

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA

PREVIDÊNCIA, DA TRAGÉDIA AO CONTRATO:

a contratualização da transição de regimes previdenciários dos servidores efetivos da
União sob a ótica da análise econômica do direito.

São Paulo

2020

FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA

PREVIDÊNCIA, DA TRAGÉDIA AO CONTRATO:

a contratualização da transição de regimes previdenciários dos servidores efetivos da União
sob a ótica da análise econômica do direito.

Dissertação apresentada à Escola de Direito de
São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como
requisito para obtenção do título de Mestre em
Direito.

Área de concentração: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Rubens Eduardo Glezer.

São Paulo

2020

Vieira, Fernando Cezar Carrusca.

Previdência, da tragédia ao contrato : a contratualização da transição de regimes previdenciários dos servidores efetivos da União sob a ótica da análise econômica do direito / Fernando Cezar Carrusca Vieira. - 2020.

121 f.

Orientador: Rubens Eduardo Glezer.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Previdência social - Brasil. 2. Previdência privada. 3. Administração pública - Brasil. 4. Direito e economia. 5. Brasil. [Decreto-lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942]. I. Glezer, Rubens Eduardo. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 349.3(81)

Ficha Catalográfica elaborada por: Isabele Oliveira dos Santos Garcia CRB SP-010191/O

Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas - SP

FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA

PREVIDÊNCIA, DA TRAGÉDIA AO CONTRATO:

a contratualização da transição de regimes previdenciários dos servidores efetivos da União sob a ótica da análise econômica do direito.

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público.

Data de aprovação: 30/06/2020.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Rubens Eduardo Glezer (orientador)
FGV – Direito SP

Profa. Dra. Vera Cristina Caspari Monteiro
FGV – Direito SP

Prof. Dr. Luciano Benetti Timm
FGV – Direito SP

Dr. José Marcos Lunardelli
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

À minha esposa Nayere, e meus filhos Victor e Sofia, por comigo viverem o que há de mais inspirador: o amor determinado à partilha da vida em todos os seus abençoados momentos e ao constante, misterioso e sempre desafiador refazimento de nós mesmos nessa trilha de alpes e vales chamada *vida*.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos colegas, professores e funcionários da FGV (Direito SP), na pessoa do Professor Mário Engler, pelo acolhimento e incentivo, bem como pelas oportunidades de vasto e contínuo desenvolvimento de aprendizagem profunda e sofisticada do Direito, enquanto instrumento de transformação da sociedade.

Agradeço ao meu orientador, Professor Rubens Glezer, pela dedicação e competência com que me fez repisar e avançar no estudo e na aplicação prática da Teoria do Direito, à Professora Vera Monteiro por mostrar que inovar é preciso e é possível, e ao Professor Luciano Timm e ao Desembargador Federal José Marcos Lunardelli pela profundidade da arguição, comentários e contribuições ao trabalho.

Agradeço aos colegas e corpo diretivo do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, pelo apoio e, sobretudo, pelas oportunidades de experiências compartilhadas e acumuladas na magistratura.

E agradeço, especialmente, aos meus pais, Rose e Keka, e irmãos Dudu, Betinho e Marcelo pelo constante e perpétuo incentivo à *graça de ser aluno*, aos meus queridos afilhados, e sobrinhos pela renovação da alegria e do carinho na jornada, e a todos os demais membros da minha família e àqueles que, pelo acolhimento, exemplo, generosidade, partilha, incentivo, carinho, amizade, enriqueceram com graças e aprendizado a minha jornada, especialmente: vó Idalina e vó Teresa (*in memoriam*), tia Elvira (*in memoriam*), vô Irineu (*in memoriam*) e Roberto (*in memoriam*), D. Laurentina (*in memoriam*), D. Laline e Sr. Juarez Ruas.

E à Consciência Divina que nos une, por tanto e tudo. *Namastê*.

São Paulo, junho de 2020.

RESUMO

O presente trabalho propõe a utilização do arcabouço conceitual da Análise Econômica do Direito para a compreensão de que o caráter solidário dos sistemas tradicionais de previdência pública no Brasil, notadamente do Regime Próprio de Previdência dos servidores titulares de cargo efetivo da União (RPPS), é causa precípua das disfuncionalidades do sistema, como o incentivo ao *rent-seeking*, e de seu déficit, e, logo, do seu operar imprevidente, descompassado com sua *finalidade* constitucional de produzir o maior ganho social (eficiência alocativa), sem desperdícios (eficiência produtiva), e sustentável no contexto do pacto intergeracional (eficiência dinâmica), conduzindo-o à denominada *Tragédia dos Baldios*. Propõe-se demonstrar, por outro lado, como o marco legal da migração do RPPS para o Regime de Previdência Complementar (RPC), por meio da definição de titularidades ou *property rights*, no contexto de um acervo de direitos, ou *bundles of rights*, inovou ao reposicionar, sob a proteção da experiência contratual – contrato de opção previdenciária –, as relações funcionais e previdenciárias havidas entre servidores e Administração na fronteira entre o direito público e o privado, restringindo o poder de ação unilateral do Estado e as externalidades para o orçamento público. Trata-se da permuta especial de direitos e alocação de riscos hábil como forma de operacionalizar a transição para um regime em cujos meios (*inputs*) e fins (*outputs*) a equanimidade seja efetivamente incentivada e praticada pelos atores envolvidos, de maneira que o alcance da integral *finalidade* do sistema de previdência (RPC) seja objetivo comum e compartilhado nos fluxos de recursos e esforços das partes. E, sob este enfoque, o direito previdenciário se fortalece como caminho para o desenvolvimento econômico e social, nos termos dos princípios e objetivos insculpidos na Constituição de 1988, e não como um fim em si mesmo. Sugere-se ainda a adoção de um modelo prático de argumentação consequencialista, sob os auspícios do que preconiza a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), para que riscos e conflitos relacionados ao Regime Complementar e à migração possam ser dirimidos preservando-se a racionalidade que lhe é inerente.

Palavras-chave: 1. Regimes previdenciários, previdência complementar e administração pública. 2. Análise econômica do direito. 3. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). 4. Contrato de Opção Previdenciária. 5. Argumentação consequencialista.

ABSTRACT

The present dissertation proposes the use of the conceptual framework of Law and Economics to understand that the solidarity character of traditional public pension systems in Brazil, notably the Private Pension System of civil servants of Federal Union, is the main cause of the system's dysfunctionalities, as the incentive to *rent-seeking*, and its deficit and, therefore, from its improper operation, out of step with its constitutional purpose of producing the greatest social gain (allocative efficiency), without waste (productive efficiency), and sustainable in the context of the intergenerational pact (dynamic efficiency), leading to the so-called Tragedy of the Common. It is proposed to demonstrate, on the other hand, as the legal framework of the migration from the Private Pension System of civil servants of Federal Union to the Complementary Pension System, through the definition of entitlements or property rights, in the context of a collection of rights, or bundles of rights, innovated by repositioning, under the protection of contractual experience - social security option contract - the functional and social security relations that exist between civil servants and Administration on the border between public and private law, restricting the power of unilateral action by the State and the externalities for the public budget. It is about the special exchange of rights and risk allocation as a way to operationalize the transition to a system in which the inputs and outputs equanimity is effectively encouraged and practiced by the actors involved, so that the achieving the full purpose of the pension system is a common and shared objective in the inflows of resources and efforts of the parties. And, under this approach, social security law is strengthened as a path to economic and social development, in terms of the principles and objectives inscribed in the 1988 Constitution, and not as an end in itself. It is also suggested to adopt a practical consequentialist argumentation model, in order to resolve risks and conflicts related to the Complementary Regime and the migration for preserve the inherent rationality.

Keywords: 1. Social security, complementary pension and public administration systems. 2. Law and Economics. 3. Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB). 4. Social Security Option Contract. 5. Consequentialist argumentation.

Lista de figuras

Figura 1 – Resumo da migração RPPS – RPC	p. 46
Figura 2 – Benefício especial e Contribuição paritária	p. 58 e p. 89
Figura 3 – Contrato de opção previdenciária	p. 70

Lista de gráficos

Gráfico 1 – Gastos previdenciários e população idosa na OCDE e no Brasil	p. 26
Gráfico 2 – Pirâmides Etárias	p. 26

Lista de quadros

Quadro 1 – <i>Opt-in / Opt-out</i>	p. 55
Quadro 2 – Matriz de perdas e ganhos	p. 56

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
METODOLOGIA	16
1. CRISE ECONÔMICA E INJUSTIÇAS DO REGIME PREVIDENCIÁRIO SOB A ÓTICA DA AED – ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	21
1.1. Diagnóstico de cenário: as evidências da tragédia da previdência. A solidariedade como causa do fracasso do modelo regulatório	25
1.2. Tragédia da previdência: o comportamento predatório (<i>rent-seeking</i>) e o arbítrio estatal	36
1.3. Transição de regimes previdenciários: RPC como proposta de solução	40
1.4. AED aplicada à transição (RPPS para o RPC): entendendo a lógica	47
2. NATUREZA CONTRATUAL DO RPC	53
2.1. A descrição do modelo: promessa, renúncia e barganha	54
2.2. O <i>Contrato de Opção Previdenciária</i> : identificação, qualificação, tipo, causa e função social	59
3. RISCOS DO RPC SOB A PERSPECTIVA DA AED: A RACIONALIDADE POR UM TRIZ	73
3.1. Riscos em espécie e formas de mitigação: a defesa da barganha em face do comportamento oportunista do Estado (o efeito <i>hold up</i>)	77
4. POSSÍVEIS ARMADILHAS DA JUDICIALIZAÇÃO DO RPC	94
4.1. O conflito de interesses: a imparcialidade sob risco	95
4.2. O caso das ações frívolas: do solidarismo ao servidor <i>carona</i>	98
4.3. A LINDB e o novo modelo decisório: a ponderação das consequências práticas	103
4.3.1. Proposta de um modelo de decisão	106
CONCLUSÃO	109
BIBLIOGRAFIA	115

INTRODUÇÃO

A agenda pública ocupou-se até a promulgação da última *reforma da previdência social*, por meio da Emenda Constitucional nº 103/2019, de debates e manifestações fundados em posicionamentos, polarizados e antagônicos, dos mais diversos setores da sociedade em torno da defesa, ou não, da necessidade de contenção de gastos e prevenção de colapso das contas públicas, via modificações nos regimes de previdência – geral e próprios dos servidores públicos, tratando-se de assunto que não se pode dizer encerrado com a aprovação da referida reforma, pois a mesma não se mostra suficiente para equacionamento da questão, conforme levantamento do TCU, que comparando a projeção de déficit para o próximo decênio (R\$ 5 trilhões de reais) com as estimativas da PEC 6/2019, que deu ensejo à última reforma (Emenda nº 103/2019), prevê economia de R\$ 800 bilhões pela União no mesmo período, e pontua

que haveria uma alteração da trajetória do déficit, mas resolveria pouco mais do que 15% do problema. Mesmo que se reduzisse o universo do déficit projetado apenas para os regimes previdenciários da União (RGPS e RPPS), o montante projetado para 10 anos seria de despesas de mais de R\$ 3,4 trilhões. Assim, os benefícios da PEC 6/2019 seriam equivalentes a cerca de 24% das despesas projetadas.¹

Especificamente quanto ao RPPS, de acordo com Relatório Contábil do Tesouro Nacional relativo ao exercício de 2017, “o déficit orçamentário cresceu em 2015, 2016 e 2017, quando do total de despesas, apenas 41% foram custeadas com receitas previdenciárias (sendo o restante coberto por aportes do Governo)”².

Do ponto de vista econômico, muito se discutiu sobre déficit, risco de colapso, valores de benefícios e distribuição e concentração de rendas. E do ponto de vista jurídico, houve debates centrados em torno das noções de direito adquirido, princípio da proporcionalidade, vedação de retrocesso e reserva do possível.

O entrelaçamento das duas visões, no entanto, não ultrapassou perspectiva retórica principiológica e vaga, e não partiu de um fio condutor comum - que poderia ser fixado na ideia do que é e para que serve o direito previdenciário (*fim* ou *meio*) - polarizando-se os argumentos sem que de forma mais lúcida se buscasse o consenso quanto aos objetivos maiores do sistema em cotejo com as consequências do modelo vigente e das propostas de mudanças. E esse

¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.451/2019. Plenário. Relator: Ministro. Bruno Dantas. Sessão de 09/10/2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/981120192.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=545ca460-3fa6-11ea-97ab-a74434ca488b>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

² BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Relatório Contábil do Tesouro Nacional: Uma análise dos ativos e passivos da União (2017). Brasília, mai. 2018. Disponível em <www.tesouro.gov.br>. Acesso em: 06 jul. 2018.

cenário reproduziu mais das mesmas práticas habituais no cenário jurídico brasileiro, em que a ponderação de consequências práticas e em que a própria análise de impacto prévia à decisão de legislar têm, ainda e infelizmente, pouco espaço.

As divergências e polarizações no cenário pré-reforma, por sua vez, conduziram o olhar dos servidores públicos federais para a transição de regimes previdenciários (RPPS para RPC), prevista pela Emenda 20/98 e instituída pela Lei nº 12.618/2012, a qual, seja por suas características regulatórias em expressão normativa distinta dos sistemas tradicionais, seja pela ausência de estudos específicos sobre sua natureza, funcionamento e riscos, despontou como alternativa à polarização do debate *reformular ou não reformar*, com potencial inovador para a agenda pública e, mais restritamente, para as fronteiras entre o direito público (previdenciário e administrativo) e o direito privado (contratos), superando a generalidade e a retórica do debate entre os argumentos da reserva do possível e do equilíbrio financeiro e atuarial *versus* direito adquirido, expectativa de direitos e vedação de retrocesso em matéria de direitos sociais.

Sob esse prisma, o presente trabalho surgiu do propósito inicial de estudar a correlação entre os sistemas do Direito e da Economia, por meio da AED – Análise Econômica do Direito, como a) chave de leitura do cenário da previdência social e do direito previdenciário, especificamente presentes na transição do RPPS – Regime Próprio de Previdência Social para o RPC – Regime de Previdência Complementar dos servidores efetivos da União, e b) como instrumento da aplicação das alterações promovidas pela chamada *Lei de Segurança Jurídica*³ na LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942)⁴, e, assim, analisar as especificidades da arquitetura e do funcionamento do marco regulatório da transição em face dos regimes tradicionais, com amparo em evidências e consequências práticas.

Ao primeiro propósito, correlacionaram-se outros dois mais específicos, a investigação da natureza jurídica da transição de regimes previdenciários (RPPS para RPC), bem como a identificação e a análise dos modos de ser e operar dos riscos ao RPC, com sugestão final de

³ Cf. PALMA, Juliana B. de. A proposta de lei da Lei da Segurança Jurídica na gestão e no controle públicos e as pesquisas acadêmica. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/2018/04/23/a-proposta-de-lei-da-seguranca-juridica-na-gestao-e-do-controle-publicos-e-as-pesquisas-academicas/>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

⁴ Ao estabelecer que, entre outros importantes aspectos, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, devendo a motivação demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (art. 20 caput e parágrafo único), e que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas, e, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos (art. 21 caput e parágrafo único).

recomendações práticas baseadas em uma proposta de modelo de decisão para eventual e futura *judicialização* do RPC, tudo culminando nas seguintes perguntas de pesquisa: a) a identificação e a análise do problema prático que ensejou a criação do RPC; b) se a transição do RPPS para o RPC, por suas características, tem natureza contratual ou institucional como o RPPS; e c) quais os possíveis riscos que o ambiente institucional oferece ao RPC, a par dos respectivos mecanismos jurídicos para lidar com as situações problemáticas e as armadilhas no sistema.

A discussão proposta surpreendeu já nos primeiros achados da pesquisa, pois no exame da Exposição de Motivos da PEC nº 33/1995⁵, que deu ensejo à Emenda 20/98 (autorizou a instituição do RPC), percebeu-se o caráter amplo, prático e bem documentado do diagnóstico de cenário da previdência social, quanto às causas e efeitos, diferentemente do quanto verificado nos diagnósticos posteriores, excessivamente centrados na apuração e na projeção de déficit e colapso do sistema.

Os achados iniciais contribuíram para os subsequentes, especialmente após a correlação entre a materialidade do cenário e o modelo regulatório dos regimes previdenciários tradicionais sob a ótica da AED, permitindo-nos sustentar a hipótese de que o caráter solidário da previdência social tem funcionado como mecanismo que alimenta a crise econômica e as injustiças dos modelos tradicionais, ao incentivar e (re)produzir as duas principais ineficiências diagnosticadas no marco regulatório do sistema: a) o arbítrio estatal e b) o comportamento *rent-seeking* (predatório). O mecanismo da solidariedade, nesse padrão, falha em alcançar a finalidade que nominalmente induz e passa a ser vítima de si mesmo, na medida em que incentiva seu algoz e, ao mesmo tempo, propicia a alocação de recursos em descompasso com suas finalidades precípuas, propiciando concentração insustentável de renda ao invés de garantir cobertura sustentável e equânime para todos dentro da *finalidade* do sistema.

A análise da materialidade do cenário por meio da AED nos permitiu, ainda, entender como o RPC pode funcionar como modelo de solução das injustiças distributivas dos sistemas tradicionais, ao paradoxalmente sugerir a definição de titularidades ou direitos de propriedade como forma de prevenir a superexploração do sistema e incentivar a cooperação e a equanimidade nas posturas dos servidores participantes e do Estado, criando ponto de inflexão no direito previdenciário brasileiro a partir da ideia de mitigar a solidariedade para gerar solidariedade sustentável, concebendo-se a ideia de um *dever ser* orientando à conceptualização

⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos encaminhada ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 306, de 1995, do Poder Executivo. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Camara/EC020_cam_28051998_em.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020.

de um *meio* cooperativamente construído e executado para o alcance da *finalidade* da previdência, ultrapassando-se os limites dos debates hoje mais proeminentes no direito previdenciário e mais restritos ao estudo das regras circunscritas à disciplina do acesso / exclusão aos benefícios do sistema, e à majoração de renda mensal.

Outro contributo da AED no contexto da evolução do trabalho foi constituir-se suporte para a percepção dos deslocamentos patrimoniais, incentivos, expectativas e lógica econômica subjacentes à transição de regimes, a qual, correlacionada ao direito contratual e administrativo, contribuiu para a identificação de que o desenho institucional da transição do Regime Próprio de Previdência (RPPS) dos servidores titulares de cargo efetivo da União para o Regime de Previdência Complementar (RPC) operou-se por meio da arquitetura de uma barganha entre Estado e servidores, ensejando uma inovadora experiência contratual, que ora propomos denominar-se um *Contrato de Opção Previdenciária*, de modo a causar a migração de um sistema tradicionalmente institucional (RPPS) – e sujeito ao alvedrio do legislador –, cuja arquitetura jurídico-institucional produz consequências práticas inconstitucionais, para um regime tecnologicamente contratualizado e regulado na fronteira entre o Direito Público e o Direito Privado.

E, como forma de conferir maior aplicabilidade prática aos achados de pesquisa, os estudos evoluíram para mostrar, em um primeiro momento, que as ineficiências decorrentes do comportamento predatório e do arbítrio estatal podem reformular-se no contexto do RPC, passando a oferecer risco de descumprimento do *Contrato de Opção Previdenciária*, sobretudo pela desconsideração da arquitetura da barganha e de sua lógica subjacente, aparecendo, respectivamente, sob a forma da ação do servidor *carona* no contexto da *judicialização* do RPC e do comportamento oportunista do Estado ou *efeito hold up*, mediante recurso ilegítimo às potencialidades da ação estatal. E, em um segundo momento, o trabalho destinou-se a demonstrar os mecanismos do Direito para lidar com as situações problemáticas.

O trabalho objetiva, por fim, propor um modelo para decisão pública adequada à ponderação de consequências práticas em matéria de RPC, alimentada pelo arcabouço conceitual de Direito e Economia. O objetivo, nesse ponto, é delinear e ordenar as perguntas relevantes para a qualificação do ato de alteração unilateral do sistema, seja por parte do administrador, do controlador, do juiz ou do legislador, e correlacioná-las a uma proposta de avaliação das consequências práticas, jurídicas, administrativas e socioeconômicas, ancorando seus aspectos formais na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), e substanciais no arcabouço conceitual de Direito e Economia (AED). Afinal, a observância e a

aplicação sensata do direito implicam avaliação do resultado⁶, sobretudo numa seara em que é indispensável a *previdência*.

O trabalho está dividido em quatro partes. Na primeira, apresentamos o cenário e o diagnóstico da crise e das injustiças dos regimes previdenciários tradicionais sob a ótica da AED, especificamente recorrendo ao paradigma da *tragédia dos baldios*, com intuito de demonstrar a forma e as consequências da operação das ações qualificadas como arbítrio estatal, e como comportamento predatório no dinâmico jogo da previdência. Ainda na primeira parte, apresentamos o processo histórico do RPC e as linhas práticas da transição de regimes, buscando, na sequência, demonstrar como o RPC funciona como possível alternativa de sistema com solução dos problemas práticos encontrados nos regimes tradicionais. Na segunda parte, descrevemos as características do instrumento da transição de regimes previdenciários e demonstramos os elementos que evidenciam sua caracterização como contrato, assim como exploramos e apresentamos sua qualificação no contexto das contratações públicas, tipo, causa e, por fim, função social com suporte na AED. Na terceira parte, e seguindo a mesma ótica, descrevemos os detalhes práticos que delineiam os riscos ao *Contrato de Opção Previdenciária* por parte e com origem na ação do Estado, bem como os riscos em espécie e as respostas do Direito para lidar com as situações problemáticas. Na quarta parte, o trabalho aborda as armadilhas da *judicialização* do RPC, tendo como origem a ação do servidor *carona*, demonstrando-se as formas com as quais essa modalidade de intervenção *ex post* do Estado nas relações contratuais podem descoordenar o RPC e gerar desperdício por meio de custos adicionais ao sistema de justiça. Ainda na quarta parte, e por fim, o trabalho desenvolve os instrumentos do Direito para desarmar essas armadilhas, com foco na utilização do modelo decisório delineado na LINDB, conjugado ao arcabouço instrumental da AED para avaliação consequencialista, que cobre do tomador de decisão, nas esferas judicial, administrativa e controladora, a consideração séria de dados empíricos e evidências “para medir quem se está de fato beneficiando e quem está verdadeiramente perdendo”⁷ em relação a determinado contexto processual. Não se trata de apenas buscar a apresentação de respostas, como também se revela fundamental o conhecimento sobre as perguntas certas e relevantes a serem feitas no caso⁸.

⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, v. 2, n. 8, out. 2004. Disponível em <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29104>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

⁷ TIMM, 2012, p. 207.

⁸ GAROUPA, Nuno. A análise econômica do direito como instrumento de reforço da independência do Judiciário. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. v. 10, n. 37, p. 81-87, jul./set. 2007.

METODOLOGIA

O presente trabalho propõe pesquisa de índole dogmática consistente em uma análise *praeter legem*, com suporte em AED, para verificar: a) o problema prático que ensejou a criação do RPC; e b) se o RPC, por suas características, tem uma natureza jurídica análoga a um contrato ou regime institucional, a par de propor uma investigação exploratória para identificar os modos de ser e operar dos possíveis riscos ao cumprimento do *Contrato de Opção Previdenciária*, assim como as respostas do Direito às situações problemáticas, propondo-se, por fim, ao desafio de sugerir uma ideia de modelo para tomada de decisão, especialmente a judicial, em matéria de RPC.

Quanto às premissas teóricas, parte-se da concepção de que a arquitetura institucional da previdência social, assim como a leitura e a aplicação de seu arcabouço normativo e conceitual, adequada à matriz de valores e sustentabilidade que lhe é subjacente, demanda a conexão de diversos campos do saber, especialmente o do Direito e da Economia. Conforme José Reinaldo de Lima Lopes,

embora decidindo segundo regras, o jurista sabe que o objeto de sua decisão, o caso, sobre o qual ele quer aplicar as regras, não são as regras mesmas, mas as relações entre pessoas e estas são explicadas e constituídas por muitos saberes que não apenas o direito.⁹

A Economia ocupa-se com a produção, a distribuição e o consumo de riquezas¹⁰, assim como com o estudo e a descrição do “comportamento dos seres humanos em interação no mercado”¹¹ e com o ecossistema¹², e da “eficiência no manejo de recursos sociais escassos”¹³.

Sob esse ângulo, o arcabouço teórico da ciência econômica tanto pode “contribuir para o planejamento do gasto público no orçamento do Estado”¹⁴, quanto para a leitura e concepção das normas jurídicas como “instrumentos para atingir objetivos de políticas públicas”¹⁵ (previdenciárias), aí incluído o diagnóstico do cenário, ou seja, a identificação e a forma de operação dos incentivos e desincentivos, além das consequências práticas das normas postas e das propostas de sua alteração.

Entrelaçada à eficiência, prevista no artigo 37 da Constituição de 1988, o postulado da ponderação das consequências práticas das decisões públicas é imposição no direito brasileiro,

⁹ LOPES, 2006, p. 301.

¹⁰ CAPRA, 1995, p. 182.

¹¹ TIMM, 2018b, p. 805.

¹² É importante assentar que a divisão da economia em setores público e privado é artificial, consoante a percepção do vínculo entre lucros privados e custos públicos (CAPRA, 1995, p. 221).

¹³ TIMM, op., cit., p. 806.

¹⁴ Ibidem, p. 808.

¹⁵ COOTER, 2010, p. 33.

em razão da cláusula do devido processo legal, que regula a racionalidade do processo de tomada de decisão pública em todos os seus âmbitos, e das alterações recentemente promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942)¹⁶, de maneira que, como destaca Nuno Garoupa, “a contribuição fundamental da análise econômica do direito é essencialmente positiva ao introduzir uma análise consequencialista”¹⁷, que tem peso na atualidade, eis que, “goste ou não, a interpretação da lei e do direito é hoje feita num contexto econômico e social de uma economia de mercado”¹⁸.

O caso é ultrapassar as barreiras comuns à retórica e, até mesmo, à identificação da *finalidade* da previdência pública, revelando-se a AED, ao promover a convergência entre Direito e Economia, novo paradigma para investigar e entender como, e por que, os meios e resultados da prática institucional alcançam, ou não, suas finalidades subjacentes, a par de apreciar como as normas e decisões jurídicas podem ser aperfeiçoadas e atuar para este efeito.

É investigar custos e consequências práticas do sistema da previdência social; se é eficiente ou não, e para quem; quais as ineficiências; se o caráter solidário do sistema, tal como desenhado, incentiva a cooperação ou a competição em torno dos recursos comuns, e qual o impacto desse comportamento dos agentes no sistema; assim como identificar, no arcabouço teórico da economia, potenciais chaves para a solução dos mecanismos legais de eficiência e distribuição de riquezas comuns, a par da mitigação dos riscos sistêmicos. É perceber como as coisas estão a funcionar e como podem melhorar para alcance de seu desiderato.

E, ao beber dessas fontes, o debate, por exemplo, que contrapõe a reserva do possível à vedação de retrocesso na prática dos direitos sociais, percebido na experiência como um discurso genérico, recebe nova qualificação e aplicabilidade prática para resolução de problemas.

Trata-se de ter por premissa que a “realidade que circula o mundo jurídico deve ser parte integrante e conformadora do pensamento jurídico”¹⁹ e “não pode mais ser considerada apenas um detalhe que atrapalha o raciocínio jurídico dogmático”²⁰. “É da essência do direito propor

¹⁶ Ao estabelecer que, entre outros importantes aspectos, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, devendo a motivação demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (art. 20 caput e parágrafo único), e que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas e, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional, equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos (art. 21 caput e parágrafo único).

¹⁷ GAROUPA, Nuno. A análise econômica do direito como instrumento de reforço da independência do Judiciário. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. v. 10, n. 37, p. 81-87, jul./set. 2007, p. 83.

¹⁸ Ibidem, p. 84.

¹⁹ TIMM, 2018a, [Prefácio].

²⁰ Fernando Araújo citado por TIMM, 2018a, [Prefácio].

o que não é ainda”²¹, razão pela qual a apreensão da realidade pelo direito deve se dar em bases científicas sólidas, que ultrapassem a precariedade do senso comum.

E a importância do recurso à AED se sobreleva ao considerarmos, com base em José Reinaldo de Lima Lopes, que “o sistema jurídico brasileiro é ineficaz e as interações sociais fundam-se em estratégias de sobrevivência casuística”²², sendo “a desigualdade um problema central para a cultura jurídica brasileira”²³, que afastam o país da prática de “princípios fundamentais de uma ordem jurídica moderna, impessoal, contratualista e universalizante”²⁴.

Nesse contexto, sob o enfoque da AED – Análise Econômica do Direito, o argumento do presente trabalho pode ser resumido nos seguintes termos:

- 1) O modelo da tragédia dos baldios permite identificar no RPPS tradicional²⁵ e no desenho de seu caráter solidário duas ineficiências, que causam distorções distributivas e mitigam a eficiência do sistema: a) os incentivos ao comportamento *rent-seeking*; e b) o arbítrio estatal;
- 2) Pode-se atribuir à transição do RPPS para o RPC, prevista pela Emenda 20/98 e instituída pela Lei nº 12.618/2012, o sentido da estruturação de um novo modelo previdenciário, fundado na contratualização e na definição de titularidades ou *property rights*²⁶ no contexto de um acervo de direitos, ou *bundles of rights*²⁷, para o efeito de mitigar o comportamento predatório e o arbítrio estatal, bem como de ampliar o escopo da cláusula do equilíbrio financeiro e atuarial, alinhando os critérios de justiça distributiva do sistema previdenciário aos princípios do direito moderno.

Quanto às fontes de pesquisa, tratando-se de tema recente, poucos são os trabalhos doutrinários e raras as decisões judiciais específicas sobre o Regime de Previdência Complementar dos Servidores Efetivos da União, sobretudo quanto à migração do RPPS para o RPC. E o mesmo ocorre em relação à proposição de critérios e parâmetros adequados no processo de tomada de decisão e à análise de consequências práticas à luz dos requisitos estabelecidos nas recentes modificações pelo Decreto-Lei nº 4.657/42 (LINDB). Por outro lado, é substancial a produção doutrinária, nacional e estrangeira, relacionada à análise econômica

²¹ LOPES, 2006, p. 52.

²² Ibidem, p. 99.

²³ Ibidem, p. 113.

²⁴ Ibidem, p. 95.

²⁵ Na conformação anterior à instituição do RPC.

²⁶ ARAÚJO, 2008, p. 22.

²⁷ Ibidem, p. 24.

do Direito, assim como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, construída em torno da Previdência Complementar, por meio de relevantes precedentes estabelecidos no contexto dos conflitos de interesse envolvendo os planos de benefício administrados por entidades fechadas e participantes oriundos de empresas estatais e do setor privado.

Com essas ressalvas e limitações, recorreremos às seguintes fontes de informação e respectivas técnicas de investigação consistentes a) consulta a fontes oficiais, tais como a legislação relacionada à previsão e à instituição do RPC e respectivos atos regulamentares, assim como à LINDB e às normas de competência no contexto da tomada de decisão controladora e judicial para identificação do direito posto; b) consulta à doutrina nacional e estrangeira (pesquisa bibliográfica) afeta ao arcabouço conceitual da análise econômica do Direito, da teoria do contrato e, destacando-se, quanto à estrangeira²⁸, da literatura do direito contratual desenvolvidas nos Estados Unidos e em Portugal; c) consulta a decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça (pesquisa jurisprudencial) identificadas e selecionadas no contexto da relevância da utilização de instrumental da análise econômica do Direito estabelecida em temáticas similares, como as tratadas no âmbito dos contratos de previdência privada.

A novidade do tema, por um lado, reforçou as dificuldades enfrentadas nesta pesquisa, diante da novidade da instituição do RPC e da escassez de decisões específicas, sobretudo sob a égide da LINDB, mas, por outro lado, fortaleceu o potencial inovador do presente trabalho em apontar direcionamentos e em buscar a proposição de critérios adequados para o intuito de bem decidir, desde os primeiros possíveis conflitos de interesses, a temática no contexto judicial, sem prejuízo de sua aplicabilidade nas searas administrativa e controladora.

Um método para superar as dificuldades inerentes à novidade do RPC foi a realização de comparação entre as concepções de regimes jurídicos (institucional e contratual), não apenas do ponto de vista doutrinário e legislativo, mas das decisões judiciais, identificando *standards* de interpretação e processos heurísticos traduzidos e revelados na *ratio decidendi* das decisões componentes da amostra pesquisada, composta por decisões identificadas como *leading cases* ou que consolidaram o entendimento jurisprudencial majoritário, sem prejuízo da identificação de parecer da Advocacia-Geral da União (consulta a fontes oficiais) afeto à regulação e regulamentação administrativa do regime de previdência complementar.

Trabalhos acadêmicos, dentro e fora do campo jurídico (pesquisa bibliográfica), relacionados tanto à estruturação econômica, quanto à concepção jurídica do regime de previdência complementar, bem como trabalhos versando sobre os novos critérios estabelecidos pela LINDB no âmbito da decisão pública, incluindo-se àqueles versando sobre

²⁸ Como aponta Luciano Benetti Timm, a análise econômica do Direito nasceu nas faculdades norte-americanas, compondo o debate sobre o modelo de Direito e Economia do direito contratual, pauta da produção doutrinária nos Estados Unidos há mais de 30 anos, sendo que, diante do desenvolvimento do mercado naquele país, pode-se assumir que se trata de um bom paradigma para análise (TIMM, 2008, p. 66).

critérios de justiça distributiva e comutativa no discurso judicial, foram essenciais à proposta ora desenvolvida diante da especificidade do tema.

Documentos (leitura e análise documental de fontes autorizadas) concernentes à realização e formalização da opção dos servidores públicos pela transição de regimes previdenciários (formulários, requerimentos – padrão) foram importantes, de modo a refletir sobre os componentes identificados na adesão à oferta de opção em seus termos concretos. Afinal, como se está a afirmar a hipótese de existência de um arranjo contratual, indispensável se mostrar os seus termos expressos.

Banco de dados (análise de informações já compiladas e organizadas) relevantes para apreensão da realidade do cenário previdenciário nacional e contextualização fática, tais como os disponibilizados pelo Tesouro Nacional e pelo Tribunal de Contas da União foram consultados para referida finalidade e para exploração da estruturação do RPC e da transição de regimes.

Por fim, o uso da própria experiência acumulada será relevante, eis que o autor atua como juiz federal substituto da 3ª Região desde maio de 2013, condição na qual exerce competência jurisdicional para julgar casos relacionados aos diversos regimes previdenciários, assim como, do ponto de vista funcional, exerceu a opção pela transição para o referido regime previdenciário, facultada ao servidor público e prevista no §16 do art. 40 da Constituição de 1988, combinado com o art. 3º, inciso II e §8º da Lei nº 12.618/12.

1. CRISE ECONÔMICA E INJUSTIÇAS DO REGIME PREVIDENCIÁRIO SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O alcance da “sonhada aposentadoria” é comum objeto da retórica manifestada nas petições iniciais dos processos previdenciários com os quais me deparei nos últimos nove anos na magistratura federal, o que acaba por dizer algo sobre a percepção dos cidadãos e do próprio meio jurídico em relação ao significado da aposentação e, assim, impõe a identificação do *point*²⁹, *propósito* ou mesmo *finalidade* da previdência social como ponto de partida e pano de fundo para aplicação da AED e, via de consequência, para entendimento e superação de sua crise³⁰.

A previdência social integra um sistema mais amplo de proteção e desenvolvimento social lato sensu, cuja “finalidade é realizar o máximo de bem-estar humano com um padrão ótimo de consumo”³¹.

Em prol do enriquecimento humano, a aquisição material serve ao desenvolvimento das aspirações e das potencialidades humanas integradas à matriz subjacente do ecossistema global, buscando ultrapassar o nível de mera subsistência³².

Como direito social³³, impõem-se ao desenho institucional da previdência a necessidade de guardar coerência com os fundamentos {art. 1º, incisos II (cidadania) e III (dignidade da pessoa humana)} e os objetivos (art. 3º, incisos I a IV³⁴), a par da sintonia com todo o rol de direitos fundamentais, estabelecidos na Constituição de 1988, notadamente insculpidos para o livre exercício da personalidade humana e do desenvolvimento da cidadania, respeitando-se um pacto intergeracional de sustentabilidade.

Nesse mesmo sentido, está orientado o acervo jurídico da humanidade, tal como preconiza a Declaração Universal de Direitos Humanos³⁵:

Artigo XXII Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos

²⁹ Propósito, intencionalidade da prática. Ver mais no capítulo 7 (p. 225-258) da obra: DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

³⁰ A par de poder representar o retrato das relações e concepções travadas entre o ser humano e seu trabalho – objeto de estudo de diversos ramos do conhecimento científico, filosófico e tradicional.

³¹ Cf. CAPRA, 1995, p. 182-225, quanto aos fins do sistema econômico, que neste trabalho entrelaça ao tema da Previdência.

³² CAPRA, 1995.

³³ Art. 6º, *caput*, da Constituição de 1988.

³⁴ Construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³⁵ Assembleia Geral da ONU, “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, 217 (III) A (Paris, 1948). Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXV 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Ao microsistema da previdência social, incluídos os seus diversos regimes (RGPS, RPPS, RPC), a Constituição de 1988 preconiza a busca por uma arquitetura institucional que concretize – de forma dinâmica – a medida da adequada ou ótima correlação entre a cobertura dos riscos sociais eleitos (necessidades / plano de benefícios) e o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema³⁶ (recursos / plano de custeio), do curto (gerações presentes) ao longo prazo (gerações futuras).

Concebe-se, assim, um seguro compulsório público, qualificado pelo caráter contributivo e solidário, em substituição das redes familiares de solidariedade e assistência das sociedades pré-capitalistas, para fins de estimular cooperação e solidariedade e, portanto, evitar impactos negativos aptos a comprometer a coesão social³⁷.

Trata-se, ao mesmo tempo, de uma questão de eficiência, ora entendida como a busca pela ótima adequação à função, evitando-se o desperdício de recursos³⁸, e, também, de partilha, ou mais especificamente, de justiça distributiva, a qual, por sua vez, pode ser compreendida como a regra e a virtude da distribuição igual (proporcional) de coisas produzidas em comum³⁹.

É o que se depreende da concepção de previdência social como direito social correlacionado à cláusula do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema⁴⁰.

³⁶ Ambos os aspectos preconizados pelo artigo 40 da Constituição de 1988, que determina a cobertura dos riscos sociais de morte, doença, idade avançada e invalidez, assim como a observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do regime.

³⁷ José Reinaldo de Lima Lopes citado por Luciano Benetti Timm. Cf. “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?” In: RODAS, João Grandino; ATTÍE JUNIOR, Alfredo (Orgs.). *Trinta Anos da Constituição Federal: retrospectiva, avanços e desafios*. São Paulo: 1. ed., 2018, 1042 p., 23 cm. p. 803-822.

³⁸ Rachel Sztajn citada por Luciano Benetti Timm. Cf. “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?” In: RODAS, João Grandino; ATTÍE JUNIOR, Alfredo (Orgs.). *Trinta Anos da Constituição Federal: retrospectiva, avanços e desafios*. São Paulo: 1. ed., 2018, 1042 p., 23 cm. p. 803-822.

³⁹ LOPES, 2006, p. 198.

