regimes analisados nos capítulos passados, conclui-se que inexistente óbice pela ontologia de cada regime quanto à consideração do tempo ficto de serviço especial pela previdência privada.

4.1.1 A Eficácia horizontal dos direitos fundamentais como fundamento maior de compatibilidade

Além de não haver incompatibilidade estrutural dos regimes, tampouco existe óbice jurídico à incidência do tempo ficto em relação privada. Isso porque o tempo ficto é considerado como materialização de direitos fundamentais, e estes, por sua vez, aplicam-se às relações entre particulares. É o que se chama de eficácia horizontal⁸⁹ dos direitos fundamentais, ou eficácia perante terceiros – *Drittwirkung*.

A clássica dualidade público-privado, em âmbito fundamental, encontra-se superada. Hoje, a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas é amplamente aceita pela doutrina e jurisprudência. *Alexy* corrobora este entendimento, discorrendo sobre a influência dos direitos fundamentais no sistema jurídico:

Se sua influência se limitasse à relação Estado/cidadão, haveria uma resposta simples à questão acerca de como as

⁸⁹ Não se deve supor que eficácia horizontal tem alguma relação *a priori* com níveis de influência e igualdade social e econômica dos particulares envolvidos. O termo *horizontal* não significa relação em pé de igualdade entre os agentes, mas, antes, horizontalidade como particulares. Pode haver, como se observa na relação entre o segurado participante e o ente de previdência privada, grande desigualdade de poder social e econômico entre os particulares.

normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico. Essa resposta poderia, em grande parte, resumir-se à constatação de que as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico na medida em que afetam a relação jurídica entre o Estado e os cidadãos, sob a forma de direitos subjetivos em face do legislador, do Poder Executivo e do Judiciário. Mas é fácil perceber que essa resposta é incompleta. Como já foi demonstrado anteriormente, fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão. (...)

Atualmente, a ideia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita.⁹⁰

Sombra discorre sobre a abrangência da eficácia horizontal sobre os sistemas jurídicos:

Com efeito, nos modernos Estados Sociais e Democrático de Direito, poucos são aqueles que negam a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, e os que negam o fazem amparados por conceitos antiquados sobre Estado, sociedade, dicotomia público e privado e, sobretudo, em decorrência de um apego exclusivista e desmesurado a uma clássica e ultrapassada concepção de direitos fundamentais.⁹¹

Enquanto a eficácia horizontal é amplamente aceita, sua extensão e modo de incidência geram dissensos teóricos, sintetizados em duas correntes: uma que defende a eficácia horizontal *mediata*, e outra a eficácia horizontal *imediata* dos direitos fundamentais. A divergência decorre, em grande medida, do fato de que, ao contrário do que ocorre na relação cidadão-Estado, em que este não é tutelado por direitos fundamentais, a relação cidadão-cidadão é peculiar no sentido de que ambos os agentes são titulares de direitos fundamentais.

Os defensores da teoria da eficácia mediata, com Claus-Wilhelm Canaris, afirmam que a ordem jurídica – ou também, por vezes como sinônimos imperfeitos, o legislador, o Estado, a legislação – mediam a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. *Canaris* chega a concluir:

⁹⁰ ALEXY, 2011, p. 523, 524 e 528.

⁹¹ SOMBRA, 2004, p. 104.

Designadamente, mantém-se, por um lado, a posição de que apenas o Estado é destinatário dos direitos fundamentais, já que é também sobre ele que recai a obrigação de os proteger. Por outro lado, resulta clara a razão pela qual outros cidadãos são também atingidos e os direitos fundamentais produzem também – de certa forma por uma via indirecta – efeitos em relação a eles: justamente porque também no campo jurídico-privado o Estado, ou a ordem jurídica, estão, em princípio, vinculados a proteger um cidadão perante o outro.⁹²

Pela teoria da eficácia mediata, portanto, a ordem jurídica, criada pelo legislador, media a incidência dos direitos fundamentais no âmbito privado.