⁴⁰ Art. 201, *caput*, segunda parte, da Constituição de 1988.

Não por outra razão preconiza-se o salário-mínimo⁴¹, instituto ao qual atribuída a missão de se tornar parâmetro material de adequado bem-estar, como a condição de piso⁴² dos benefícios que substituam o salário-de-contribuição ou o rendimento do trabalho.

Nesse contexto, a *finalidade* da previdência social é proteger o segurado e sua família, em caso de perda dos meios de subsistência por circunstâncias alheias ao controle do segurado (riscos sociais eleitos), através de uma renda substitutiva fixada entre o salário-mínimo⁴³ e a renda substituída⁴⁴, de acordo com os parâmetros de sustentabilidade do sistema, conferindo-lhes segurança de sustento para se concentrarem no exercício e realização de sua personalidade, em sintonia com os objetivos e princípios fundamentais insculpidos na Constituição de 1988, o que lhe impõe a concepção de direito ‘meio’, ou a ‘lança’ – e não o ‘fim’ ou ‘alvo’ –, que pode contribuir para que seja atingido o objetivo maior da liberdade do ser humano.

No entanto, diagnósticos realizados nos cenários passado, presente e futuro da previdência social⁴⁵ apontam para a existência de diversos obstáculos e causas de ineficiências à estruturação da melhor resposta à exigência preconizada pela Constituição de 1988.

Como se pode sinteticamente inferir desde a Exposição de Motivos da PEC nº 33/1995⁴⁶, que deu ensejo à Emenda 20/98, as ineficiências do sistema previdenciário podem ser divididas em três questões macro de índole administrativa, normativa e estrutural.

As questões estruturais relacionam-se às alterações na relação de trabalho (automação, por exemplo) e às alterações no perfil demográfico brasileiro (expectativa de vida e mudanças na pirâmide etária), a par de questões macroeconômicas.

As questões administrativas relacionam-se à identificação de casos de problemas gerenciais graves refletidos nos índices de evasão e sonegação de contribuições previdenciárias e na concessão e manutenção de benefícios fraudulentos, a par dos altos custos administrativos para manutenção da burocracia previdenciária.

⁴¹ Nos termos do art. 7º, inciso IV, da Constituição de 1988, o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

⁴² Art. 201, §2º, da Constituição de 1988.

⁴³ Para os benefícios que substituam o salário-de-contribuição ou os rendimentos do trabalho, como as aposentadorias.

⁴⁴ Evitando-se a queda brusca no padrão de vida familiar.

⁴⁵ A título de exemplo, a Mensagem nº 306, de 1995, do Poder Executivo; a EMI nº 00097/2007/MP/MPS/MF, de 16 de maio de 2007; TAFNER, Paulo Sérgio. *Reforma da Previdência*. Elsevier Editora Ltda. Edição do Kindle; LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018; Acórdão 2451/2019 – TCU/Plenário.

⁴⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos encaminhada ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 306, de 1995, do Poder Executivo. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Camara/EC020_cam_28051998_em.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020.

As questões normativas versavam sobre as ineficiências do marco legal ou modelo regulatório, constatando-se a liberalidade da legislação vigente a abrandar o caráter contributivo do sistema; a vulnerabilidade das regras às contestações judiciais; as disfunções corporativas, causadas pela ação de grupos de pressão organizados e com maior poder de influência para a obtenção de regras mais favoráveis (paridade, integralidade, aposentadorias precoces e acúmulo de benefícios e de remuneração às custas do erário), a par de distorções distributivas.

No caso das distorções distributivas, destaca-se a criação de mecanismos privilegiados para o RPPS correlacionados ao achatamento progressivo dos valores reais dos benefícios e ao incremento das alíquotas de contribuição em outros pontos do microsistema, como, por exemplo, o RGPS, formado por grupo de segurados de matriz distinta, e mesmo para fora dele (orçamento público).

Trata-se do desequilíbrio do sistema⁴⁷ no plano de benefícios, eis que, nesse caso, o pagamento de benefícios sob a regra da paridade no RPPS e no Sistema de Proteção Social dos Militares das Forças Armadas, por exemplo, garante o reajustamento dos valores dos benefícios nos mesmos índices aplicados aos servidores e militares da ativa, ou seja, renda substitutiva que supera a renda da época da inativação, a refletir e pressionar o equacionamento do déficit mediante redução de custo e elevação de custeio em outros pontos do sistema, a par dos impactos nas demais políticas dependentes do orçamento público.

A questão se agrava ao considerarmos que o salário-mínimo, piso dos benefícios da previdência social, ainda não ostenta condições de cumprir as funções preconizadas pela Constituição⁴⁸, ao lado da apuração de déficit no histórico do sistema previdenciário, perceptível nos levantamentos mais recentes⁴⁹, da qual se extrai a evidência de constante presença de insuficiências financeiras nos regimes, demandando cobertura pelo orçamento público.

⁴⁷ Desequilíbrio do sistema percebido pela Exposição de Motivos encaminhada ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 306, de 1995, do Poder Executivo. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Camara/EC020_cam_28051998_em.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020.

⁴⁸ Segundo tradicional levantamento do DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos, o salário mínimo em dezembro de 2019 deveria ser de R\$ 4.342,47, frente ao importe de R\$ 998,00, para sustentar uma família de quatro pessoas. Os levantamentos consideram o valor da cesta básica mais cara dentre dezessete capitais pesquisadas. Disponível em <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 28 jan. 2020.

⁴⁹ Acórdão 2451/2019 – TCU/Plenário. Relator: Ministro. Bruno Dantas. Sessão de 09/10/2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/981120192.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=545ca460-3fa6-11ea-97ab-a74434ca488b>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

Na mesma linha, diagnósticos posteriores e mais recentes⁵⁰ passaram a enfatizar o objetivo de sustentabilidade da previdência pública, mediante recomposição do equilíbrio nos dispêndios e nas obrigações futuras da União, Estados e Municípios, para garantia de solvência no longo prazo, a par da “redução da pressão sobre os recursos públicos crescentemente alocados à previdência, permitindo recompor a capacidade de gasto público em áreas essenciais à retomada do crescimento econômico e em programas sociais”⁵¹. É o retrato de um sistema que perpassa a ideia de que sua finalidade não está ao alcance de todos os segurados e que coloca em risco a concretização dos fundamentos e objetivos fundamentais traçados pela Constituição de 1988 para as gerações presentes e futuras.

1.1. Diagnóstico de cenário: as evidências da tragédia da previdência. A solidariedade como causa do fracasso do modelo regulatório.

Importa, assim, verificar, a partir dos dados concretos colhidos da realidade da efetivação dos diversos regimes previdenciários sob responsabilidade da União, o modo de ser e de operar da crise dos sistemas previdenciários tradicionais (RGPS, RPPS e Sistema de Proteção Social dos Militares), e de suas consequências práticas, como subsídio para reflexão teórica e exploratória pretendida neste trabalho.

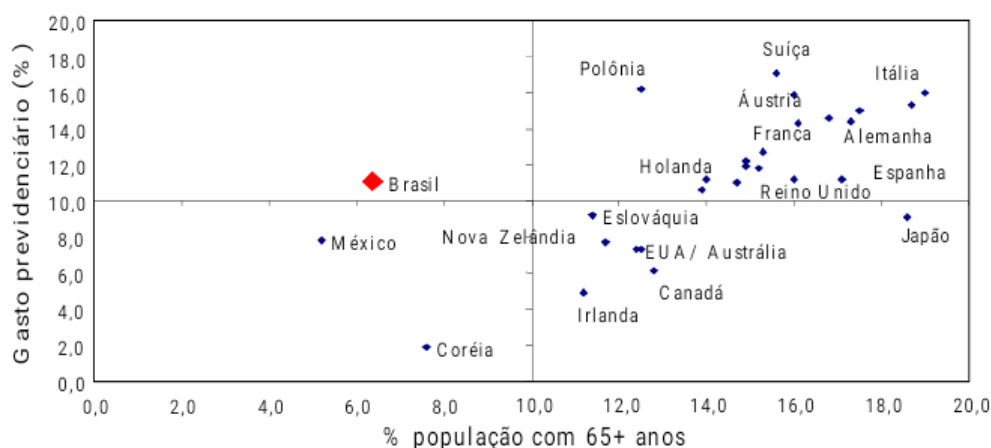
Os gráficos a seguir⁵² ilustram os dados demográficos brasileiros cotejados com os relativos aos gastos previdenciários e demonstram que o Brasil, a par de se tratar de um país ainda distante do IDH alcançado no rol de países desenvolvidos e de possuir demandas importantes de investimento contínuo em concretização de direitos sociais, já alcançou padrão de gastos previdenciários compatível aos gastos de países como Reino Unido, Espanha, e Holanda, e superior a países como Canadá, Japão e Estados Unidos (Gráfico 1).

⁵⁰ Cf. TAFNER, Paulo Sérgio. *Reforma da Previdência*. Elsevier Editora Ltda. Edição do Kindle; LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018; Acórdão 2451/2019 – TCU/Plenário.

⁵¹ EMI nº 00097/2007/MP/MPS/MF, de 16 de maio de 2007. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7F505A64541C3470F304901C0098F265.proposicoesWebExterno1?codteor=501938&filename=PL+1992/2007>. Acesso em: 23 jan. 2020.

⁵² Gráficos apresentados por Hélio Zylberstajn no Curso Direito e Previdência: Transição de Regimes Previdenciários, em São Paulo, em junho de 2018.

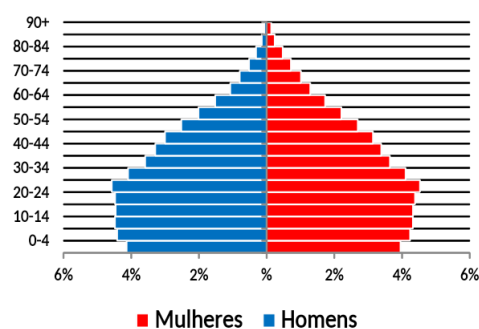
G ráfico 1: G astos previdenciários e população idosa na O CDE e no Brasil



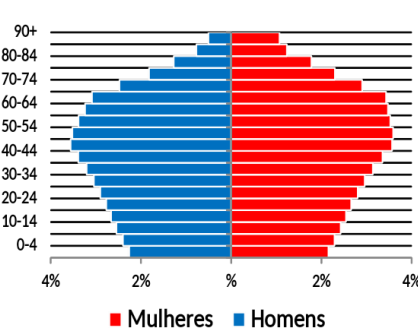
O importe dos atuais gastos previdenciários também deve ser correlacionado à perspectiva de *Pirâmide Etária* para o ano de 2050 (Gráfico 2), na medida em que a elevação da população idosa – agravada pela redução da população economicamente ativa – tende a incrementar ainda mais o descompasso entre receitas e despesas do sistema previdenciário.

Gráfico 2: Pirâmides Etárias

Brasil, 1980



Brasil, 2050



Como pontuam Bruno Bianco Leal e Felipe Mêmolo Portela⁵³,

as projeções populacionais mostram, ainda, que em 2060 o Brasil terá 131,4 milhões de pessoas em idade ativa, **número menor** do que os atuais 140,9 milhões de pessoas na faixa etária de 15 a 64 anos de idade, sendo que o número de idosos de 65 anos ou mais de idade crescerá 262,7% alcançando 58,4 milhões de pessoas,

potencializando a pressão orçamentária existente sobre os gastos previdenciários.

Referidos autores noticiam, ainda, que

⁵³ LEAL; MÊMOLO, 2018, p. 101.

de acordo com simulações do Banco Mundial (Summary Note on Pension Reform in Brazil: Why is it Needed and What Will be its Impact?, 2017), caso o Brasil almejasse evitar o rápido crescimento do déficit do RGPS sem alterar o valor das aposentadorias e utilizando exclusivamente as contribuições previdenciárias, seria preciso dobrar a alíquota de contribuição dos trabalhadores, em 2035, para aproximadamente 60% do salário bruto, sendo que, em 2065, as alíquotas teriam de superar o valor da remuneração (120% da mesma base de cálculo).⁵⁴

Quanto aos regimes próprios e ao Sistema de Proteção Social dos Militares, a auditoria do Controlador⁵⁵ (TCU – Tribunal de Contas da União), levantou o número de beneficiários atendidos em cada sistema, assim como a despesa por beneficiário e o total (R\$ / ano) para exercício de 2018, obtendo os seguintes resultados:

- a) RGPS atendia 30.278.655 beneficiários / ao custo de R\$ 19.366,12 por beneficiário, com custo total anual em R\$ 586.380.000,00 ante uma receita de R\$ 391.180.000,00 (déficit de R\$ 195.200.000,00);
- b) RPPS da União atendia 740.997 / ao custo de R\$ 144.602,35 por beneficiário, com custo total anual em R\$ 84.920.000,00 ante uma receita de R\$ 33.400.000,00 (déficit de R\$ 51.520.000,00);
- c) e o Sistema de Proteção Social dos Militares atendia 360.381 beneficiários / ao custo de R\$ 128.225,41 por beneficiário, com custo total anual em R\$ 46.210.000,00 ante uma receita de R\$ 2.360.000,00 (déficit de R\$ 43.850.000,00).

No comparativo com o cenário internacional, segundo levantamento de Paulo Sérgio Tafner⁵⁶:

O gasto brasileiro é 50% maior do que o do segundo que mais gasta (Reino Unido). Os 3,5% do PIB para a previdência dos servidores no Brasil é mais de 10 vezes o que Japão (0,3%) e Coreia (0,2%) gastam.

Em relação ao comparativo dos valores dos benefícios pagos nos regimes previdenciários, o levantamento realizado por Paulo Sérgio Tafner⁵⁷, junto ao Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias (PLDO) de 2019, indica o valor mensal médio de aposentadorias concedidas nos Poderes da União na ordem de R\$ 27.000,00 no Poder Legislativo, R\$

⁵⁴ LEAL; MÊMOLO, 2018, p. 136.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.451/2019. Plenário. Relator: Ministro. Bruno Dantas. Sessão de 09/10/2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/981120192.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=545ca460-3fa6-11ea-97ab-a74434ca488b>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

⁵⁶ TAFNER, Paulo Sérgio. *Reforma da Previdência*. Elsevier Editora Ltda. Edição do Kindle.

⁵⁷ Ibidem.

17.500,00 no Poder Judiciário e no Ministério Público da União, R\$ 11.500,00 no Sistema de Proteção Social dos Militares das Forças Armadas e R\$ 8.500,00 no Poder Executivo frente a média de R\$ 2.500,00 e R\$ 1.300,00 para os benefícios concedidos pelo RGPS, respectivamente, a título de aposentadoria por tempo de contribuição e aposentadoria por idade.

Quanto à idade média para a aposentação, identificou o TCU⁵⁸ que:

Ao classificar as concessões de aposentadoria (RGPS e RPPS) e inatividade (militares) por faixas etárias, percebe-se que 59% da passagem para inatividade dos militares aconteceram na faixa etária de 46 a 50 anos, enquanto no RGPS e RPPS apenas 8% e 2% respectivamente tiveram benefícios de aposentadoria concedidos nessa mesma faixa.

(...) 51% das aposentadorias concedidas do RPPS ocorrem após 61 anos de idade, enquanto no RGPS essa proporção é de 27%, tendo o RGPS o maior número de concessão na faixa etária de 56 a 65 anos, sendo 58% dos benefícios concedidos.

Oportuno mencionar que os encargos de custeio são diferentes, na medida em que os segurados do RGPS contribuem com percentual até o valor do teto de pagamento dos benefícios do RGPS, enquanto militares e servidores civis da União contribuem com percentual sobre a totalidade da remuneração.

Outrossim, o marco legal do RPPS foi modificado desde o diagnóstico realizado pela PEC 33/1995 (Emenda nº 20/98) mencionada no item anterior, sendo as principais alterações⁵⁹: a) as exigências de idade mínima e de tempo mínimo de serviço público e no cargo, a par da previsão de amparo constitucional para instituição do RPC pela Emenda 20/1998; b) o fim da paridade e da integralidade, a ampliação do tempo mínimo no serviço público e no cargo, e a instituição de fator redutor nas pensões e alíquota para os inativos pela Emenda nº 41/2003, atenuada pela Emenda nº 47/2005⁶⁰; e c) a instituição do RPC da União pela Lei nº 12.618/2012.

⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.451/2019. Plenário. Relator: Ministro. Bruno Dantas. Sessão de 09/10/2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/981120192.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=545ca460-3fa6-11ea-97ab-a74434ca488b>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

⁵⁹ Conforme levantamento pelo TCU (cf. nota de rodapé nº 58): “RPPS dos servidores civis sofreu várias mudanças paramétricas desde 1998, sendo que as principais foram promovidas pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. A principal mudança da EC 20/1998 foi a adoção de idade mínima de 55 e sessenta anos para aposentadoria voluntária de mulheres e homens, respectivamente. Também introduziu o conceito de aposentadoria por tempo de contribuição (em vez de serviço), extinguiu a aposentadoria proporcional e exigiu tempo mínimo no serviço público e no cargo. 49. A EC 41/2003, além do fim da integralidade e paridade, ampliou a exigência de tempo no serviço público e no cargo, instituiu um redutor no valor das pensões (de 30% sobre o valor que ultrapassasse o teto do RGPS) e uma alíquota de contribuição para aposentados e pensionistas (11% sobre o que exceder o teto do RGPS). 50. Com a criação da Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (Funpresp), por meio da Lei 12.618/2012, os servidores dos Poderes Executivo e Legislativo, que ingressaram no serviço público federal a partir de 4/2/2013, e do Judiciário, a partir de 14/10/2013, passaram a ser filiados ao RPPS apenas até o teto do RGPS (R\$ 5.839,45 em 2019), que limita tanto suas contribuições como o valor dos benefícios. Para receber valores superiores a esse teto, o servidor precisa se filiar e contribuir com o Funpresp”.

⁶⁰ Chamada de contrarreforma, atenuou as regras de transição da Emenda nº 41/2003 para ampliar o reconhecimento do direito adquirido à aposentação sob as regras da paridade e da integralidade.

Entretanto, conforme aponta o levantamento realizado pelo TCU – Tribunal de Contas da União⁶¹:

Em 2016, a proporção entre contribuição e despesa por segurado no RPPS da União era bastante semelhante à do RGPS. Em ambos os regimes, a contribuição per capita equivalia a 38% da despesa, já em 2018 se nota uma pequena diferença, sendo o RGPS com 39% e o RPPS com 45%. (...), nota-se que os Militares foram quem mais necessitou de financiamentos por beneficiário em 2018, sendo 64%, seguido pelo RPPS, com 33%, e por último o RGPS que necessitou de 3%.

Acerca do resultado agregado da União, assentou a Corte de Contas que⁶²:

Em resumo, o resultado agregado da União cresceu negativamente de 2009 a 2018 em 90,55%, ou seja, em 2009 o déficit era de R\$ 152,3 bilhões passando, em 2018, para R\$ 290,3 bilhões. Em 2018, as receitas agregadas foram de R\$ 427,22 bilhões enquanto as despesas totalizaram R\$ 717,51 bilhões. O crescimento médio real anual do déficit agregado foi de 7,95%. Já o resultado agregado em relação ao PIB apresentou déficit em todos anos da série levantada, sendo que o déficit saltou de -2,70% em 2009 para -4,25% do PIB em 2018. Os dados levantados mostram que, realizando a análise referente ao período da série histórica, tanto por números atualizados pelo INPC quanto pela ótica do PIB, observa-se déficit crescente dos sistemas de previdência da União.

A confirmar a tendência de crescimento de pressão sobre o orçamento público, considerando todos os regimes previdenciários, a título de comparação, Paulo Tafner⁶³ sustenta que o déficit atuarial (diferença entre despesas e receitas no futuro) foi estimado em cerca de R\$ 8 trilhões no INSS e R\$ 1,5 trilhão no regime dos servidores da União até 2060. Nos estados, é de quase R\$ 5 trilhões.

Quanto ao gasto dos Governos Subnacionais com aposentadorias e pensões, para efeito de dimensionamento dos gastos, identifica-se que, em 2017, foi superior a R\$ 160 bilhões, ou seja, patamar representativo de quase o dobro do Fundo de Participação dos Estados (FPE)⁶⁴.

E mesmo a recente reforma realizada por intermédio da Emenda 103/2019 não se mostra suficiente para equacionamento da questão.

Conforme levantamento do TCU⁶⁵, comparada a projeção de déficit para o próximo

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.451/2019. Plenário. Relator: Ministro. Bruno Dantas. Sessão de 09/10/2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/981120192.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=545ca460-3fa6-11ea-97ab-a74434ca488b>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

⁶² Ibidem.

⁶³ TAFNER, Paulo Sérgio. *Reforma da Previdência*. Elsevier Editora Ltda. Edição do Kindle.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.451/2019. Plenário. Relator: Ministro. Bruno Dantas. Sessão de 09/10/2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/981120192.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=545ca460-3fa6-11ea-97ab-a74434ca488b>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

decênio (R\$ 5 trilhões de reais) com as estimativas da PEC 6/2019, que deu ensejo à última reforma (Emenda nº 103/2019), que prevê economia de R\$ 800 bilhões pela União no mesmo período,

verifica-se que haveria uma alteração da trajetória do déficit, mas resolveria pouco mais do que 15% do problema. Mesmo que se reduzisse o universo do déficit projetado apenas para os regimes previdenciários da União (RGPS e RPPS), o montante projetado para 10 anos seria de despesas de mais de R\$ 3,4 trilhões. Assim, os benefícios da PEC 6/2019 seriam equivalentes a cerca de 24% das despesas projetadas.

Os referenciados estudos e levantamentos realizados pela academia, administrador e controlador permitem as seguintes constatações:

- 1) As consequências práticas da operação do RPPS e do Sistema de Proteção Social dos Militares – déficit e critérios de distribuição – não resultam de aspectos demográficos e atuariais, os quais têm maior efeito sobre as despesas com pensões e sobrevivência dos segurados e de seus dependentes, eis que a base de segurados nesses regimes guarda relação direta com a capacidade e a demanda de força de trabalho pelos entes públicos, fixada em lei, e não com os dados demográficos em si mesmos;
- 2) O RGPS, por sua vez, apresenta maior sensibilidade aos efeitos das alterações no perfil demográfico, na medida em que não há limite legal para a formação da base de segurados, o que está a depender da dinâmica do mercado de trabalho;
- 3) O caráter contributivo do RPPS é mitigado sem fundamento normativo que lhe justifique, eis que a receita do sistema corresponde à aproximadamente 33% das despesas. No Sistema de Proteção Social dos Militares, o caráter contributivo pode-se afirmar inexistente na medida em que as receitas do sistema correspondem a apenas 5% das despesas;
- 4) A mitigação do caráter contributivo no RPPS é agravada frente ao RGPS, uma vez que as contribuições do empregador (União) não decorrem de produção de riqueza pela sociedade, mas da arrecadação tributária⁶⁶;

⁶⁶ Conforme art. 8º da Lei nº 10.887/04, no regime próprio, a contribuição da União, de suas autarquias e fundações para o custeio é o dobro da contribuição do servidor ativo, devendo o produto de sua arrecadação ser contabilizado em conta específica.

- 5) Sob a influência de mecanismos favoráveis⁶⁷, como as regras da paridade e da integralidade, o RPPS e o Sistema de Proteção Social dos Militares propiciam o pagamento de benefícios com valores calculados mediante fórmulas sem lastro atuarial, ensejando aposentadorias superiores aos salários da atividade;
- 6) As reformas no marco legal do RPPS e do Sistema de Proteção Social dos Militares ocorrem de forma lenta e coincidem com as proximidades do período inicial dos mandatos no Poder Executivo Federal (1998⁶⁸, 2003 e 2019);
- 7) No RGPS, no RPPS e no Sistema de Proteção Social dos Militares, os custos de transação da operacionalização dos sistemas, assim como os riscos gerenciais, atuariais e de insuficiências financeiras, são integralmente externalizados para o orçamento público, em razão de previsão no marco legal⁶⁹ da insuficiência das contribuições previdenciárias vertidas;
- 8) Diante da previsão de cobertura assumida pelo Tesouro Nacional para as insuficiências do RGPS, do RPPS e do Sistema de Proteção Social dos Militares, e de seu importe, o caráter solidário desses regimes funciona na prática como mecanismo de privatização de riquezas comuns produzidas por toda sociedade sem contraprestação;
- 9) O cenário é de insustentabilidade dos sistemas (RGPS, RPPS e Sistema de Proteção Social dos Militares) no curto e de colapso no longo prazo.

A correlação do cenário constatado à *finalidade* da previdência pública permite afirmar que esse sistema, e seus regimes (especialmente⁷⁰ no RPPS e Sistema de Proteção Social dos Militares), possui uma arquitetura jurídico-institucional com consequências práticas inconstitucionais, distorcendo as expectativas maiores do *dever ser* das normas previdenciárias em prol de uma exploração autocentrada ou como um fim em si mesma e concentrada, e não como estruturação de um caminho mais abrangente e vocacionado a propiciar condições

⁶⁷ Em função da paridade, os reajustes remuneratórios concedidos à carreira de origem do segurado são automaticamente estendidos aos aposentados. A integralidade, por sua vez, permite que o servidor se aposente percebendo a integralmente o último salário recebido na atividade.

⁶⁸ Fernando Henrique Cardoso foi presidente por dois mandatos consecutivos (1995-1998 e 1999-2003).

⁶⁹ Ver art. 16, parágrafo único, da Lei 8.212/1991 e no art. 2º, § 1º, da Lei 9.717/1998; e art. 3º da Lei 6.880/1980.

⁷⁰ No caso do RGPS, tal como já relatado neste trabalho, o descompasso ocorre, sobretudo, quanto a sua fragilidade perante a questão demográfica e das transformações no mercado de trabalho e quanto a sua sustentabilidade, tendo-se em vista o rol de beneficiários, eis que, quanto aos valores de benefícios e marco legal, tem sido vitimado por regras mais severas seguidamente introduzidas nas reformas realizadas para compensação do déficit dos demais regimes, como já alertado pela Exposição de Motivos encaminhada ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 306, de 1995, do Poder Executivo. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Camara/EC020_cam_28051998_e_m.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020.

materiais sustentáveis para a realização da personalidade humana em sintonia com os objetivos e princípios fundamentais da Constituição para a base mais ampla dos segurados nos diversos regimes.

As causas disso, no entanto, suplantam os aspectos inerentes à formação histórica dos respectivos regimes previdenciários, levantados pelo Controlador⁷¹, à mudança de perfil demográfico, ou mesmo à ação de grupos de pressão organizados e com maior poder de influência para a obtenção de regras mais favoráveis, tal como arguido pelo Administrador⁷².

Tanto a ação de grupos de pressão, quanto as mudanças no perfil demográfico e o histórico do sistema previdenciário são variáveis externas ao sistema, para as quais a arquitetura institucional deve conceber respostas válidas e dinâmicas, conforme a alteração das circunstâncias.

Especificamente em relação ao RPPS, é o fracasso do modelo regulatório que alimenta a crise econômica e a injustiça do modelo, como demonstra a AED por meio do paradigma da *tragédia dos baldios*⁷³, que se trata de uma alegoria referente à “classe de situações em que potencialmente surgem conflitos emergentes da descoordenação entre múltiplos agentes dotados de diferentes prerrogativas de acesso e de uso de recursos partilháveis e escassos”⁷⁴, ou, em outros termos, aos problemas abordados por Fernando Araújo⁷⁵, quais sejam, os de externalização de elevada proporção de custos por parte de cada usuário, os de colapsos de descoordenação na administração dos recursos e na demarcação dos direitos que correspondem

⁷¹ Cf. “61. Os dados de receitas, despesas e necessidade de financiamento por regime apresentados na tabela anterior evidenciam grandes discrepâncias entre os três regimes, fruto de diferenças históricas no desenho da política previdenciária em cada um deles. Entre elas, chama a atenção a diferença na necessidade de financiamento per capita de cada regime, que informa quanto, em média, o Tesouro precisa aportar por ano para pagamento dos beneficiários.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.451/2019. Plenário. Relator: Ministro. Bruno Dantas. Sessão de 09/10/2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/981120192.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=545ca460-3fa6-11ea-97ab-a74434ca488b>>. Acesso em: 21 jan. 2020.)

⁷² BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos encaminhada ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 306, de 1995, do Poder Executivo. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Camara/EC020_cam_28051998_e_m.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020.

⁷³ Termo utilizado por Fernando Araújo, na sua obra: *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O Problema Econômico do Nível Ótimo de Apropriação*. Lisboa, Portugal: Almedina, 2008. Essa obra retomou o título e o tema da lição proferida pelo autor nas Provas de Agregação prestadas em finais de outubro de 2007, na Reitoria da Universidade de Lisboa. Explica o referido autor que: “(...) 4. No decurso das provas suscitou-se uma questão terminológica: porquê Baldios, uma expressão histórica e culturalmente muito conotada – e também legislativamente – com realidades locais de atividade agrícola, silvo-pastoril, silvícola e apícola, uma expressão designativa de uma realidade muito menos extensa do que aquela que verdadeiramente se pretende referir, uma outra realidade que abarca até fenómenos de dimensão planetária? Com efeito, como se verá, esses baldios, na sua acepção tradicional, não são senão um subgrupo dentro do universo mais vasto de fenómenos que referimos, fenómenos que são abarcáveis na designação económica de recursos comuns, porventura a mais rigorosa em termos puramente analíticos. Todavia, usámos em nossa defesa, e mantemos, o argumento de que a expressão Baldios é, de todas as possíveis, decerto a mais sugestiva, a que mais rapidamente permite a compressão elementar dos interesses em causa e aquela que mais facilmente é retida na memória”.

⁷⁴ Ibidem, p. 9.

⁷⁵ Ibidem, p. 71.

a cada um dos indivíduos, e os de superexploração dos recursos comuns⁷⁶, conduzindo ao congestionamento, degradação e até esgotamento desses recursos, e, assim, à tragédia dos baldios.

No âmbito dos regimes próprios de previdência social, a tragédia dos baldios contribui para a percepção de como e por que a arquitetura solidária do sistema impacta e é impactada pela instituição de mecanismos estruturantes da concessão de benefícios privilegiados, tais como as regras da *paridade* e *integralidade*⁷⁷, e as de benefício e contribuição definidas *ex ante*.

Trata-se de identificar que o caráter solidário do RPPS, e também do Sistema de Proteção Social dos Militares como espécie de regime próprio – que garante a cobertura das insuficiências do sistema por meio do orçamento público –, está a funcionar como mecanismo de incentivo à ação de grupos de pressão e, sobretudo, ao comportamento predatório (*rent-seeking*) em relação à riqueza produzida em comum⁷⁸ (orçamento público), conduzindo à internalização de benefícios superiores aos custos de sua manutenção (externalizados para o sistema), e, ressalte-se, em dimensão acima da cobertura sustentável e razoável dos riscos sociais eleitos na moldura constitucional (*finalidade*).

A solidariedade, nesse padrão, é vítima de si mesma, na medida em que incentiva seu alçoz e, ao mesmo tempo, propicia a alocação de recursos em descompasso com suas finalidades precípuas, ou seja, a cobertura sustentável para todos dentro do sistema cede espaço para a concentração insustentável de renda.

A explicação é também corroborada pela Teoria da *Public Choice*⁷⁹, quando evidencia que nas escolhas públicas, em contraste com as escolhas econômicas no setor privado, as pessoas que se beneficiam das decisões tomadas não são sempre as mesmas que pagam o preço, o qual, distante dos auspícios da autonomia da vontade, pode ser imposto pelos mecanismos da ação estatal.

Sob esse aspecto, a eficiência revela-se presente apenas na perspectiva individual dos beneficiários e, mesmo assim, de forma parcial e limitada, ante os riscos de colapso do sistema com aptidão para prejudicar a todos, funcionando como a prevalência da árvore sobre a floresta⁸⁰, com o esquecimento de que, no entanto, o destino da floresta anuncia o da árvore.

⁷⁶ Aqueles bens que, sendo de acesso livre ou de acesso dificilmente restringível, contudo, geram, entre aqueles que a eles têm acesso, problemas de rivalidade no uso, no sentido de a utilização que é dada por um poder conflitar, ao menos a partir de certo nível de intensidade, com a utilização que fica disponível para os demais (ARAÚJO, 2008, p. 70).

⁷⁷ Vide artigos 6º e 7º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. A paridade viabiliza a revisão dos proventos de aposentadorias e pensões com base nos mesmos índices de datas daquelas aplicadas à remuneração dos ativos, enquanto que a integralidade permite a aposentação com base na última remuneração recebida no exercício do cargo em que se der a aposentadoria, sem previsão de critérios atuariais hábeis a demonstrar a sustentabilidade dos referidos direitos.

⁷⁸ LOPES, 2006, p. 198.

⁷⁹ BUTLER, 2015.

⁸⁰ LOPES, op. cit., p. 113.

Com isso, a superexploração do sistema leva, a partir do mecanismo da solidariedade, à exploração insustentável do orçamento público e, via de consequência, cria constantes encargos obrigatórios às custas da liberdade das gerações futuras.

Reitere-se, o sistema, nessa linha de pensamento, não cumpre sua função, eis que a *finalidade* da previdência exige sustentabilidade e provisão de renda substitutiva nos limites da média que constituiu o salário-de-contribuição durante todo o período contributivo, guardando um padrão atuarial de coerência, sob pena de funcionar como mecanismo de concentração de renda. Não há suporte constitucional para isso, sobretudo se considerarmos que o “Estado não produz riquezas. Ele no máximo as redistribui”⁸¹, sendo oportuno mencionar que a “desigualdade é um problema central para a cultura jurídica brasileira”⁸², cuja busca por soluções deve ser sistematicamente considerada no bojo das políticas públicas.

O sistema previdenciário deve articular o caráter contributivo à solidariedade, não sendo a redistribuição de renda sua função precípua, sobretudo no âmbito dos regimes próprios, eis que referido desiderato deve ser veiculado com maior transparência e vigor no âmbito das políticas assistenciais e da prestação ótima dos serviços públicos.

Dessa forma, os recursos comuns são desperdiçados, dado que empregados desproporcionalmente e em finalidades distintas do marco constitucional. E o “desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, gera injustiça com aqueles potenciais destinatários a que eles deveriam atender”⁸³.

Ademais, não apenas a eficiência (produtiva)⁸⁴, mas também a efetividade do sistema, a sua “capacidade de fazer a coisa certa”⁸⁵, entendida como o alcance de sua *finalidade* em produzir o maior ganho social (eficiência alocativa) sustentável no contexto do pacto intergeracional (eficiência dinâmica), é comprometida pela concentração de renda paradoxalmente decorrente do mecanismo da solidariedade, a ponto de podermos afirmar que o sistema, tal como ora analisado, acaba por gerar consequências práticas inconstitucionais por estar a funcionar como um sistema imprevidente.

⁸¹ TIMM, 2018a, p. 109.

⁸² Nesse sentido, “Juristas enxergam as ações judiciais, não as atividades. (...) Ele não está treinado para entender o que seja uma estrutura: então, ele está mais capacitado para perceber a árvore do que a floresta.” José Reinaldo Lopes citado por Luciano Beneti Timm. Cf. Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: Justiça distributiva versus eficiência econômica. Disponível em <<https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/file/Semin%C3%A1rios%20de%20Pesquisa%20-%20Luciano%20Timm.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

⁸³ Cf. TIMM, 2018b, p. 815.

⁸⁴ Cf. GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência*. Working Paper Centro Universitário de Brasília – UniCeUB, Brasília, 2019.

⁸⁵ Conforme preleciona Ivo Teixeira Gico Júnior (2019, p. 41), “a efetividade seria o que os administradores chamam de a capacidade de produzir a coisa certa”, concretizada no seguinte argumento do referido autor: “efetividade é eficiência alocativa e eficiência dinâmica, isto é, ser efetivo é não apenas produzir (ser eficaz) ao menor custo possível (eficiência produtiva), mas produzir o que gera a maior utilidade possível para a organização que está produzindo (eficiência alocativa), hoje e amanhã (eficiência dinâmica)”.

Nesse contexto, a formação histórica do RPPS fundida com a política pessoal⁸⁶ foi apenas o ponto de partida da superexploração do sistema, cujo ápice é encontrado na Lei nº 13.954/2019, que reforma o Sistema de Proteção Social dos Militares para dispor que “a remuneração dos militares ativos e inativos é encargo financeiro do Tesouro Nacional”⁸⁷, o que está a representar⁸⁸ a consolidação de mecanismo de externalização integral dos custos sistêmicos para a sociedade e em favor da categoria, dando ao caráter contributivo da previdência, nesse caso, o sentido de mera colaboração⁸⁹ e de desvio da *finalidade* constitucional do sistema.

Os grupos de pressão formados por carreiras e outros ramos do setor público, por sua vez, são produtos da competição, ou melhor, da concorrência dos agentes em um mercado sem risco, e não as causas das consequências práticas do sistema, que encontramos no caráter solidário do sistema, chave de acesso à superexploração dos recursos comuns.

Nesse sentido, a teoria aponta que, caso fossem vertidas contribuições previdenciárias aptas ao sustento atuarial de referidos direitos, os segurados teriam incentivos para optar por regimes ou regras alternativas ante a elevação do custeio das previsões excepcionais⁹⁰.

Assim, a perspectiva da alegoria da tragédia dos baldios afirma a necessidade de reforma na arquitetura jurídico-institucional do sistema para a progressiva internalização dos custos da rivalidade de acesso aos recursos comuns, impondo-se custos aptos a refletirem a participação de cada usuário no resultado coletivo, de modo a reduzir a intensidade da participação individual, moderando-se a exploração dos recursos ao ritmo normal, prevenindo-se o seu depauperamento⁹¹.

⁸⁶ Vide nota de rodapé de nº 120. Para aprofundar, Cf. PINHEIRO, Vinícius C. Reforma da previdência e federalismo: o caso brasileiro, Conjuntura Social, MPAS/ACS: Brasília, 1999, v. 10, 1, p. 7-26; CAMPOS, Marcelo B. L. B. *Regime Próprio de Previdência Social dos Servidores Públicos*. 2. ed. Editora Juruá: Curitiba, 2008, p. 45.

⁸⁷ Inclusão do art. 53-A no Estatuto dos Militares.

⁸⁸ Ao lado de outros mecanismos favoráveis, como a incidência das regras da paridade e da integralidade, a possibilidade do militar inativo acumular proventos e remuneração paga pelo Erário. Vide BRASIL. DECRETO Nº 10.210, DE 23 DE JANEIRO DE 2020. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jan. 2020. Edição: 16-A. Seção: 1 – Extra. Página: 1. Prevê a contratação de militar inativo para o desempenho de atividades de natureza civil na administração pública. O militar inativo será remunerado por meio do pagamento de adicional igual a três décimos da remuneração que estiver percebendo na inatividade.

⁸⁹ As receitas do Sistema de Proteção Social dos Militares correspondiam, em 2018, a apenas 5% das despesas daquele regime. Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.451/2019. Plenário. Relator: Ministro. Bruno Dantas. Sessão de 09/10/2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/981120192.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=545ca460-3fa6-11ea-97ab-a74434ca488b>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

⁹⁰ É exatamente o que ocorre no presente momento histórico, quando as diversas categorias do serviço público pleiteiam reabertura de prazo para migração para o marco legal alternativo do RPC, visando não sofrer os efeitos da imposição de maior carga de custeio no RPPS tradicional pela última reforma da previdência. Por todas, ver a seguinte publicação: “Secretaria é favorável à ampliação do prazo de migração”. Disponível em: <https://www.sindifisconacional.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=36453:funpresp-secretaria-de-previdencia-e-favoravel-a-prorrogacao-de-prazo-para-migracao&catid=256&Itemid=1019>. Acesso em 22 mar. 2020.

⁹¹ ARAÚJO, 2008, p. 78-83.

Importa resgatar a perspectiva de eficiência do regime previdenciário, entendida como a busca pela ótima adequação à função, evitando-se o desperdício de recursos⁹², o que não implica efeito *cliquet* ou ofensa ao recorrente recurso retórico à “vedação de retrocesso”, quando presente a temática dos direitos sociais ou, mais especificamente, das reformas previdenciárias⁹³. É o que se percebe por meio do recurso à denominada melhoria potencial de Pareto ou eficiência de *Kaldor-Hicks*⁹⁴, com a qual afirma-se a eficiência das mudanças na arquitetura institucional do sistema previdenciário, quando os ganhos advindos (sociais) superem as perdas (individuais). E aqui o indivíduo também ganha no todo (social).

No caso da reforma nos mecanismos privilegiados do sistema, espera-se melhoria consistente em “uma alteração que gera mais benefícios que custos”⁹⁵, tal como um alinhamento de sua arquitetura à sua *finalidade*, assim como uma redução do desperdício de recursos e uma sustentabilidade sistêmica dos regimes para as gerações presentes e futuras em contraponto ao retórico obstáculo do retrocesso.

Não há retrocesso quando o mote é responder às consequências práticas inconstitucionais do sistema, afastando expectativas irrazoáveis, percebendo-se que mais recursos não significam necessariamente mais direitos, como se pode inferir da dimensão dos gastos previdenciários em cotejo com os riscos sistêmicos e do comprometimento do orçamento público no curto, médio e longo prazo.

É dizer: da mitigação do atual mecanismo da solidariedade espera-se geração de solidariedade manifestada na sustentabilidade da previdência enquanto seguro público, e no realinhamento dos critérios de distribuição equânime dos benefícios.

1.2. Tragédia da previdência: o comportamento predatório (*rent-seeking*) e o arbítrio estatal

Além disso, o comportamento *rent-seeking* se alimenta e é alimentado pelo que podemos denominar de arbítrio do Estado.

Com Lopes, podemos afirmar que o Estado brasileiro “é autoritário porque é imprevisível e imprevisível porque apropriado por grupos de interesses e por ser continuamente objeto de negociação”⁹⁶.

⁹² Rachel Sztajn citada por Luciano Benetti Timm. Cf. “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?” In: RODAS, João Grandino; ATTÍE JUNIOR, Alfredo (Orgs.). *Trinta Anos da Constituição Federal: retrospectiva, avanços e desafios*. São Paulo: 1. ed., 2018, 1042, 23 cm. p. 803-822.

⁹³ Sobre o tema, ver: PROL, Flávio Marques. “Constitucionalizando o retrocesso: suspendendo direitos para garantir confiança”. In: RODAS, João Grandino; ATTÍE JUNIOR, Alfredo (Orgs.). *Trinta Anos da Constituição Federal: retrospectiva, avanços e desafios*. São Paulo: 1. ed., 2018, 1042 p., 23 cm. p. 479-500.

⁹⁴ Para aprofundamento, verificar: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Bookman: São Paulo, 2010.

⁹⁵ RODRIGUES, 2016, p. 27.

⁹⁶ LOPES, 2006, p. 114.

É o autoritarismo “que deriva mais do caráter aleatório da presença do Estado, da inconstância na interpretação do direito, nas considerações pessoais na execução, aplicação e feitura da lei (os chamados casuísmos)”⁹⁷.

Por ser ineficaz e as interações sociais fundarem-se em estratégias de sobrevivência casuística, Lopes ainda afirma que “o direito pode reforçar uma dinâmica social de exclusão e não-cooperação, de valorização do particular sobre o público, do estímulo ao *free rider*, o predador, o ‘carona’”⁹⁸, confirmando as conclusões da alegoria da tragédia dos baldios (AED) sob a ótica da sociologia do Direito.

E, conforme o autor, “sendo a luta por privilégios, e não por direitos, não é difícil converter os grupos em predadores (*rent-seeking*)”⁹⁹.

Assim, o casuismo na produção legislativa, que acompanha o padrão histórico exposto na produção da legislação de pessoal¹⁰⁰, incentiva o investimento na formação de grupos de pressão destinados a competir pelas melhores posições na definição das regras previdenciárias.

A percepção se agrava à luz da *Public Choice*, que alerta para a prudência em admitir que o interesse próprio é um fator de motivação dentro do sistema político, ainda que não motive todas as pessoas em todos os momentos e situações, dado o influxo de outros fenômenos, a par do rentismo e dos grupos de interesse, como coligações, trocas de favores, crescimento do governo, voto tácito e ignorância racional dos eleitores¹⁰¹.

É o que permite entender, a título ilustrativo, o quantitativo de categorias que pleiteou a obtenção de mecanismos mais vantajosos durante as várias fases de tramitação da última reforma da previdência (PEC 6/2019).

Conforme se infere do parecer¹⁰² proferido pela Comissão Especial na Câmara dos Deputados, apenas uma das fases do procedimento legislativo, diversas foram as categorias profissionais e setores da sociedade que competiram por tratamento especial, considerada apenas uma das fases da tramitação da última reforma da previdência, tais como agentes penitenciários, agentes socioeducativos, oficiais de justiça, agentes de trânsito, enfermeiros, técnicos de enfermagem, obstetizes, peritos criminais, professores, policiais das diversas

⁹⁷ LOPES, 2006, p. 105.

⁹⁸ Ibidem, p. 99.

⁹⁹ Ibidem, p. 113.

¹⁰⁰ Não há, no direito brasileiro, marco legal para a produção legislativa quanto à política de pessoal. Na experiência, percebe-se a elaboração de planos de cargos e salários, das diversas carreiras, não correlacionados entre si, e com as remunerações praticadas no setor privado ou mesmo no direito comparado. O direito brasileiro prevê ainda, indistintamente, a hipótese de promoção e progressão fundadas exclusivamente no tempo de serviço distorcendo critérios de eficiência.

¹⁰¹ BUTLER, 2015.

¹⁰² BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer à proposta de Emenda Constitucional nº 6, de 2019, que “modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências”. Deputado Samuel Moreira. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1764444&filename=PRL+2+PEC00619+%3D%3E+PEC+6/2019>. Acesso em: 30 jan. 2020.

esferas de governo, trabalhadores rurais, garimpeiros, bombeiros, guardas municipais, agentes e inspetores de segurança do Poder Judiciário, polícia legislativa, agentes da ABIN, agentes comunitários de saúde e de combate a endemias, segurados especiais, delegatários de serviços públicos, governadores¹⁰³, entre outros casos.

Além disso, cumpre mencionar a apresentação de diversas emendas supressivas do aumento dos encargos de custeio, da manutenção da obrigatoriedade do pagamento do abono de permanência, da preservação das regras de pensão por morte e da instituição de aposentadoria especial, favoráveis à manutenção de mecanismos privilegiados para a universalidade dos segurados no âmbito do RPPS, sem prejuízo da identificação da propositura de diversas ações judiciais pleiteando o afastamento das novas alíquotas de custeio do sistema entre outras regras¹⁰⁴, construindo um cenário de fatos que denotam a competição pela exceção e não pelo viés inclusivo das regras.

O enfrentamento do arbítrio passa, de um lado, assim, pelo fortalecimento do repertório do sistema jurídico para responder de forma legítima às ações das variáveis, como a atuação dos grupos de pressão.

Por outro lado, as notas da impessoalidade, previsibilidade e universalidade exigidas pelo direito moderno¹⁰⁵ impõem o aperfeiçoamento dos ônus argumentativos à comunicação jurídica para qualificar o discurso e a racionalidade que animam o devido processo legal em seus mais diversos âmbitos (legislativo, administrativo e jurisdicional). E é esse, como aponta Luciano Timm, o maior desafio do país: “se ater impessoalmente à regra e agir fora da lógica do patrimonialismo estatal (que vê a coisa pública como *res nullius*)”¹⁰⁶.

Nesse ponto, a denominada teoria dos jogos¹⁰⁷ contribui para a percepção de um outro lado decorrente do arbítrio do Estado: a leitura da cláusula do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema de previdência na perspectiva do segurado, eis que, como cobertura de riscos sociais relevantes na jornada de qualquer ser humano, o sistema previdenciário atua como incentivo para ingresso no mercado formal de trabalho (iniciativa privada ou setor público).

¹⁰³ Emenda 91, do dep. Capitão Augusto: “Acrescenta à PEC alteração do § 12 do art. 37 da CF, para determinar que o subsídio fixado para os governadores não seja inferior ao subsídio fixado para Deputados Estaduais ou Distritais.”

¹⁰⁴ Cf. a seguinte notícia: “STF recebe as primeiras ações contra a reforma da previdência”. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=430198>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

¹⁰⁵ LOPES, 2006, p. 95.

¹⁰⁶ Roberto da Matta citado por Luciano Benetti Timm na obra “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?” In: RODAS, João Grandino; ATTÍE JUNIOR, Alfredo (Orgs.). *Trinta Anos da Constituição Federal: retrospectiva, avanços e desafios*. São Paulo: 1. ed., 2018, 1042 p., 23 cm. p. 803-822, p. 816.

¹⁰⁷ Aplica-se às situações em que o direito se defronta com circunstâncias em que há poucos tomadores de decisão e em que a ação ótima a ser executada por uma pessoa depende do que o outro agente econômico escolher. Essas situações são como jogos, pois as pessoas precisam decidir por uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ação que responde às reações de outras pessoas. A teoria dos jogos lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante.

O arbítrio do Estado, contudo, acentua a nota da imprevisibilidade das regras do jogo, durante o desenrolar de jogos repetidos¹⁰⁸, indefinidamente até a verificação do risco.

A incerteza aqui atua sobre o processo decisório do agente e sobre a avaliação do custo de oportunidade¹⁰⁹ de suas decisões, restringendo o direito de fazer planos e incentivando a competição entre os jogadores num contexto marcado pela busca de segurança e previsibilidade decorrente de contínuas decisões, com consequências verificáveis na potencial cobertura de sinistros verificáveis tanto no curto (incapacidade laborativa permanente e morte), quanto no longo prazo (idade avançada, morte).

A alteração das regras do jogo impacta a cobertura devida ao segurado, e, logo, suas chances de elaborar planejamentos financeiros e atuarialmente adequados em tempo hábil, visto que as reformas impactam o tempo de contribuição, a idade e o valor dos benefícios no início, meio e fim da vida laboral, o que faz com que a estratégia dominante¹¹⁰ seja competir por meio da ação dos grupos de pressão para fins de obtenção de mecanismos favoráveis ou postergar e dificultar suas reformas¹¹¹, sobretudo, num cenário em que o Estado age como jogador imprevisível.

É que o mesmo Estado que propõe a PEC nº 106/2019¹¹², reconhecendo explicitamente a insustentabilidade das despesas previdenciárias, propõe, quase simultaneamente, o PL 1645/2019, que consolida aspectos como paridade, integralidade e acúmulo de pagamentos do Erário, tidos como causas das distorções do marco normativo do sistema previdenciário há mais de vinte anos atrás pela Mensagem nº 306, de 1995, do Poder Executivo¹¹³. Mesmo nesse último caso, ainda que hoje sujeitos a regras privilegiadas, é preciso considerar qual a segurança esperada para manutenção dessas regras num ambiente de desequilíbrio financeiro e atuarial.

Dessa forma, pode-se afirmar que, no jogo da previdência, a cláusula do equilíbrio financeiro e atuarial também existe em favor do segurado como contraponto ao incentivo do

¹⁰⁸ COOTER; ULEN, 2010, p. 56.

¹⁰⁹ “Em termos econômicos, o custo de uma determinada opção, designado como custo de oportunidade, é aquilo que se sacrifica por não escolher a mais favorável das alternativas disponíveis” (RODRIGUES, 2016, p. 12). Em outros termos, trata-se do “custo econômico de uma alternativa que foi deixada de lado”, ou seja, é a “expressão da relação básica entre escassez e escolha, podendo ser definido como o preço da renúncia de um bem de modo a se obter outro”. (Cf. Cooter e Ullen apud CRISTOFANI, Claudia Cristina. “Contratos relacionais, informação e resolução de litígios”. In: POMPEU, Ivan Guimarães; BENTO, Lucas Fulete Gonçalves; POMPEU, Renata Guimarães (Coord.) *Estudos Sobre Negócios e Contratos: Uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito*. 2017. p. 227).

¹¹⁰ COOTER; ULEN, 2010.

¹¹¹ As reformas no marco legal do RPPS e do Sistema de Proteção Social dos Militares ocorrem de forma lenta e coincidem com as proximidades do período inicial dos mandatos no Poder Executivo Federal (1998, 2003 e 2019).

¹¹² Vide item 39 da EM nº 29/2019, de 20 de fevereiro de 2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019>. Acesso em: 31 jan. 2020.

¹¹³ Inteiro teor e tramitação integral. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Camara/EC020_cam_28051998_e_m.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020.

comportamento predatório, exigindo-se que o sistema ofereça ao segurado a oportunidade de fazer planos previdenciários com o maior grau possível de segurança jurídica, diferentemente do que ocorre nos tradicionais RGPS, RRPS e Sistema de Proteção Social dos Militares.

1.3. Transição de regimes previdenciários: RPC como proposta de solução

É nesse contexto que a transição do RPPS para o RPC surge como proposta de solução para as ineficiências do marco regulatório, tendo o propósito de fazer predominar um novo desenho para alocação de riscos, direitos e responsabilidades iminentes nas relações travadas entre os seguintes aspectos: a) caráter contributivo *versus* solidariedade; e b) plano de custeio *versus* plano de benefícios.

E para isso, importa expor, inicialmente, as diferenças essenciais entre os diversos regimes¹¹⁴ previstos na Constituição de 1988 para atendimento da *finalidade*¹¹⁵ da previdência social.

Iniciando-se pelo RGPS, sua administração é atribuída ao INSS e se destina a cobrir os riscos sociais relativos à idade avançada, incapacidade permanente ou temporária para o trabalho, maternidade, desemprego involuntário e morte, predominantemente para os segurados e seus dependentes no setor privado.

Os regimes próprios de previdência social (RPPS), por sua vez, são administrados pelos respectivos entes federativos em benefício dos respectivos servidores titulares de cargo efetivo. Há cobertura para os riscos sociais relativos à idade avançada, incapacidade permanente para o trabalho e morte.

Como espécie de RPPS, o Sistema de Proteção Social dos Militares é administrado pelo Ministério da Defesa e se destina a cobrir os encargos da inatividade e morte do militar, sendo que, apesar da divergência sobre seu caráter previdenciário, concordamos com a posição assumida pelo TCU – Tribunal de Contas da União¹¹⁶, a fim de que seja tratado como regime específico inserido no gênero previdência pública, eis que:

o RGPS, o RPPS da União e os Encargos Financeiros com militares e seus pensionistas objetivam cobrir os mesmos riscos, além de atuarem de forma

¹¹⁴ A Constituição disciplina ainda o chamado regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, notadamente facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar, conforme preconiza o art. 202 da Constituição de 1988.

¹¹⁵ Propósito, intencionalidade da prática. Ver mais no capítulo 7 (p. 225-258) da obra: DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

¹¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.451/2019. Plenário. Relator: Ministro. Bruno Dantas. Sessão de 09/10/2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/981120192.PROC/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=545ca460-3fa6-11ea-97ab-a74434ca488b>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

complementar, inclusive com contagem recíproca de tempo de contribuição/serviço, o que demonstra sua natureza previdenciária.

Outrossim, a inatividade do militar não prevê dedicação exclusiva à espera de convocação para retorno ao serviço ativo. Pelo contrário, a par da possibilidade de exercer outras atividades laborativas ainda em idade economicamente ativa (59% da passagem para inatividade dos militares aconteceram na faixa etária de 46 a 50 anos¹¹⁷), a última reforma previdenciária (Emenda nº 103/2019) estabeleceu a possibilidade de acúmulo de benefício com outras remunerações pagas pelo Erário¹¹⁸.

Acerca do processo de formação histórica do RPPS, importa destacar os termos do Acórdão 2451/2019 – TCU/Plenário¹¹⁹, que, citando Marcelo Campos¹²⁰, esclareceu que:

Uma característica marcante dos regimes de previdência dos servidores públicos no Brasil, que os diferenciavam de regimes na iniciativa privada, consiste no fato de que por um longo período, a proteção social foi tratada como extensão da política de pessoal.

Ainda de acordo com Vinícius Pinheiro¹²¹, citado nos termos da referida decisão, ao asseverar uma relação inicialmente pouco distinta entre regime estatutário e previdenciário:

Um dos atributos básicos deste modelo era o direito à aposentadoria que os servidores adquiriam em decorrência de terem trabalhado para o Estado, independentemente de terem contribuído para tal benefício. Contribuições dos servidores, quando existiam, financiavam benefícios para os dependentes, como as pensões ou serviços de assistência à saúde, dentre outros. As despesas com aposentadoria eram, nesse tipo de modelo, obrigações do Tesouro, da mesma forma que a remuneração dos servidores ativos.

O RPC – Regime de Previdência Complementar, por sua vez, é disciplinado na Constituição de 1988 nos parágrafos 14 a 16 do art. 40, no que tange ao setor público, e no art. 202, para o setor privado.

No setor privado, está previsto o denominado regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, notadamente facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício

¹¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.451/2019. Plenário. Relator: Ministro. Bruno Dantas. Sessão de 09/10/2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/981120192.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuiid=545ca460-3fa6-11ea-97ab-a74434ca488b>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

¹¹⁸ Cf. BRASIL. DECRETO Nº 10. 210, DE 23 DE JANEIRO DE 2020. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jan. 2020. Edição: 16-A. Seção: 1 – Extra. Página: 1. Prevê a contratação de militar inativo para o desempenho de atividades de natureza civil na administração pública. O militar inativo será remunerado por meio do pagamento de adicional igual a três décimos da remuneração que estiver percebendo na inatividade.

¹¹⁹ Tribunal de Contas da União. Op., cit.

¹²⁰ CAMPOS, 2008, p. 45.

¹²¹ Cf. PINHEIRO, Vinícius C. Reforma da previdência e federalismo: o caso brasileiro, Conjuntura Social, MPAS/ACS: Brasília, 1999, v. 10, 1, p. 7-26.

contratado e regulado por lei complementar, conforme preconiza o art. 202 da Constituição de 1988. Realiza-se por meio de entidades abertas ou fechadas, conforme, respectivamente, possuam, ou não, fins lucrativos e se restrinjam, ou não, a determinados grupos de trabalhadores.

Para o setor público, a instituição do RPC depende de lei do respectivo ente federado, podendo efetivar-se por meio de entidades fechadas (Funpresp¹²²) ou abertas de previdência complementar¹²³, sob a incidência das regras do art. 202 da Constituição.

Neste trabalho, nos limitaremos ao RPC do setor público, especificamente à transição do RPPS para o RPC restrito aos servidores titulares de cargo efetivo da União.

Nesse sentido, em que pese o caráter recente de sua implementação, o RPC já detinha autorização constitucional para ser instituído pelos entes federados desde a Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, como condição para limitação dos benefícios do regime próprio de previdência social aos valores máximos estabelecidos para o regime geral.

No entanto, apenas no ano de 2012, com a edição da Lei nº 12.618/12, tal regime foi efetivamente instituído no âmbito dos Poderes da União, tendo sido autorizada a criação de EFPC – Entidade Fechada de Previdência Complementar concretizada na Funpresp – Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal, para administração dos respectivos planos de benefícios¹²⁴.

Do devido processo legislativo da Emenda nº 20/1998, infere-se que o RPC não constava na proposta inicial da PEC 33/1995, tendo sido incluída sua previsão durante a tramitação da proposta no Senado Federal¹²⁵, com base na PEC 14/1996, sob a justificativa de criar mecanismo opcional aos servidores para “deixar aberta uma linha moderna e segura para atender ao justo e universal direito à aposentadoria por parte do servidor público”, baseada na capitalização de contribuições, restrita na época apenas aos trabalhadores do setor privado.

Da redação original do §14 do art. 40 da Constituição¹²⁶, à época da instituição do RPC, extrai-se que a instituição do referido regime foi condição da autorização aos entes federados –

¹²² No caso dos servidores titulares de cargo efetivo da União. Estão instituídas atualmente a Funpresp-Exe (Poder Executivo e Legislativo) e a Funpresp-Jud (Poder Judiciário e MPU).

¹²³ A possibilidade de efetivação por meio de entidades abertas foi introduzida no sistema pela Emenda nº 103/2019.

¹²⁴ Eis o que dispõe, *in verbis*, o art. 4º, e §1º, do diploma normativo, com destaques: “É a União autorizada a criar, observado o disposto no art. 26 e no art. 31, as seguintes entidades fechadas de previdência complementar, com a finalidade de administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário nos termos das Leis Complementares nºs 108 e 109, de 29 de maio de 2001: (...) § 1º A Funpresp-Exe, a Funpresp-Leg e a Funpresp-Jud serão estruturadas na forma de fundação, de natureza pública, com personalidade jurídica de direito privado, gozarão de autonomia administrativa, financeira e gerencial e terão sede e foro no Distrito Federal”.

¹²⁵ Parecer nº 390, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, apresentado pelo Senador Beni Veras. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Senado/EC020_sen_25071997_prc390.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2020.

¹²⁶ Na redação após a Emenda nº 103/2019, permitiu-se a contratação de entidade aberta de previdência complementar para administração dos fundos.

União, Estados, Distrito Federal e Municípios – para limitar os proventos de aposentadorias e pensões dos RPPS aos limites do regime geral de previdência social (RGPS).

A inclusão imediata de servidores no RPC foi limitada aos que ingressassem no serviço público após o início da vigência do novo regime, entendida essa como a data de aprovação do respectivo plano de benefícios pelo órgão competente no contexto regulatório¹²⁷, ou, em outros termos, a partir da habilitação operacional do plano.

Em síntese, a limitação dos benefícios do RPPS aos parâmetros do RGPS foi condicionada ao início das operações do RPC.

O §15 do art. 40 da Constituição estabeleceu hipótese de reserva legal para delineamento da arquitetura do RPC, ou seja, na origem institucional e não na iniciativa privada do novo regime previdenciário.

Além disso, estipulou o perfil de índole instrumental do plano de benefícios do RPC ao prever com exclusividade a modalidade contribuição definida¹²⁸.

O §16 do art. 40 da Constituição, por sua vez, condicionou à prévia e expressa opção a incidência das regras dos §§ 14 e 15 aos servidores investidos antes do início das operações do RPC.

Aproximadamente catorze anos depois, a Lei nº 12.618/2012, instituiu o RPC dos servidores da União, sob o argumento de que a implantação do regime de previdência complementar¹²⁹:

- 1) “reduzirá a pressão sobre os recursos públicos crescentemente alocados à previdência, permitindo recompor a capacidade de gasto público em áreas essenciais à retomada do crescimento econômico e em programas sociais”;
- 2) estabelecerá “tratamento isonômico entre trabalhadores do setor público e da iniciativa privada” e;
- 3) “permitirá uma desoneração de obrigações da União de modo gradual, visto que os valores dos benefícios superiores ao teto do RGPS deverão advir do sistema complementar, e não mais do Tesouro.”

Outros pontos a serem considerados na perspectiva estatal são o potencial arrefecimento da resistência e da influência de grupos de pressão, as contrarreformas e as medidas a favor da inclusão de mecanismos privilegiados, respectivamente, assim como a redefinição de empenho

¹²⁷ 14/10/2013 no caso da Funpresp-Jud.

¹²⁸ Nesse tipo de plano, decide-se o tamanho da contribuição a ser efetuada ao plano, e o benefício do participante é definido no momento da aposentadoria, com base no montante de recursos que o participante tenha contribuído durante o período que trabalhou. Disponível em <<http://www.previc.gov.br/a-previdencia-complementar-fechada/sobre-o-setor>>. Acesso em: 31 jan. 2020.

¹²⁹ EMI nº 00097/2007/MP/MPS/MF e Parecer Da Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados, de 15/07/1997. Deputado Sílvio Costa. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=892694&filename=Tramitacao-PL+1992/2007>. Acesso em: 30 jan. 2020.

de burocracia estatal na administração do RPPS com a criação das entidades fechadas¹³⁰ ou a novel possibilidade de contratação de entidades abertas de previdência complementar para efetivação dos planos de benefício.

Foi vedado o aporte de recursos pelos patrocinadores, salvo nessa qualidade, e limitada a contribuição patronal à do participante, seguindo expressa disposição constitucional (art. 202, §3º)¹³¹.

Importa destacar, ainda, que a Lei nº 12.618/2012 foi expressa em condicionar a opção à renúncia a qualquer contrapartida da União, autarquias e fundações, quanto ao valor dos descontos já efetuados sobre a base de contribuição acima dos parâmetros do RGPS, incluídas aí regras ou mecanismos mais favoráveis, para equacionar o tratamento dos direitos em formação¹³², expressamente reconhecidos no âmbito da Exposição de Motivos e tramitação da Emenda nº 20/1998¹³³.

A disposição legislativa conferiu aos eventuais servidores optantes pela migração de regimes o direito a um benefício especial calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Instituiu as entidades fechadas de previdência complementar como fundações de direito privado, com natureza pública¹³⁴.

Estabeleceu a contribuição paritária da União em favor do servidor optante pelo RPC e pelo plano de benefícios, na condição de participante patrocinado¹³⁵.

¹³⁰ A União, suas autarquias e fundações serão responsáveis pelo pagamento das contribuições patronais e pela transferência das contribuições descontadas de participantes e assistidos.

¹³¹ É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

¹³² Entendemos que se trata de expectativa normativa a ser ponderada na aplicação da cláusula do equilíbrio econômico-financeiro na perspectiva do segurado.

¹³³ Parecer nº 390, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, apresentado pelo Senador Beni Veras. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Senado/EC020_sen_25071997_prc_390.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2020; BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos encaminhada ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 306, de 1995, do Poder Executivo. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Camara/EC020_cam_28051998_em.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020.

¹³⁴ Obrigatoriedade de (1) observância à legislação federal sobre licitação e contratos administrativos; (2) realização de concurso público para contratação de pessoal; e (3) publicação anual, em órgão oficial, dos demonstrativos contábeis, financeiros, atuariais e de benefícios (art. 8º), conforme EMI nº 00097/2007/MP/MPS/MF e Parecer Da Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados, de 15/07/1997. Deputado Sílvio Costa. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=892694&filename=Tramitacao-PL+1992/2007>. Acesso em: 30 jan. 2020.

¹³⁵ Art. 16. As contribuições do patrocinador e do participante incidirão sobre a parcela da base de contribuição que exceder o limite máximo a que se refere o art. 3º desta Lei, observado o disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. § 1º Para efeitos desta Lei, considera-se base de contribuição aquela definida pelo § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, podendo o participante optar pela inclusão de parcelas remuneratórias percebidas em decorrência do local de trabalho e do exercício de cargo em comissão ou função de

Cuidou-se, além disso, de assegurar aos servidores o direito de requerer, a qualquer tempo, o cancelamento de sua inscrição no plano de benefícios do RPC, nos termos do regulamento do plano, acentuando seu caráter facultativo.

Previu regras de governança com representação ativa dos interessados¹³⁶, submetendo o controle e a fiscalização da gestão aos participantes, ao Estado-patrocinador e ao regulador do sistema.

Estabeleceu-se, sobretudo, quanto aos direitos acumulados pelas contribuições vertidas, que:

Art. 18. As entidades fechadas de previdência complementar referidas no art. 4º desta Lei manterão controles das reservas constituídas em nome do participante, registrando contabilmente as contribuições deste e as dos patrocinadores.

Assim, assegurou-se aos servidores opções sucessivas e dependentes.

A primeira opção, de caráter estritamente facultativo, é retratada nos termos da Figura 1, e está a correlacionar os seguintes aspectos: a) limitação de encargos de custeio e valor de benefícios do RPPS ao teto do RGPS¹³⁷; b) concessão de um benefício especial, calculado com base na diferença entre a remuneração média e o limite máximo que passaria a incidir sobre o valor dos proventos de aposentadoria ou da pensão, e determinado pela multiplicação dessa diferença pela razão entre o número de contribuições recolhidas pelo servidor para o regime previdenciário próprio federal e o número de contribuições correspondente a 30 ou 35 anos, conforme se trate, respectivamente, de mulher ou homem; c) renúncia à contrapartida referente ao valor dos descontos já efetuados sobre a base de contribuição acima dos parâmetros do RGPS, afastando-se a aplicação de favoráveis regras anteriores (paridade e integralidade); d) direito de acesso qualificado ao plano de benefícios do RPC (na condição de participante patrocinado com direito à contribuição paritária), em plano de benefícios sob a modalidade de contribuição definida, ou autonomia previdenciária decorrente da redução dos encargos de

confiança. § 2º A alíquota da contribuição do participante será por ele definida anualmente, observado o disposto no regulamento do plano de benefícios. § 3º A alíquota da contribuição do patrocinador será igual à do participante, observado o disposto no regulamento do plano de benefícios, e não poderá exceder o percentual de 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento). § 4º Além da contribuição normal, o participante poderá contribuir facultativamente, sem contrapartida do patrocinador, na forma do regulamento do plano. § 5º A remuneração do servidor, quando devida durante afastamentos considerados por lei como de efetivo exercício, será integralmente coberta pelo ente público, continuando a incidir a contribuição para o regime instituído por esta Lei.

¹³⁶ Segundo as regras atuais, os Conselhos Deliberativo e Fiscal das Funpresp's preveem a representação paritária de patrocinadores e participantes. A presidência dos conselhos deliberativos será exercida pelos membros indicados pelos patrocinadores, na forma prevista no estatuto das entidades fechadas de previdência complementar, e, da mesma forma, a presidência dos conselhos fiscais será exercida pelos membros indicados pelos participantes e assistidos.

¹³⁷ Não custa recordar que o servidor público em exercício anteriormente à vigência do regime próprio de previdência complementar, e não optante, verte contribuições previdenciárias calculadas sobre a totalidade da remuneração auferida.

custeio¹³⁸; e) Paridade no dever de custeio e na representação do modelo de governança, com sujeição à fiscalização adicional dos respectivos órgãos dos Poderes da União e do regulador do sistema; e f) caráter irrevogável e irretratável da opção.

A segunda, diretamente dependente da primeira, é obrigatória e se refere à escolha do servidor optante pelo ingresso qualificado no plano de benefícios do RPC ou pelo exercício de autonomia para gestão dos recursos disponibilizados, diante da redução dos encargos previdenciários individuais de custeio¹³⁹.

Segue na Figura 1 o resumo da migração RPPS – RPC.

Figura – 1

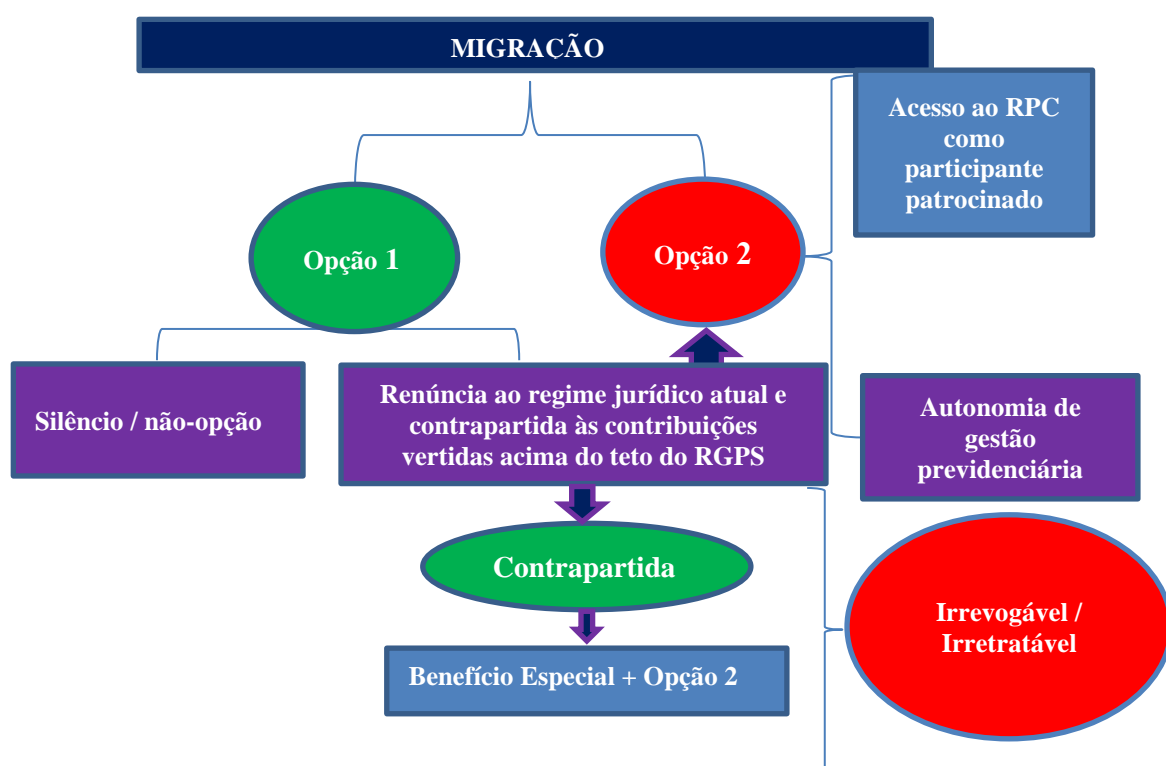


Figura 1 -Elaboração própria

O servidor, por sua vez, optando pelo ingresso no RPC como participante patrocinado, passa a se responsabilizar paritariamente com o Estado-empregador pela gestão e contribuição para a formação das reservas matemáticas, que sustentarão os benefícios do regime complementar.

¹³⁸ A adesão, assim como a permanência, ao plano de benefícios oferecidos é voluntária.

¹³⁹ O optante deixa de contribuir com o percentual de 11% sobre a totalidade de sua remuneração, limitando-se os encargos de custeio a 11% sobre o valor teto dos benefícios do RGPS, franqueando a oportunidade de disponibilidade caixa para aplicação e gestão autônoma dos recursos para formação de sua própria reserva para a fase de inativação.

E optando pela autonomia previdenciária, assume a responsabilidade por sua proteção social, na parte que exceder o limite dos benefícios do RGPS e do benefício especial.

1.4. AED aplicada à transição (RPPS para o RPC): entendendo a lógica

Quanto ao funcionamento dos modelos e às respectivas repercussões jurídicas da materialidade econômica, o RPPS afigura-se espécie de seguro compulsório público, de caráter institucional e solidário, no qual a referibilidade¹⁴⁰ é pressuposto de validade das contribuições vertidas pelos servidores para o seu custeio, ainda que de maneira mitigada, pois não há retributividade linear¹⁴¹.

As contribuições vertidas pelos servidores ao RPPS permitem a projeção das prestações previdenciárias devidas em caso de sinistro, mediante aplicação de fórmulas estabelecidas *ex ante*, havendo expectativa de direito à futura prestação previdenciária em importe compatível com o amálgama formado pelo importe das contribuições previdenciárias vertidas e o regime jurídico aplicável na definição das fórmulas de cálculo dos benefícios (por exemplo, a paridade, a integralidade e a média), o que se dá, até a formação do direito adquirido, de forma embaraçada pela mitigação imposta pelo princípio da solidariedade ao pressuposto da referibilidade do sistema.

O RPC, por sua vez, estrutura-se em torno do caráter facultativo e da capitalização das contribuições vertidas junto ao mercado financeiro para formação das reservas matemáticas que irão suportar os benefícios devidos por ocasião da verificação dos riscos sociais. Não há cobertura de insuficiências financeiras pelo orçamento público e apenas as contribuições vertidas são definidas *ex ante*.

No RPC, por sua vez, incide a figura do direito acumulado, ou seja, “reservas constituídas pelo participante ou reserva matemática¹⁴²”, em que se dá o processo de aquisição

¹⁴⁰ Como explicita Leandro Paulsen e Andrei Pitten Velloso (2013, p. 53), o termo tem duas acepções principais: a) pertinência entre a finalidade da contribuição e as atividades ou interesses dos obrigados tributários e b) na qual a relação exigida entre contribuição e grupos tributados “diz respeito a vantagens econômicas que certos grupos de contribuintes auferem em razão de atividades estatais determinadas; ou a responsabilidades especiais frente a despesas estatais específicas (referibilidade como benefício ou responsabilidade)”. Segundo os autores, o ordenamento pátrio optou pela acepção de referibilidade como pertinência entre a finalidade da contribuição e as atividades ou interesses dos obrigados tributários, ressaltando-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2ª Turma, REsp 995.564, rel. Min. Eliana Calmon, 27/5/2008) quanto às contribuições previdenciárias dos segurados, as quais seriam enquadradas como “contribuições sociais típicas”, razão pela qual “somente poderiam ser cobradas dos membros do grupo que é beneficiado pela atuação estatal ou lhe dá causa” (Simone Lemos Fernandes citada por Leandro Paulsen e Andrei Pitten Velloso. Cf. *Contribuições: teoria geral, contribuições em espécie*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 57).

¹⁴¹ Conforme mencionam Leandro Paulsen e Andrei Pitten Velloso (2013, p. 105), o Supremo Tribunal Federal ressaltou o caráter solidário do custeio da previdência social em detrimento de uma ótica estritamente retributiva, rejeitando a tese de que o aumento da contribuição previdenciária teria de ser respaldado diretamente por igual acréscimo de benefício (retributividade linear). Nesse sentido, STF, AI 724.582 AgR, 2ª Turma, rel. Min. Joaquim Barbosa, 22/03/2011.

¹⁴² STJ, REsp 1435837, 2ª Turma, rel. Min. Villas Boas Cuevas, 27/02/2019.

sucessiva¹⁴³ à luz do seguido acréscimo das contribuições vertidas e do produto de sua aplicação, de propriedade do servidor cotista. Aqui sob uma ótica estritamente retributivista.

Sob esse enfoque, em ambos os regimes, a cláusula do equilíbrio financeiro e atuarial opera também em favor do servidor contribuinte, mediante imposição do valor jurídico das expectativas de direito em processo de aquisição¹⁴⁴, cada qual a seu modo, eis que, de qualquer forma, a noção de planejamento prévio ou suficientemente antecipado é ínsita à ideia de previdência¹⁴⁵.

O contraponto, no entanto, havido entre os sistemas tradicionais (RGPS, RPPS e Sistema de Proteção Social dos Militares), de um lado, e o RPC, de outro, é constituído pelo modo de ser dos mecanismos da solidariedade, da alocação de responsabilidades e riscos e da relação estabelecida entre plano de benefícios *versus* plano de custeio.