Grande parte da doutrina hodierna, com *Sombra*, critica-a:

Em suma, é perfeitamente plausível a conclusão segundo a qual a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, por intermédio da atividade judicial, conduz a um verdadeiro beco sem saída, sob a perspectiva eminentemente normativa dos direitos fundamentais. A *mittelbare Drittwirkung* consubstancia, de fato, uma construção artificial e artificiosa para afastar a eficácia direta dos direitos fundamentais.⁹³

A teoria da eficácia horizontal imediata, ou direta, dos direitos fundamentais, exposta por *Hans Carl Nipperdey*, defende que os direitos fundamentais devem incidir sobre relações privadas sem mediação legal devido a sua força de norma e valor que compõe todo o ordenamento jurídico. Trata-se de decorrência da unidade e força normativa da Constituição⁹⁴.

A teoria da eficácia imediata melhor traduz a concretização efetiva dos direitos fundamentais na sociedade, razão pela qual se a adota neste trabalho. Entretanto, tanto por esta teoria, quanto pela da eficácia mediata, se pode chegar à conclusão da compatibilidade do tempo ficto de serviço especial com a previdência privada. Isso porque não se coloca em conflito direitos fundamentais, ou seja, não está em jogo a autonomia privada como óbice à aplicação de direito fundamental de um particular em face a outro, tampouco se coloca – como prevê a teoria da eficácia mediata – previsão legal como mediador da incidência de um direito fundamental e sacrifício de outro. Cuida-se, antes, de aplicabilidade de direito social fundamental protetivo em relação privada. Este direito, materializado pelo tempo ficto de serviço especial, é o da suplementação do benefício da previdência privada e, como demonstrado, não

⁹² CANARIS, 2003, p. 58.

⁹³ SOMBRA, 2004, p. 181.

⁹⁴ SARLET, 2012.

conflita com a estrutura do regime da previdência privada, tampouco há conflito com preceitos privados, como a autonomia privada.

Desse modo, a incidência do direito fundamental na relação privada, em sua vertente de proibição de proteção insuficiente, é imperativa. A previdência privada não possui discricionariedade na aplicação de proteção fundamental social, porquanto o tempo ficto do serviço especial materializa direito social protetivo, dignidade humana e, ainda, direito adquirido.

4.2 A não violação do equilíbrio atuarial

Tanto na previdência social quanto na privada, o princípio constitucional do equilíbrio atuarial possui o mesmo conteúdo teleológico, qual seja o de impor ao gestor administração superavitária a longo prazo, para que se possibilite alcançar a finalidade exclusiva do ente previdenciário privado, a proteção dos segurados por meio de benefícios. Sinteticamente:

O equilíbrio atuarial diz respeito ao equilíbrio entre ativos e passivos atuarialmente calculados. Em um regime capitalizado, existe equilíbrio atuarial quando os recursos acumulados em um dado momento equivalem ao valor das reservas matemáticas de todos os benefícios concedidos e a conceder. Em um sistema estruturado em repartição simples, como não há formação de reservas, o equilíbrio atuarial seria representado pelo cálculo das contribuições e definição das regras de benefícios com base em critérios atuariais consistentes, tendentes a gerar um equilíbrio de longo prazo considerando os riscos futuros e as demais variáveis atuariais.⁹⁵

Quando relacionado à previdência privada, o equilíbrio atuarial permanece com o referido conteúdo essencial: de imposição para que se assegure o equilíbrio de débitos – benefícios – e créditos – contribuições dos participantes e patrocinadores quando houver estes. O regime de capitalização da previdência privada, assim como o de repartição da previdência social, demandam o equilíbrio orçamentário para manterem-se.

⁹⁵ DAL BIANCO, 2011, p. 62.

Balizado o comando normativo deste princípio, faz-se necessário relacioná-lo à consideração do direito social protetivo na forma de suplementação de benefício privado em decorrência do reconhecimento do tempo ficto de serviço especial.

É certo que a consideração do tempo ficto do serviço especial gera custo ao ente previdenciário privado. Entretanto, opor à proteção do direito fundamental o argumento de equilíbrio orçamentário significa atribuir-lhe hipótese de incidência além do razoável, ou, quando menos, confusão com o conteúdo da reserva do possível.