Nos sistemas tradicionais, incluído o Sistema de Proteção Social dos Militares, estrutura-se a cobertura dos riscos sociais eleitos por meio de benefícios e contribuições definidos *a priori*, sem *gatilhos* previstos para adequação atuarial dinâmica, sendo a fonte de recursos a arrecadação tributária anual, já incluídas as contribuições previdenciárias. E seu caráter solidário é integral, ou seja, alcança a totalidade do valor dos benefícios pagos e se manifesta na repartição simples do custeio dos benefícios permanentes¹⁴⁶ (ordinários e extraordinários) e temporários¹⁴⁷ no âmbito dos recursos arrecadados anualmente do universo de segurados, empregadores, entes federados (em relação aos seus servidores) e demais fontes de financiamento da seguridade social e do orçamento público.

Além disso, o déficit ou as insuficiências financeiras são de responsabilidade da União ou ente federado mantenedor e são resolvidos externalizando-se para a sociedade (cobertura pelo orçamento da União e dos entes federados, conforme o caso) e para as gerações futuras, dado que o preenchimento dos requisitos para obtenção de benefícios previdenciários configura direito adquirido e, logo, passa a se qualificar como despesas obrigatórias no orçamento público. Não há propriamente formação de reservas, eis que receitas e despesas são geradas e

¹⁴³ Cf. Fernando Nunes Simões e Manoel Moacir Costa Macêdo (*O Direito Acumulado dos Participantes dos Fundos de Pensão*. Goiânia: Scala Gráfica e Editora, 2006. p. 64, 76-77, 80-81) citado no STJ, REsp 1435837, 2ª Turma, rel. Min. Villas Boas Cuevas, 27/02/2019.

¹⁴⁴ Aspecto reconhecido na Exposição de Motivos encaminhada ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 306, de 1995, do Poder Executivo. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Camara/EC020_cam_28051998_em.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020.

¹⁴⁵ AMARAL, Carolline Scofield; VIEIRA, Fernando Cezar Carrusca. Benefício especial – Lei nº 12.618/2012: alterações sobre sua natureza jurídica, forma de cálculo, fato gerador, momento da aquisição/concessão, fruição e regime tributário. JURIS PLENUM PREVIDENCIÁRIA – Ano VI – número 24 – novembro de 2018. p. 125-144.

¹⁴⁶ Aposentadorias, encargos da inatividade do militar e pensões.

¹⁴⁷ Auxílio-doença e reclusão, por exemplo. Importa lembrar que, no caso do RPPS, a incapacidade temporária é objetivo de licença saúde, matéria funcional sujeita à disciplina específica de natureza estatutária.

executadas anualmente, sob dependência da flutuação da arrecadação tributária do exercício. Retrata um planejamento financeiro estritamente sob demanda.

O RPC dos servidores públicos efetivos, por sua vez, foi estruturado na Constituição de 1988 para cobertura dos riscos sociais, com *finalidade* na proteção do segurado e sua família, em caso de perda dos meios de subsistência por circunstâncias alheias ao controle do segurado (idade avançada, morte e incapacidade laborativa permanente), por meio de uma renda substitutiva adicional àquela limitada na cobertura prevista para o RPPS, por meio de contribuições paritárias definidas *a priori* e oriundas, exclusivamente, do ente público e dos servidores participantes, de acordo com os objetivos e critérios de sustentabilidade do sistema dinamicamente estruturados no plano de benefícios executados pela respectiva EFPC – Entidade Fechada de Previdência Complementar ou Funpresp – Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal.

Nesse caso, ao orçamento público compete verter ao sistema as contribuições paritárias para efeito de custeio das despesas administrativas e do plano de benefícios, não havendo cobertura de insuficiências ou déficit pelos entes federados, conforme expressa disposição constitucional (art. 202, §3º):

É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado.

Além disso, ao invés de ‘drenar’ recursos de um orçamento geral, são constituídas reservas matemáticas resultantes da aplicação e da capitalização das contribuições, que são formadas em conta própria e individual para cada segurado, sendo constituídas – com as mesmas fontes – contas distintas para custeio das despesas administrativas de administração do fundo e para pagamento de benefícios extraordinários e não-programados.

O caráter solidário do RPC manifesta-se no custeio das despesas administrativas, na cobertura de benefícios não programados ou extraordinários, nesse último caso, quando as reservas matemáticas individuais forem insuficientes para pagamento de valor mínimo fixado para os benefícios, e, sobretudo, no ganho de escala para realização de aplicações no mercado e na execução dos planos de benefícios.

Não há prévio comprometimento com pagamento de benefícios definidos em fórmulas pré-fixadas, eis que esses ficam a depender da força das reservas matemáticas acumuladas e dos cálculos atuariais incidentes, de forma que os custos e os riscos do sistema são internalizados e não externalizados para o orçamento público.

No RPC, predomina, assim, novo desenho para a relação caráter contributivo *versus* solidariedade, no qual a gestão compartilhada do custeio e dos benefícios extraordinários proporciona maior eficiência na aplicação dos recursos decorrentes das contribuições vertidas ao sistema, sem distorcer, por sua vez, a relação entre encargos de custeio e benefício.

Nessa perspectiva, sustenta-se a hipótese de que se instituiu um ponto de inflexão no RPPS, cuja repercussão ultrapassa os elementos custeio e benefício da relação previdenciária, modificando-se os incentivos do sistema, assim como as condições de possibilidade para o alcance de sua *finalidade* constitucional, e de melhores resultados em termos de eficiência e previsibilidade.

Trata-se de moldura e design novos para o relacionamento e identificação das posições jurídicas ocupadas pelo Estado e pelos respectivos servidores em matéria funcional e previdenciária.

O Estado passa a atuar com maior foco em sua condição de ‘empregador’, obrigado a verter contribuições relativas aos vínculos efetivos mantidos com seus servidores, afastando-se, no entanto, seu papel desempenhado nos sistemas tradicionais como espécie de segurador universal do sistema¹⁴⁸ para expectativas de benefícios alheias a prévio plano sustentável de custeio.

Na linha do que propõe a alegoria da tragédia dos baldios, a leitura que se pode fazer do desenho institucional do regime de previdência complementar do servidor titular de cargo efetivo da União é no sentido de que foram definidas titularidades ou *property rights*¹⁴⁹ no contexto de um acervo de direitos ou *bundles of rights*¹⁵⁰, transmitindo prerrogativas e deveres correlatos com maior grau de responsabilidades aos indivíduos pelo seu futuro previdenciário, realçando incentivos em prol de maior controle e coordenação dos afetados na gestão dos recursos aportados – na linha da própria essência do modelo e da previsão de regras de governança com representação ativa dos interessados –, e da utilização racional e moderada dos mesmos diante da maior individualização dos riscos e dos custos a serem internalizados.

Trata-se, assim, de um arranjo que pode ser lido no sentido de que

harmoniza interesses e viabiliza condutas coordenadas – modulando os valores agregados de atividades em direção a um equilíbrio ótimo, um nível ao qual se conciliem o desejo de maximização (o objetivo econômico primário na exploração dos recursos) e as possibilidades de sustentação.¹⁵¹

E mais, pois, de forma inovadora, o arranjo institucional em cena transfere temática tradicionalmente tratada no âmbito de regimes jurídicos estatutários, sujeitas em grande escala

¹⁴⁸ Quanto à renda adicional que ultrapassa o teto dos benefícios do RGPS.

¹⁴⁹ ARAÚJO, 2008, p. 22.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 24.

¹⁵¹ ARAÚJO, 2008, p. 101.

ao alvedrio do legislador, para esfera contratualizada (migração dos servidores antigos) e regulada¹⁵², favorecendo o reconhecimento de maior segurança jurídica e previsibilidade ao sistema, a par da qualidade das decisões técnicas indispensáveis à sua administração, execução e fiscalização.

A União, antes ilimitadamente responsável pelo pagamento de proventos de aposentadorias e pensões (atuais e futuras) sem lastro em equilíbrio atuarial, a par de pressionada pelo crescimento das despesas e pela redução das receitas, era incentivada a seguidamente propor alterações no regime jurídico previdenciário, inclusive sobre regras de transição, elevando graus de incerteza e de assimetria de informações entre as partes vinculadas à relação estatutária e contribuintes; acentuando-se a polarização dos discursos, o comportamento oportunista e não-cooperativo; descoordenando-se os incentivos e desincentivos de ambos os lados da relação jurídica; obscurecendo os objetivos comuns, de modo que o avanço do processo legislativo de qualquer proposta de reforma, como percebido habitualmente, dá-se de maneira excessivamente lenta e insuficiente, ou é obstado.

Com a previsão de custeio paritário, a formação de reservas individuais e a submissão ao controle regulatório dos planos, as ações dos grupos de pressão são mitigadas, favorecendo-se, outrossim, a redução do arbítrio estatal.

No contexto regulatório, atribui-se maior responsabilidade aos afetados pela constituição de suas reservas, permitindo-se acompanhamento imediato, periódico, e prospectivo destas, assim como dos riscos associados, reduzindo-se as assimetrias de informação, e os custos de participação e intervenção na administração e efetivação dos planos de benefícios.

Isso de modo que a autolimitação do Estado na gestão previdenciária dê maior espaço para condutas cooperativas de ambos os polos da relação no tocante ao custeio e alocação dos recursos destinados à viabilidade do regime, resultando, ademais, em externalidades positivas no que tange, não apenas à delimitação dos gastos e compromissos previdenciários da União, assim como à racionalização da avaliação do custo de oportunidade do gasto público, proporcionando a alocação de recursos financeiros e humanos para outras atividades públicas ainda mais sensíveis, como saúde, educação, inovação e segurança, reduzindo ainda a polarização dos discursos no âmbito do processo legislativo, de forma hábil a viabilizar o debate de outros projetos.

¹⁵² Os planos de benefícios da Funpresp-Exe, da Funpresp-Leg e da Funpresp-Jud serão estruturados na modalidade de contribuição definida, nos termos da regulamentação estabelecida pelo órgão regulador das entidades fechadas de previdência complementar, e financiados de acordo com os planos de custeio definidos nos termos do art. 18 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, observadas as demais disposições da Lei Complementar nº 108, de 29 de maio de 2001 (art. 12 da Lei nº 12.618/2012).

Respondendo pelos custos, e com maior previsibilidade, mitigando-se o arbítrio estatal, os jogadores tendem a adotar como estratégia dominante a cooperação para efeito de se evitar o desperdício e fortalecer a formação das reservas matemáticas individualizadas.

Há mudança de paradigma do mecanismo da solidariedade, que no RPPS faz do orçamento público o responsável único pelas insuficiências do sistema e pelo custeio de mais de 50% das despesas.

No RPC, o mecanismo da solidariedade passa a se desenvolver paritariamente no custeio e governança do sistema e de forma mitigada no custeio de benefícios extraordinários, estando, no entanto, os planos de benefícios sob contexto atuarial e regulatório.

O alcance da *finalidade* do sistema passa a depender dos atores envolvidos e não é externalizado para a sociedade.

Além disso, se o RPPS dependia em larga medida do influxo de recursos do orçamento público para sanar suas insuficiências, explorando bens comuns, o RPC, ao formar reservas matemáticas mediante o sistema de capitalização, pode financiar o desenvolvimento econômico e não se servir dele.

2. NATUREZA CONTRATUAL DO RPC

No capítulo precedente, desenvolveu-se o argumento de que o fracasso regulatório causou e alimentou a crise econômica do modelo previdenciário tradicional (RGPS, RPPS e Sistema de Proteção Social dos Militares), demonstrando-se como a *finalidade* da previdência social é traída pelo funcionamento do mecanismo jurídico imanente ao seu caráter solidário, e como a transição do RPPS para o RPC aponta para a solução da crise econômica e das injustiças identificadas, sob a ótica da AED.

Em prosseguimento, a questão passa a ser o estudo do arranjo que veiculou a transição de regimes, mediante descrição e identificação de sua natureza jurídica e de sua adequação para os fins a que se propõe, como forma de verificar se é mais do mesmo, e, logo, semelhante aos regimes previdenciários tradicionais de caráter institucional, disciplinados por lei e sujeitos em grande escala ao alvedrio do legislador, ou se, em perspectiva distinta, a oferta de uma parcial exclusão irrevogável e irretratável (*opt-out*) do RPPS para os servidores efetivos – titulares de direitos e expectativas legítimas em diferentes estágios de aquisição e sob a incidência de diversos mecanismos jurídicos favorecidos (paridade, integralidade e média) – em troca de um regime distinto de cobertura previdenciária revelou-se, como sustenta a hipótese deste trabalho, caminho para a barganha e o consenso a se traduzir em vínculo de índole contratual.

A distinção (regime institucional ou contrato) em exame importa e se justifica, na medida em que os regimes previdenciários, em sua história institucional, são marcados por incertezas, reformas periódicas, crescentes pressões orçamentárias e riscos de insustentabilidade, o que torna incerto o cenário projetado para a concepção da maneira com a qual o marco legal do RPC será entendido e manejado ao longo do tempo pelos atores envolvidos, sobretudo na hipótese da provável constância das pressões para redução dos gastos públicos e para ajuste fiscal.

Está em jogo definir os contornos do que é esse arranjo de migração que o aplicador do direito (legislador, administrador, regulador, controlador e julgador) tem em mãos para interpretar a transição do RPPS para o RPC, sob o risco de que seja dado ensejo ao traslado irrefletido de padrões de atuação institucional ou de modelos de decisão percebidos no RPPS tradicional para o âmbito do RPC, ou, no limite, restabelecimento de novo campo de atuação para o arbítrio estatal, marcado pelo nota da imprevisibilidade das ações estatais e dos chamados casuísmos na interpretação, aplicação e feitura da lei¹⁵³, o que, per se, poderia conduzir à quebra da racionalidade subjacente ao novo modelo.

¹⁵³ LOPES, 2006, p. 114.

2.1. A descrição do modelo: promessa, renúncia e barganha

Quanto à descrição do modelo, a transição – ou migração – de regimes foi apresentada ao servidor público titular de cargo efetivo da União sob a forma de um “Termo de Opção ao Regime de Previdência Complementar”¹⁵⁴, com fundamento nos §§14 a 16 do art. 40 da Constituição de 1988¹⁵⁵, combinado com os §1º e 8º, e o inciso II do art. 3º da Lei nº 12.618/2012¹⁵⁶.

O termo expressa o caráter irrevogável e irretratável da opção, a identificação de um prazo limite, a estipulação do regime contributivo aplicável e da garantia de direito ao denominado benefício especial, além de indicar seu fundamento normativo.

¹⁵⁴ O termo está redigido da seguinte forma: “Declaro, para todos os fins, que a presente opção se faz nos termos e condições estabelecidas no §16 do art. 40 da Constituição Federal, incluído pela EC n. 20/1998, e no parágrafo único do art. 1º da Lei 12.618/2012. Declaro estar ciente que a presente opção: – É **IRREVOGÁVEL E IRRETRATÁVEL**, conforme **parágrafo único do art. 92 da Lei n. 13.328/2016**; e – limitará minha contribuição previdenciária ao regime próprio de previdência social a 11% (onze por cento) até o limite estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS, conforme alínea “a”, do inciso II, do art. 4º da Lei n. 10.887/2004 e sujeitará ao mesmo limite os valores dos benefícios de aposentadoria e pensão a serem concedidos pelo regime próprio – RPPS; me garante o direito ao benefício especial de que trata o art. 3º, §1º, da Lei 12.618/2012, a ser pago pelo órgão competente da União por ocasião da concessão de aposentadoria, inclusive por invalidez, ou pensão por morte pelo Regime Próprio de Previdência Social, de que trata o art. 40 da Constituição Federal” (BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Resolução n. 490, de 28 de jun. de 2018. Brasília/DF, grifo no original. Disponível em <<https://www2.cjf.jus.br/jspui/bitstream/handle/1234/50040/Res%20490-2018%20publ.pdf?sequence=6>>. Acesso em: 10 de dez. 2018).

¹⁵⁵ Redação anterior à Emenda Constitucional 103/2019.

¹⁵⁶ “Art. 40 (...) § 14 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituíam regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. § 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. § 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar” (grifo nosso).

Por sua vez, a Lei nº 12.618/2012 dispôs: “Art. 3º Aplica-se o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social às aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observado o disposto na Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004, aos servidores e membros referidos no caput do art. 1º desta Lei que tiverem ingressado no serviço público: (...) II - até a data anterior ao início da vigência do regime de previdência complementar de que trata o art. 1º desta Lei, e nele tenham permanecido sem perda do vínculo efetivo, e que exerçam a opção prevista no § 16 do art. 40 da Constituição Federal. § 1º É assegurado aos servidores e membros referidos no inciso II do caput deste artigo o direito a um benefício especial calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observada a sistemática estabelecida nos §§ 2º a 3º deste artigo e o direito à compensação financeira de que trata o § 9º do art. 201 da Constituição Federal, nos termos da lei. (...) § 8º O exercício da opção a que se refere o inciso II do caput é irrevogável e irretratável, não sendo devida pela União e suas autarquias e fundações públicas qualquer contrapartida referente ao valor dos descontos já efetuados sobre a base de contribuição acima do limite previsto no caput deste artigo” (grifo nosso).

Não há identificação de espécie contratual e não consta de seu teor indicação expressa de outros direitos e deveres correlatos, mas é nesse ponto que o saber teórico entra em cena com a função de buscar a organização para a compreensão do real e de dar conta do novo¹⁵⁷.

No que tange aos aspectos organizacionais, da opção franqueada para transição de regimes previdenciários decorre o deslocamento de direitos (adquiridos e em processo de aquisição) em troca de uma promessa de concessão de direitos e de acesso à cobertura complementar limitada aos parâmetros do RGPS, com repercussões jurídicas, econômicas e previdenciárias específicas, que confere contornos a uma barganha de índole securitária (previdenciária) e estatutária (reflexos no regime jurídico do servidor público), mediada pelo consenso ou encontro de vontades.

A oferta (opção pela transição) é um *opt-in* (RECOMPENSA) do servidor para migração a uma situação individual consistente no direito a um benefício especial e a uma opção de acesso, ou não, ao RPC, na condição de participante patrocinado por meio de uma contribuição paritária ou equivalente à vertida pelo servidor ao RPC¹⁵⁸; ao mesmo tempo em que traduz um *opt-out* (RENÚNCIA), voluntário, mas sem direito a arrependimento, da proteção previdenciária então esperada como contrapartida às contribuições anteriormente vertidas acima do teto do RGPS e às coberturas definidas sob as regras favorecidas do regime jurídico anterior (por exemplo, paridade, integralidade e média).

Quadro – 1 (*Opt-in / Opt-out*)

RENÚNCIA – ACEITAÇÃO (SERVIDOR)	RECOMPENSA – PROMESSA (UNIÃO)
<ul style="list-style-type: none"> • Contrapartida às contribuições anteriormente vertidas acima do teto do RGPS e às coberturas definidas sob as regras favorecidas do regime jurídico anterior (por exemplo, paridade, integralidade e média). 	<ul style="list-style-type: none"> • Benefício especial; • Opção de acesso, ou não, ao RPC na condição de participante patrocinado.

Quadro 1-Elaboração própria

Sob a perspectiva do servidor, em contrapartida às perdas com a redução do valor dos benefícios para os parâmetros e limites do RGPS, à assunção do dever paritário de contribuição para o custeio da burocracia da EFPC, assim como à alocação de risco de insuficiências financeiras, ante a ausência de dever de cobertura de eventual déficit do RPC pelo orçamento público, são prometidas as recompensas do benefício especial, da opção pela contribuição paritária no RPC, com possibilidade de participação (governança paritária) na EFPC, ou autonomia de gestão previdenciária.

¹⁵⁷ LOPES, 2006, p. 34.

¹⁵⁸ Até o importe de 8,5% da remuneração de contribuição.

Para a União, por outro lado, aos custos com o pagamento de um benefício especial – o custo de transição¹⁵⁹ – e à autolimitação do poder normativo e regulamentar, colocam-se as compensações resultantes da redução de encargos com pagamento de benefícios e contribuições para os parâmetros e limites do RGPS, a redução do déficit projetado para o RPPS e a possibilidade de partilha paritária do custeio da burocracia da EFPC. Outros pontos a serem considerados na perspectiva estatal são o potencial arrefecimento da resistência e da influência de grupos de pressão tendentes, respectivamente, às contrarreformas e medidas a favor da inclusão de mecanismos privilegiados, assim como a redefinição de empenho de burocracia estatal na administração do RPPS com a criação das entidades fechadas¹⁶⁰ ou a novel possibilidade de contratação de entidades abertas de previdência complementar para efetivação dos planos de benefício.

Quadro – 2 (Matriz de perdas e ganhos)

(SERVIDOR)	(UNIÃO)
<p>PERDAS</p> <ul style="list-style-type: none"> • Redução do valor dos benefícios para os parâmetros e limites do RGPS; • Ausência de dever de cobertura de eventual déficit do RPC pelo orçamento público; • Dever paritário de contribuição para o custeio da burocracia da EFPC. 	<p>GANHOS</p> <ul style="list-style-type: none"> • Redução de encargos com pagamento de benefícios e contribuições para os parâmetros e limites do RGPS; • Redução do déficit projetado para o RPPS; • Partilha paritária do custeio da burocracia da EFPC; • Arrefecimento da ação de grupos de pressão e da resistência às reformas no RPPS.
<p>GANHOS</p> <ul style="list-style-type: none"> • Benefício especial; • Opção pela contribuição paritária no RPC ou pela autonomia de gestão previdenciária; • Possibilidade de participação (governança paritária) na EFPC. 	<p>PERDAS</p> <ul style="list-style-type: none"> • Custo do benefício especial; • Custo de transição; • Autolimitação do poder normativo e regulamentar.

Quadro 2 -Elaboração própria

Assim, ao optar pela migração do RPPS para o RPC, o servidor aceita a imediata redução para os limites do RGPS da cobertura (benefício) dos riscos sociais atuais (invalidez e morte) e futuros (morte e idade avançada), até então projetada de acordo com os prêmios (contribuições vertidas) pagos no período aquisitivo pretérito e respectivo regime jurídico (paridade, integralidade e média), para receber em troca o direito a uma compensação financeira

¹⁵⁹ A opção pela migração acarreta imediatos custos decorrentes da redução do importe nas contribuições vertidas pelos optantes, as quais anteriormente ocorriam sobre base de cálculo superior ao teto do RGPS.

¹⁶⁰ A União, suas autarquias e fundações serão responsáveis pelo pagamento das contribuições patronais e pela transferência das contribuições descontadas de participantes e assistidos.

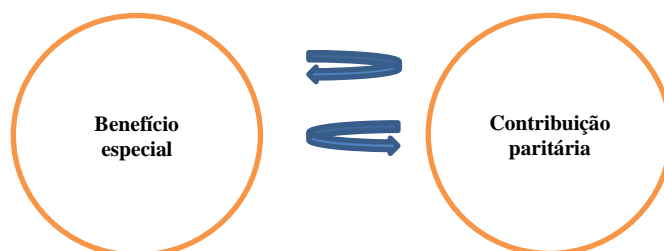
(benefício especial) e o direito de opção pela aquisição de cotas de participação patrocinadas (contribuição paritária da União) nos planos de benefícios administrados pela EFPC (Funpresp).

Sob a ótica do servidor, percebe-se a realização de dois investimentos correlacionados e sucessivos. O primeiro investimento é opcional e instantaneamente concretizado no momento da realização da opção, sendo representado pelos efeitos jurídicos e limites de cobertura com previsão de incidência na hipótese de verificação de algum dos riscos sociais cobertos, enclausurado sob os auspícios da irrevogabilidade e da irretratabilidade. Já o segundo investimento é diferido e obrigatório, eis que ocorre periodicamente após a realização da opção subsequente franqueada ao servidor: decidir se adere ou não ao plano de benefícios da Funpresp, na condição de participante patrocinado, o que importe obrigação de verter contribuições mensais à EFPC, as quais são somadas às contribuições paritárias da União, podendo, no entanto, em sentido diverso, decidir pela autonomia de gestão previdenciária – sem direito à contribuição paritária – para efeito de aplicar, de forma autônoma e regular, os recursos excedentes para subsidiar a poupança necessária à formação de sua aposentadoria complementar.

Ainda com relação aos elementos da barganha contrapostos à renúncia do servidor – benefício especial e contribuição paritária –, reitera-se que o direito previdenciário opera com lógica de direito de aquisição sucessiva¹⁶¹, a qual não é dado ignorar a expectativa alcançada a cada contribuição vertida, de modo que, por ocasião da oferta da migração entre os regimes, considerando-se a distribuição dos servidores entre as diversas regras de transição do RPPS tradicional, com diferentes tempos de contribuição cumpridos, a proposta da União não poderia se resumir nem ao benefício especial, nem à contribuição paritária.

Se resumida ao benefício especial, sequer se poderia propriamente falar de transição de regimes, haja visto que seria, na prática, a unificação do RPPS com o RGPS. E, além disso, não alcançaria os novos servidores, com menor tempo de contribuição cumprido. Por outro lado, apenas o oferecimento da contribuição paritária atenderia provavelmente apenas os servidores que tenham ingressado recentemente. Logo, nessas condições, o benefício especial e a contribuição paritária são, respectivamente, os lados da mesma moeda, e de sua interação resulta a transição do RPPS para o RPC e, assim, a composição do que, de fato, se pode considerar uma barganha a ser oferecida. Eis a figura representativa abaixo.

¹⁶¹ Cf. SIMÕES, Fernando Nunes; MACÊDO, Manoel Moacir Costa. *O Direito Acumulado dos Participantes dos Fundos de Pensão*. Goiânia: Scala Gráfica e Editora, 2006. p. 64, 76-77, 80-81, citado no STJ, REsp 1435837, 2ª Turma, rel. Min. Villas Boas Cuevas, 27/02/2019.

Figura – 2*Figura 2 -Elaboração própria*

Desse modo, observa-se, do ponto de vista econômico, que a previsão de benefício especial e a contribuição paritária preservam uma escala de proporcionalidade, diante da renúncia realizada em relação à proteção securitária esperada sob as regras e as contribuições vertidas anteriormente ao RPPS. Não fosse assim, a renúncia poderia ser equiparável a uma doação, o que não corresponde à transação econômica da base da opção pela migração.

Quanto à sua racionalidade subjacente, o regular cumprimento da função pública previdenciária do RPC, para efeito de alcançar a *finalidade* do sistema, fica a depender da lógica interna do mecanismo e capacidade das compensações resultantes da barganha (benefício especial, benefício do RPPS limitado aos parâmetros do RGPS e aposentadoria complementar – pela Funpresp ou pelos excedentes autonomamente aplicados no mercado). E há que se observar, em todo caso, a alocação de riscos realizada entre as partes, posto que, no caso da aposentadoria complementar, diferentemente dos regimes tradicionais, importa considerar as variáveis: (i) valor aplicado, (ii) tempo / periodicidade, e (iii) taxa de juros / rentabilidade alcançada como estruturantes da arquitetura e condicionantes do equilíbrio e sucesso do sistema, a par da ausência de cobertura de eventuais insuficiências financeiras do RPC pela União, mudando-se o paradigma de proteção social.

Nesse sentido, do deslocamento dos ativos envolvidos e da alocação de riscos e deveres imanescentes ao RPC, uma primeira conclusão que se impõe é a de que a transição do RPPS para o RPC não poderia se dar de forma abrupta e unilateral, ou sem oferta de qualquer contrapartida, por quatro principais razões: a) “potencial enriquecimento sem causa do Estado às custas das contribuições vertidas pelos servidores que não terão reflexos na proteção futura assegurada pelo regime”¹⁶² (ofensa à referibilidade); b) violação do caráter facultativo e contratual que anima o regime de previdência complementar¹⁶³ nos termos da Constituição de 1988, e dado

¹⁶² BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Parecer nº 0061/2018/GCG/CGJPF/CONJUR-MP/CGU/AGU, de 29 de maio de 2018. Disponível em <<https://sapiens.agu.gov.br/login>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

¹⁶³ Segundo o art. 202 da Constituição de 1988: “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” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

que, no sistema capitalista, as decisões dos atores sociais são tomadas num ambiente de mercado¹⁶⁴, marcado pelo caráter voluntário das trocas (com maior ou menor liberdade conferida pelo ordenamento jurídico¹⁶⁵) e dos respectivos riscos que são inerentes às aplicações no mercado financeiro (direito de propriedade); c) frustração da confiança em relação à incidência de regras favorecidas (paridade e integralidade, por exemplo), reafirmadas por meio de regras de transição e mantidas em pelo menos quatro emendas constitucionais (20/98, 41/2003, 47/2005 e 103/2009) (ofensa à segurança jurídica); e d) a redução forçada da cobertura aos limites do RGPS, assim como possibilidade de não adesão aos planos de benefício do RPC, poderia significar, na prática, a exclusão do servidor do sistema (banimento do RPPS), o que é inadmitido em se tratando a previdência de direito social reconhecido, inclusive, no acervo jurídico da humanidade¹⁶⁶.

Dessa forma, a arquitetura institucional da transição do RPPS para o RPC dá ensejo a um arranjo em que se oferta (promessa) a concessão de direito a uma compensação financeira (benefício especial) e de direito de opção pela aquisição de cotas de participação patrocinadas (contribuição paritária da União) nos planos de benefícios administrados pela EFPC (Funpresp), em troca (renúncia) da redução da cobertura (benefício) dos riscos sociais atuais (invalidez e morte) e futuros (morte e idade avançada), projetada de acordo com os prêmios (contribuições vertidas) pagos no período aquisitivo pretérito e respectivo regime jurídico (paridade, integralidade e média). A questão passa a ser, então, a identificação da natureza jurídica adequada do arranjo com essas características subjacentes.

2.2. O Contrato de Opção Previdenciária: identificação, qualificação, tipo e causa

Nesse contexto, depreende-se que a transição do regime institucional (RPPS) para o regime individualizado (RPC) opera-se com a formação de um contrato pelo encontro de vontades, ou seja, quando o destinatário (servidor) de uma oferta aceita a proposta (permuta especial) de um polícitante (Estado), importando a vontade “tal como manifestada ou declarada a outra parte e não a vontade subjetiva, interna e não perceptível pela outra parte”¹⁶⁷.

Trata-se de uma operação que se concebe *bilateral* em sua formação e efeitos, que se faz notar no encontro de vontades direcionado à “permuta entre obrigações principais”¹⁶⁸ (renúncia *versus* contrapartida por meio de benefício especial e contribuição paritária / não

¹⁶⁴ Cf. TIMM, 2018b, p. 803-822.

¹⁶⁵ TIMM, 2018a.

¹⁶⁶ Vide artigos XXII e XXV.1, presentes em: Assembleia Geral da ONU, “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, 217 (III) A (Paris, 1948). Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

¹⁶⁷ POSNER, 2010, p. 89.

¹⁶⁸ FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 256.

intervenção) em *nexo de corresponsabilidade (sinalagma funcional)*, e por essa razão *onerosa* e *comutativa*, na qual se estruturam decisões de cunho econômico (investimento financeiro) e previdenciário (cobertura securitária); *solene*, ante a exigência de trâmite e utilizam de forma específica; *intuito personae*, em razão da limitação do universo de possíveis contratantes e da impossibilidade de prosseguimento da execução por cessão da posição contratual; de *duração com execução periódica em regularidade exata* (no caso da contrapartida paritária) ou *execução continuada* (dever de não intervenção na autonomia de gestão previdenciária), sendo *condicional*, com relação ao dever de prestação do benefício especial (sujeito à condição) e *instantâneo de execução imediata* em relação ao influxo de normas do RPC e limitação dos benefícios do RPPS aos limites do RGPS para os contratantes; de *adesão*¹⁶⁹, ante a presença dos atributos da pré-disposição das cláusulas por apenas um dos contratantes (*predisponente*), sem *liberdade de estipulação (take it or leave it)*¹⁷⁰ para a contraparte (*aderente*)¹⁷¹; e, por fim, *irretratável e irrevogável*¹⁷².

Percebe-se que há promessa de transição de regimes, não se resumindo a simples compensação financeira pela redução da cobertura securitária esperada do RPPS tradicional¹⁷³, sendo possível identificar a presença dos elementos substanciais do contrato, seja na perspectiva estrutural, mediante a existência de *acordo de vontades de partes diversas, com objetivo de se criar uma situação individual*¹⁷⁴, seja na perspectiva funcional, eis que da lógica operacional referida decorre expectativa de *respeito à palavra consensualmente dada, garantindo-se a confiança dela decorrente, e, em última análise, a paz social*¹⁷⁵.

O acordo de vontades se dá na perspectiva de que se trata da oferta ou da promessa estatal de uma recompensa para redução de bem-estar (limitação da cobertura securitária), com previsão constitucional e regulamentada em lei específica¹⁷⁶, sendo o indivíduo, no caso o

¹⁶⁹ “O contrato de adesão mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil não se confunde com o contrato de consumo”, conforme Enunciado n. 171 do Conselho da Justiça Federal.

¹⁷⁰ Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, 2012.

¹⁷¹ Pode-se definir o contrato de adesão como sendo “aquele cujo conteúdo clausular é unilateralmente definido por um dos contratantes, que o apresenta à contraparte, não podendo esta discutir qualquer de suas cláusulas: ou aceita em bloco a proposta contratual que lhe é feita, ou a rejeita e prescinde da celebração do contrato” (Cf. Ana Prata apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op., cit., p. 299).

¹⁷² Sobre a classificação dos contratos, verificar: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, 2012.

¹⁷³ Conforme abordado no Capítulo 3, não por outra razão a redução dos benefícios do RPPS ao teto do RGPS foi condicionada à efetiva instituição do RPC.

¹⁷⁴ ALMEIDA, 2012, p. 82-83. Para a ideia de situação jurídica individual, ressalta o referido autor que contrato não é o acordo de vontades, mas sim a norma criada a partir do encontro de vontades (ALMEIDA, 2012, p. 67).

¹⁷⁵ Ibidem, p. 82-83.

¹⁷⁶ Vide teor do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/1993, e do art. 116 do referido diploma normativo. O caráter amplo de tais disposições bem confere previsão legal hábil ao reconhecimento da opção ora tratada como espécie contratual celebrada entre a Administração e seus servidores para criação de situações jurídicas individuais de natureza administrativa e previdenciária como defendemos neste trabalho.

servidor, livre em absoluto, para aderir ou não às cláusulas ditadas pelo Estado¹⁷⁷ para dar cumprimento à função pública de concretizar o direito fundamental da previdência social.

A situação jurídica individual¹⁷⁸ é representada pela definição de um específico direito de compensação (benefício especial) ao optante, acrescida do direito/dever a uma segunda opção, cuja marca distintiva, a par da manutenção do sinalagma funcional presente na permuta de obrigações, é a possibilidade de customização (por adesão) da cobertura previdenciária desejada pelo optante: a) adesão aos planos de benefício do RPC e custeio da EFPC na condição de participante patrocinado; ou b) possibilidade de autonomia da gestão previdenciária dos recursos excedentes da redução do salário-de-contribuição do RPPS, assim como o caráter multifacetado da execução contratual, que se percebe como sendo de *duração com execução periódica em regularidade exata*, no caso da contrapartida paritária da União, vertida mensalmente para entidade fechada, em favor da aquisição de cotas pelo servidor junto à entidade, no mesmo importe daquela devida pelo servidor e nos termos dos parâmetros legais (até 8,5%); de *duração com execução continuada*, que se verifica no dever de não intervenção na autonomia de gestão previdenciária, e que se renova continuamente durante a manutenção do vínculo funcional; *condicional* no que tange ao dever de prestação do benefício especial, eis que sujeito à condição suspensiva consistente na concessão de benefício pelo RPPS; e *instantâneo de execução imediata* em relação ao influxo de normas do RPC e limitação dos benefícios do RPPS aos limites do RGPS para os contratantes, de modo que a proteção securitária já afigura-se redefinida e reduzida em relação aos contratantes desde a formalização da opção, não lhes sendo mais devida prestações lastreadas no pretérito regramento previdenciário.

Há possibilidade de modulação pelos servidores apenas nas relações travadas posteriormente à contratação da transição ou migração de regimes, seja para estabelecer a alíquota de contribuição vertida (obrigatória ou facultativa) aos planos de benefício e custeio da EFPC nos intervalos previstos em lei, seja para liberdade plena de investimento do servidor que optar pela autonomia de gestão previdenciária, mantendo-se incólume a qualificação da migração como espécie de *contrato de adesão*.

Nesse caso, percebe-se o intercâmbio de direitos e prestações, inerentes ao sentido de contrato¹⁷⁹, entre União e servidores individualmente determinados, para fins de incidência de regras fixadas ao tempo da opção pelo novo paradigma previdenciário, que estão a estabelecer

¹⁷⁷ Assim destaca Miguel Seabra Fagundes, no contexto dos contratos de adesão no regime dos contratos administrativos (apud ALMEIDA, 2012, p. 90).

¹⁷⁸ Verifica-se o desenho de um arranjo do qual decorre uma situação jurídica subjetiva, traduzida em situações especiais e momentâneas, situações que não podem ser opostas senão a uma ou várias pessoas individualmente determinadas e que desaparecem após uma certa prestação ter sido cumprida (DUGUIT apud ALMEIDA, 2012, p. 84).

¹⁷⁹ Mesmo na linha da teoria tradicional que menciona Fernando Dias Menezes de Almeida (2012, p. 93).

os modos de ser e o encerramento do vínculo pactuado, o que significa dizer que o ajuste não se encerra na mera substituição de regimes jurídicos ou mesmo na contrapartida que segue a renúncia irrevogável e irretratável à cobertura privilegiada.

E a execução do ajuste prossegue em duas vertentes excludentes, assim resumidas: a) manutenção do RPC por meio da cooperação no custeio (*duração com execução periódica*), com dever secundário de atuação e partilha na governança do sistema; ou b) não intervenção na gestão previdenciária daquele que optou por não aderir ao plano de benefícios do RPC (*duração com execução continuada*).

Sob a perspectiva funcional da teoria do direito, na linha do que sustenta Fernando Dias Menezes de Almeida¹⁸⁰, entra em cena o reconhecimento do “respeito à palavra dada, à confiança e promoção da paz”, como essencial à substância do contrato, “com o condão de trazer segurança ante as incertezas do futuro e manter a coesão das relações humanas”, tratando-se da substituição da “guerra como modo de solução dos conflitos sociais, pelo modo da paz jurídica”, na qual “a solução vem do compromisso das partes e da atribuição de poderes a um terceiro, distinto das partes”¹⁸¹, o que se adequa tanto à busca pela previsibilidade, segurança e promoção dos incentivos de cooperação requisitadas pelo RPC, quanto à rigidez do compromisso de contrapartida esperada por aqueles que tomaram parte na barganha, renunciando a direitos sob os auspícios das cláusulas da irrevogabilidade e irretratabilidade.

Já na linha de abordagem da AED, o contrato, “visto como mecanismo de coordenação e organização das atividades econômicas, sendo um elemento de incentivos ou desincentivos comportamentais”¹⁸², aparece como instrumento para que os agentes econômicos possam transacionar propriedades e direitos e, assim, satisfazer suas necessidades, seguindo-se a tendência de que os bens sejam deslocados para quem os valorize mais¹⁸³, contribuindo para a redução do desperdício de recursos e para o aumento da riqueza na sociedade¹⁸⁴, de maneira que, combinadas as perspectivas, o arranjo contratual em cena desponta como instrumento da transição de regimes previdenciários, para mitigar as ineficiências do RPPS tradicional, na linha do que preleciona a teoria econômica para a solução da tragédia dos baldios.