Isso se dá porque o equilíbrio atuarial impõe ao ente previdenciário privado que busque o superávit, a fim de justamente cumprir seu papel institucional de proteção social complementar, por meio de benefícios. Se se entende que a consideração de direito fundamental social consiste em aumento de gasto ao ente previdenciário privado e, por isso, nega-lhe aplicação, então viola-se não só a proteção do segurado, mas a finalidade institucional da previdência, na medida em que nega-se custear benefício – proteção social – para evitar maiores gastos, os quais, por sua vez, devem ser utilizados para custear benefícios – função institucional exclusiva, ou principal, da previdência privada. Cuida-se de lógica perversa e manifestamente contrária à adequação do equilíbrio atuarial aos demais princípios da previdência, como igualdade, dignidade e distributividade, além de minimizar o conteúdo da dignidade humana no Estado Democrático brasileiro.

O comando normativo do equilíbrio atuarial, nesse sentido, dirige-se à busca pelo superávit nos limites da adequação aos princípios fundamentais protetores. O equilíbrio atuarial não pode ser (ab)usado para afastar a incidência de direitos protetivos – e adquiridos – do segurado.

Percebe-se, portanto, que o equilíbrio atuarial não busca afastar a incidência de demais princípios fundamentais protetivos, os quais representam, como demonstrado, a essência sistema previdenciário. O equilíbrio atuarial tampouco visa cumprir o papel conflitivo da reserva do possível, uma vez que esta busca afastar a proteção comissiva do Estado por argumentos orçamentários. Ao se utilizar o equilíbrio atuarial como fundamento apto a afastar a incidência de direitos fundamentais sociais – como o fez o STJ, em decisão colacionada na introdução deste trabalho –, se está desvirtuando sua

função ou, quando menos, confundindo sua roupagem com a da reserva do possível, apesar desta apenas ganhar vida quando o Estado efetivamente demonstra a negativação dos cofres públicos – ressalta-se que esta exceção feita pelo STF, de aceitação do argumento da reserva do possível, ainda deve ser procedida da técnica de ponderação, ou seja, a demonstração, pelo Estado, da efetiva impossibilidade de custear prestação positiva fundamental ainda pode ser afastada por direito casuisticamente mais relevante, tratando, nesta hipótese, de exceção da exceção. A inviabilidade orçamentária inexistente no argumento do equilíbrio atuarial, que, conforme conceituação deferida, limita-se a impor ao Estado a busca do superávit, sem o condão de negar os demais direitos fundamentais protetivos do regime quando o superávit for incerto ou mesmo duvidoso.

Dois apontamentos ainda se fazem necessários.

O primeiro, sobre a relação entre o equilíbrio atuarial, o tempo ficto e a capitalização integral de forma individual. À respeito do regime de capitalização e sua divisão entre capitalização coletiva e individual, explica *Ferraro*:

Neste regime, a cotização do segurado é definida e constante, o que acaba por garantir o equilíbrio financeiro-atuarial por um período bastante longo. A capitalização integral ou plena pode ainda se dar de duas formas diversas: a 1) coletiva; ou a 2) individual. No sistema de capitalização plena coletiva (CPC), as contribuições dos segurados, em seu conjunto, são consideradas favorecendo a coletividade segurada. Ou, em outras palavras, os recursos se formam por cotas conjuntas de uma geração de segurados. Já no sistema de capitalização plena individual (CPI), as cotizações se creditam à conta individual de cada segurado. Ou seja, a equivalência dos compromissos recíprocos no início do seguro é realizada para cada segurado tomado individualmente.⁹⁶

Na capitalização plena individual, formaliza-se relação com cada segurado individualmente considerado, não com grupos de origem comum. Em princípio se poderia pensar que a causa e solução deveriam ser diversas às da capitalização plena coletiva, já que nesta há certa impessoalidade de benefícios e contribuições, por serem consideradas no âmbito da coletividade. Porém, tanto a causa como a solução são as mesmas. A causa é a consideração de tempo ficto, ou seja, não efetivamente contribuído, de serviço especial reconhecido para adequar – suplementar – o benefício privado que o

⁹⁶ FEIJÓ COIMBRA, 1999, p. 47, apud FERRARO, 2010, p. 184.

segurado já recebe. Trata-se desta causa tanto na capitalização individual quanto na coletiva, pois em ambas o tempo ficto não foi considerado na contribuição da época. Dessa forma, como já mencionado, o tempo ficto configura custo ao ente previdenciário privado. Porém, se demonstrou que este custo é de consideração necessária, pois, além de configurar direito adquirido e social protetivo de cunho fundamental, à medida de sua função compensatória ao desgaste excessivo do trabalhador, o comando normativo do princípio do equilíbrio atuarial não o afasta. A solução jurídica, que é a consideração do tempo ficto, portanto, é a mesma. O que difere é o meio para atingi-la, pois, enquanto na capitalização plena coletiva o ente previdenciário pode ajustar os benefícios coletivos para custear o tempo ficto, podendo, inclusive, quando cabível, incluir o beneficiário como parte deste custeio, na capitalização individual o ente previdenciário deverá buscar o custeio em suas aplicações dos investimentos – daí se falar em compatibilidade com o equilíbrio atuarial em seu comando normativo usual – podendo, quando necessário, incluir o beneficiário como parte do custeio, já que este é parte integrante do sistema de previdência.

Um segundo apontamento cuida da relação entre o princípio do equilíbrio atuarial e a reserva do possível.

Enquanto o equilíbrio atuarial exige gestão que busca o superávit, a reserva do possível se mostra como óbice institucionalizado para prestação de direitos sociais custosos, quando estes efetivamente causarem “desequilíbrio no sistema jurídico, afetando, inclusive, o princípio da igualdade material e do Estado Social”⁹⁷. Assim, a reserva do possível só é admitida quando a efetivação do direito social causar a quebra do sistema que o custeia, trazendo consequências socialmente, e em maior intensidade, desastrosas. Desse modo, a reserva do possível não tem cabimento quando utilizada como argumento obstativo de prestação social fundamental, sem que efetivamente se demonstre a inviabilidade contábil do sistema, o que trata de ônus argumentativo difícilimo, daí seu caráter de excepcionalidade⁹⁸.

⁹⁷ OLSEN, 2008, p.223.

⁹⁸ Mesmo em casos em que se demonstra a efetiva inviabilidade do sistema, o STF reconhece que se deve observar o parâmetro do mínimo existencial – ou mínimo protetivo – na seletividade dos direitos sociais tutelados, no que chamou de *escolhas trágicas*. Neste sentido: A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO

Portanto, ao se utilizar do equilíbrio atuarial para afastar direito social protetivo – o tempo ficto –, sob argumento de desequilíbrio, tanto se viola o âmbito do comando normativo daquele princípio, como também se utiliza, se considerada sua relação com a reserva do possível, esta de maneira inaceitável, qual seja a de mero surgimento de gastos, e não a efetiva quebra do sistema socialmente relevante. Sobre a utilização desvirtuada da reserva do possível:

Em decorrência da falta de aprofundamento acerca do tema, a reserva do possível muitas vezes funcionou, como ainda funciona, como um “mote mágico” a impedir qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. (...)

Verifica-se, portanto, que a reserva do possível – enquanto condição de realidade que determina a observância pelo intérprete da existência dos meios fáticos necessários a efetivação da norma, embora tenha surgido na Corte Constitucional Alemã como um mandado de observância da proporcionalidade daquilo que exige do Estado e da sociedade, passou a ser aplicada pelos tribunais brasileiros como um

POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

elemento a inviabilizar a realização dos direitos a prestações materiais, exonerando o Estado de obrigações constitucionalmente assumidas em virtude da alegação de ausência de recursos.⁹⁹

Portanto, ao se considerar que o princípio do equilíbrio atuarial relaciona-se à reserva do possível, a consideração do tempo ficto permanece imperativa, já que a reserva do possível, quando exteriorizada sob o argumento de desequilíbrio atuarial, desvirtua-se em argumento obstativo da proteção social, sem a demonstração da hipótese de sua incidência, a efetiva quebra do sistema.