Em que pese a presença da Administração Pública na condição de *predisponente*, a qualificação do pacto não encontra enquadramento na designação de contrato administrativo, eis que não se revela presente a nota distintiva da possível *incidência do regime de Direito*

¹⁸⁰ ALMEIDA, 2012, p. 96-100.

¹⁸¹ BOBBIO apud ALMEIDA, 2012, p. 97.

¹⁸² TIMM, 2018a, p. 33.

¹⁸³ Ibidem, p. 33.

¹⁸⁴ Como menciona Luciano Timm (2015, p. 200), “os contratos, em geral, garantem melhorias de Pareto, justamente porque são acordos de vontade e somente existem quando todas as partes envolvidas concordam” com “mudanças que melhorem ou, pelo menos, não piorem sua situação”, permitindo-se que os bens passem para aqueles que lhes deem maior valor. Nesse cenário, prossegue o autor, ocorre o aumento de riqueza total da sociedade, também denominado excedente econômico de uma transação.

*público autoexecutório inerente à ação administrativa, acompanhado, em distintos graus, de prerrogativas de ação unilateral*¹⁸⁵.

Fixe-se aqui um ponto fundamental, pois, conforme Fernando Dias Menezes de Almeida, a qualificação como contrato administrativo ou não, decorre da situação individual desenhada no objeto¹⁸⁶ da avença, e não da mera presença da Administração na relação jurídica. Ou em outros termos, numa relação contratual, a Administração não carrega sempre consigo toda sua potencialidade de ação unilateral executória – vez que deve ser modulada caso a caso, em função do objeto, e não simplesmente acompanhando a pessoa da Administração¹⁸⁷, sendo que o poder de moldar as relações entre Estado e indivíduos por meio de contratos,

não apenas reforça os vínculos de solidariedade social, como ainda contribui para mitigar as tendências autoritárias da Administração, reforçando a liberdade e criando instrumentos de efetivação dos outros direitos fundamentais, que pressupõem prestações do Estado. Esse aspecto deve ser adequadamente compreendido e ainda potencializado por uma teoria que tenha por objeto o fenômeno contratual da Administração.¹⁸⁸

Desse modo, ao considerarmos que a hipótese contratual ora tratada se articula no contexto de conferir estabilidade e segurança compatíveis com a ideia de *previdência*, operando com lógica de direito de aquisição sucessiva¹⁸⁹, a entrelaçar regras de regimes funcionais dos servidores públicos efetivos da União, normas regulatórias e previdenciárias¹⁹⁰ ao âmbito do regime de previdência complementar de índole contratual decorrente do artigo 202 da Constituição de 1988, percebe-se um pleno exercício de autolimitação das prerrogativas de ação autoexecutória e unilateral da Administração, com fundamento e predisposição de clausulado em lei, a implicar dever de observância dos termos da barganha para além das fronteiras do direito público. Um novo modo, em síntese, de rearticulação entre os riscos fiscal (pressões orçamentárias), de governança (arquitetura e princípios de gestão) e regulatório (segurança jurídica).

De certa forma, trata-se de, paradoxalmente, dirigir a relação jurídica para o direito privado, como base necessária e indispensável para cumprimento equânime da função pública subjacente ao contrato, qual seja, alcançar a *finalidade* do sistema (RPC) consistente em

¹⁸⁵ ALMEIDA, 2012, p. 355.

¹⁸⁶ Ibidem, p. 95.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 95.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 385.

¹⁸⁹ SIMÕES, Fernando Nunes; MACÊDO, Manoel Moacir Costa. *O Direito Acumulado dos Participantes dos Fundos de Pensão*. Goiânia: Scala Gráfica e Editora, 2006. p. 64, 76-77, 80-81. Citado no STJ, REsp 1435837, 2ª Turma, rel. Min. Villas Boas Cuevas, 27/02/2019.

¹⁹⁰ As regras do regime próprio cuidam do delineamento do termo inicial de pagamento dos benefícios especial e complementar, dos proventos de aposentadorias e pensões limitados ao teto; as regras do regime geral de previdência condicionam os critérios de reajustamento dos benefícios pagos pelo regime complementar.

proteger o segurado e sua família, em caso de perda dos meios de subsistência por circunstâncias alheias ao controle do segurado (riscos sociais eleitos), por meio de uma renda substitutiva fixada entre o salário-mínimo¹⁹¹ e a renda substituída¹⁹², de acordo com os objetivos e critérios de sustentabilidade do sistema. Não como forma de *terceirização* das responsabilidades ou do alcance e concretização das funções públicas, mas como campo de rearticulação das relações jurídicas voltadas a esse fim.

É a busca pela conciliação entre o intuito de maximização da cobertura dos riscos sociais (objetivo econômico primário na exploração dos recursos) e as suas possibilidades de sustentação (equilíbrio financeiro e atuarial) do sistema previdenciário, notadamente atingidos pelo arbítrio estatal e pelo comportamento predatório no RPPS tradicional. E o enquadramento do contrato no âmbito do direito privado, e, com isso, a inadequação da qualificação “administrativo”, faz-se condição para resguardo da racionalidade subjacente ao negócio, e está a implicar, a um só tempo, e sobretudo, tanto o afastamento e interdição da potencialidade de ação unilateral do Estado-Administrador, quanto do Estado-Legislator. O que significa dizer que a espécie contratual em cena está protegida da ação do Estado em suas funções, notadamente enquanto contratante, e na condição de legislador.

Sob esse prisma, o contrato reposiciona as relações funcionais e previdenciárias entabuladas entre servidores e Administração na fronteira havida entre o direito público e o privado, criando, modificando e extinguindo direitos subjetivos ao envolver aspectos como o binômio renúncia/recompensa e a autolimitação do poder normativo e regulamentar do Estado. E dá-se ensejo à concepção de um regime de transição previdenciária de índole consensual, marcado por maior grau de individualização e customização pelo servidor segurado, ainda que por adesão, que se prolonga no tempo através do dever de agir – reflexo dos direitos e obrigações decorrentes da opção pela adesão ao plano de benefícios do RPC – ou do dever de não agir, sendo este qualificado pelo resguardo da autonomia de gestão previdenciária daquele que não aderiu.

O acordo de vontades estabelecido entre a União e seus servidores, com base nos §§14 a 16 do art. 40 da Constituição de 1988, regulamentado na forma dos §1º e 8º, combinados com o inciso II do art. 3º da Lei nº 12.618/2012, qualifica-se, então, como um *Contrato de Opção Previdenciária, bilateral, oneroso, comutativo, solene, intuito personae, de adesão*, cujo modo de ser opera na perspectiva dos contratos de *duração com execução periódica em regularidade exata* (no caso da contrapartida paritária) ou *execução continuada* (dever de não intervenção na autonomia de gestão previdenciária), sendo *condicional* com relação ao dever de prestação do

¹⁹¹ Para os benefícios que substituam o salário-de-contribuição ou os rendimentos do trabalho, como as aposentadorias.

¹⁹² Evitando-se a queda brusca no padrão de vida familiar.

benefício especial (sujeito à condição) e *instantâneo de execução imediata* em relação ao influxo de normas do RPC e limitação dos benefícios do RPPS aos limites do RGPS para os contratantes relação, sob os auspícios das cláusulas da irrevogabilidade e irretratabilidade, dada a presença da natureza de seguro que anima as relações previdenciárias em compromissos de curto e longo prazo, por sua vez traduzidos a partir de renúncias, intercâmbios e investimentos, para os quais a estabilidade¹⁹³, a par do equilíbrio financeiro e atuarial são condições nucleares¹⁹⁴ para alcance de sua finalidade.

Quanto à sua tipificação, como aponta Calixto Salomão Filho¹⁹⁵, “ao momento da definição da existência do contrato segue-se o questionamento tipológico”, que se revela importante na medida em que é na “definição dos tipos contratuais e na construção das listas de tipos que se acaba por identificar os objetivos jurídicos de cada transação”, a evitar “uma contradição lógica, qual seja, confundir a causa com o sinalagma contratual”¹⁹⁶.

Na hipótese do presente trabalho, em atenção à advertência supra, a contradição lógica consistiria na apreensão da causa do denominado *Contrato de Opção Previdenciária* como sendo mera troca (renúncia/compensação) entre as expectativas de efeitos jurídicos previdenciários dos servidores (regra da contrapartida do período contributivo), no âmbito do RPPS, e o direito a um benefício especial, submetido às condições resolutive e suspensiva¹⁹⁷, a par do direito de acesso ao RPC constituído de contribuições vertidas pelos participantes (patrocinado) e paritária da União (patrocinador), ou, alternativamente, à liberdade de investimento previdenciário, segundo a gestão autônoma dos recursos exclusivamente a critério do servidor titular dos recursos.

Não é disso que se trata, eis que o arranjo contratual inferido no âmbito das disposições normativas do RPC não se resume à ideia de permuta ou troca.

¹⁹³ Nesse ponto, não há dúvidas de que, em se tratando de benefícios a serem concedidos na dependência de reservas matemáticas investidas regularmente no tempo sob regime de capitalização, a estabilidade e a manutenção de seu equilíbrio afiguram-se essenciais ao alcance da almejada cobertura para os riscos sociais.

¹⁹⁴ “(...) o princípio nuclear da previdência complementar fechada é justamente o equilíbrio financeiro e atuarial. (...) Ademais, não se pode negar que o equilíbrio atuarial, preceito elementar e inerente ao sistema previdenciário, é permeado de cálculos extremamente complexos, que consideram para a saúde financeira da entidade, inúmeras variáveis, tais como a expectativa de vida, o número de participantes, o nível de remuneração atual e o percentual de substituição do benefício complementar. (...) eventuais mudanças na forma de cálculo que possam comprometer o equilíbrio financeiro e atuarial devem ser evitadas por desafiar ampla comprovação da sua indispensabilidade, à luz do ato jurídico perfeito e da segurança jurídica, os quais impõem cautela e discernimento em tais alterações. (STJ, 3ª Turma, REsp 1.477.937, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 27/04/2017).

¹⁹⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, v. 45, n. 141, p. 7-30, jan./mar. 2006. p. 16.

¹⁹⁶ Prossegue o autor explicitando que “imaginar que a causa contratual esteja na prestação esperada da outra parte importa adotar uma visão formalista de causa que, na verdade, a torna inútil e a reduz à própria ideia de sinalagma contratual, que não está presente em todos os contratos” (SALOMÃO FILHO, 2006, p. 16).

¹⁹⁷ AMARAL, Carolline Scofield; VIEIRA, Fernando Cezar Carrusca. Benefício especial – Lei nº 12.618/2012: alterações sobre sua natureza jurídica, forma de cálculo, fato gerador, momento da aquisição/concessão, fruição e regime tributário. *JURIS PLENUM PREVIDENCIÁRIA* – Ano VI – número 24 – novembro de 2018. p. 125-144.

Aliás, a própria noção de permuta no contexto em cena impõe a necessidade de esclarecimento dos contornos conceituais aplicáveis.

É que no âmbito do Direito Civil, consoante ao que expõe Maria Helena Diniz¹⁹⁸, colhe-se o conceito e a natureza jurídica do contrato de permuta como sendo “aquele pelo qual as partes se obrigam a dar uma coisa por outra que não seja dinheiro”, ou seja, o “objeto da permuta há de ser dois bens”, especificamente “todos os bens que puderem ser vendidos”, aqueles “bens alienáveis (consuntibilidade jurídica, conforme a segunda parte do art. 86 do CC), mesmo que de espécies diversas e valores diferentes”.

Percebe-se, à luz do exposto, que a troca materializada na opção pela migração do RPPS para o RPC, sintetizada no binômio renúncia/compensação, não se enquadra integralmente na moldura da perspectiva civilista.

De fato, nem os efeitos jurídico-previdenciários (contrapartida) do período contributivo do servidor optante pela migração, e muito menos o benefício especial, acompanhado pelo direito de acesso qualificado ao RPC ou à liberdade de investimento previdenciário dos recursos residuais, possuem consuntibilidade (física ou jurídica¹⁹⁹) condicionante do tipo contratual (permuta) previsto no Código Civil. O direito brasileiro não prevê a possibilidade jurídica de alienação da expectativa de contrapartida previdenciária e nem do benefício concedido. Não há possibilidade de cessão da posição jurídica de participante patrocinado do RPC, ou mesmo de idêntica liberdade de investimento decorrente da migração de regime sem adesão à *Funpresp*.

Além disso, é da noção de “satisfação”, e não da de “reparação/equivalência”²⁰⁰, que deriva o binômio renúncia/compensação, apesar da ideia de bilateralidade ou sinalagma tornar presente a perspectiva de respeito a um adequado grau de proporcionalidade na correspondência direitos/deveres. E isso porque o grau de proporcionalidade não corresponderá à exata medida das repercussões jurídico-previdenciárias de seu histórico contributivo, que, aliás, afigura-se impossível, eis que tais reflexos estão a depender do conhecimento de diversas circunstâncias supervenientes, inacessíveis por natureza²⁰¹.

¹⁹⁸ Citada por TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Volume único. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 766.

¹⁹⁹ Nos termos do artigo 186 do Código Civil, “se o consumo do bem implica destruição imediata, a consuntibilidade é física ou de fato, ou, ainda, fática”. “Se o bem pode ser ou não objeto de consumo, ou seja, se pode ser alienado, a consuntibilidade é jurídica ou de direito” (Ibidem, p. 203).

²⁰⁰ A diferença compensação/satisfação *versus* reparação/equivalência pode ser inferida na perspectiva da quantificação da indenização devida em caso de danos extrapatrimoniais, afinal revela-se impossível alcançar a exata medida de correspondência entre referida modalidade de danos e sua repercussão em dinheiro (por exemplo, o preço da dor), conforme Diogo Naves Mendonça (2012, p. 86-87).

²⁰¹ Tais como, de um lado, a evolução do exercício funcional e dos reflexos contributivos, a possibilidade de alterações no RPPS, o risco de invalidez ou morte (e o influxo de regras de concessão de benefícios por incapacidade e pensão por morte), a existência ou não de dependentes habilitados à pensão, entre outros; e, de outro lado, a variação dos índices de atualização dos benefícios do RGPS (aplicáveis ao benefício especial para fins de seu pagamento), a permanência ou não do servidor optante pela migração nos quadros da União, a rentabilidade dos investimentos aplicados no âmbito do RPC ou por gestão autônoma do servidor, e mesmo a verificação, ou não, de acidentes e de dependentes, entre outros.

Percebe-se que não há plena e linear equivalência entre expectativas, riscos e direitos que seriam decorrentes da permanência no RPPS em comparação com a migração para o RPC, revelando-se inviável a tipificação do arranjo em cena como o contrato de permuta de que trata o Código Civil.

Impõe-se, em sentido distinto, aquilo que Karl Larenz preleciona como juízo de coordenação ao tipo, ou seja, “necessita-se de uma ponderação dos distintos elementos do contrato no seu significado concreto”²⁰², “como relação jurídica unitária”²⁰³ a exigir um método tipológico, diverso da subsunção, que decorre da necessidade de identificação jurídica dos contratos, nem sempre restritos aos regulados pela lei, ante os influxos criativos proporcionados, segundo o referido autor, pela liberdade contratual²⁰⁴.

Trata-se de reconhecer, como sugere Larenz, as transições gradativas ou tipos mistos, de modo que, para a consideração tipológica, “o contrato pode em certos aspectos integrar-se num tipo e noutros no outro tipo, ou unir em si, de forma específica, traços de diferentes tipos num novo tipo”²⁰⁵.

A “coordenação de um contrato determinado ao tipo contratual não depende tanto da coincidência em relação a todos os traços particulares, mas da imagem global”²⁰⁶, sendo que

Os desvios notórios da imagem global do tipo normal classificar-se-ão como tipos especiais ou como configurações atípicas. Onde reside em cada caso a fronteira, até onde é possível ainda uma coordenação a este tipo, não pode indicar-se de modo geral; quando as fronteiras são fluídas, como é geralmente o caso tratando-se do tipo, a coordenação só é possível com base numa avaliação global.²⁰⁷

O tipo passa a ser deduzido “das disposições particulares na sua união dotada de sentido e serve, por seu lado, para melhor compreender e mais acertadamente apreciar estas disposições, o seu alcance e a sua importância para a coordenação ao tipo”²⁰⁸.

E, “mediante a comparação com outros tipos contratuais, podem então constatar-se as diferenças e as similitudes e retirar daí consequências para a apreciação jurídica”²⁰⁹.

Sob esse prisma, a constatação do fato ‘troca’ no arranjo em exame faz presente, num primeiro plano, o sentido de “(re)compensa/risco”, que, ligado à promessa inerente ao acordo entabulado, tem por expressa a concessão de um direito adquirido²¹⁰. E, num segundo plano,

²⁰² LARENZ, 1997, p. 428-429.

²⁰³ Ibidem, p. 428-429.

²⁰⁴ Ibidem, p. 428-429.

²⁰⁵ Ibidem, p. 427-428.

²⁰⁶ Ibidem, p. 666-667.

²⁰⁷ Ibidem, p. 666-667.

²⁰⁸ Ibidem, p. 666-667.

²⁰⁹ Ibidem, p. 666-667.

²¹⁰ Trata-se do benefício especial, cuja natureza jurídica é de direito adquirido – materializado num ato jurídico perfeito –, sujeito às condições resolutive (eventual perda de vínculo estatutário com a União) e suspensiva (pago

de forma derivada, um regime transicional equilibrado por meio da estruturação de um modelo consorciado, mais ou menos cooperativo²¹¹, de gerenciamento de incentivos, riscos, investimentos e correlatos prêmios pelo mérito do exercício bem-sucedido do que se poderia chamar de liberdade ou autonomia previdenciária²¹².

E o modelo acima referido torna presente mais uma especificidade do negócio jurídico examinado, eis que provoca necessidade de articulação da noção jurídica de consórcio, sob duas vertentes.

Na primeira vertente, imediata, a Constituição de 1988 estabelece a instituição do Regime de Previdência Complementar como condição da possibilidade²¹³ de limitar os benefícios devidos pelo RPPS ao teto de pagamento do RGPS, que se instrumentaliza por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública.

A previsão de que referidas entidades ostentarão “natureza pública” qualifica-as para o exercício do objetivo de constituição de reservas aptas a garantir o benefício complementar contratado, conforme previsto no art. 202 da Constituição de 1988²¹⁴, sem olvidar da finalidade precípua da previdência, que corresponde à cobertura adequada e atuarialmente sustentável de riscos sociais.

Para alcançar o sentido dessa qualificação, recorreremos, na linha da lição de Carlos Ari Sundfeld²¹⁵, ao conhecimento das normas jurídicas incidentes, que no caso específico estabelecem: a) no plano constitucional, a viabilidade de realização de aportes pela União, restritos às contribuições paritárias a referidas entidades, e a oferta de planos de benefícios somente na modalidade contribuição definida; e b) no plano infraconstitucional (Lei nº 12.618/12), entre outras disposições, a opção pela figura jurídica da fundação, a submissão às normas federais sobre licitações e contratos administrativos, a necessidade de concurso público para contratação de empregados permanentes, a incidência dos princípios da Administração Pública – especialmente o da eficiência –, a instituição por ato do Chefe do Poder respectivo (Executivo, Legislativo e Judiciário), a aprovação de estatutos e planos de benefícios por órgão específico do Poder correspondente, a representação paritária (patrocinadores, participantes e

por ocasião da concessão de benefício do RPPS limitado ao teto do RGPS). Cf. AMARAL, Caroline Scofield; VIEIRA, Fernando Cezar Carrusca. Benefício especial – Lei nº 12.618/2012: alterações sobre sua natureza jurídica, forma de cálculo, fato gerador, momento da aquisição/concessão, fruição e regime tributário. JURIS PLENUM PREVIDENCIÁRIA – Ano VI – número 24 – novembro de 2018. p. 125-144.

²¹¹ O pêndulo aqui oscila entre a maior governança participativa, no caso da adesão ao plano de benefícios da Funpresp, e a opção do servidor pela liberdade de investimento.

²¹² Por exemplo, a capitalização bem-sucedida das reservas matemáticas através da Funpresp ou das aplicações autônomas realizadas pelo servidor no mercado.

²¹³ CRFB/88, art. 40, §14.

²¹⁴ “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”.

²¹⁵ SUNDFELD, 2015.

assistidos) nos órgãos sociais, a contribuição paritária da União até o limite de 8,5% da remuneração de contribuição, a par do concurso para sustento das despesas da entidade.

Nesse caso, infere-se que o RPC articula a associação entre os Poderes da União e os respectivos servidores, em grupo fechado, com direitos de propriedade definidos (quotas de participação), para a governança de objetivos comuns e traduzidos na constituição de reservas matemáticas, para fins da redução de custos de transação e da concessão sustentável de benefícios previdenciários.

Percebe-se, nessa linha, a aproximação – sem confusão ou coincidência total – com figuras contratuais societárias (artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76) ou de Direito Administrativo (consórcio administrativo), no que tange à constatação da hipótese de acordo para conjugação de esforços em prol de interesses comuns, não resumidos a quaisquer das partes.

E decorre da conjugação de esforços, prevista após a adesão ao plano de benefícios, a constituição de uma “obrigação de fazer” a ambas as partes, fundada no respeito aos estatutos das entidades, no dever de concorrer para aportes no plano de benefícios e para a cobertura das despesas administrativas, além do dever-poder de participação e fiscalização dos rumos da fundação.

Numa segunda vertente, constata-se que o servidor contratante da transição de regimes previdenciários tem a opção de não aderir ao plano de benefícios administrado pela *Funpresp*, hipótese na qual poderá administrar, como melhor entender, os recursos excedentes à redução da base de cálculo de sua contribuição previdenciária.

Nesse ponto, reside um aspecto *sui generis*, pois, ao exercício da maior liberdade e autonomia previdenciária, corresponde um fundamental e correlato dever de colaboração da União, qual seja, o dever de não intervenção, porque a perspectiva de planejamento adequado, antecipado e de longo prazo é ínsita à natureza das relações previdenciárias, razão pela qual ao servidor optante pela liberdade devem ser asseguradas as condições de liberdade para que esses recursos excedentes possam ser idealmente investidos com periodicidade e em montantes compatíveis com a cobertura complementar dos riscos sociais, que animam a finalidade da cobertura previdenciária.

Caso contrário, a livre intervenção estatal poderia comprometer a constituição de reservas matemáticas suficientes à sustentabilidade de almejados benefícios, e, logo, comprometendo os planos autonomamente formulados, esclarecendo-se que o dever de colaboração na espécie, consistente em “obrigação de não fazer”, pode ser exemplificado pela impossibilidade de constrição futura, inoportuna, desregrada ou inadvertida da referida liberdade de investimento, para fins de imposição de outra forma de cobertura previdenciária ordinária ou complementar.

Nesse contexto, há permuta (troca), mas de natureza especial, sob os auspícios da atipicidade, eis que seu objeto se constitui, de forma inovadora, na troca ou opção por situações jurídicas personalíssimas em bases predispostas em lei, na qual a cooperação é contratualizada e traduzida sob duplo aspecto disjuntivo: a) obrigação de fazer consistente na garantia de patrocínio sob a forma de contribuição paritária vertida para plano de benefícios de índole previdenciária complementar; ou b) obrigação de não-fazer consistente no dever de não intervenção na autonomia de gestão previdenciária (liberdade de investimento) daquele que não aderiu ao plano de benefícios complementar.

Com isso, o que se percebe é que o acordo inferido regula a opção previdenciária do servidor titular de cargo efetivo da União, cujo esquema típico pode ser assim apresentado:

Figura – 3

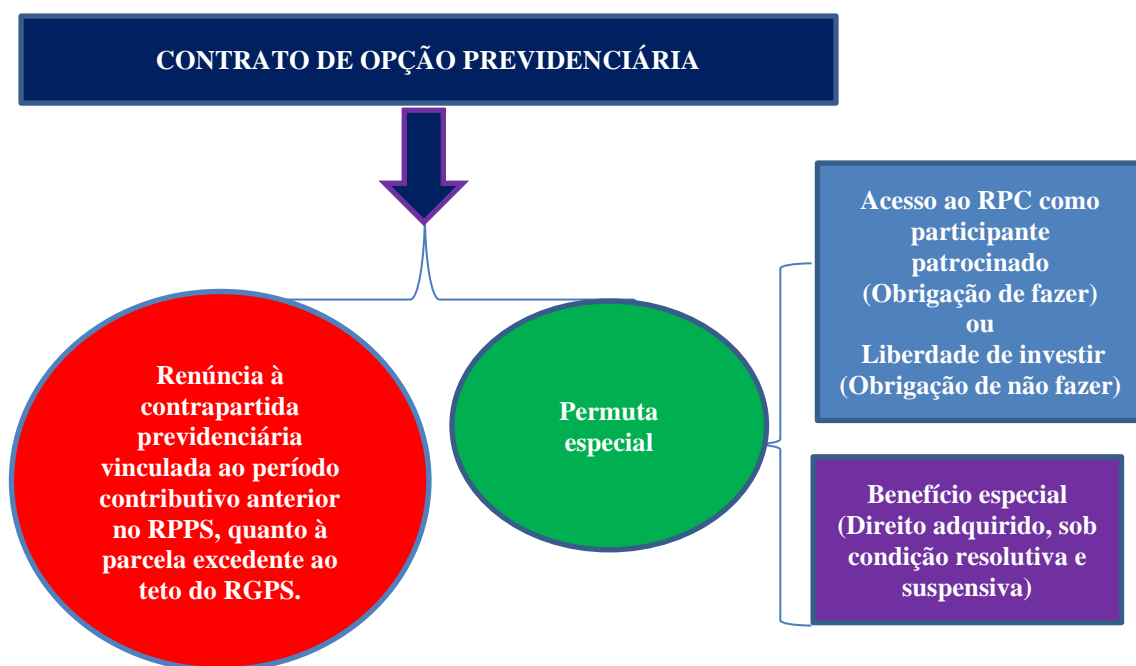


Figura 3 -Elaboração própria

E da esquematização referenciada, apoiada no juízo de coordenação proposto por Larenz, decorre a percepção da moldura para identificação da causa do contrato em questão, podendo-se inferir a função ou o objetivo econômico comum às partes, que constrói a dependência recíproca necessária para a cooperação contratual²¹⁶, e cuja descoberta se revela fundamental para a eficiente adequação e gestão dos riscos e circunstâncias supervenientes, os quais incidirão sobre essa modalidade de contrato incompleto²¹⁷, sobretudo no que tange aos

²¹⁶ SALOMÃO FILHO, 2006, p. 16.

²¹⁷ “Segundo a teoria econômica, os contratos, onerosos ou não, são sempre incompletos, já que é impossível pressupor todos os acontecimentos ou eventos que poderão ter lugar entre os seres humanos, em especial no

comportamentos oportunistas, às incertezas e às complexidades nas relações contratuais, nos custos de transação e na assimetria de informações, tal como revelados pela teoria econômica do contrato²¹⁸.

A par das conclusões da investigação tipológica, na linha do argumento desenvolvido no capítulo anterior, a causa do *Contrato de Opção Previdenciária* é ser o veículo de solução da tragédia dos baldios²¹⁹.

Trata-se da construção e da manutenção de um sistema previdenciário fundado na progressiva internalização dos custos da rivalidade de acesso aos recursos (previdenciários) comuns, por meio da definição compensatória²²⁰ de direitos de propriedade (cotas de participação), de maneira que a participação de cada usuário e o grau de cooperação resultante da articulação consorciada (poder público/servidores) seja refletida no resultado coletivo, moderando-se a exploração dos recursos ao ritmo normal e prevenindo-se o seu depauperamento²²¹. E isso na perspectiva de direcionamento a um ponto de equilíbrio ótimo: nível ao qual se realize a *finalidade* do sistema, ou seja, a conciliação entre o intuito de maximização da cobertura dos riscos sociais (objetivo econômico primário na exploração dos recursos) e as suas possibilidades de sustentação (equilíbrio financeiro e atuarial).

Na perspectiva do servidor contratante, alinhando-se às expectativas da sociedade, por sua vez, ressalte-se a oportunidade de parcial mudança da estrutura econômica por obra do Direito²²², eis que a mencionada transição de um regime tradicionalmente institucional para uma arquitetura contratual inaugura novas possibilidades de liberdade de escolha em matéria econômica e novas molduras para tomada de decisões públicas e privadas associadas, com a mitigação das relações hierárquicas de poder que norteiam os tradicionais regimes previdenciários (RGPS e RPPS), assim como as ineficiências do comportamento predatório e

futuro.” (Pinheiro e Saddi citados por Unie Caminha e Juliana Cardoso Lima. Cf. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jan.-jun., 2014. Disponível em <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/07-rev19_155-200_-_uinie_caminha.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.)

²¹⁸ CAMINHA; LIMA, 2014, p. 192.

²¹⁹ Termo utilizado por Fernando Araújo, em: *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O Problema Econômico do Nível Ótimo de Apropriação*. Lisboa, Portugal: Almedina, 2008. Essa obra retomou o título e o tema da lição proferida pelo autor nas Provas de Agregação prestadas em finais de outubro de 2007, na Reitoria da Universidade de Lisboa. Explica o referido autor que: “(...) 4. No decurso das provas suscitou-se uma questão terminológica: porquê Baldios, uma expressão histórica e culturalmente muito conotada – e também legislativamente – com realidades locais de atividade agrícola, silvo-pastoril, silvícola e apícola, uma expressão designativa de uma realidade muito menos extensa do que aquela que verdadeiramente se pretende referir, uma outra realidade que abarca até fenómenos de dimensão planetária? Com efeito, como se verá, esses baldios, na sua acepção tradicional, não são senão um subgrupo dentro do universo mais vasto de fenómenos que referimos, fenómenos que são abarcáveis na designação económica de recursos comuns, porventura a mais rigorosa em termos puramente analíticos. Todavia, usámos em nossa defesa, e mantemos, o argumento de que a expressão Baldios é, de todas as possíveis, decerto a mais sugestiva, a que mais rapidamente permite a compressão elementar dos interesses em causa e aquela que mais facilmente é retida na memória”.

²²⁰ Derivada do binómio renúncia/recompensa.

²²¹ ARAÚJO, 2008, p. 78 e 83.

²²² SALOMÃO FILHO, 2006, p. 29.

do arbítrio estatal exploradas no capítulo anterior. O cumprimento de direitos fundamentais (função pública) é propositalmente dirigido para além das fronteiras do direito público como forma de, paradoxalmente, reduzir-se o poder de ação unilateral do Estado para potencializar sua ação na relação contratualmente cooperativa.

Destaque-se que, considerada a perspectiva estruturalista do contrato defendida por Calixto Salomão Filho, o contrato não é veículo de “proteção exclusiva ou mesmo primordial de direitos subjetivos individuais”²²³, o que confere a oportunidade de se superar o reducionismo das relações contratuais à mera oposição de interesses e de buscar e reconhecer os influxos “dos interesses sociais relevantes para a aplicação da norma – e não a predefinição jurídica ou econômica do sentido que deve ter a aplicação da norma”²²⁴ –, o que “torna o direito apto a garantir transformações estruturais na esfera econômica”²²⁵, fazendo presente – e constituindo – a concepção de comunidade, mediante “coordenação dos vários interesses afetados”²²⁶, e “das várias funções por ela desempenhadas”²²⁷, de modo que o “direito retome seu papel organizador das relações sociais”²²⁸.

No caso do *Contrato de Opção Previdenciária*, a proposta é a permuta de direitos e alocação de riscos de modo a operacionalizar a transição do RPPS - marcado pela imprevidência de suas consequências - para um regime em cujos meios (*inputs*) e fins (*outputs*) a equanimidade seja efetivamente incentivada e praticada pelos atores envolvidos, reposicionando o alcance da integral *finalidade* do RPC na condição de objetivo comum e compartilhado nos influxos de recursos e esforços das partes.

²²³ SALOMÃO FILHO, 2006, p. 30.

²²⁴ Ibidem, p. 29.

²²⁵ Ibidem, p. 29.

²²⁶ Ibidem, p. 29.

²²⁷ Ibidem, p. 29.

²²⁸ Ibidem, p. 29.

3. RISCOS DO RPC SOB A PERSPECTIVA DA AED: A RACIONALIDADE POR UM TRIZ

A demonstração da natureza jurídica contratual da transição do RPPS para o RPC não torna o novo sistema imune a riscos, qualificados como “modalidade da relação com o futuro”²²⁹ ou “forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade / improbabilidade”²³⁰, que tornam evidentes a precariedade da razão, bem como os limites com que se deparam os sistemas do direito e da economia²³¹, campos do conhecimento que convergem e se entrelaçam sob lógica própria no *Contrato de Opção Previdenciária*, que veicula a solução para a tragédia da previdência, ou, em outros termos, para a constituição de um modelo previdenciário com arquitetura destinada a não reproduzir o mesmo ambiente institucional para o cenário de crise econômica e de injustiças dos modelos tradicionais, além de aliviar a pressão orçamentária sobre os mesmos.

Assim, o desafio deste capítulo consiste na identificação das formas e modos de ser e operar assumidos pelos riscos ao *Contrato de Opção Previdenciária*, apresentando-se os mecanismos jurídicos disponíveis para evitar situações problemáticas no regime contratual²³².

É certo que falar em contrato é pensar em promessa ou conjunto de promessas, cuja observância é reconhecida como um dever pelo Direito, o qual, ainda, oferece um remédio em caso de descumprimento²³³. Trata-se da expectativa de “respeito à palavra consensualmente dada, garantindo-se a confiança dela decorrente, e, em última análise, a paz social”²³⁴, que faz despontar “a figura jurídica do contrato, como um acordo reconhecido pelo Estado que pode ser executado judicialmente”²³⁵.

Sob a ótica da Economia, se uma das partes “não tiver garantias de que a outra parte cumprirá com suas obrigações, o contrato terá pouca valia para ele”²³⁶, de forma que “apenas

²²⁹ DE GIORGI, 1998, p. 198.

²³⁰ Ibidem, p. 198.

²³¹ Sobre o tema, alerta Di Giorgi (1998, p. 198) que “o risco, dessarte, é modalidade secularizada de construção do futuro. Já que a perspectiva de risco torna plausível pontos de vista diferentes da racionalidade, na condição de que estes sejam capazes de rever os próprios pressupostos operativos e na condição de que, haja tempo para efetuar esta revisão, esta perspectiva é típica da sociedade moderna. E, então, ainda que seja vivido como fatalidade, o risco é uma aquisição evolutiva do tratamento das contingências que, se exclui toda segurança, exclui também todo destino. Como modalidade de vínculo com o tempo, o risco se diferencia, por um lado, do direito (que fixa os pressupostos que permitem a orientação das próprias expectativas no futuro), e, por outro lado, diferencia-se também da economia (que determina as modalidades de acesso aos bens)”.

²³² Não podemos olvidar, no entanto, que, “paradoxalmente, só podemos enfrentar de fato os riscos, quando assumimos sua inevitabilidade, quando desistimos de exorcizá-los e passamos a buscar controlá-los”, conforme Menelick Carvalho Neto, no texto: A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, Fórum Limitada, n.º 01, p. 11-20, mar., 2001.

²³³ POSNER, 2010, p. 84.

²³⁴ ALMEIDA, 2012, p. 82-83.

²³⁵ TIMM, 2012, p. 192.

²³⁶ Ibidem, p. 192.

subsistiriam transações pouco sofisticadas no mercado, isto é, aquelas com execução imediata”²³⁷, o que leva Luciano Timm²³⁸ a afirmar, sobre a força obrigatória dos contratos, que “sem a coação (vis) estatal, é improvável que os contraentes cumpram suas obrigações sempre, visto que eles possuem incentivos para fazer promessas e, posteriormente, descumprirem suas obrigações”.

Os enfoques de Direito e Economia se correlacionam, nesse sentido, no que a AED aponta como a principal função social do direito contratual: ser a condição de possibilidade da própria ocorrência dos contratos²³⁹, conferindo “segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, protegendo as expectativas dos agentes econômicos”²⁴⁰, e, via de consequência, da própria sociedade numa perspectiva mais ampla.

Com isso, o principal risco que se impõe a uma relação contratual se identifica no eventual descumprimento unilateral de uma promessa juridicamente válida, sem prejuízo daqueles riscos advindos da superveniência de circunstâncias que venham a impactar o cumprimento do acordo, e, sobretudo, a causa do contrato. Até aqui não há novidade.

A questão, no entanto, começa a ganhar novos contornos, quando vem à tona a peculiaridade de que uma das partes do *Contrato de Opção Previdenciária* é justamente o Estado, especificamente a União (Ordem Jurídica parcial), que, em última análise, é garantidora, através do Estado-Juiz, do cumprimento e execução dos pactos, observando-se, é claro, os instrumentos e os limites preconizados pelo direito objetivo, sem prejuízo da potencialidade de ação do Estado-Legislador. O contratante Estado é, nesse caso, triplamente incumbido de zelar pela obrigatoriedade dos pactos.

Além disso, outro ponto a ser considerado é o de que o *Contrato de Opção Previdenciária* estabelece alicerces orientados para construção de um regime em cujos meios (*inputs*) e fins (*outputs*) a equanimidade seja efetivamente incentivada e praticada pelos atores envolvidos, estabelecendo nova lógica e ponto de inflexão num ambiente institucional histórica e culturalmente marcado por incertezas, reformas periódicas, crescentes pressões orçamentárias e riscos de insustentabilidade; em síntese, num ambiente com práticas habituais e paradigmas que tornam incerto o cenário ou a projeção da maneira com a qual o marco legal do RPC será compreendido e manejado ao longo do tempo pelo Estado, em suas diversas formas de expressão nos órgãos dos Poderes Constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário),

²³⁷ TIMM, 2012, p. 192.

²³⁸ Ibidem, p. 193.

²³⁹ Alan Schwartz e Robert Scott citados por Luciano Benetti Timm, na obra: *Direito Contratual Brasileiro: Críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 203.

²⁴⁰ TIMM, op. cit., p. 241.

sobretudo, na hipótese da provável constância das pressões para redução dos gastos públicos e para ajuste fiscal.

Ademais, a ausência da expressa previsão do termo “contrato” no instrumento de opção pela transição do RPPS para o RPC pode causar problemas práticos e induzir os intérpretes (administradores, legisladores, controladores, reguladores e julgadores), em perspectiva restritiva e literal, a perceberem a transição do RPPS para o RPC apenas sob a perspectiva institucional, a saber, como um regime jurídico instituído e modificável por norma constitucional ou mesmo lei ordinária, em que sequer há barganha a ser considerada, traduzindo riscos de traslado irrefletido de padrões de atuação institucional ou modelos de decisão do RPPS tradicional para o âmbito do RPC, e que pode dar ensejo às tentativas de modificação institucional do RPC ao alvedrio do legislador e ao influxo de toda potencialidade de ação autoexecutória do Estado.

E, tudo isso, sob o risco de chancela do Judiciário, cuja atuação pode incentivar o cenário de risco, caso a resposta à eventual e futura *judicialização* do RPC circunscreva-se ao recurso a preceitos genéricos e vagos, sem levar a sério as consequências práticas da intervenção *ex post* do Estado, nas relações jurídicas e econômicas concebidas no âmbito do RPC, notadamente aquelas estabelecidas entre renúncia *versus* contrapartida, entre caráter contributivo *versus* solidariedade, entre plano de benefícios *versus* plano de custeio.

A concentração de poderes no Estado e as práticas do ambiente institucional são as principais fontes do risco de descumprimento contratual. De sua combinação, decorre o questionamento sobre as condições de possibilidade e sobre as fronteiras da autolimitação do Estado pelo Direito, quanto a eventuais pretensões de mudanças nos termos acordados para a transição do RPPS para o RPC, sob os agravos de um contexto marcado por constante pressão orçamentária.

Nessa senda, o risco de descumprimento se dá pelas mãos do arbítrio estatal, que estaria a expor e introduzir, agora no RPC, a nota da imprevisibilidade de suas ações e os chamados casuísmos na interpretação, aplicação e feitura da lei²⁴¹, marcantes nos regimes institucionais de previdência social, tornando presentes os riscos de descaracterização unilateral dos termos da barganha retratada na arquitetura do *Contrato de Opção Previdenciária*, seja por simplesmente não se enxergar a barganha, como ocorre nos regimes institucionais, seja por simples e unilateral supressão ou alteração das regras a) do benefício especial, b) da contribuição paritária, c) da apropriação das reservas matemáticas acumuladas, ou d) da restrição / intervenção na liberdade de investimento do excedente previdenciário, impondo-se, na melhor das hipóteses, alguns óbices ao alcance da *finalidade* do RPC como veículo de

²⁴¹ LOPES, 2006, p. 114.

solução à tragédia da previdência, ou, na pior hipótese, a reprodução da crise econômica, das injustiças e do risco de colapso que atualmente afligem os regimes tradicionais.

O enquadramento da questão passa pela compreensão de que a lógica da barganha, subjacente à contratação da transição do RPPS para o RPC, mediatiza importante deslocamento patrimonial, consistente no investimento imediato, irrevogável e irretratável que o servidor contratante faz por ocasião do *opt-in*, renunciando a contrapartida securitária devida e esperada em razão do regime jurídico e das contribuições pretéritas vertidas ao RPPS acima do teto do RGPS (*opt-out*). E tudo num contexto em que a irreversibilidade da ação ainda se projeta para outros campos de incentivos para as partes (ou agentes econômicos), tais como: a) o transcurso das oportunidades de oposição a eventuais reformas; b) a verificação dos riscos sociais após a contratação; c) o caráter irretratável e irrevogável da opção realizada; e d) o caráter diferido e de longo prazo de constituição das reservas matemáticas dos planos de benefícios em regime de capitalização.

Nesse cenário, a teoria econômica do contrato alerta para a percepção de que “em relações contratuais cuja troca ou cujas prestações sejam diferidas no tempo, agentes podem ser incentivados para fazer promessas que não cumprirão”²⁴², revelado a partir de um “agir oportunisticamente” caracterizado, quando a contraparte “apropria-se do bem-estar gerado pelo investimento inicial sem nada oferecer em contrapartida, tirando partido de eventual irreversibilidade atempada desse investimento inicial, tomando-se de “assalto” o investimento refém”²⁴³, potencializando os aspectos de imperfeição da informação, e influenciando toda a cadeia de formação do contrato – da decisão de contratar à eficiência da pactuação²⁴⁴. “Qualquer situação de incerteza contextual é susceptível de exploração estratégica”²⁴⁵.

Trata-se do que a AED denomina como sendo *comportamento oportunista* ou *efeito hold up*²⁴⁶, que, no caso do *Contrato de Opção Previdenciária*, pode se caracterizar quando a parte que recebeu os investimentos atempados, no caso o Estado, apropria-se dos efeitos e da irreversibilidade dos mesmos e, ato contínuo, impõe modificação das bases da barganha no que tange à contraprestação prometida.

Haveria o aproveitamento estatal do bem-estar gerado pelo investimento inicial do servidor (renúncia ao regime jurídico atual e à contrapartida pelas contribuições vertidas acima do teto do RGPS), que se dá no caráter *instantâneo de execução imediata*, sem a correlata e posterior contrapartida que lhe dá causa (condicional e execução periódica ou continuada). Em outros termos, espécie de enriquecimento sem causa.

²⁴² CRISTOFANI, 2017, p. 212.

²⁴³ ARAÚJO, 2007, p. 49.

²⁴⁴ CRISTOFANI, op. cit., p. 212.

²⁴⁵ ARAÚJO apud CRISTOFANI, 2017, p. 212.

²⁴⁶ ARAÚJO, 2007, p. 49.

Nessas condições, desde a transição de regimes, a União passaria a usufruir da redução da pressão orçamentária e política viabilizada pela migração, sob os auspícios da cláusula da irrevogabilidade e irretratabilidade da renúncia (investimento inicial do segurado) para, num segundo momento, e no curso da dependência da relação contratual, explorar ou tentar apropriar-se do bem-estar assegurado pelos termos da barganha aos servidores contratantes, restringindo às contrapartidas prometidas, como, por exemplo, por simples e unilateral supressão ou alteração das regras a) do benefício especial, b) da contribuição paritária, c) da apropriação das reservas matemáticas acumuladas ou d) da restrição / intervenção na liberdade de investimento do excedente previdenciário. Não é esse o sentido do *dever ser* do marco regulatório da transição de regimes.

3.1. Riscos em espécie e formas de mitigação: a defesa da barganha em face do comportamento oportunista do Estado (o efeito *hold up*)

Conforme preleciona Fernando Araújo, as principais manifestações do fenômeno do *hold up* no contexto das obrigações contratuais podem ser resumidas nos seguintes termos:

- mesmo não ocorrendo a alteração das circunstâncias, o devedor apercebe-se de que a tutela jurídica do interesse do credor fica aquém daquilo que é o valor do cumprimento, e por isso ele passa a ter um incentivo para explorar a diferença – ameaçando não cumprir a menos que o credor lhe devolva algum do bem-estar, por exemplo, pagando-lhe uma quantia suplementar para que o cumprimento tenha lugar;
- mesmo não ocorrendo a alteração das circunstâncias, o devedor apercebe-se de que o credor aumentou sua dependência face àquela relação específica, afastando-se de fontes alternativas de satisfação dos seus interesses (o mercado), e tenta explorar essa nova quase renda monopolista;
- ocorre a alteração das circunstâncias, e mesmo o devedor bem-intencionado e isento de motivações estratégicas passa a defrontar-se com a impossibilidade, ou com a excessiva onerosidade, de cumprir – comunicando ao credor a sua intenção de reequacionar os termos do seu próprio cumprimento, tentando dessa forma repor unilateralmente o equilíbrio e a onerosidade feridos pela alteração das circunstâncias.²⁴⁷

Nas duas primeiras, enquadra-se a classe de situações em que a motivação é buscar benefícios unilaterais às custas do equilíbrio do contrato e de sua causa precípua, impondo-se o manejo de ação repressiva do Direito, enquadrando-se a terceira como caso de *incumprimento* eficiente, como se depreende da lição de Fernando Araújo:

Destas três hipóteses, compreende-se que o Direito reaja à primeira e à segunda por forma a evitar a multiplicação de intuitos oportunistas e de estratégias preventivas ou retributivas; mas não parece que qualquer

²⁴⁷ ARAÚJO, 2007, p. 646.

consideração de eficiência dinâmica, de estabelecimento de incentivos ou de prevenção recomende uma reação jurídica à terceira forma de *hold up*, pela simples razão de que não existe aí subjacente um intuito oportunista que deva ser dissuadido com objetivo de se preservar a eficiência transacional.²⁴⁸

Para as duas primeiras hipóteses, a resposta mais ampla do Direito se dá por meio da salvaguarda dos princípios da probidade e da boa-fé, insculpidos no art. 422 do Código Civil, de modo a se permitir “que as partes confiem no comportamento dos co-contratantes e façam investimentos de acordo com elas”²⁴⁹, exigindo-se que a parte que dá à outra “uma expectativa legítima tem o dever de agir, no futuro, de acordo com essa expectativa”²⁵⁰, funcionando o dever de boa-fé como um “feixe de deveres contratuais implícitos de lealdade, transparência e cooperação”²⁵¹, em todo percurso da relação contratual, desde sua formação.

Nos dizeres do Juiz Posner,

O ofício da regra da doutrina da boa-fé é o de proibir aquele tipo de comportamento oportunista que uma relação cooperativa e mutuamente interdependente pode ensejar.²⁵²

Contudo, não é só, pois permite-se a identificação de respostas adicionais para o comportamento oportunista, conforme o elemento que é objeto de ataque na arquitetura da barganha subjacente ao *Contrato de Opção Previdenciária*.

No caso do benefício especial, como se depreende da Lei nº 12.618/2012, foi assegurado aos contratantes pela migração ou transição de regimes o direito a tal benefício, calculado com base nas contribuições recolhidas ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios de que trata o art. 40 da Constituição Federal, observada a sistemática prevista em lei²⁵³, que correlaciona tempo de contribuição, idade e importe das

²⁴⁸ ARAÚJO, 2007, p. 646.

²⁴⁹ TIMM, 2012, p. 196.

²⁵⁰ Ibidem, p. 195.

²⁵¹ Ibidem, p. 196.

²⁵² POSNER, 2010, p. 87.

²⁵³ Nos termos da Lei nº 12.618/2012, § 2º O benefício especial será equivalente à diferença entre a média aritmética simples das maiores remunerações anteriores à data de mudança do regime, utilizadas como base para as contribuições do servidor ao regime de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, atualizadas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou outro índice que venha a substituí-lo, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência, e o limite máximo a que se refere o caput deste artigo, na forma regulamentada pelo Poder Executivo, multiplicada pelo fator de conversão. § 3º O fator de conversão de que trata o § 2º deste artigo, cujo resultado é limitado ao máximo de 1 (um), será calculado mediante a aplicação da seguinte fórmula: $FC = Tc/Tt$ Onde: FC = fator de conversão; Tc = quantidade de contribuições mensais efetuadas para o regime de previdência da União de que trata o art. 40 da Constituição Federal, efetivamente pagas pelo servidor titular de cargo efetivo da União ou por membro do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público da União até a data da opção; Tt = 455, quando servidor titular de cargo efetivo da União ou membro do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público da União, se homem, nos termos da alínea “a” do inciso III do art. 40 da Constituição Federal; Tt = 390, quando servidor titular de cargo efetivo da União ou membro do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público da União, se mulher, ou professor de educação

contribuições vertidas, a ser pago por ocasião da concessão de aposentadoria ou pensão por morte pelo RPPS, e enquanto durar o benefício pago por esse regime.

Das disposições normativas, infere-se que o direito em questão se destina a compensar financeiramente o contratante pela adesão ao risco de infortúnios, qualificados pela renúncia ao direito de uma maior base de cobertura securitária então prevista no regime tradicional²⁵⁴. Compensação que dialoga com a contribuição paritária da União no âmbito do RPC, eis que varia de acordo com idade, tempo de contribuição / serviço e importe das contribuições vertidas.

É que, nessa lógica, servidores mais antigos compensam sua renúncia com maior valor de benefício especial e menor risco atuarial, enquanto servidores mais novos compensam sua renúncia com maior prazo de recebimento da contribuição paritária no âmbito do RPC.

Como já acentuamos em outra oportunidade,

Sob este prisma, em primeiro lugar, tratando-se de um benefício assegurado, com parâmetros de cálculo já definidos em lei, e estatuídos como cenário oferecido para a realização da adesão a um contrato de opção expresso, irrevogável e irretratável, não há dúvidas de que se trata de direito adquirido com condições preestabelecidas e inalteráveis ao arbítrio de outrem, materializadas concretamente num ato jurídico perfeito de concessão do referido benefício especial.

Em segundo lugar, trata-se de um direito, cujo começo do exercício tem termo pré-fixado, no caso, a concessão de aposentadoria ou pensão pelo regime próprio, consoante expressa dicção legal: “O benefício especial será pago pelo órgão competente da União, por ocasião da concessão de aposentadoria, inclusive por invalidez, ou pensão por morte pelo regime próprio de previdência da União”.

Ora, em terceiro lugar, nestas condições, há que se concluir no sentido de se tratar de um benefício já concedido, mas sujeito a fruição futura, sob condição suspensiva.²⁵⁵

Nessa linha de pensamento, a resposta jurídica ao comportamento oportunista que vise alterar as regras ou suprimir o benefício especial é dada pelo direito de propriedade, protegendo-se um direito prontamente disciplinado, inclusive com fórmula matemática, quando da contratação da migração. O regramento e parâmetros estão definidos, apenas a fruição ou

infantil e do ensino fundamental, nos termos do § 5º do art. 40 da Constituição Federal, se homem; Tt = 325, quando servidor titular de cargo efetivo da União, de professor de educação infantil e do ensino fundamental, nos termos do § 5º do art. 40 da Constituição Federal, se mulher. § 4º O fator de conversão será ajustado pelo órgão competente para a concessão do benefício quando, nos termos das respectivas leis complementares, o tempo de contribuição exigido para concessão da aposentadoria de servidor com deficiência, ou que exerça atividade de risco, ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, for inferior ao Tt de que trata o § 3º.

²⁵⁴ AMARAL, Carolline Scofield; VIEIRA, Fernando Cezar Carrusca. Benefício especial – Lei nº 12.618/2012: alterações sobre sua natureza jurídica, forma de cálculo, fato gerador, momento da aquisição/concessão, fruição e regime tributário. JURIS PLENUM PREVIDENCIÁRIA – Ano VI – número 24 – novembro de 2018. p. 125-144.

²⁵⁵ Ibidem, p. 135.

efeitos do negócio jurídico ficam sujeitos à condição suspensiva, na forma do art. 121 do Código Civil²⁵⁶.

Dessa forma, por ter a opção pela migração e o seu fundamento na Constituição e na lei, e por ser materializado num contrato, o benefício especial passa a ser direito adquirido (gênero)²⁵⁷, que se encontra nos contornos definidos num ato jurídico perfeito (espécie)²⁵⁸ (art. 5º, inciso XXXVI, CRFB/88), o que obsta que norma nova venha a “alterar os requisitos dos atos jurídicos que já tenham sido celebrados por meio do preenchimento de todos os elementos necessários à sua existência, com base em norma anterior, vigente no momento de sua celebração”²⁵⁹, bem como proíbe “que norma posterior altere os efeitos surgidos pela completude dos fatos necessários à geração de direito subjetivo”²⁶⁰.

Quanto ao seu fundamento,

Essa proteção advém da eficácia ampla do direito de proteção patrimonial, decorrente dos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade. Como o legislador estabeleceu determinadas condições para o nascimento de um direito subjetivo, cujo preenchimento desencadearia a produção de efeitos, ele instituiu uma base de confiança tão próxima que cria, em considerável medida, proteção da confiança frente a alterações legislativas posteriores. Nesse caso, aceitar que uma lei nova impeça o surgimento do direito ou restrinja os seus efeitos, quando preenchidas as suas condições de eficácia, é aceitar que o legislador possa transformar o cidadão em um mero objeto da oscilação de sua vontade.²⁶¹

Com isso, o remédio jurídico adequado à eventual comportamento oportunista que se direcione à supressão ou à alteração prejudicial nas regras do benefício especial é a “prevalência da segurança jurídica, por meio da garantia da inviolabilidade do direito adquirido”²⁶².

Quanto às reservas matemáticas ou direito acumulado, nos termos do artigo 18 da Lei nº 12.618/2012, as EFPC (Funpresp) “manterão controles das reservas constituídas em nome do participante, registrando contabilmente as contribuições deste e as dos patrocinadores”, que traduz a solução preconizada pela teoria econômica para solução da tragédia dos baldios: a

²⁵⁶ Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

²⁵⁷ ÁVILA, 2016, p. 368.

²⁵⁸ No mesmo sentido ver: TENÓRIO, Rodrigo. *Regime de previdência: é hora de migrar?* O guia definitivo para o servidor público sobre vantagens e desvantagens da migração para o regime de previdência complementar. 924434. Edição do Kindle.

²⁵⁹ Cf. Limongi França citado por Humberto Ávila na obra *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 369.

²⁶⁰ Cf. Martin Stotzel citado por Humberto Ávila na obra *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 369.

²⁶¹ ÁVILA, 2016, p. 369.

²⁶² Cf. Almiro do Couto e Silva citado por Humberto Ávila na obra *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 370.

definição de titularidades ou direitos de propriedade dentro do acervo de direitos formado no âmbito das Funpresp's.

É que as reservas formadas individualmente para cada participante são a fonte de custeio dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, de modo que o valor do benefício será ajustado permanentemente ao saldo acumulado pelo participante, na forma do §2º do art. 12 da Lei nº 12.618/2012.

Nesse sentido, uma vez vertidas as contribuições em favor do participante, estas passam a usufruir da proteção jurídica dada à propriedade. É a figura do direito acumulado, ou seja, “reservas constituídas pelo participante ou reserva matemática”²⁶³, que se revelam intangíveis e se incorporam sucessivamente, dia após dia, ao patrimônio do participante patrocinado no plano de benefícios da Funpresp.

O instituto não se confunde com a noção de direito adquirido à concessão de determinado benefício, como destaca entendimento doutrinário expressamente acolhido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao firmar a tese para o Tema/Repetitivo 907²⁶⁴,

O direito previdenciário está classificado como sendo de direito de aquisição sucessiva, em que o direito é adquirido dia-a-dia, isto quer dizer ter direito sobre o que foi incorporado ao patrimônio, considerando a norma de incidência naquele momento. No direito previdenciário privado não pode ser diferente, o que faz surgir a ideia do direito acumulado.

(...)

Verifica-se que a finalidade do direito acumulado é preservar financeiramente o participante, mas segue a mesma linha de raciocínio do direito acumulado previsto no artigo 17 da Lei Complementar 109 de 2001, ou seja, preservar o que se incorporou ao patrimônio do participante.

(...)

Os contratos de previdência privada são também de natureza sucessiva, ou seja, os direitos e obrigações se estendem, são continuados, no tempo. Por sua vez, os contratos de natureza sucessiva comportam alteração ao longo de sua execução, pois, o direito depende de fatos e condições fálveis. No caso de regulamentos de planos de benefícios, o direito dos participantes fica subordinado ao cumprimento de requisitos regulamentares. Esses fatos e condições devem ser analisados periodicamente, sendo que, ocorrendo alguma alteração, a expectativa de recebimento não se consuma, retirando o direito do participante, pelo fato da prestação – benefício –, cujo direito a ela não se aperfeiçoou, por não ter chegado a incorporar o seu patrimônio jurídico, porque interrompido o ciclo de formação do processo de constituição jurídica. Assim, a alteração de regulamentos fundamentada em razões técnicas e sociais relevantes, passa a valer a partir do momento de sua aprovação, atingindo a

²⁶³ STJ, REsp 1435837, 2ª Turma, rel. Min. Villas Boas Cuevas, 27/02/2019.

²⁶⁴ Questão submetida a julgamento: Discute a definição sobre o regulamento aplicável ao participante de plano de previdência privada para fins de cálculo da renda mensal inicial do benefício complementar.

Tese firmada (STJ, REsp 1435837, 2ª Turma, rel. Min. Villas Boas Cuevas, 27/02/2019): O regulamento aplicável ao participante de plano fechado de previdência privada para fins de cálculo da renda mensal inicial do benefício complementar é aquele vigente no momento da implementação das condições de elegibilidade, haja vista a natureza civil e estatutária, e não o da data da adesão, assegurado o direito acumulado.

todos que não preencheram os requisitos para o exercício do direito pleno a determinado benefício.²⁶⁵

O direito acumulado é, outrossim, objeto de proteção pela Lei Complementar nº 109/2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar, no artigo 14, inciso II e §4º, no artigo 15, parágrafo único, e no artigo 17, estando este último, inclusive, a resguardar as reservas já constituídas até mesmo contra alterações processadas e aprovadas nos regulamentos dos planos de benefícios.

Dessa forma, ato da União tendente a se apropriar das reservas já constituídas em nome dos participantes afigura-se proscrita ante a “prevalência da segurança jurídica, por meio da garantia da inviolabilidade do direito adquirido”²⁶⁶, que, nesse caso, está representado pela figura do direito acumulado, a par da ausência de hipótese de confisco ou perda de bens.

Em prosseguimento, pode-se especular outra forma de tentativa de apropriação das reservas acumuladas, qual seja, por intermédio do intuito de manejo político da gestão dos recursos, tal como as hipóteses elencadas por Rodrigo Tenório:

Inegáveis os riscos no que toca à manutenção paridade na gestão entre patrocinadores e patrocinados.

O Projeto de Lei 268/16 a extingue, criando a categoria de conselheiro independente no conselho deliberativo e no conselho fiscal. Basta que um desses apoie os membros dos conselhos indicados pelo governo em medida pouco técnica para que os prejuízos estejam à vista.

A PEC 287 previa a fusão do FUNPRESP-Jud, com o FUNPRESP-EXE e com o FUNPRESP-LEGIS. Essa fusão também é permitida pela Lei 12.618/16 (art. 4º, §2º). Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. Caso isso aconteça, há forte probabilidade desse fundo único rapidamente se transformar num dos maiores do país. Tornar-se-á, em consequência, tentador demais, e nada garante que não possa ser vítima de ingerências políticas que atrapalhem a boa gestão. Resistiria a classe política a fazer mudanças legislativas para direcionar os investimentos da FUNPRESP?

O tamanho do fundo poderia ficar ainda maior se aprovado o Projeto de Lei 6088/2016, cujo objetivo é permitir a administração pela FUNPRESP de planos de benefícios patrocinados por Estados e Municípios. Dessa permissão advém outro risco. Embora o projeto preveja diversas regras de blindagem patrimonial, de forma que o patrimônio de um plano de benefícios não se confunda com outro, como garantir que, na hipótese da FUNPRESP ser responsabilizada por alguma falha na gestão todos os usuários de seus planos não sejam obrigados a arcar com a dívida?

²⁶⁵ Cf. SIMÕES, Fernando Nunes; MACÊDO, Manoel Moacir Costa. *O Direito Acumulado dos Participantes dos Fundos de Pensão*. Goiânia: Scala Gráfica e Editora, 2006. p. 64, 76-77, 80-81. Obra citada no STJ, REsp 1435837, 2ª Turma, rel. Min. Villas Boas Cuevas, 27/02/2019.

²⁶⁶ Cf. Almiro do Couto e Silva citado por ÁVILA, Humberto, na obra *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 370.

Por fim, deve-se considerar o risco à própria sobrevivência da FUNPRESP. O alerta, mais uma vez, veio da PEC 287. Aprovada, permitiria que União, Estados e Municípios utilizassem qualquer entidade de previdência fechada para gerir os planos de benefícios de seus servidores. Assim, os entes poderiam escolher fundos de bancos privados ou mesmo estatais, como o Petros, da Petrobrás, e o Postalís, dos Correios, em detrimento da FUNPRESP.²⁶⁷

É certo que a Lei nº 12.618/2012 instituiu as Funpresp's com personalidade jurídica de direito privado e autonomia administrativa, financeira e gerencial, e com modelo de governança paritária²⁶⁸, ao disciplinar órgãos estatutários (Conselho Deliberativo e Fiscal) com composição paritária entre patrocinadores (órgãos da União) e participantes (servidores). O que, diga-se de passagem, está diretamente refletido na responsabilidade pelo custeio da instituição, na medida em que mantida integralmente, inclusive quanto às despesas administrativas, por receitas oriundas das contribuições de patrocinadores, participantes e assistidos, dos resultados financeiros de suas aplicações e das doações e legados de qualquer natureza (art. 7º e 10º, da Lei nº 12.618/2012).

Ademais, a gestão dos planos de benefícios é de responsabilidade direta do exercício autônomo das EFPC's, observados os limites prudenciais estabelecidos pelo CMN – Conselho Monetário Nacional, havendo evidente autolimitação da atuação estatal, da qual se espera maior espaço para condutas cooperativas de ambos os polos da relação no tocante ao custeio e à alocação dos recursos destinados à viabilidade do regime. É que respondendo pelos custos, com maior previsibilidade, e mitigando-se o arbítrio estatal, os 'jogadores' tendem a adotar como estratégia dominante a cooperação, para efeito de se evitar o desperdício e de fortalecer a formação das reservas matemáticas individualizadas. Aqui se vê uma finalidade da EFPC.

Nesse sentido, outro ponto a ser considerado na defesa da autonomia das EFPC's e mitigação dos riscos é a proteção que o Código Civil confere às fundações, preconizando que as alterações estatutárias não podem contrariar ou desvirtuar o fim da entidade (art. 67, inciso II, do Código Civil). Em que pese constar do art. 5º, §3º, do Decreto-Lei nº 200/67 que não se aplicariam às fundações públicas as disposições do Código Civil concernentes às demais fundações, anote-se que as EFPC's ostentam peculiaridade relevante em relação ao conceito delineado no inciso IV do referido dispositivo²⁶⁹, pois, no caso das Funpresp's, o custeio é paritário entre patrocinadores e participantes. Dessa forma, a governança e o custeio

²⁶⁷ TENÓRIO, Rodrigo. *Regime de previdência: é hora de migrar? O guia definitivo para o servidor público sobre vantagens e desvantagens da migração para o regime de previdência complementar*. 924434. Edição do Kindle.

²⁶⁸ Ibidem.

²⁶⁹ Fundação Pública – a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

compartilhado das EFPC's atuam como instrumento jurídico de defesa contra tentativa de influxo indevido de influências políticas na condução e na gestão dos recursos da entidade.

Um ponto de melhoria advém da adoção no âmbito da PREVIC²⁷⁰ da disciplina referente à Análise de Impacto Regulatório – AIR²⁷¹, por meio do art. 5º da Lei nº 13.874/2019²⁷², acrescida às diretrizes da LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942) quando preconiza, especial e respectivamente, nos artigos 21 e 29, a consideração de consequências práticas (jurídicas e administrativas), e prévia consulta pública para edição de atos normativos, como forma de prover mais incentivos à racionalidade do sistema, expondo propostas e decisões a maior escrutínio dos afetados e dos órgãos de regulação e controle, mesmo em caso de superveniente sucesso na mitigação da governança paritária por ato legislativo.

Quanto aos riscos advindos de eventual responsabilidade civil, considerando os parâmetros de custeio das Funpresp's, pode-se afirmar que os recursos necessários para fazer frente a eventual indenização serão viabilizados pelas contribuições de custeio das entidades, sem, contudo, alcançar os direitos acumulados dos participantes, eis que estes não integram o patrimônio da fundação. E não custa, ademais, lembrar que a União, como patrocinadora e instituidora, responderá primária e subsidiariamente pela indenização devida. Quanto aos participantes, o que poderia ocorrer, no extremo da responsabilidade civil da instituição, é o cancelamento da inscrição junto à Fundação, eis que possível a qualquer tempo, nos termos do §3º, do artigo 1º da Lei nº 12.618/2012²⁷³.

²⁷⁰ “Autarquia de natureza especial, dotada de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Fazenda, com sede e foro no Distrito Federal, tendo atuação em todo o território nacional como entidade de fiscalização e supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas referidas entidades”. (PREVIC. Página inicial. Disponível em <http://www.previc.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/copy_of_a-previc-1>. Acesso em: 26 de mar. 2020).

²⁷¹ Traduzido como “o processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos, tendo como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão” (Diretrizes Gerais e Guia Orientativo de Elaboração Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República (SAG). Disponível em <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/eventos/2018/diretrizes-gerais-e-guia-de-analise-de-impacto-regulatorio-air-resultado-da-consulta-publica-sag-casa-civil/diretrizes-gerais-e-guia-de-analise-de-impacto-regulatorio-2013-air-resultado-da-consulta-publica>>. Acesso em: 19 jun. 2018).

²⁷² Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que no seu art. 5º preconiza que “as propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico”, ora regulamentada pelo Decreto nº 10.411/2020.

²⁷³ Nos termos da Lei Complementar nº 109/2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar: Art. 21. O resultado deficitário nos planos ou nas entidades fechadas será equacionado por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção existente entre as suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar. § 1º O equacionamento referido no caput poderá ser feito, dentre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, instituição de contribuição adicional ou redução do valor dos benefícios a conceder, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador. § 2º A redução dos valores dos benefícios não se aplica aos

E, por essas razões, não concordamos também com João Batista Lazzari, quando afirma que no RPC “a participação do Estado é mínima”²⁷⁴, pois atua diretamente na gestão (representantes designados nos órgãos estatutários), no controle (Presidência da República, Mesas Diretoras da Câmara e do Senado, STF, TCU, MP) e na regulação (PREVIC, CMN, Ministério da Economia), sendo responsável por sua parte no custeio e na contribuição paritária. O que de fato não há é a externalização da cobertura de insuficiências financeiras decorrentes de expectativas irrazoáveis de pagamentos de benefícios – previstos em fórmulas pré-estabelecidas – sem observância da cláusula do equilíbrio financeiro e atuarial.

Em relação à possibilidade de extinção das Funpresp’s sustentada por Tenório, é preciso anotar que do *Contrato de Opção Previdenciária* não se depreende obrigação contratual de gestão dos recursos destinados à aposentadoria complementar especificamente e somente por uma EFPC, mas, em sentido distinto, terem sido definidos direitos de propriedade específicos, formados pelas contribuições dos servidores, e, aqui o ponto central, a contribuição paritária da União, para gestão ou manutenção dentro de um sistema. Em decorrência do contrato, tem a União a obrigação de instituir e manter um sistema, dentro do qual contribua paritariamente com o servidor optante. Dessa forma, eventual extinção da Funpresp não atinge, em si, o *Contrato de Opção Previdenciária*, mas pode revelar influxos ao aperfeiçoamento, espera-se, do RPC em si.

Quanto à apropriação da liberdade ou autonomia de gestão previdenciária, estamos a falar da obrigação de não-fazer prevista no *Contrato de Opção Previdenciária*, em que se protege a confiança legítima daquele servidor que contratou a migração e, por qualquer razão a seu exclusivo critério, não aderiu ao plano de benefícios da Funpresp para autonomamente poder planejar, no curto, médio e longo prazo, a aplicação direta, por si mesmo ou seus prepostos, dos recursos excedentes à sua disposição, tendo-se em vista a redução da base de cálculo da contribuição devida ao RPPS²⁷⁵.

Eventual comportamento oportunista do Estado sobre a gestão desses recursos excedentes parece-nos pouco provável, tendo-se em vista que, nessa hipótese, sim, como menciona Lazzari, “a participação do Estado é mínima”²⁷⁶, podendo-se especular, no máximo, a possibilidade de futura instituição de novo regime previdenciário, que, na mesma perspectiva tradicional de seguro compulsório, tributasse tais valores, cuja validade, contudo, estaria restrita à hipótese de *incumprimento eficiente*.

Acerca da contribuição ou contribuição paritária, alerta Rodrigo Tenório que:

assistidos, sendo cabível, nesse caso, a instituição de contribuição adicional para cobertura do acréscimo ocorrido em razão da revisão do plano.

²⁷⁴ CASTRO; LAZZARI, 2014, p. 32.

²⁷⁵ Salário-de-contribuição limitado ao teto do RGPS e não mais à integralidade da remuneração.

²⁷⁶ CASTRO; LAZZARI, op. cit., p. 32.

A contribuição paritária do patrocinador, a maior vantagem da filiação a FUNPRESP, parece-me fadada a desaparecer em poucos anos, já que não será mais necessário estimular migração alguma. Os servidores, desde 2013, já ingressam no regime de previdência complementar. Por que a União manteria uma contribuição de 100% do valor do patrocinado se não será mais necessário a ela fazer esforço algum para vê-lo migrar de regime?²⁷⁷

De fato, nesse tópico reside o ponto mais sensível do sistema à eventual comportamento oportunista da União. Todavia, é onde eventual oportunismo poderia ser revelado de forma mais clara, porque a União poderia aproveitar-se duplamente dos investimentos do servidor: a) do investimento inicial do servidor (operado pelos efeitos instantâneos e de execução imediata da renúncia aos reflexos na proteção assegurada pelas regras do RPPS tradicional), e b) também do investimento sucessivo na adesão ao plano de benefícios da Funpresp (ao verter contribuições ao plano, traduzidos na execução periódica da avença). É que nesses termos, a par do caráter irretratável e irrevogável da contratação pela migração, no caso de extinção ou redução da contribuição paritária, os servidores insatisfeitos sequer poderiam ter livre e imediato acesso ao direito acumulado²⁷⁸, que fica a depender de condições fixadas pelo regulador e pelo regulamento dos planos. Ocorreria a exploração prejudicial da dependência do servidor em relação ao plano, seja no aspecto de acesso ao seu direito acumulado, seja em relação ao prejuízo do princípio nuclear do equilíbrio financeiro e atuarial da opção realizada, traduzido na expectativa de cumprimento das prestações (aportes) periódicos ao sistema.

Nessa hipótese, o fim ou a redução da contribuição paritária compromete o fluxo de recursos e atinge diretamente dois elementos essenciais da equação da previdência complementar (valor aplicado *versus* tempo e periodicidade *versus* rentabilidade): a) tempo, ante a retenção de recursos que poderiam encontrar ou ter encontrado outra aplicação mais vantajosa (custo de oportunidade da opção e da adesão ao plano de benefícios); b) valor aplicado (redução até a metade). É dizer, só faz sentido a ideia de contribuição paritária da União como incentivo à renúncia de direitos e migração de regimes se for levado em conta o fator “tempo”, preservando-se a obrigação principal da União, consistente nas contribuições a serem periodicamente vertidas em favor do servidor contratante no âmbito do plano de benefício da EFPC. Seria a caracterização análoga à seguinte hipótese de *hold up* de que nos fala Fernando Araújo:

- mesmo não ocorrendo a alteração das circunstâncias, o devedor apercebe-se de que o credor aumentou sua dependência face àquela relação específica,

²⁷⁷ TENÓRIO, Rodrigo. Regime de previdência: é hora de migrar? O guia definitivo para o servidor público sobre vantagens e desvantagens da migração para o regime de previdência complementar. 924434. Edição do Kindle.

²⁷⁸ No caso do Regulamento do Plano de Benefícios da Funpresp-Jud, por exemplo, o participante poderá optar pelo resgate apenas nos casos de cessação do vínculo efetivo com o patrocinador e se não estiver em gozo de benefício previsto no Regulamento (artigos 6º, §2º e 31).

afastando-se de fontes alternativas de satisfação dos seus interesses (o mercado), e tenta explorar essa nova quase renda monopolista.²⁷⁹

Na linha proposta por Tenório, a contribuição paritária da União, tal como prevista na Lei nº 12.618/2012, não passaria de regra atrelada a um regime jurídico, passível de alteração por legislação ordinária superveniente, ao alvedrio do legislador, mas assim não nos parece.

O primeiro óbice à extinção da contribuição paritária reside na própria instituição das EFPC's, eis que, nos termos do artigo 19 da Lei nº 12.618/2012, a extinção e a retirada de patrocínios, assim como as alterações nos planos de benefícios, dependerão de prévia e expressa autorização do órgão fiscalizador das entidades (PREVIC), que dialoga com o artigo 25 da Lei Complementar nº 109/2001, que está a dispor que:

Art. 25. O órgão regulador e fiscalizador poderá autorizar a extinção de plano de benefícios ou a retirada de patrocínio, ficando os patrocinadores e instituidores obrigados ao cumprimento da totalidade dos compromissos assumidos com a entidade relativamente aos direitos dos participantes, assistidos e obrigações legais, até a data da retirada ou extinção do plano.
Parágrafo único. Para atendimento do disposto no caput deste artigo, a situação de solvência econômico-financeira e atuarial da entidade deverá ser atestada por profissional devidamente habilitado, cujos relatórios serão encaminhados ao órgão regulador e fiscalizador.

Sob esse prisma, a extinção, e mesmo a redução da contribuição paritária, não pode se dar de forma unilateral, sendo indispensável a prévia autorização do órgão fiscalizador, com base na situação de solvência econômico-financeira e atuarial da entidade.

A retirada de patrocínio, ademais, configuraria hipótese de extinção da Fundação, pois o influxo de recursos para custeio pela União é elementar à caracterização dessa pessoa jurídica. Seria, nesse caso, a hipótese da mencionada *Tragédia dos Anti-Baldios*²⁸⁰, na medida em que a redução do papel da União, como ente com responsabilidades sobre o pilar representativo das condições jurídicas de possibilidade de instituição de regime complementar de previdência, à luz do §14 do art. 40 da Constituição, deflagra o processo de privatização das Funpresp's, correndo riscos de fragmentação excessiva dos recursos, de elevação dos custos de transação dos participantes, de descoordenação da gestão e conduzindo à subutilização dos recursos e correspondentes externalidades positivas calcadas nas finalidades de cobertura de riscos sociais previstos constitucionalmente.

Outro óbice decorre da constatação de que a contribuição paritária é elemento estruturante do RPC, o que equivale a dizer que sua redução ou supressão unilateral pode configurar ofensa ao direito fundamental à previdência social traduzido no RPC, sob os contornos da cláusula do equilíbrio financeiro e atuarial que opera, também, em favor do

²⁷⁹ ARAÚJO, 2007, p. 646.

²⁸⁰ Idem, 2008, p. 111.

servidor contratante, impondo obstáculo já ao devido processo legislativo, conforme inciso IV, do §4º do art. 60 da Constituição de 1988²⁸¹. Assim, em outros termos, não basta o ato de vontade, eis que se faz primordial a constatação da circunstância prática da solvência do ente. Tratando-se de um regime de previdência complementar dirigido pela Constituição e pelas leis à fronteira do direito público com o direito privado, que tem fundamento em direito social fundamental, não há amparo constitucional e legal para conduta do ente público que conduza à extinção ou à redução de sua contribuição. A contribuição paritária não está disponível ao alvedrio do legislador.

A par do exposto, a contribuição paritária constitui objeto de uma obrigação de fazer do Estado, ofertada aos servidores em favor da contratação pela transição de regimes (RPPS – RPC) e em prol de incentivar, no servidor contratante, o intuito de renunciar a outras contrapartidas securitárias de índole previdenciária que seriam devidas pelo Estado em razão de pretéritas contribuições previdenciárias vertidas pelo renunciante, sob salário de contribuição superior ao teto do RGPS (integralidade da remuneração).

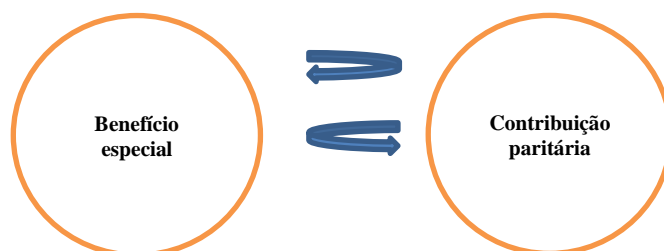
Todavia, não se trata de simples atrativo da transição, mas revela aspecto indissociável da transição de um regime estatutário para um regime contratualizado, pois, como já mencionado, o direito previdenciário opera com lógica de direito de aquisição sucessiva²⁸², de modo que, por ocasião da oferta da transição entre os regimes, considerando-se a distribuição dos servidores entre as diversas regras de transição do RPPS tradicional, com diferentes tempos de contribuição cumpridos, a proposta da União não poderia se resumir nem ao benefício especial, nem à contribuição paritária.

Caso fosse resumida ao benefício especial, sequer se poderia propriamente falar de transição de regimes, haja visto que seria, na prática, a unificação do RGPS com o RPPS. E, com isso, não alcançaria os novos servidores, com menor tempo de contribuição cumprido. Por outro lado, apenas o oferecimento da contribuição paritária atenderia provavelmente apenas aos servidores que tenham ingressado em período mais recente.