Em suma, não há conflito entre a consideração do tempo ficto de serviço reconhecido como especial e o princípio do equilíbrio atuarial. Este, por sua vez, não se confunde com reserva do possível, e, mesmo quando com ela relaciona-se, o sistema de previdência privada possibilita a adaptação do custeio, incorporando nele o tempo ficto, de modo que se torna praticamente inviável arguir reserva do possível em sua hipótese de incidência devida, a inviabilidade, ou quebra, do sistema.

O equilíbrio atuarial, portanto, não afasta os direitos protetivos, mas, antes, existe como vetor da ação do ente previdenciário, para garantir manutenção desses direitos. Isso porque a noção de previdência é historicamente construída a partir de pilares protetivos. E a previdência privada, apesar de sua relação de natureza privada, deve estar umbilicalmente vinculada a tal função protetiva.

⁹⁹ FERRARO, 2010, p. 190 e 192.

CONCLUSÃO

Este trabalho se propôs a demonstrar, em termos jurídicos, a compatibilidade do tempo ficto do serviço especial na previdência privada. Para tanto, foram analisadas as características, princípios e estrutura da previdência social, RGPS, bem como da previdência privada, para que, a partir do contraste entre esses regimes, se chegasse à compatibilidade. Falou-se do tempo ficto como aquele oriundo da conversão de serviço em condições especiais para serviço em condições comum, e também como aquele decorrente do reconhecimento, posterior à prestação do benefício, da natureza especial de um serviço efetivamente trabalhado. Daí dedicação do capítulo segundo a melhor entendimento sobre a aposentadoria e serviço especiais. Os argumentos constitucionais perpassaram toda a extensão do trabalho, não poderia ser diferente, devido ao *status* social fundamental da previdência em sentido lato e, conseqüentemente, de seus benefícios.

Quanto ao RGPS, concluiu-se, a fim de materializar sua função fundamental protetiva, que se trata de seguro coletivo, de natureza pública, de relação institucional entre o segurado e o Estado, compulsório, com finalidade de proteção fundamental social, financiada mediante contribuição social, em regime contributivo, e que funciona como meio imprescindível de subsistência do segurado e de seus dependentes na ocorrência de riscos sociais legalmente previstos.

Os princípios específicos da previdência social – em especial a universidade de participação nos planos previdenciários; a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; a irredutibilidade do valor dos benefícios, de forma a preservar-lhe o poder aquisitivo; e a indisponibilidade dos direitos dos beneficiários – evidenciaram que quando o segurado adquire todos os requisitos para usufruir de um benefício, conseqüências jurídicas complexas daí surgem, como a impossibilidade de se negar prestação desse benefício, devido ao direito adquirido para tanto, ou, ainda, como a imprescritibilidade e a irrenunciabilidade do benefício, já que este traduz a concretização de um direito social fundamental e, portanto, não pode ser transigido pelas partes da relação jurídica.

Os princípios gerais, em destaque a solidariedade e a dignidade humana, foram analisados em conformidade tanto com a previdência social quanto com a previdência privada, o que teve por fim demonstrar que, após moldar-se às características de cada um desses dois sistemas, tais princípios gerais permanecem norteadores em conteúdo semelhante. Nesta linha, a dignidade como proibição da proteção insuficiente – ou como garantia do mínimo de existência digna – atua na previdência social e na privada como norteadora da relação jurídica, apesar de o foco moldar-se a cada uma, pois, enquanto na previdência social a dignidade tem escopo na proibição da proteção insuficiente, na previdência privada ela foca a manutenção da vida digna, de acordo com o benefício contratado pelo segurado. A proibição da proteção insuficiente, na previdência privada, assume a feição de obrigação do ente previdenciário de garantir o benefício social ao segurado participante, de modo que eventual desconsideração do direito social em sua plenitude afrontaria a dignidade humana neste sentido. Assim ocorre quando o ente da previdência privada nega tutela do tempo ficto do serviço especial.

A aposentaria e o serviço especiais, bem como o tempo ficto neles abarcados, foram compreendidos como meio de concretização das finalidades protetivas da previdência, com a peculiaridade da adição da compensação à exposição excessiva do segurado a agentes nocivos a sua saúde e integridade.

As características da previdência privada, como complementariedade, autonomia, facultatividade, constituição de reservas, e garantia, levam à conclusão de que, apesar de tratar-se de relação privada, por meio de contrato previdenciário, estabelecida entre o ente previdenciário e o participante – e, quando houver, patrocinador ou instituidor –, o ente previdenciário deverá obedecer uma exclusiva razão social: a de garantir proteção ao segurado. É neste contexto protetivo que as características da previdência privada relacionam-se, sendo o ente previdenciário incumbido de complementar benefício social, quando provocado pelo segurado, garantindo a prestação do benefício, a partir de uma gestão de acumule reservas de patrimônio. Ressaltou-se que o sistema de financiamento de capitalização não se contrasta com o reconhecimento de direito social adicional, como o tempo ficto do serviço especial. Isso porque este sistema funciona pelos lucros das aplicações

e dos investimentos feitos com as contribuições recebidas, o que denunciou ao menos duas conclusões: a de que o resultado dos investimentos é incerto, e, portanto, possui equilíbrio atuarial dinâmico, de modo que a incerteza do superávit é inerente ao sistema; e a de que a capitalização individual refere-se apenas à possibilidade do ente contratar com pessoa individualmente considerada, invés de com plurais, e não ao comprometimento da contribuição do segurado a investimento isolado. O ente previdenciário investe em carteiras diversificadas e em montantes consideráveis, o que impessoaliza o rendimento e, portanto, invalida a negativa de consideração do tempo ficto ao regime de capitalização fundamentada em limites de lucro individuais.

Também em contexto de proteção social que o princípio do equilíbrio financeiro foi analisado. Ao se destacar que a imposição ao ente gestor previdenciário – seja público ou privado – de que busque garantir a autossuficiência em longo prazo é desafio complexo, mas imprescindível ao adimplemento dos benefícios sociais, estabeleceu-se que o equilíbrio financeiro determina uma espécie de obrigação meio, na medida em que gastos sociais adicionais não violam este princípio, mas, quando muito, exigem reformulação das receitas. O equilíbrio financeiro não atua, portanto, como contraste fático à materialização de direitos sociais, mas, antes, como indutor de gestão previdenciária para que se possa garantir tais direitos. Neste sentido, impassível de confundi-lo com a reserva do possível, que, por sua vez, consiste em contraste fático, sem natureza principiológica, com intuito de afastar a aplicação de determinado direito social em situações excepcionalíssimas.

O sistema previdenciário como um todo objetiva, exclusivamente, a proteção do segurado. Este objetivo não se difere quando se examina a previdência social do RGPS ou a previdência privada. Ao contrário, a estrutura e os princípios que as regem convergem à efetiva concretização do direito social fundamental. É neste sentido que o equilíbrio atuarial deve ser interpretado, como uma obrigação ao gestor previdenciário de garantir a autossuficiência a médio e, especialmente, longo prazo para satisfação da finalidade previdenciária, por meio da garantia dos benefícios.

O tempo ficto do serviço especial, decorrente de reconhecimento da natureza deste serviço após a concessão do benefício, foi considerado como

direito social fundamental e direito adquirido. Neste sentido, sua compatibilidade com a previdência privada deriva não apenas da estrutura e princípios da previdência, mas também da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que reconhecidamente incidem nas relações entre particulares.

A aplicação do direito fundamental na relação privada, em sua vertente de proibição de proteção insuficiente, é imperativa. Desse modo, a previdência privada não possui discricionariedade na aplicação de proteção fundamental social, porquanto o tempo ficto do serviço especial materializa direito social protetivo, dignidade humana e, ainda, direito adquirido.