Nessas condições, benefício especial e contribuição paritária são, respectivamente, os lados da mesma moeda, e de sua interação resulta a transição do RPPS para o RPC, e, logo, a composição do que, de fato, se pode considerar uma barganha a ser oferecida. Eis, novamente, a figura representativa abaixo.

²⁸¹ Art. 60. (...). § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

²⁸² SIMÕES, Fernando Nunes; MACÊDO, Manoel Moacir Costa. *O Direito Acumulado dos Participantes dos Fundos de Pensão*. Goiânia: Scala Gráfica e Editora, 2006. p. 64, 76-77, 80-81. Obra citada no STJ, REsp 1435837, 2ª Turma, rel. Min. Villas Boas Cuevas, 27/02/2019.

Figura – 2*Figura 2 -Elaboração própria*

Desse modo, observa-se, do ponto de vista econômico, que a previsão de benefício especial e a contribuição paritária preservam uma escala de proporcionalidade específica, diante da renúncia realizada em face da proteção securitária esperada sob as regras e contribuições vertidas anteriormente ao RPPS. De outro modo, a renúncia poderia ser equiparável a uma doação, o que não corresponde à transação econômica da base da opção pela migração.

Assim, a contribuição paritária compõe a permuta especial realizada por meio do *Contrato de Opção Previdenciária* e, como tal, é mais uma resposta de defesa do Direito a qualquer tentativa de comportamento oportunista do Estado.

Outra forma de proteção da contribuição paritária decorre da proteção jurídica dos termos da barganha, com fonte material específica na lógica contratual da função pública e econômica subjacente, pois, no ‘jogo da previdência’, a cláusula do equilíbrio financeiro e atuarial também existe em favor do segurado, exigindo-se que o sistema ofereça ao segurado a oportunidade de fazer planos previdenciários com o maior grau possível de segurança jurídica. É o que se depreende da concepção de previdência social como direito social correlacionado à cláusula do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema²⁸³.

A partir disso, na perspectiva do *Contrato de Opção Previdenciária*, a versão ampliada da cláusula do equilíbrio financeiro e atuarial atrai a incidência de preceito caro à teoria do contrato e que se materializa tanto nos contratos civis, como aos típicos contratos administrativos da Lei nº 8.666/1993, que está a denotar a noção de presunção de *paridade* e *simetria* ora prevista no artigo 421-A do Código Civil e “equivalência material, ou seja, a justa remuneração”²⁸⁴ de uma prestação contratual. E isso significa dizer que a contribuição paritária da União (patrocinadora) é uma obrigação contratual (de fazer) correlacionada a uma contraprestação (renúncia) e a um específico custo de oportunidade (alternativas à transição e à adesão ao Funpresp), com intuito último de concretizar uma função pública subjacente: a

²⁸³ Art. 201, *caput*, segunda parte, da Constituição de 1988.

²⁸⁴ FERNANDES, Gustavo Andrey; FERNANDES, Guilherme Antônio. “O Equilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos: O Caso da Análise das Taxas Internas de Retorno/TIRs das Concessões Rodoviárias”. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: sbdp/Direito Gv/Malheiros Editores, 2015. p. 256-276.

finalidade do RPC, não havendo espaço para alteração unilateral oportunista, sem recomposição em forma de contrapartida equivalente à manutenção da equivalência material esperada.

É o design de uma arquitetura institucional que visa concretizar – de forma dinâmica – a medida da adequada ou ótima correlação entre a cobertura dos riscos sociais eleitos (necessidades / plano de benefícios) e o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema²⁸⁵ (recursos / plano de custeio), do curto (gerações presentes) ao longo prazo (gerações futuras), traduzindo-se, ademais, em proteção da confiança legítima e razoável no equilíbrio e manutenção de um sistema (RPC), para aqueles que, optando, contrataram com a União, conforme proteção preconizada pela cláusula da boa-fé (art. 422 do Código Civil). Como reconhecido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

“(...) o princípio nuclear da previdência complementar fechada é justamente o equilíbrio financeiro e atuarial. (...) eventuais mudanças na forma de cálculo que possam comprometer o equilíbrio financeiro e atuarial devem ser evitadas por desafiar ampla comprovação da sua indispensabilidade, à luz do ato jurídico perfeito e da segurança jurídica, os quais impõem cautela e discernimento em tais alterações. (REsp 1477937/MG, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 20/06/2017).

Dessa forma, a resposta do Direito à eventual conduta oportunista – tendente a suprimir ou minorar o patrocínio da União no RPC – encontra óbice em um ato jurídico perfeito (*Contrato de Opção Previdenciária*), que está sustentado no cumprimento da função pública previdenciária a impor limites ao devido processo legislativo (inciso IV, do §4º do art. 60 da Constituição de 1988), na observância das cláusulas do equilíbrio financeiro e atuarial do RPC, a par da preservação da confiança legítima e razoável dos contratantes²⁸⁶.

Por fim, é preciso abordar a última hipótese de manifestação de *hold up* dentre as mencionadas por Fernando Araújo, sendo aquela em que:

²⁸⁵ Ambos os aspectos preconizados pelo artigo 40 da Constituição de 1988, que determina a cobertura dos riscos sociais de morte, doença, idade avançada e invalidez, assim como a observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do regime.

²⁸⁶ Para o caso dos novos servidores que já ingressam no RPC, automaticamente, ainda que com poder de *opt-out*, o que se observa é aquilo que pode ser denominado como “scambi senza accordo”, conforme conceito de Natalino Irti, citado por Luiz Renato Ferreira da Silva (*Reciprocidade e Contrato: A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013). A questão, como refere Luiz Renato Ferreira da Silva (Op. Cit.), passa a ser o modo de se reconhecer a existência de deslocamentos patrimoniais não justificados pela existência de um contrato, nem pela ocorrência de um ilícito, mas que são fontes de obrigações, cujo fundamento se denomina causa sinalagmática, e que estão a pretender, igualmente, o esperado equilíbrio oriundo da reciprocidade como meio de garantir a justiça comutativa. Ainda que diverso do que ocorre em relação aos servidores migrantes (contratantes), há investimento passível de risco de apropriação oportunista pelo Estado, sendo que este se beneficia da adesão dos novos servidores como contributo para incremento e solvência do sistema. Outro obstáculo seria aquele encontrado no Art. 60. (...). § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais.

- ocorre a alteração das circunstâncias, e mesmo o devedor bem-intencionado e isento de motivações estratégicas passa a defrontar-se com a impossibilidade, ou com a excessiva onerosidade, de cumprir – comunicando ao credor a sua intenção de reequacionar os termos do seu próprio cumprimento, tentando dessa forma repor unilateralmente o equilíbrio e a onerosidade feridos pela alteração das circunstâncias.²⁸⁷

No caso, trata-se de referência ao conjunto de situações em que as partes, num dado contrato, sem influxo do viés oportunista,

verificando alterações no seu objeto e no contexto que o rodeia, ponderam se o cumprimento pontual das obrigações emergentes do contrato continua a ser, ou não, a melhor forma de servirem os seus interesses e de explorarem as suas complementaridades, e concluem pela negativa, optando por terminarem a relação contratual por puras razões de eficiência.²⁸⁸

É ideia que, conforme Fernando Araújo, “é, até um certo ponto, o produto da confluência de duas ideias”:

- por um lado a ideia de que o contrato é um mero instrumento de afetação de recursos econômicos através da interdependência e das trocas;
- por outro lado a ideia de que a eficiência social reclama uma solução paretiana, em que os ganhos de uns se alcancem sem perdas dos demais, sendo por isso eficiente qualquer atuação cujos benefícios ultrapassem, mesmo que apenas marginalmente, o montante da indenização que evite o averbamento de perdas por qualquer das partes envolvidas.²⁸⁹

Como adverte o mencionado autor, não há “compromissos eternos e irreversíveis acessíveis à fraca condição humana”²⁹⁰, de modo que os contratos não podem “ser convertidos em prisões, em obstinadas venerações por formas que perderam os seus fins, o que seria a maior perversão de todas”²⁹¹. É perceber que se impor o cumprimento do contrato, nessas condições, é propriamente um dano contratual²⁹² ao Estado – quanto ao cumprimento de seus deveres

²⁸⁷ ARAÚJO, 2007, p. 646.

²⁸⁸ Ibidem, p. 737.

²⁸⁹ Ibidem, p. 735.

²⁹⁰ Ibidem, p. 737.

²⁹¹ Ibidem, p. 737.

²⁹² Conforme Fernando Araújo (2007, p. 738), “Oliver Wendell Holmes procurava pôr em causa a existência de verdadeiros danos contratuais, com a asserção realista de que seriam equivalentes dois tipos de adstrições, uma ao cumprimento do contrato, outra ao pagamento de uma indenização pelo não cumprimento, sugerindo mesmo que a primazia deveria ser atribuída pelo Direito à segunda dessas adstrições, sendo que, com essa ideia de deveres contratuais disjuntivos – ou se cumpre ou se paga a indenização – Holmes formula já na essência a ideia de incumprimento eficiente”. Nessa linha de pensamento, a análise econômica do direito oferece relevante contribuição ao tratar do que se denomina custos dos acidentes e custos de evitá-los, apresentando novo ponto de vista complementar à teoria tradicional, segundo o qual, na medida em que a sociedade não está disposta a evitar os acidentes a qualquer preço, o problema, muito mais complexo, passa a ser o de apurar até que ponto ela está disposta a reduzir os seus custos de forma condizente com os demais objetivos sociais (Guido Calabresi citado por Diogo Naves Mendonça, na obra: *Análise Econômica da Responsabilidade Civil: o dano e sua quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 53). Em outros termos, a referida abordagem torna claro que impor a alguém o dever de indenizar significa, a um só tempo, impor o dever de evitar o dano e atribuir a outrem o direito de não sofrê-lo

constitucionais de concretizar direitos fundamentais – e ao servidor – no contexto de seus direitos previdenciários. O incumprimento aqui está a salvaguardar ambas as partes, eis que, paradoxalmente, o custo de cumprimento dos termos iniciais é prejudicial aos objetivos de ambos.

Importa mencionar que não se está a sustentar o incumprimento unilateral oportunista, pois, para os casos de insucesso do plano de benefícios em mera decorrência das vicissitudes de mercado ou da decisão de investimento, é preciso recordar a alocação de riscos previamente feita pelas partes no *Contrato de Opção Previdenciária*, a qual não autoriza a externalização universal das insuficiências para o orçamento público. O pagamento de benefícios e de custos do sistema estão a depender da força das reservas matemáticas acumuladas e dos cálculos atuariais incidentes, de forma que as despesas e os riscos do sistema são internalizados, assim como os bônus que sobrevierem em caso de sucesso das aplicações. E esse é um pilar de equanimidade do sistema.

Contudo, diversa será a situação em que o *Contrato de Opção Previdenciária* se mostrar, per se, meio absolutamente ineficaz para o cumprimento de seu objeto ou de sua função pública como sistema previdenciário, o que ocorre quando o meio, “por sua própria essência ou natureza, é incapaz, por mais que se reitere o seu emprego, de produzir”²⁹³ o resultado esperado. É um imperativo da racionalidade do Direito que se concretiza como *dever de congruência*, que está a exigir que o meio esteja vinculado à realidade, ou seja, a um suporte empírico²⁹⁴, a impor o exame de adequação entre meio e fim, sob o aspecto probabilístico numa dimensão abstrata, o que significa dizer que o meio será adequado se – abstrata (possivelmente) e geralmente (habitualidade sem necessidade de verificação do fim em todos e quaisquer casos) – puder servir de instrumento para a promoção do propósito²⁹⁵.

Como direito social²⁹⁶, impõe-se ao desenho institucional da previdência a necessidade de guardar coerência com os fundamentos (art. 1º, incisos II e III) e objetivos (art. 3º, incisos I a IV), a par da sintonia com todo o rol de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição

(MENDONÇA, 2012, p. 80). E isso permite colocar uma visão recíproca do problema: uma atividade danosa também configura, na via reversa, um dano ao agente responsabilizado (Ronald Coase citado por Diogo Naves Mendonça, na obra: *Análise Econômica da Responsabilidade Civil: o dano e sua quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 33).

²⁹³ Aqui se revela possível uma analogia com a noção de crime impossível. Ver Nélson Hungria citado por Rogério Greco, na obra *Curso de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120 do CP). Vol 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 289.

²⁹⁴ A ideia possibilita buscar, nos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, os parâmetros para exame da relação entre meios e fins do *Contrato de Opção Previdenciária*. Sobre a aplicação dos postulados e a teoria a qual recorreremos conferir: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. ampl. e rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 158.

²⁹⁵ ÁVILA, 2009, p. 168-169.

²⁹⁶ Art. 6º, *caput*, da Constituição de 1988.

de 1988, notadamente insculpidos para o livre exercício da personalidade humana e para o desenvolvimento da cidadania, respeitando-se um pacto intergeracional de sustentabilidade.

Sob esse enfoque, há para o Estado o dever de observar os termos do contrato e, sobretudo, de verificar se estão sendo alcançadas as finalidades que lhe são precípuas, não lhe sendo dado abster-se de buscar a concretização de direitos fundamentais.

Não por outra razão, o Estado exerce no âmbito do RPC os papéis de regulador (PREVIC, CMN e Ministério da Economia) e de controlador do sistema (STF, Presidência da República e Mesas Diretoras da Câmara e do Senado Federal), sem prejuízo do controle do TCU e do Ministério Público, nesse último caso também por previsão expressa do art. 66 do Código Civil.

Assim, o fundamento de validade do incumprimento eficiente do *Contrato de Opção Previdenciária* se encontra precipuamente no direito social à previdência, podendo ser manejado pelo constituinte derivado ou pelo legislador ordinário, conforme a alteração que se apresente como necessária para a salvaguarda dos objetivos e propósitos do sistema. E a ação estatal, nessa hipótese, poderia ser manejada de forma unilateral, tendo-se em vista a nota de irrenunciabilidade que marca os direitos fundamentais.

Entretanto, a reação estatal possível não será, como intuitivamente se poderia supor, o retorno dos contratantes ao *status quo ante* a contratação, eis que a correlação do cenário dos sistemas tradicionais de previdência à *finalidade* esperada dos sistemas permite afirmar que o RGPS, o RPPS e o Sistema de Proteção Social dos Militares possuem uma arquitetura jurídico-institucional com consequências práticas inconstitucionais.

Assim, a solução jurídica para o caso de total impropriedade do RPC deverá ser pactuada no Parlamento, não se vislumbrando na Constituição a autorização para substituição de um sistema “inconstitucional” por outro igualmente viciado.

Todavia, não sendo o caso de absoluta ineficácia, a questão há de ser resolvida no plano da gestão das entidades, na sua política de investimentos ou no realinhamento da gestão financeira e atuarial dos respectivos planos de benefícios, seja por iniciativa dos participantes, dos órgãos sociais das entidades ou da ação dos reguladores e controladores. Aqui reside outro pilar de equanimidade do sistema, pois o alcance da *finalidade* do RPC passa a depender dos atores envolvidos e não é externalizado para a sociedade, dentro da estratégia dominante de se incentivar a cooperação e se evitar o desperdício para fortalecer o sistema enquanto meio ou instrumento de formação das reservas matemáticas individualizadas.

4. POSSÍVEIS ARMADILHAS NA FUTURA JUDICIALIZAÇÃO DO RPC

No capítulo precedente, desenvolvemos os modos de ser e operar do risco de descumprimento oportunista (efeito *hold up*) do *Contrato de Opção Previdenciária*, cuja fonte é o arbítrio estatal, dentre outros fatores, em decorrência de um ambiente institucional com práticas habituais e paradigmas que tornam incerto o cenário, ou a projeção, da maneira com a qual o marco legal do RPC será compreendido e manejado ao longo do tempo pelo Estado, em suas diversas formas de expressão nos órgãos dos Poderes Constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), sobretudo, na hipótese da provável constância das pressões para redução dos gastos públicos e para ajuste fiscal, razão pela qual o foco da análise se centrou nas ações concebidas sob a perspectiva do oportunismo do Estado.

Entretanto, em perspectiva inversa e como forma do risco de descumprimento do *Contrato de Opção Previdenciária*, o oportunismo direcionado à alterações supervenientes dos termos da barganha pode advir da atuação estatal instrumentalizada pela ação de grupos de interesse de servidores contratantes, motivados, e motivando, pelo comportamento *rent-seeking* em novas bases de expressão, cuja essência seria o transplante do mecanismo de solidariedade – típico do RPPS tradicional – para o RPC, buscando-se ao fim e ao cabo a obtenção de benefícios majorados às custas da externalização a terceiros (orçamento público ou participantes das Funpresp's) de ônus e obrigações não consentidas ou pactuadas no *Contrato de Opção Previdenciária*. É o que se traduz em Direito e Economia no denominado “efeito carona”²⁹⁷.

Quanto às formas de ser e operar da instrumentalização da ação estatal pelo *efeito carona*, importa avaliar a forma de expressão refletida na possibilidade de intervenção *ex post* do Estado por meio da *judicialização* do RPC, eis que representativa de canal amplo, direto e de relativamente fácil acesso para as iniciativas individuais e coletivas dos servidores contraentes, a par de seu elevado potencial, per se, de repercussão sistêmica nas bases do *Contrato de Opção Previdenciária* e na sustentabilidade do RPC.

E do solidarismo irrefletido, a *judicialização* do RPC pode também se enveredar pelos caminhos do denominado “fenômeno da frivolidade e habitualidade processual”²⁹⁸, a impor custos de transação para o Estado (custos ao sistema de justiça) e aos participantes diante da necessidade de custeio da defesa ou intervenção em Juízo.

²⁹⁷ TIMM, 2012, p. 195.

²⁹⁸ “Ações com baixa probabilidade de êxito, manifestamente contrárias, muitas vezes, a julgados reiterados, e com excesso de habitualidade de propositura, ocupam boa parte do tempo de trabalho dos julgadores impedindo-os, frequentemente, de dedicarem tempo e atenção devidos a inúmeras outras demandas não frívolas” (JÚNIOR MARCELINO, 2016, p. 196).

4.1. Conflito de interesses: a imparcialidade sob risco

Para demonstrar a relevância dos riscos relacionados à *judicialização* do RPC, desponta a possibilidade da verificação de possíveis e específicos conflitos de interesses em torno da atuação dos diversos agentes estatais, especialmente dos juízes, advogados públicos e membros do Ministério Público, não restritos, assim, à ação dos integrantes de órgãos controladores e reguladores do sistema, pois no RPC estão incluídos servidores e agentes políticos civis dos Poderes da União, excluídos apenas os militares das Forças Armadas.

É que, diferentemente do que ocorre no RPPS e no Sistema de Proteção Social dos Militares, no regime complementar não há cobertura de insuficiências ou déficit pelos entes federados, conforme expressa disposição constitucional (art. 202, §3º), de maneira que a cobertura dos riscos sociais – ínsita ao sistema – está a depender de resultados das reservas matemáticas aplicadas (valor aplicado *versus* capitalização *versus* tempo), e não de fórmulas matemáticas estabelecidas *a priori*. Não há rentabilidade garantida, a par da incidência relevante de aspectos flutuantes como o processo inflacionário e a taxa básica de juros, entre outros elementos conjunturais da macro e da micro economia.

Sob esse prisma, a administração e a aplicação das reservas financeiras destinadas às aposentadorias de grande parte dos servidores públicos federais estarão, em proporção crescente, integralmente atribuídas às EFPC's, de modo que a questão passa a ser os limites de possibilidade de garantia da imparcialidade nos processos de tomada de decisão pública relacionados ao RPC.

Nesse sentido, do art. 145 do Código de Processo Civil, para o caso dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, depreende-se que a existência de relação creditícia inespecífica, mas substancial no caso concreto²⁹⁹, entre o juiz e as partes, já autorizaria o reconhecimento da suspeição:

Art. 145. Há suspeição do juiz:

(...)

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

O que se mostra relevante, pois está em jogo a legitimidade da decisão pública, especialmente, a judicial, eis que, com Fredie Didier Jr., podemos afirmar que “é da essência da atividade jurisdicional ser ela exercida por quem seja estranho ao conflito (terceiro, aspecto

²⁹⁹ Cf. PIZZOL, Patrícia Miranda. [Comentário ao art. 145 do CPC]. In: ALVIM, Angélica Arruda (Coord.) [et al.]. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 230.

objetivo) e desinteressado (imparcial, aspecto subjetivo)”³⁰⁰, de modo que o juiz não pode ter qualquer interesse na causa³⁰¹.

Acerca do tema, conforme Cândido Rangel Dinamarco,

Seria absolutamente ilegítimo e repugnante o Estado chamar a si a atribuição de solucionar conflitos, exercendo o poder sobre as partes, mas permitir que seus agentes o fizessem movidos por sentimentos ou interesses próprios, sem o indispensável compromisso com a lei e os valores que ela consubstancia – especialmente com o valor do justo.³⁰²

E, de forma mais ampla, o retro mencionado autor acentua que “os agentes estatais têm o dever de agir com impessoalidade, sem levar em conta esses sentimentos e interesses e, portanto, com abstração da própria pessoa e de seus próprios interesses”³⁰³.

Além disso, frise-se, conforme Didier Jr., a imparcialidade não é característica exclusiva da jurisdição, havendo, por exemplo os tribunais administrativos³⁰⁴.

É certo que não basta mera relação de crédito ou interesse na causa, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça,

por significar o afastamento do juiz natural da causa, exige que fique evidenciado um prévio comprometimento do julgador para decidir o processo em determinada direção, a fim de favorecer ou prejudicar uma das partes.³⁰⁵

Todavia, diferente será uma situação em que as reservas para a complementação da aposentadoria de todos os servidores federais efetivos estiverem em debate, e em que o conflito de interesses possa evoluir em progressões geométricas, iniciando-se no Conselho de Administração das Funpresp’s, passando pelos controladores, depois pelos reguladores, até eventual submissão da controvérsia ao Judiciário.

Dessa forma, a questão é colocar em pauta a forma como o Direito pode garantir e promover as melhores condições para a imparcialidade e a impessoalidade de seus agentes em seus processos de tomada de decisão, no regular exercício de suas funções, quando as questões controvertidas, em meio judicial ou administrativo, puderem, no extremo, gerar insuficiências financeiras profundas nos planos de benefícios das EFPC’s.

Como menciona Alexander Hamilton, “geralmente, dispor da subsistência de um homem é dispor de sua vontade”³⁰⁶, sobretudo, quando em causa a cobertura para riscos sociais

³⁰⁰ DIDIER JR., 2010, p. 85.

³⁰¹ Ibidem, p. 85.

³⁰² DINAMARCO, 2016, p. 57.

³⁰³ Ibidem, p. 57.

³⁰⁴ DIDIER JR., 2010, p. 85.

³⁰⁵ STJ, 2ª Turma, REsp 1.340.594/MT, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 17/12/2013, DJe 19/3/2014, citado por Patrícia Miranda Pizzol, no comentário ao art. 145 do CPC, presente na obra: *Comentários ao código de processo civil*. ALVIM, Angélica Arruda Alvim (Coord.) [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 230.

³⁰⁶ HAMILTON, 2003, p. 464.

extremos (morte, idade avançada e invalidez), sendo esta uma das possíveis arestas do problema, que pode revelar, ademais, os próprios limites de racionalidade da decisão pública em ambientes de incerteza. E isso, per se, está a revelar a necessidade de aperfeiçoamento dos modelos decisórios e da valorização do contributo das mais diversas áreas do conhecimento envolvidas no caso (sobretudo a economia).

O problema do conflito de interesses e o impacto na imparcialidade do tomador de decisão são armadilhas presentes no modelo do RPC que podem, por seus turnos, catalisar as armadilhas decorrentes da *judicialização*, impactando a lógica subjacente à barganha do *Contrato de Opção Previdenciária* e/ou recaindo na sobreutilização do sistema de justiça.

Quanto às possibilidades de mitigação do problema, a primeira seria reconhecer a impossibilidade de os servidores ocupantes das chamadas carreiras de estado e os agentes políticos serem partes do *Contrato de Opção Previdenciária*. Em outros termos, reconhecer a inconstitucionalidade da contratação por aqueles cuja imparcialidade para exercício do poder decisório possa ser comprometida, o que, por um lado, seria reconhecer as mesmas bases do Sistema de Proteção Social dos Militares, o qual não dispõe de *discrímen* que justifique tratamento diferenciado perante as demais carreiras, que não o notório alinhamento político-ideológico com o atual governo. Todavia, as consequências práticas do retorno ao *status quo ante* são também o regresso a um sistema com consequências inconstitucionais, fora a dificuldade de se resolver problemas práticos, como os decorrentes do transcurso do tempo pelos servidores no âmbito dos regimes e a dificuldade de realinhar ou disciplinar decisões com impactos retrospectivos.

No caso específico do Poder Judiciário, a aplicação da regra dos incisos III e IV do art. 145 do Código de Processo Civil é peremptória para todos os juízes que tenham migrado para o RPC, de forma que outra possibilidade de solução jurídica seria a remessa dos processos distribuídos aos juízes contratantes para aqueles ainda vinculados ao RPPS tradicional, aproveitando-se a fase de transição. Futuramente, contudo, quando todos os membros do Judiciário estiverem vinculados ao RPC, a resposta atual do Direito é a aplicação da alínea “n” do inciso I, do art. 102 da Constituição, a fixar a competência originária do Supremo Tribunal Federal³⁰⁷.

Por fim, uma outra possibilidade de equacionar a questão pode se dar por meio dos modelos decisórios delineados na LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942)³⁰⁸, o que não resolve o

³⁰⁷ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados.

³⁰⁸ Ao estabelecer que, entre outros importantes aspectos, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da

problema da aplicabilidade do artigo 145 do CPC, mas favorece o controle social das decisões tomadas, como será objeto de seção específica deste capítulo.

4.2. O caso das ações frívolas: do solidarismo ao servidor *carona*

A armadilha da *judicialização* do RPC, eventualmente catalisada pelo conflito de interesses, para o *Contrato de Opção Previdenciária* é servir de meio de intervenção *ex post* do Estado para o traslado do paradigma solidarista do RPPS tradicional para o RPC, comprometendo os critérios de justiça do RPC, nos quais o equilíbrio e a alocação de riscos e investimentos das partes são essencialmente distintos daqueles operados no marco regulatório do RPPS.

É que o RPC só existe e resiste com a percepção de que os benefícios a serem pagos pelo sistema devem ter lastro equivalente e estrito na composição de seu custeio, observando-se os pontos de vista financeiro e atuarial. Não há como externalizar ônus para colher bônus sem comprometer a lógica subjacente ao *Contrato de Opção Previdenciária*.

A chave para entendimento do mecanismo regulatório e para formação dos precedentes, assim como para que se possa lidar com desafios futuros, pode ser encontrada na interpretação do art. 421 do Código Civil (função social do contrato), sob o enfoque de Direito e Economia.

Diferentemente de uma perspectiva de leitura com base num modelo solidarista, que, conforme Luciano Timm, inspira o atual Código Civil e dá ensejo à renúncia à racionalidade econômica dos contratos, a AED permite revelar que

O bem-estar social, em uma relação contratual individualizada, somente pode ser identificado na estrutura do mercado subjacente ao contrato que está sendo celebrado e ao processo judicial relacionado ao litígio a ele pertinente. Vale dizer, a sociedade ou a “igualdade” não são representados pela parte mais fraca de uma específica relação contratual ou por um demandante no litígio, mas sim pelo grupo ou cadeia de pessoas integrante de um específico mercado.³⁰⁹

Nas palavras de Luciano Timm, é a percepção do contrato individualizado como árvore e do espaço público do mercado subjacente como floresta³¹⁰.

decisão, devendo a motivação demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (art. 20 caput e parágrafo único), e que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas, e, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos (art. 21 caput e parágrafo único).

³⁰⁹ TIMM, 2012, p. 197.

³¹⁰ Ibidem, p. 197.

No caso do *Contrato de Opção Previdenciária*, o mercado subjacente é formado pela cadeia ou rede de servidores contratantes da transição, no contexto específico de relações contratuais de natureza securitária e previdenciária³¹¹, que estão a demandar “grande número de contratos análogos, a ponto de formar o fundo coletivo que suportará o interesse de todos, cujas satisfação e segurança dependerão, em larga medida, da preservação e do cumprimento dessa rede contratual”³¹².

Assim, a ideia central é evitar que a intervenção *ex post* do Estado proporcione a determinado contratante a percepção de benefícios pelos quais não tenha pagado (internalizado) no contexto da barganha³¹³, cujos custos terminariam sendo repassados à rede / cadeia do mercado subjacente. É poder identificar quem estaria a ganhar ou a perder com, ou sem, a intervenção pleiteada na relação contratual, de modo que o direito contratual possa, especialmente, oferecer um marco regulatório previsível e passível de proteção jurídica, bem como criar proteção contra o comportamento oportunista³¹⁴.

O foco do RPC, portanto, é no que se faz no caminho (gestão, fiscalização e supervisão) da formação das reservas matemáticas que sustentarão os benefícios complementares e não na correção de eventuais resultados *ex post*, sem lastro no percurso. É o foco num sistema, cujo marco regulatório desenha no *dever ser* de suas normas o propósito de se constituir um *meio* para geração cooperativa e equânime de bem-estar e não um mecanismo finalístico de apropriação competitiva de bem-estar coletivo.

Por sua vez, a sobreutilização do sistema de justiça pode ser o segundo efeito da litigância oportunista em torno do *Contrato de Opção Previdenciária*, pois, além das migrações já realizadas, aos novos servidores da União apenas é dada a oportunidade de ingressar ou não no RPC, sem acesso ao RPPS nos moldes tradicionais, razão pela qual há risco de ações coletivas ou de litigância repetitiva relacionada ao regime, que estará a depender do objeto de eventuais e vindouros conflitos de interesses, mas, sobretudo, do grau de intervenção judicial verificado.

Uma das possíveis soluções para esse espectro de problemas passa pela uniformização de jurisprudência enquanto *capital jurídico*³¹⁵, tal como preconizado por Ivo Teixeira Gico Júnior, assim como pela utilização da AED enquanto chave de leitura do *Contrato de Opção Previdenciária* e dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça firmados em matéria de

³¹¹ TIMM, 2012, p. 197-198.

³¹² Ibidem, p. 197-198.

³¹³ Ibidem, p. 205.

³¹⁴ Ibidem, p. 213-214.

³¹⁵ GICO JR., Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462/44453>>. Acesso em: 15 mar. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v267.2014.46462>.

previdência complementar, controlando a racionalidade do sistema e o risco do denominado “fenômeno da frivolidade e habitualidade processual”³¹⁶, sob pena de se impor custos de transação para o Estado (custos ao sistema de justiça) e para os participantes diante da necessidade de custeio da defesa em Juízo. E justiça congestionada não é justiça³¹⁷.

Como destaca Nuno Garoupa, “a contribuição fundamental da análise econômica do direito é essencialmente positiva ao introduzir uma análise consequencialista”³¹⁸, que tem peso na atualidade, eis que, “goste ou não, a interpretação da lei e do direito é hoje feita num contexto econômico e social de uma economia de mercado”³¹⁹.

Nesse sentido, “a ilusão dogmática das fontes do direito e a retórica tradicional sobre a interpretação da lei e a integração das lacunas escondem a realidade da influência das decisões do Poder Judiciário no mundo e na sociedade em que vivemos”³²⁰. E, como aponta Luciano Timm, não é o reconhecimento de que os tribunais devam determinar o cumprimento dos contratos literalmente, mas de que deveriam evitar, sobretudo, a interpretação discricionária de suas cláusulas em nome de preceitos genéricos e vagos como a “justiça social” e a “função social”, com a visão da justiça distributiva, os quais não apontam, per se, “estatísticas para medir quem se está de fato beneficiando e quem está verdadeiramente perdendo”³²¹.

Como pontua Nuno Garoupa,

não se trata de dizer que existe uma divergência entre os objetivos de eficiência e justiça social, mas sim de verificar que um objetivo de justiça social pontual ou casuística sacrifica a equidade e a igualdade social de longo prazo. Pode, pois, um magistrado ao pretender corrigir uma percepção de injustiça social no caso em julgamento criar ainda mais injustiça social.³²²

Importa levar a sério as consequências da cadeia de eventos relacionados, ou seja, as consequências práticas da decisão, como exigido pelo modelo de tomada da decisão pública, consoante alterações recentemente promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito

³¹⁶ “Ações com baixa probabilidade de êxito, manifestamente contrárias, muitas vezes, a julgados reiterados, e com excesso de habitualidade de propositura, ocupam boa parte do tempo de trabalho dos julgadores impedindo-os, frequentemente, de dedicarem tempo e atenção devidos a inúmeras outras demandas não frívolas” (JÚNIOR MARCELINO, 2016, p. 196).

³¹⁷ GAROUPA, Nuno. A análise econômica do direito como instrumento de reforço da independência do Judiciário. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. v. 10, n. 37, p. 81-87, jul./set. 2007, p. 85.

³¹⁸ Ibidem, p. 83.

³¹⁹ Ibidem, p. 84.

³²⁰ Ibidem, p. 84.

³²¹ TIMM, 2012, p. 207.

³²² GAROUPA, Nuno. A análise econômica do direito como instrumento de reforço da independência do Judiciário. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. v. 10, n. 37, p. 81-87, jul./set. 2007, p. 84.

Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942)³²³. É a promoção de uma “Justiça baseada em evidência”³²⁴, na qual o Poder Judiciário,

não tem que ser doutor em economia, mas saber fazer as perguntas, tem de saber onde e como perguntar o que é relevante em vez de se basear em questões meramente processuais que acabam por gerar custos econômicos importantes, bem como desprestigiar a magistratura.³²⁵

Nesse sentido, a resposta do Direito já tem sido dada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se pode inferir dos seguintes precedentes que estão a demonstrar a relação de coerência que se exige da relação entre benefício e formação da fonte de custeio, com centralidade no equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

Especificamente, a demonstrar que os benefícios no regime de previdência complementar e os respectivos regulamentos dos planos devem guardar relação de índole dinâmica e não estática para salvaguarda do equilíbrio financeiro e atuarial, eis o seguinte precedente:

[...]
PREVIDÊNCIA PRIVADA. APOSENTADORIA COMPLEMENTAR. CONCESSÃO. CÁLCULO DA RENDA MENSAL INICIAL. REGULAMENTO DA ÉPOCA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO BENEFÍCIO. INCIDÊNCIA.

[...]
II - Tese para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O regulamento aplicável ao participante de plano fechado de previdência privada para fins de cálculo da renda mensal inicial do benefício complementar é aquele vigente no momento da implementação das condições de elegibilidade, haja vista a natureza civil e estatutária, e não o da data da adesão, assegurado o direito acumulado. Esse entendimento se aplica a quaisquer das modalidades de planos de benefícios, como os Planos de Benefício Definido (BD), os Planos de Contribuição Definida (CD) e os Planos de Contribuição Variável (CV). [...] (REsp 1435837 RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Rel. p/

³²³ Ao estabelecer que, entre outros importantes aspectos, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, devendo a motivação demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (art. 20 caput e parágrafo único), e que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas, e, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos (art. 21 caput e parágrafo único).

³²⁴ Movimento análogo àquele que, na medicina, tem sido chamado de Medicina baseada em evidência, tal como referido por Rachel Herdy, Janaina Matida e Marcella Mascarenhas Nardelli, na publicação: A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica. *Revista Consultor Jurídico*. 13 mar. 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica?imprimir=1>>. Acesso em: 14 mar. 2020.

³²⁵ GAROUPA, Nuno. A análise econômica do direito como instrumento de reforço da independência do Judiciário. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. v. 10, n. 37, p. 81-87, jul./set. 2007, p. 86.

Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/02/2019, DJe 07/05/2019).

Para evidenciar que o valor da renda mensal dos benefícios deve guardar correspondência com as contribuições vertidas à época e durante a formação das reservas matemáticas, sendo vedada a majoração com parcelas estranhas a esta relação, os seguintes precedentes:

[...] PREVIDÊNCIA PRIVADA. VERBAS REMUNERATÓRIAS (HORAS EXTRAORDINÁRIAS). RECONHECIMENTO PELA JUSTIÇA TRABALHISTA. INCLUSÃO NOS CÁLCULOS DE PROVENTOS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRÉVIO CUSTEIO. MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO. POSSIBILIDADE DE RECÁLCULO DO BENEFÍCIO EM AÇÕES JÁ AJUIZADAS.

[...]

1. Teses definidas para os fins do art. 1.036 do CPC/2015 a) “A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria.” b) “Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho.” c) “Modulação dos efeitos da decisão (art. 927, § 3º, do CPC/2005): nas demandas ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento – se ainda for útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa –, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso.” d) “Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa da entidade fechada de previdência complementar.”

[...]

(REsp 1312736 RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/08/2018, DJe 16/08/2018)

[...]

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) Nos planos de benefícios de previdência privada fechada, patrocinados pelos entes federados – inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente –, é vedado o repasse de abono e vantagens de qualquer natureza para os benefícios em manutenção, sobretudo a partir da vigência da Lei Complementar n. 108/2001,

independentemente das disposições estatutárias e regulamentares; b) Não é possível a concessão de verba não prevista no regulamento do plano de benefícios de previdência privada, pois a previdência complementar tem por pilar o sistema de capitalização, que pressupõe a acumulação de reservas para assegurar o custeio dos benefícios contratados, em um período de longo prazo. [...]

(REsp 1425326 RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/05/2014, DJe 01/08/2014).

E, para demonstrar a relevância da previsibilidade ínsita ao RPC para fins de formação das reservas matemáticas aptas ao pagamento de benefícios, afastando a inclusão a posteriori de parcelas e ônus imprevisíveis, o seguinte precedente:

[...]

1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973), é a seguinte: “Nos planos de benefícios de previdência complementar administrados por entidade fechada, a previsão regulamentar de reajuste, com base nos mesmos índices adotados pelo Regime Geral de Previdência Social, não inclui a parte correspondente a aumentos reais”.

[...]

(REsp 1564070 MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/03/2017, DJe 18/04/2017).

4.3. A LINDB e o novo modelo decisório: a ponderação das consequências práticas

Nessa linha, levantam-se como essenciais as alterações recentemente promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942)³²⁶, que, como preleciona Juliana Bonacorsi de Palma, estão a demonstrar que a “insegurança jurídica é um dado da realidade: ela jamais poderá ser vencida”, sendo limitados os remédios delineados pela via normativa, o que não obsta a pretensão das referidas alterações legislativas de se constituírem como “meta-norma nas relações com o Poder Público, de modo que particulares possam fazer seus planos e, por sua vez, também o Direito desenhe planos de articulação institucional para o alcance de finalidades públicas”³²⁷.

³²⁶ Ao estabelecer que, entre outros importantes aspectos, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, devendo a motivação demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (art. 20 caput e parágrafo único), e que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas, e, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos (art. 21 caput e parágrafo único).

³²⁷ PALMA, Juliana B. de. A proposta de Lei da Segurança Jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. Disponível em < <http://www.sbdp.org.br/2018/04/23/a-proposta-de-lei-da-seguranca-juridica-na-gestao-e-do-controle-publicos-e-as-pesquisas-academicas/> >. Acesso em: 25 jun. 2018.