Conclui-se que, conforme a matriz principiológica da previdência social e da previdência privada, em destaque a vertente social protetiva e a vertente de custeio do equilíbrio atuarial, o tempo ficto do serviço especial alinha-se com ambos os sistemas. É compatível com os princípios sociais protetivos, no sentido de concretizar a contraprestação, na forma de benefício, à compensação social do trabalho exercido em condições prejudiciais à saúde e à integridade do segurado, bem como no sentido de materialização, ou efetivação concreta, de direito social fundamental e da dignidade do segurado. Também é compatível com o equilíbrio atuarial, na medida em que este direciona gestão ao fim exclusivo de garantir a proteção social por meio do benefício previdenciário, de modo a não possuir qualquer conteúdo que afaste a incidência de tal direito social, mas, antes, direcionar-se à consideração de tal direito fundamental, neste caso concretizado pelo tempo ficto do serviço especial, como custo necessário e constitucionalmente inafastável.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. Sobre los Derechos Constitucionales a Protección, em **Derechos fundamentales y ponderación**, 2ª ed.; Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, 2009.

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. **Fundamentos constitucionais da previdência social**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BATISDA, Franciso J. ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos, In: **Derechos fundamentales y ponderación**, 2ª ed.; Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, 2009.

BOLLMANN, Vilian. Princípios constitucionais da previdência social. In: **Justiça do Trabalho**, nº 277, janeiro de 2007, p. 120-132.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça (STJ)**. Recurso especial 1.330.085-RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 10/2/2015, DJe 13/2/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201201261290>. Acessado em: 19 de janeiro de 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Agravo no Recurso Extraordinário 664.335, rel. Min. Luiz Fux, Dje 12.02.2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734901>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal (STF)**. Agravo no Recurso Extraordinário 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177. Divulgado em 14-09-2011, publicado em 15-09-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. A efetiva implementação dos fundos de previdência complementar no âmbito dos regimes próprios e suas

conseqüências. In: **Revista de Previdência Social**. - v. 38, n. 400, Mar., 2014. p. 227-233.

_____; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CASTRO, Priscila Gonçalves de. **Teoria Geral do Direito Internacional Previdenciário: acordos internacionais no direito previdenciário brasileiro, teoria e prática**. São Paulo: LTr, 2011.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Direito Constitucional Brasileiro: Volume III: constituições econômicas e social**. Coordenadora assistente Ana Lucia Pretto Pereira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

COIMBRA, J. R. Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Edições trabalhistas, 1997.

COSTA, Eliane Romeiro. O desafio do equilíbrio financeiro e atuarial para a gestão dos regimes próprios de previdência social. **Revista de Previdência Social**. São Paulo, v. 31, n. 321, p. 729-735, ago. 2007.

COSTA NETO, João. **Dignidade Humana: visão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, do STF e do Tribunal Europeu**. São Paulo: Saraiva, 2014.

DAL BIANCO, Dânae. **Princípios constitucionais da previdência social**. São Paulo: LTr, 2011.

DAN-COHEN, Introduction: Dignity and its (dis)content, introdução do compêndio **Tanner Lectures: Dignity, Rank and Rights**. *New York: Oxford University Press, 2009 - ebook*.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____; PORTO, Lorena Vasconcelos. **O estado de bem estar social no século XXI**. São Paulo: LTr. 2007.

DOMENEGHETTI, Valdir. **Previdência complementar: gestão financeira de fundos de pensão**. Ribeirão Preto: Inside Books, 2009.

FERRARO, Suzani Andrade. **O Equilíbrio Financeiro e Atuarial nos Regimes de Previdência Social: RGPS – Regime Geral de Previdência Social, RPPS – Regime Próprio de Previdência Social, RPP – Regime de Previdência Privada**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FORTES, Simone Barbisan. **Previdência social no estado democrático de direito**. São Paulo: LTr, 2005.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de Direito da Seguridade Social**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUSHIKEN, Luiz; FERRARI, Augusto Tadeu; FREITAS; Wanderley. **Previdência complementar e regime próprio: complexidade e desafios**. Indaiatuba, SP: Instituto Integrar Integração. 2002.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 6ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução por Paulo Quintela. Portugal, Edições 70, LDA, setembro de 2007.

KLIEMANN, José Guilherme. Os princípios constitucionais da seguridade social em uma perspectiva histórica. In: **Revista de Previdência Social**. v. 38, n. 401, Abril de 2014. p. 333-346.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITÃO, André Studart; ROCHA DIAS, Eduardo; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. **Nova Previdência Complementar do Servidor Público**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **O que é direito social**. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr. 2007.

MARENISI, Voltaire Giavarina. O seguro de vida, a previdência complementar e os fundos de pensão. In: **Revista Brasileira de Direito Previdenciário**. Porto Alegre, v. 2, n. 10, p. 92-95, ago./set. 2012.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A seguridade social na Constituição Federal**. 2.ed. São Paulo: LTr. 1992.

_____. **Independência da previdência complementar e princípio da irredutibilidade dos benefícios**. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, v.2, n.23, p.469-467, dez. 2001.

_____. Prova e Contraprova do Nexo Epidemiológico. In: **Revista de Previdência Social**. São Paulo, LTr, ano XXXII, nº 329, abril de 2008.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 35ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MELO, Luis Antônio Camargo de. Tempo ficto para aposentadoria: análise à luz do princípio da segurança jurídica. In: **Revista LTr: Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 78, n. 2, p. 144-149, fev. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MERRIEN, François Xavier. O novo regime econômico internacional e o futuro dos Estados de bem-estar social. Tradução por Lorena Vasconcelos Porto. In: **O estado de bem estar social no século XXI**. São Paulo: LTr, 2007.

MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; SELAU, Marcelo Benetti. **Direitos fundamentais sociais: o mínimo existencial e o sistema de inclusão previdenciária. Justiça do Trabalho**: Caderno de direito previdenciário. Porto Alegre, v. 29, n. 343, p. 148-162, jul. 2012.

OLIVEIRA, Aldemir de. **A previdência social na carta magna: análise do direito e do antidireito das prestações previdenciárias e assistenciárias**. São Paulo: LTr, 1997.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PECES-BARBA, Gregorio, con la colaboración de R. de Asís Roig, C. R. Fernández Liesa y Á. Llamas Cascón. **Curso de derechos fundamentales**. Madrid, BOE y Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PÓVOAS, Manuel Soares. **Na rota das instituições do bem-estar: seguro e previdência**. São Paulo: Green Forest do Brasil, 2000.

PULINO, Daniel. A atuação estatal na regulação e fiscalização das entidades fechadas de previdência complementar. In: **Fundos de Pensão: aspectos jurídicos fundamentais**. SP: Abrapp/ICSS/Sindapp, 2009.

QUINTEROS, Mercedes Hoces. Portabilidade dos fundos previdenciários: uma nova alternativa para os trabalhadores migrantes. In: BRASIL, MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Migrações Internacionais e a Previdência Social**. Brasília: MPAS, 2006.

RAMOS, Maria Cibele de Oliveira. **Os planos de benefícios das entidades de previdência privada**. São Paulo: LTr, 2005.

REIS, Adacir. **Curso Básico de Previdência Complementar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

REIS, Maria Lúcia Américo dos; e BORGES, José Cassiano. **Fundos de Pensão**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria Especial: regime geral da previdência social**. Curitiba: Juruá, 5ª ed., 2012.

SANTOS, Jerônimo Jesus dos. **Previdência Privada. Lei da Previdência Complementar Comentada**. Rio de Janeiro: Editora e Livraria Jurídica do Rio de Janeiro, 2ª ed., 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, setembro/outubro/novembro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.aps>. Acesso em: 19 de janeiro de 2016.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social**. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

TEIXEIRA, E. F. **Direito Do Trabalho E Direito Da Seguridade Social: clássicos e novos instrumentos de inclusão social e econômica**. São Paulo: LTR. 2014.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Limitações constitucionais à instituição de contribuições de seguridade social**. São Paulo: LTr, 2007.

WALDRON, Jeremy. **Dignity, Rank, and Rights**. *New York: Oxford University Press, 2009 – ebook*.

WEINTRAUB, Arthur Bragança de Vasconcellos; BERBEL, Fábio Lopes Vilela. **Manual de Aposentaria Especial**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

ZUBA, Thaís Maria Riedel de Resende. **O Direito à Seguridade Social na Constituição de 1988 e o Princípio da Vedação do Retrocesso**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito das relações sociais) – Pontífica Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.