Trata-se de impor padrões de ônus argumentativos, de modo que os processos decisórios do agente, e não a capacidade de previsão, “sejam constantemente redesenhados para novas situações ou para uma compreensão renovada de situações passadas”³²⁸, afinal, como explicita David Wiggins,

um agente pode acreditar que esteja claro para ele, em uma dada situação, qual o interesse relevante e, não obstante, descobrir-se insatisfeito com o todo e qualquer silogismo prático que promove tal interesse, ou seja, é preciso trabalhar com a ideia de que em tal processo decisório o agente possa recuar do interesse ao perceber seus custos e consequências, e recomençar todo o processo de reflexão.³²⁹

É o despertar da noção de que “não é necessariamente verdade que aquele que deseja o fim deve desejar, igualmente, os meios para atingir tal fim”³³⁰, de forma que, ao aplicar o Direito, espera-se que a autoridade julgadora³³¹, seja capaz de lidar e de decidir, tanto sob o contexto do influxo de normas gerais e abstratas³³², quanto acerca de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativas, determinando o conteúdo do valor aplicado no caso concreto, levando em conta o peso dos efeitos práticos do exercício de suas atribuições³³³.

E, para tanto, o tomador de decisão deverá explicitar o processo mental de natureza lógica, fundado no conhecimento técnico-científico e na experiência da vida social, utilizado para prever os efeitos práticos de sua decisão³³⁴, especialmente as consequências jurídicas e administrativas, traduzidas por João Vicente Santos de Mendonça da forma seguinte:

Consequências jurídicas são estados imediatos e imediatamente futuros associados à interpretação ou à aplicação do Direito e que, certos ou prováveis, sejam exequíveis e admissíveis pela Constituição de 1988. Consequências administrativas são estados imediatos e imediatamente futuros, associados à atuação pública e que, certos ou prováveis, sejam igualmente exequíveis e admissíveis por nossa Constituição.³³⁵

³²⁸ WIGGINS, 2010, p. 146.

³²⁹ Ibidem, p. 144.

³³⁰ Ibidem, p. 144.

³³¹ Nas esferas judicial, administrativa e controladora. A se lamentar a falta de referência ao legislador, mas a presença das três esferas apontadas cumpre o importante objetivo de integrá-las, evitando a proliferação de incentivos e a retroalimentação quanto à incerteza e à insegurança jurídica em cascata, conforme pontua Marçal Justen Filho, em: Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 15 mar. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>.

³³² Fruto do fenômeno da afirmação de sociedades multiclasse representadas nos parlamentos e da “aceleração do tempo” e combate ao risco de obsolescência do direito, conforme Marçal Justen Filho, *ibidem*.

³³³ Ibidem.

³³⁴ Ibidem.

³³⁵ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>>. Acesso em: 15 mar. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77649>.

Não se trata de afirmar que a LINDB imponha uma concepção consequencialista do direito³³⁶ e nem de expandir a análise para consideração de eventos meramente plausíveis e remotos no tempo³³⁷, o que conduziria a novo grau de indeterminação, posto que, como pontua Mendonça, “consequência não é palpite”, mas “derivação lógico-jurídica ou cogitação empiricamente sustentada”³³⁸.

Em mais adequada acepção, o foco é promover a previsibilidade e a segurança jurídica, reduzindo-se a indeterminação e a potencial arbitrariedade de processos decisórios simplistas, superficiais, pouco transparentes e desproporcionais em relação aos fins exequíveis e admissíveis pela Constituição³³⁹, impondo-se o exercício de um modelo decisório que submeta o titular de uma competência decisória nas esferas judicial, administrativa e controladora a uma efetiva concretização das normas gerais³⁴⁰.

Tais aspectos reforçam a utilização da chave de leitura da AED para compreensão da transição de regimes previdenciários e do *Contrato de Opção Previdenciária*, tendo-se em vista que “a contribuição fundamental da análise econômica do direito é essencialmente positiva ao introduzir uma análise consequencialista”³⁴¹, propugnada pela LINDB e pelo ambiente socioeconômico em que se inserem os regimes previdenciários.

Importa, pois, avaliar o impacto das decisões a serem tomadas em relação à causa estruturada no âmbito do *Contrato de Opção Previdenciária*, identificando as cláusulas contratuais da precificação da tomada de decisão de investimento por parte dos servidores contratantes em face da oferta pública normativa, entendendo-as como as “instruções”³⁴² que

³³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 15 mar. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>.

³³⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>>. Acesso em: 15 mar. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77649>.

³³⁸ Ibidem.

³³⁹ Conforme JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit.

³⁴⁰ Para tanto, impõe-se reconhecer, conforme Marçal Justen Filho (Ibidem), a aplicação conjunta da LINDB com o artigo 489 §1º do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente às atividades administrativas e controladoras, que dispõe que: “Art. 489. (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

³⁴¹ Ibidem.

³⁴² Alan Schwartz apud CRISTOFANI, 2017, p. 209.

“reduzem os custos de transação” decorrentes “das incertezas do ambiente econômico e social, e coordenam as atividades humanas”³⁴³, o que se dirige como objeto de consideração inafastável a todos os atores envolvidos, abarcando as esferas administrativas (funcionais, regulatórias, e previdenciárias), controladoras e judiciais em seus processos decisórios.

Trata-se de cobrar do tomador de decisão, nas esferas judicial, administrativa e controladora, a consideração séria de dados empíricos e evidências “para medir quem se está de fato beneficiando e quem está verdadeiramente perdendo”³⁴⁴ em relação a determinado contexto processual, e não só a apresentação de respostas, como também se revela fundamental o conhecimento sobre as perguntas certas e relevantes a serem feitas no caso³⁴⁵.

4.3.1. Proposta de um modelo de decisão

Destarte, correlacionando o contributo da análise econômica do direito – como instrumento de avaliação de consequências – aos parâmetros impostos pela LINDB, propomos o seguinte modelo de tomada de decisão relacionada ao *Contrato de Opção Previdenciária*:

Análise do ato (decisão ou proposição) de alteração do *Contrato de Opção Previdenciária*.

1) Unilateral ou consensual?

- a) **Consensual** → Possível à luz da autonomia da vontade, com limite no cumprimento do *point* do direito fundamental à previdência (art. 421 do Código Civil; art. 1º, incisos II e III, art. 3º, incisos I a IV, art. 6º, *caput*, art. 40, e 202 da Constituição de 1988; e artigos XXII e XXV da “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, 217 (III) A, Paris, 1948). É possível o reequilíbrio da equação econômico-financeira, desde que observado o limite da vedação do retorno ao *status quo ante* (consequências inconstitucionais traduzidas na consequência econômica da tragédia dos baldios).
- b) **Unilateral.**



2) Decorre de circunstâncias supervenientes?

- a) **Não** → *Pacta sunt servanda*.
- b) **Sim.**



³⁴³ Douglas North apud CRISTOFANI, 2017, p. 214.

³⁴⁴ TIMM, 2012, p. 207.

³⁴⁵ GAROUPA, Nuno. A análise econômica do direito como instrumento de reforço da independência do Judiciário. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. v. 10, n. 37, p. 81-87, jul./set. 2007.

3) **Previsíveis ou imprevisíveis?**

- a) **Previsíveis** → *Pacta sunt servanda*: O risco de insuficiência das reservas matemáticas, no momento de verificação dos riscos sociais, é aspecto de certa forma ínsito ao sistema, eis que está a depender dos resultados das aplicações das contribuições vertidas no mercado financeiro, sem rentabilidade garantida, a par do processo inflacionário e da taxa básica de juros da economia, entre outros aspectos.
- b) **Imprevisíveis**.

↓

4) **Importam a ineficácia absoluta abstrata e geral do meio para alcance do *point* da previdência complementar?**

- a) **Sim** → Hipótese de incumprimento eficiente. É possível o reequilíbrio da equação econômico financeira, desde que observado o limite da vedação do retorno ao *status quo ante* (consequências inconstitucionais traduzidas na consequência econômica da tragédia dos baldios).
- b) **Não**.

↓

5) **Qual a origem / fonte do ato?**

- a) **Administrador, controlador, juiz ou legislador?**

↓

6) **Foi observado o rito / modelo do processo decisório?**

- a) **Não** → Nulidade. *Pacta sunt servanda*.
- b) **Sim** → Administrador, controlador e juiz → LINDB + Art. 489, §§1º 2º, CPC.
→ Legislador → Devido processo legal legislativo. Óbice no art. 60, §4º, inciso IV da Constituição de 1988.

↓

7) **Quais os aspectos e medidas específicos ao ato na arquitetura da barganha?**

- a) **Benefício especial.**

- i. Supressão ou redução (efeito prático administrativo):

↓

Conduta oportunista (efeito *hold up*) (consequência econômica) → Direito Adquirido em decorrência de ato jurídico perfeito (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988) (consequência jurídica).

- ii. Majoração:

↓

Comportamento *rent-seeking* (consequência econômica) → *Pacta sunt servanda* / Possibilidade de reequilíbrio da equação econômico financeira. Vedação do retorno ao *status quo ante* (consequências inconstitucionais e consequência econômica na tragédia dos baldios).

b) Contribuição paritária.

i. Supressão ou redução (efeito prático administrativo):



Conduta oportunista (efeito *hold up*) (consequência econômica) + ‘Fuga’ de capitais e participantes do fundo (consequências administrativas) e tragédia dos anti-baldios (consequência econômica) → Óbice na cláusula da boa-fé (art. 422, do Código Civil) (consequência jurídica) + Defesa de direito fundamental: art. 6º, *caput*, combinado com art. 60, §40, inciso IV, da Constituição de 1988).

ii. Majoração:



Comportamento *rent-seeking* (consequência econômica) → *Pacta sunt servanda* / Possibilidade de reequilíbrio da equação econômico financeira. Vedação do retorno ao *status quo ante* (consequências inconstitucionais e consequência econômica na tragédia dos baldios).

c) Autonomia de gestão previdenciária.

i. Apropriação do excedente decorrente da minoração do salário-de-contribuição (imposição de novo sistema ou exação).



Conduta oportunista (efeito *hold up*) (consequência econômica) → Óbice na cláusula da boa-fé (art. 422, do Código Civil) (consequência jurídica) e vedação de confisco (art. 150, inciso IV, da Constituição de 1988).

d) Reservas matemáticas acumuladas.

i. Apropriação.



Conduta oportunista (efeito *hold up*) (consequência econômica) + ‘Fuga’ de capitais e participantes do fundo (tragédia dos anti-baldios – consequência econômica) → Proteção do Direito Adquirido (direito acumulado) (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988 e precedentes do Superior Tribunal de Justiça) (consequência jurídica).

ii. Majoração.



Comportamento *rent-seeking* (efeito *carona*) (consequência econômica) → Proteção do direito acumulado na relação de causa e efeito entre bônus e ônus considerados no processo de formação das reservas matemáticas (Precedentes do Superior Tribunal de Justiça) (consequência jurídica).

CONCLUSÃO

O presente estudo nos proporcionou identificar no RPPS a presença de paradoxos, para além das aparências criadas pela retórica comum e sem sustentação em evidências na matéria de direitos sociais, geralmente limitada a preceitos vagos e genéricos e a noções como *vedação de retrocesso* e *reserva do possível*, entre os quais a lição de que o desenho do caráter solidário do RPPS tradicional³⁴⁶ funciona, diferentemente do que se poderia supor, como mecanismo de operação e de incentivo de duas ineficiências que causam distorções distributivas e mitigam a eficiência do regime: a) os incentivos ao comportamento *rent-seeking*; e b) o arbítrio estatal, pois alimentam a ação de grupos de pressão e, sobretudo, o comportamento predatório (*rent-seeking*) em relação à riqueza produzida em comum³⁴⁷ (orçamento público), conduzindo à internalização de benefícios superiores aos custos de sua manutenção (externalizados para o sistema), e, ressalte-se, em dimensão acima da cobertura sustentável e razoável dos riscos sociais eleitos na moldura constitucional (*finalidade*), criando constantes encargos obrigatórios às custas da liberdade das gerações futuras.

O estudo revelou que o mecanismo da solidariedade, nesse caso, à luz da denominada teoria dos jogos³⁴⁸, funciona como incentivo ao comportamento competitivo catalisado pelo arbítrio do Estado (jogador imprevisível), que acentua a nota da imprevisibilidade das regras do jogo da previdência, durante o desenrolar de jogos repetidos³⁴⁹, indefinidamente até a verificação do risco social, o que faz com que a estratégia dominante³⁵⁰ seja mesmo a competição por meio da ação dos grupos de pressão, para fins de obtenção de mecanismos favoráveis ou para postergar e dificultar suas reformas³⁵¹, traduzindo consequências práticas que não encontram amparo constitucional.

Contudo, a AED não funcionou apenas como chave de leitura para as disfuncionalidades do sistema, revelando também as lições para a construção da solução dos problemas práticos dos sistemas tradicionais. Sob o enfoque da teoria dos jogos, pode-se afirmar que, no jogo da previdência, a cláusula do equilíbrio financeiro e atuarial também existe em favor do segurado, exigindo-se que o sistema ofereça ao segurado a oportunidade de fazer planos previdenciários com o maior grau possível de segurança jurídica.

³⁴⁶ Na conformação anterior à instituição do RPC.

³⁴⁷ LOPES, 2006, p. 198.

³⁴⁸ Aplica-se às situações em que o direito se defronta com circunstâncias em que há poucos tomadores de decisão e em que a ação ótima a ser executada por uma pessoa depende do que o outro agente econômico escolher. Essas situações são como jogos, pois as pessoas precisam decidir por uma estratégia. Uma estratégia é um plano de ação que responde às reações de outras pessoas. A teoria dos jogos lida com qualquer situação em que a estratégia seja importante.

³⁴⁹ COOTER, 2010, p. 56.

³⁵⁰ Ibidem, p. 56.

³⁵¹ As reformas no marco legal do RPPS e do Sistema de Proteção Social dos Militares ocorrem de forma lenta e coincidem com as proximidades do período inicial dos mandatos no Poder Executivo Federal (1998, 2003 e 2019).

Assim, por um lado, a perspectiva da alegoria da tragédia dos baldios afirmou a necessidade de reforma na arquitetura jurídico-institucional do sistema para a progressiva internalização dos custos da rivalidade de acesso aos recursos comuns, impondo-se custos aptos a refletirem a participação de cada usuário no resultado coletivo, de modo a reduzir a intensidade da participação individual, moderando-se a exploração dos recursos ao ritmo normal, prevenindo-se o seu depauperamento³⁵². Por outro lado, permitiu atribuir à transição do RPPS para o RPC, prevista pela Emenda 20/98 e instituída pela Lei nº 12.618/2012, o sentido da estruturação de um novo modelo previdenciário, fundado na contratualização e na definição de titularidades ou *property rights*³⁵³ no contexto de um acervo de direitos ou *bundles of rights*³⁵⁴, para o efeito de mitigar o comportamento predatório e o arbítrio estatal, bem como de ampliar o escopo da cláusula do equilíbrio financeiro e atuarial, alinhando os critérios de justiça distributiva do sistema aos princípios do direito moderno.

Revelou-se, com isso, que os jogadores tendem a adotar como estratégia dominante a cooperação, para efeito de se evitar o desperdício e de fortalecer a formação das reservas matemáticas individualizadas, provendo individualidade e autolimitação às partes do sistema quando respondem pelos custos e contam com maior previsibilidade no jogo da previdência³⁵⁵.

Além disso, sob a ótica da AED, foi possível unificar na noção de barganha o sentido para o Direito e para a Economia dos deslocamentos patrimoniais, incentivos e expectativas envolvidos na operação prática da transição do RPPS para o RPC, traduzindo-os numa experiência contratual inovadora de permuta especial, sob a denominação de *Contrato de Opção Previdenciária*, na qual o servidor renuncia à contrapartida protetiva até então garantida pelas regras e contribuições vertidas acima do teto do RGPS, em troca de duas obrigações da União: a) concessão de benefício especial (sob cláusula suspensiva), b) obrigação de fazer (contrapartida paritária no regime complementar) ou obrigação de não intervir na autonomia de gestão previdenciária garantida ao servidor contratante para aplicação dos recursos excedentes, derivados da redução de seu salário-de-contribuição agora limitado ao teto do RGPS.

A operação, estruturada como *acordo de vontades de partes diversas, com objetivo de se criar uma situação individual*³⁵⁶, foi classificada como espécie contratual atípica *bilateral* em sua formação e efeitos, que se faz notar no encontro de vontades direcionado à “permuta entre obrigações principais”³⁵⁷ (renúncia *versus* contrapartida por meio de benefício especial e contribuição paritária / não intervenção) em *nexo de correspectividade (sinalagma funcional)*,

³⁵² ARAÚJO, 2008, p. 78 e 83.

³⁵³ Ibidem, p. 22.

³⁵⁴ Ibidem, p. 24.

³⁵⁵ Conforme Capítulo 3.

³⁵⁶ ALMEIDA, 2012, p. 82-83. Para a ideia de situação jurídica individual, ressalta o referido autor que contrato não é o acordo de vontades, mas sim a norma criada a partir do encontro de vontades (ALMEIDA, 2012, p. 67).

³⁵⁷ FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 256.

e por essa razão *onerosa* e *comutativa*, na qual se estruturam decisões de cunho econômico (investimento financeiro) e previdenciário (cobertura securitária); *solene*, ante a exigência de trâmite e utilizam de forma específica; *intuito personae*, em razão da limitação do universo de possíveis contratantes e da impossibilidade de prosseguimento da execução por cessão da posição contratual; de *duração com execução periódica em regularidade exata* (no caso da contrapartida paritária) ou *execução continuada* (dever de não intervenção na autonomia de gestão previdenciária), sendo *condicional* com relação ao dever de prestação do benefício especial (sujeito à condição) e *instantâneo de execução imediata* em relação ao influxo de normas do RPC e limitação dos benefícios do RPPS aos limites do RGPS para os contratantes; de *adesão*³⁵⁸, ante a presença dos atributos da pré-disposição das cláusulas por apenas um dos contratantes (*predisponente*), sem *liberdade de estipulação (take it or leave it)*³⁵⁹ para a contraparte (*aderente*)³⁶⁰; e, por fim, *irretratável* e *irrevogável*³⁶¹.

Tratando-se de arranjo que não se encerra na substituição de regimes jurídicos institucionais, ou mesmo na contrapartida que segue a renúncia irrevogável e irretratável à cobertura privilegiada, mas que encontra sua causa na condição de instrumento ou veículo de solução da tragédia dos baldios³⁶², o que significa dizer construção e manutenção de um sistema previdenciário fundado na progressiva internalização dos custos da rivalidade de acesso aos recursos (previdenciários) comuns, por meio da definição compensatória³⁶³ de direitos de propriedade (cotas de participação), de maneira que a participação de cada usuário e o grau de cooperação resultante da articulação consorciada (poder público/servidores) seja refletida no

³⁵⁸ “O contrato de adesão mencionado nos arts. 423 e 424 do novo Código Civil não se confunde com o contrato de consumo”, conforme Enunciado nº 171 do Conselho da Justiça Federal.

³⁵⁹ Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie*. Vol. 4. 2. ed. Salvador: Juspodvim editora, 2012.

³⁶⁰ Pode-se definir o contrato de adesão como sendo “aquele cujo conteúdo clausular é unilateralmente definido por um dos contratantes, que o apresenta à contraparte, não podendo esta discutir qualquer de suas cláusulas: ou aceita em bloco a proposta contratual que lhe é feita, ou a rejeita e prescinde da celebração do contrato” (Cf. Ana Prata apud FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie*. Vol. 4. 2. ed. Salvador: Juspodvim editora, 2012. p. 299).

³⁶¹ Sobre a classificação dos contratos, verificar: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson, op., cit.

³⁶² Termo utilizado por Fernando Araújo, na sua obra: *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O Problema Econômico do Nível Ótimo de Apropriação*. Lisboa, Portugal: Almedina, 2008, que retomou o título e o tema da lição proferida pelo autor nas Provas de Agregação prestadas em finais de outubro de 2007, na Reitoria da Universidade de Lisboa. Explica o referido autor que: “(...) 4. No decurso das provas suscitou-se uma questão terminológica: porquê Baldios, uma expressão histórica e culturalmente muito conotada – e também legislativamente – com realidades locais de atividade agrícola, silvo-pastoril, silvícola e apícola, uma expressão designativa de uma realidade muito menos extensa do que aquela que verdadeiramente se pretende referir, uma outra realidade que abarca até fenómenos de dimensão planetária? Com efeito, como se verá, esses baldios, na sua acepção tradicional, não são senão um subgrupo dentro do universo mais vasto de fenómenos que referimos, fenómenos que são abarcáveis na designação económica de recursos comuns, porventura a mais rigorosa em termos puramente analíticos. Todavia, usámos em nossa defesa, e mantemos, o argumento de que a expressão Baldios é, de todas as possíveis, decerto a mais sugestiva, a que mais rapidamente permite a compressão elementar dos interesses em causa e aquela que mais facilmente é retida na memória”.

³⁶³ Derivada do binômio renúncia/recompensa.

resultado coletivo, moderando-se a exploração dos recursos ao ritmo normal, e prevenindo-se o seu depauperamento³⁶⁴.

Em que pese a presença da Administração Pública na condição de *predisponente*, a qualificação do pacto não encontra enquadramento na designação de contrato administrativo, em função da ausência da nota distintiva da possível *incidência do regime de Direito público autoexecutório inerente à ação administrativa, acompanhado, em distintos graus, de prerrogativas de ação unilateral*³⁶⁵, na medida em que a hipótese contratual ora tratada se articula no contexto de conferir estabilidade e segurança compatíveis com a ideia de *previdência*, operando com lógica de direito de aquisição sucessiva³⁶⁶, a entrelaçar regras de regimes funcionais dos servidores públicos efetivos da União, normas regulatórias e previdenciárias³⁶⁷ ao âmbito do regime de previdência complementar de índole contratual decorrente do artigo 202 da Constituição de 1988, no qual se percebe um pleno exercício de autolimitação das prerrogativas de ação autoexecutória e unilateral da Administração, com fundamento e predisposição de clausulado em lei, a implicar dever de observância dos termos da barganha para além das fronteiras do direito público.

Paradoxalmente, o contrato reposicionou as relações funcionais e previdenciárias entabuladas entre servidores e Administração na fronteira havida entre o direito público e o privado, restringindo o poder de ação unilateral do Estado para potencializar sua ação na relação contratualmente cooperativa como base necessária e indispensável para cumprimento equânime da função pública subjacente ao contrato, qual seja, alcançar a *finalidade* do sistema (RPC), buscando-se a conciliação entre o intuito de maximização da cobertura dos riscos sociais (objetivo econômico primário na exploração dos recursos) e as suas possibilidades de sustentação (equilíbrio financeiro e atuarial) do sistema previdenciário, notadamente atingidos pelo arbítrio estatal e pelo comportamento predatório no RPPS tradicional.

Ainda sob a ótica da AED, exploramos os principais possíveis riscos ao cumprimento do *Contrato de Opção Previdenciária*, revelando-se no comportamento oportunista (*efeito hold up*) e na ação do servidor *carona* as bases reformuladas das ineficiências do arbítrio estatal e do comportamento predatório.

Os achados de pesquisa, nesse marco teórico, mais uma vez, indicaram o caminho da ponderação consequencialista como chave de leitura para conceptualização dos riscos e

³⁶⁴ ARAÚJO, 2008, p. 78 e p. 83.

³⁶⁵ ALMEIDA, 2012, p. 355.

³⁶⁶ SIMÕES, Fernando Nunes; MACÊDO, Manoel Moacir Costa. *O Direito Acumulado dos Participantes dos Fundos de Pensão*. Goiânia: Scala Gráfica e Editora, 2006. p. 64, 76-77, 80-81. Citado no STJ, REsp 1435837, 2ª Turma, rel. Min. Villas Boas Cuevas, 27/02/2019.

³⁶⁷ As regras do regime próprio cuidam do delineamento do termo inicial de pagamento dos benefícios especial e complementar, dos proventos de aposentadorias e pensões limitados ao teto; as regras do regime geral de previdência condicionam os critérios de reajustamento dos benefícios pagos pelo regime complementar.

localização das respostas e dos mecanismos jurídicos para lidar com as situações problemáticas, ora resumidas na percepção de que a essência do risco é a rearticulação dos padrões de ação unilateral ou a do solidarismo típico do RPPS tradicional, cujos intuitos são, respectivamente, reduzir a pressão sobre as contas públicas – explorando estrategicamente, e de forma oportunista, o bem-estar gerado por um investimento atempado e enclausurado sob os auspícios das cláusulas da irrevogabilidade e irretratabilidade –, ou se obter benefícios às custas de se externalizar para terceiros (orçamento público ou participantes das Funpresp's) ônus e obrigações não consentidos, o que é a busca da oportunidade de se obter benefícios com fonte de custeio no Estado ou no ‘colega’ servidor, não em si próprio.

A lição central revelada pela pesquisa para a resposta do Direito, nesses casos, é poder identificar quem estaria a ganhar ou a perder com, ou sem, a intervenção pleiteada na relação contratual, de modo que o direito contratual possa, especialmente, oferecer um marco regulatório previsível e passível de proteção jurídica, bem como criar proteção contra o comportamento oportunista³⁶⁸, pois o foco do RPC é, pois, no que se faz no caminho (gestão, fiscalização e supervisão) da formação das reservas matemáticas que sustentarão os benefícios, evitando-se, ademais, que a intervenção *ex post* do Estado proporcione a determinado contratante a percepção de benefícios pelos quais não tenha pagado (internalizado) no contexto da barganha³⁶⁹, cujos custos terminariam sendo repassados à rede / cadeia do mercado subjacente.

Em todo caso, outra resposta do Direito para enfrentamento e mitigação dos riscos está na imposição do exercício de modelo de avaliação de consequências práticas, a saber, jurídicas, administrativas e socioeconômicas, para o processo de tomada da decisão pública, tal como previsto nas alterações recentemente promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942)³⁷⁰, que, sob a chave de leitura da AED, permitirá avaliar o impacto das decisões a serem tomadas em relação à causa estruturada no âmbito do *Contrato de Opção Previdenciária*, identificando as cláusulas contratuais da precificação da tomada de decisão de investimento por parte dos servidores optantes em face

³⁶⁸ ARAÚJO, 2008, p. 213-214.

³⁶⁹ Ibidem, p. 205.

³⁷⁰ Ao estabelecer que, entre outros importantes aspectos, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, devendo a motivação demonstrar a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (art. 20 caput e parágrafo único), e que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas, e, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos (art. 21 caput e parágrafo único).

da oferta pública normativa, entendendo-as como as “instruções”³⁷¹, que “reduzem os custos de transação” decorrentes “das incertezas do ambiente econômico e social, e coordenam as atividades humanas”³⁷², o que se dirige como objeto de consideração inafastável a todos os atores envolvidos, abarcando as esferas administrativas funcionais, regulatórias, previdenciárias, controladoras e judiciais em seus processos decisórios.

Trata-se de cobrar do tomador de decisão, nas esferas judicial, administrativa e controladora, a consideração séria de dados empíricos e evidências “para medir quem se está de fato beneficiando e quem está verdadeiramente perdendo”³⁷³ em relação a determinado contexto processual, e não só a apresentação de respostas, como o conhecimento sobre as perguntas certas e relevantes a serem feitas no caso³⁷⁴.

Por fim, o estudo da transição do RPPS para o RPC sob a ótica da AED nos proporcionou a oportunidade de revisitar a própria conceptualização do *dever ser* do direito previdenciário, trazendo a lição final de que esse ramo do Direito, para além de cuidar da dualidade *direito / não-direito* a um determinado benefício previdenciário, pode ser instrumento de transformação da realidade, constituindo-se, em sintonia com os objetivos e princípios fundamentais insculpidos na Constituição de 1988, como um direito ‘meio’ ou a ‘lança’ – e não o ‘fim’ ou ‘alvo’ –, que pode contribuir para que seja atingido o objetivo maior da liberdade do ser humano, ao estruturar, por meio da experiência contratual, a convergência do reforço dos vínculos da solidariedade social e da mitigação das tendências autoritárias do Estado³⁷⁵ na cooperação para construção de uma riqueza nova, que pode financiar o desenvolvimento econômico e não se servir dele, de modo que, como ressalta Amartya Sen,

“o que nos move, com muita sensatez, não é a compreensão de que o mundo é privado de uma justiça completa (...), mas a de que a nossa volta existem injustiças claramente remediáveis que queremos eliminar”³⁷⁶.

³⁷¹ Alan Schwartz apud CRISTOFANI 2017, p. 209.

³⁷² Douglas North apud CRISTOFANI, 2017, p. 214.

³⁷³ TIMM, 2012, p. 207.

³⁷⁴ GAROUPA, Nuno. A análise econômica do direito como instrumento de reforço da independência do Judiciário. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. v. 10, n. 37, p. 81-87, jul./set. 2007.

³⁷⁵ ALMEIDA, 2012, p. 385.

³⁷⁶ SEN, 2011, p. 9.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quarter Latin, 2012.

AMARAL, Carolline Scofield; VIEIRA, Fernando Cezar Carrusca. Benefício especial – Lei nº 12.618/2012: alterações sobre sua natureza jurídica, forma de cálculo, fato gerador, momento da aquisição/concessão, fruição e regime tributário. JURIS PLENUM PREVIDENCIÁRIA – Ano VI – número 24 – novembro de 2018, p. 125-144.

ARAÚJO, Fernando. *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O Problema Econômico do Nível Ótimo de Apropriação*. Lisboa, Portugal: Almedina, 2008.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Lisboa, Portugal: Almedina, 2007.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, 217 (III) A (Paris, 1948). Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. ampl. e rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado n. 171. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/305>>. Acesso em: 04 jun. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão especial destinada a proferir parecer à proposta de Emenda Constitucional nº 6, de 2019, que “modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências”. Deputado Samuel Moreira. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1764444&filena me=PRL+2+PEC00619+%3D%3E+PEC+6/2019>. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Exposição de Motivos encaminhada ao Congresso Nacional pela Mensagem nº 306, de 1995, do Poder Executivo. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Cam ara/EC020_cam_28051998_em.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. EMI nº 00097/2007/MP/MPS/MF, de 16 de maio de 2007. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7F505A64541C3470F304901C0098F265.proposicoesWebExterno1?codteor=501938&filename=PL+1992/2007>. Acesso em: 23 jan. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. EM nº 29/2019, de 20 de fevereiro de 2019. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712459&filena me=PEC+6/2019>. Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Parecer nº 390, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, apresentado pelo Senador Beni Veras. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC20/Senado/EC020_sen_25071997_prc390.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Parecer apresentado na Comissão de Seguridade Social e Família. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9FF63155AB29E9934A9345B3236DA45F.proposicoesWebExterno1?codteor=1595936&filename=Parecer-CSSF-11-09-2017>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Relatório Final da CPI dos Fundos de Pensão. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/55a-legislatura/cpi-fundos-de-pensao/documentos/outros-documentos-1/relatorio-final-apresentado-em-12-04-16>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Diário Oficial da União, 191-A, de 05.10.1988. Página 1.

BRASIL. Decreto nº 10.210, de 23 de janeiro de 2020. Prevê a contratação de militar inativo para o desempenho de atividades de natureza civil na administração pública. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 23 jan. 2020. Edição: 16-A. Seção: 1 – Extra. Página: 1.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Seção 1, página 1.

BRASIL. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 mai. 2001. Seção 1, página 3.

BRASIL. Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012. Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona; fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal; autoriza a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud); altera dispositivos da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 mai. 2012. Seção 1, página 2.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Parecer nº 0061/2018/GCG/CGJPF/CONJUR-MP/CGU/AGU, de 29 de maio de 2018. Disponível em <<http://sapiens.agu.gov.br>>. Acesso em: 18 mai. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Diretrizes Gerais e Guia Orientativo de Elaboração Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da

Presidência da República (SAG). Disponível em <<http://www.casacivil.gov.br/regulacao/eventos/2018/diretrizes-gerais-e-guia-de-analise-de-impacto-regulatorio-air-resultado-da-consulta-publica-sag-casa-civil/diretrizes-gerais-e-guia-de-analise-de-impacto-regulatorio-2013-air-resultado-da-consulta-publica>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Relatório Contábil do Tesouro Nacional: Uma análise dos ativos e passivos da União (2017). Brasília, mai. 2018. Disponível em <www.tesouro.gov.br>. Acesso em 06 jul. 2018.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. Resolução n. 490, de 28 de junho de 2018. Brasília/DF. Disponível em <<https://www2.cjf.jus.br/jspui/bitstream/handle/1234/50040/Res%20490-2018%20publ.pdf?sequence=6>>. Acesso em: 10 de dez. 2018.

BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1477937/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/04/2017, DJe 20/06/2017.

BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1435837 RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, segunda seção, julgado em 27 de fevereiro de 2019, DJe 07 mai. 2019.

BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1312736 RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, segunda seção, julgado em 08 de agosto de 2018, DJe 16 ago. 2018.

BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1425326 RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, segunda seção, julgado em 28 de maio de 2014, DJe 01 ago. 2014.

BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1564070 MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, segunda seção, julgado em 22 de março de 2017, DJe 18 abr. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, REsp 1.340.594/MT, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 17 de dezembro 2013, DJe 19 mar. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.451/2019. Plenário. Relator: Ministro. Bruno Dantas. Sessão de 09 de outubro de 2019. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/981120192.PROC/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=545ca460-3fa6-11ea-97ab-a74434ca488b>>. Acesso em: 21 jan. 2020.

BUCHANAN, J.M., TULLOCK apud SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Políticas de governo e planejamento estratégico como problemas de escolha pública. *RAE-Revista de Administração de Empresas*. [S.l.], v. 36, n. 4, p. 38-50, out. 1996. ISSN 2178-938X. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rae/article/view/38162/36904>>. Acesso em: 19 jun. 2018.

BUTLER, Eamonn. *Escolha pública: um guia*. Tradução de Matheus Pacini. São Paulo: Bunker Editorial, 2015. (Estudantes pela liberdade).

CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 155-200, jan.-jun., 2014. Disponível em <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/07-rev19_155-200_-_uinie_caminha.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARVALHO NETO, Menelick. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, Fórum Limitada, n.º 01, p. 11-20, mar., 2001.

CAPRA, Fritjof. *O Ponto de Mutação*. A Ciência, a Sociedade e a Cultura emergente. 14. ed. São Paulo: Cultrix, 1995.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Bookman: São Paulo, 2010.

CRISTOFANI, Claudia Cristina. Contratos relacionais, informação e resolução de litígios. In: POMPEU, Guimarães Ivan; BENTO, Lucas Fulete Gonçalves; e POMPEU, Renata Guimarães (Coords). *Estudos Sobre Negócios e Contratos: Uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito*. São Paulo: Almedina, 2017.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco: Vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. Vol. 1. 12. ed. Salvador: Juspodvim editora, 2010.

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Econômicos, o salário mínimo em dezembro de 2019 deveria ser de R\$ 4.342,47, frente ao importe de R\$ 998,00, para sustentar uma família de quatro pessoas. Os levantamentos consideram o valor da cesta básica mais cara dentre 17 capitais pesquisadas. Disponível em <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 28 jan. 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil, de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016*. São Paulo: Malheiros editores, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, England: Harvard University Press, 1986.

HERDY, Rachel; MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella Mascarenhas. A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica. *Revista Consultor Jurídico*. 13 mar. 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica?imprimir=1>>. Acesso em: 14 mar. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Contratos: Teoria Geral e Contratos em Espécie*. Vol. 4. 2. ed. Salvador: Juspodvim editora, 2012.

FERNANDES, Gustavo Andrey; FERNANDES, Guilherme Antônio. O Equilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos: O Caso da Análise das Taxas Internas de Retorno/TIRs das Concessões Rodoviárias. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (Orgs.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: sbdp/Direito Gv/Malheiros Editores, 2015. p. 256-276.

GAROUPA, Nuno. A análise econômica do direito como instrumento de reforço da independência do Judiciário. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*. v. 10, n. 37, p. 81-87, jul./set. 2007.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set. 2014. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462/44453>>. Acesso em: 15 mar. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v267.2014.46462>.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Bem-Estar Social e o Conceito de Eficiência*. Working Paper Centro Universitário de Brasília – UniCeUB, Brasília, 2019.

GRÁFICOS apresentados por Hélio Zylberstajn no Curso Direito e Previdência: Transição de Regimes Previdenciários, em São Paulo, em junho de 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120 do CP). Vol 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

HAMILTON, Alexander. *O federalista / Hamilton, Madison, e Jay*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2003.

JÚNIOR MARCELINO, Júlio Cesar. *Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB – Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 15 mar. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648>.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, v. 2, n. 8, p. 11, out. 2004. Disponível em <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29104>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

LOPES, José Reinaldo. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 182-230.

MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e sua quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>>. Acesso em: 15 mar. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77649>.

PALMA, Juliana B. de. A proposta de Lei da Segurança Jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. Disponível em <<http://www.sbdp.org.br/2018/04/23/a-proposta-de-lei-da-seguranca-juridica-na-gestao-e-do-controle-publicos-e-as-pesquisas-academicas/>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

PIZZOL, Patrícia Miranda. [Comentário ao art. 145 do CPC]. In: ALVIM, Angélica Arruda (Coord.) [et. Al.]. *Comentários ao código de processo civil*, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 230.

PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. *Contribuições: teoria geral, contribuições em espécie*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?* Tradução e adaptação ao direito brasileiro de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010.

PROL, Flávio Marques. “Constitucionalizando o retrocesso: suspendendo direitos para garantir confiança”. In: RODAS, João Grandino; ATTIÉ JUNIOR, Alfredo (Orgs.). *Trinta Anos da Constituição Federal: retrospectiva, avanços e desafios*. São Paulo: 1. ed., 2018, 1042 p., 23 cm, p. 479-500.

REGULAMENTO do Plano de Benefícios da Funpresp-Jud, por exemplo, o participante poderá optar pelo resgate apenas nos casos de cessação do vínculo efetivo com o patrocinador e se não estiver em gozo de benefício previsto no Regulamento (artigos 6º, §2º e 31).

RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2. ed. Lisboa, Portugal: Almedina, 2016.

RICHARDSON, Henry S. *Democratic Autonomy: Public Reasoning about the Ends of Policy*. Oxford Political Theory (Locais do Kindle 83-84) Edição do Kindle.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves acenos para uma análise estruturalista do contrato. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, v. 45, n. 141, p. 7-30, jan./mar. 2006.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Luiz Renato Ferreira da. *Reciprocidade e Contrato: A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

TAFNER, Paulo Sérgio. *Reforma da Previdência*. Elsevier Editora Ltda. Edição do Kindle.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

TENÓRIO, Rodrigo. *Regime de previdência: é hora de migrar? O guia definitivo para o servidor público sobre vantagens e desvantagens da migração para o regime de previdência complementar*. 924434. Edição do Kindle.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti Timm (Org.) [et al.]. *Direito e Economia*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 63-96.

TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

TIMM, Luciano Benetti. *Artigos e Ensaios de Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TIMM, Luciano Benetti. “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?” In: RODAS, João Grandino; ATTÍE JUNIOR, Alfredo (Orgs.). *Trinta Anos da Constituição Federal: retrospectiva, avanços e desafios*. São Paulo: 1. ed., 2018, 1042 p., 23 cm. p. 803-822.

WIGGINS, David. Deliberação e Razão Prática. In: ZINGALO, Marco (Org.). *Sobre a Ética Nicomaqueia de Aristóteles*. Textos Seleccionados. São Paulo: Odisseus Editora, 2010.