

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN : Saúdo o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Gilmar Mendes. Apenas para rememorar a controvérsia e as premissas que embasam minhas conclusões, consigno que se trata de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que entendeu ser inválida cláusula de contrato de previdência complementar que prevê aplicação de percentuais distintos para homens e mulheres no cálculo de aposentadoria complementar. Transcrevo parte da ementa:

“PREVIDÊNCIA PRIVADA. FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS. FUNCEF. SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. DIFERENCIADAÇÃO DE PERCENTUAIS ENTRE HOMENS E MULHERES PARA PAGAMENTO DE BENEFÍCIOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. REJEITADA A PRELIMINAR.

(...)

A utilização de percentuais diferenciados para cálculo de aposentadoria complementar de seguros dos sexos masculino e feminino caracteriza ofensa ao princípio da isonomia, previsto no art. 5º, inc. I, da Constituição Federal.

No caso em exame se trata de contrato de adesão, cuja interpretação deve ser mais benéfica à parte hipossuficiente, quanto mais em se tratando de matéria relativa à previdência privada, que embora trate de *res privata* submete-se às regras de ordem pública quanto à sua formação e execução dos referidos planos assistenciais.

Portanto, é perfeitamente possível estabelecer a equiparação no caso em tela entre situações semelhantes, na medida em que tanto homens quanto mulheres no mais das vezes contribuem sobre bases salariais idênticas, sendo razoável que nutram a expectativa de perceberem proventos suplementares em igual medida.

(...)"

Controverte-se acerca da validade de cláusula regulamentar que preveja percentuais diferenciados para homens e mulheres quando da obtenção de aposentadoria proporcional. Ou seja, a autora pretende ver alterado o percentual de 70% (setenta por cento) de seu benefício suplementar pago pela recorrente para o mesmo percentual fixado para os associados homens: 80% (oitenta por cento), sob alegação de violação ao princípio da isonomia. A recorrente, Fundação dos Economiários Federais – FUNCEF, fundamenta

sua pretensão nos artigos 5º, I e LV; 202, *caput* e § 1º, todos da Constituição da República.

No regime jurídico anterior à Constituição de 1988, apenas ao homem havia a possibilidade de obtenção do benefício de aposentadoria proporcional. Nesses termos dispunha o art. 32 da então vigente Lei 3.807/1960 (Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS):

“Art. 32. A aposentadoria por tempo de serviço será concedida aos 30 (trinta) anos de serviço, no valor correspondente a:I - 80% (oitenta por cento) do salário de benefício, ao segurado do sexo masculino;

II - 100% (cem por cento) do mesmo salário, ao segurado do sexo feminino.

(...)§ 1º Para o segurado do sexo masculino que continuar em atividade após 30 (trinta) anos de serviço, o valor da aposentadoria será acrescido de 4% (quatro por cento) do salário de benefício para cada novo ano completo de atividade abrangida pela previdência social, até o máximo de 100% (cem por cento) desse salário aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço.”

Foi o advento da Constituição de 1988 que transformou o regramento da matéria, de modo a permitir a adoção da aposentadoria por tempo de serviço proporcional também à mulher, cumprido o requisito de 25 (vinte e cinco) anos de tempo de serviço

A Emenda Constitucional n.º 20/1998 alterou a disciplina do benefício de forma substancial, transformando-o em aposentadoria por tempo de contribuição e assegurando sua concessão aos 30 (trinta) anos de contribuição para as mulheres, como se vê:

• “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;

II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os

trabalhadores rurais de ambos os性os e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.”

A EC 20/1998, portanto, extinguiu a aposentadoria por tempo de serviço. Para os segurados que já estavam inscritos no Regime Geral de Previdência Social remanesce a possibilidade de concessão da aposentadoria proporcional, cumpridos os requisitos de idade mínima de 53 (cinquenta e três) anos para homens e 48 (quarenta e oito) para mulheres; tempo de contribuição de 30 (trinta) anos para homens e 25 (vinte e cinco) para mulheres, bem como período adicional de contribuição equivalente a 40% (quarenta por cento) do tempo que faltava até 16.12.1998 para atingir os 30 (trinta) ou 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, a depender do caso, tudo nos termos das regras de transição previstas no art. 3º da EC 20/1998.

A Lei 8.213/91, no art. 53, cuja redação é anterior à EC 20/1998, previu a aposentadoria por tempo de serviço a partir dos 25 (vinte e cinco) anos de serviço para as mulheres, com pagamento do benefício em valor correspondente a 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício e possibilidade de acréscimo de 6% (seis por cento) para cada novo ano completo de atividade, até o limite de 100% (cem por cento). Confira-se a redação:

“Art. 53. A aposentadoria por tempo de serviço, observado o disposto na Seção III deste Capítulo, especialmente no art. 33, consistirá numa renda mensal de:

I - para a mulher: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 25 (vinte e cinco) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço;

II - para o homem: 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício aos 30 (trinta) anos de serviço, mais 6% (seis por cento) deste, para cada novo ano completo de atividade, até o máximo de 100% (cem por cento) do salário-de-benefício aos 35 (trinta e cinco) anos de serviço.”

Como se vê, os percentuais são idênticos para homens e mulheres no desenho da aposentadoria proporcional concebido para o Regime Geral de Previdência Social. A questão controversa, no entanto, refere-se a regime privado de previdência complementar, regulado pelo art. 202 da Constituição da República, que dispõe:

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

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

§ 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.

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada.

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação.

Os contratos de previdência privada submetem-se ao direito civil, conforme dispõe o § 2º do art. 202 da Constituição, que diferencia o contrato de previdência complementar do contrato de trabalho do beneficiário. Neste sentido é o entendimento desta Suprema Corte:

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Previdência privada. Complementação de aposentadoria. RE nºs 586.453/SE-RG e 583.050/RS-RG. Competência da Justiça comum. Modulação dos efeitos para manter na Justiça do Trabalho processos com sentença de mérito proferida até a conclusão do julgamento do recurso (20/2/13). Regras do Direito Civil. Utilização pela Justiça Laboral. Possibilidade. 1. Por força do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal na análise conjunta dos RE nºs 586.453/SE e 583.050 /RS, a competência para processar e julgar a questão relativa ao saldamento do plano previdenciário, embora fosse, de fato, da Justiça comum, permaneceu com a Justiça do Trabalho em razão da modulação dos efeitos do julgamento. 2. Mesmo sendo a competência da Justiça do Trabalho, não significa, que essa não deva observar, ao se debruçar sobre uma relação de direito civil, as regras desse último. 3. O Contrato de previdência complementar dissocia-se do contrato de trabalho, não havendo razão ou respaldo legal para aplicar ao primeiro a lógica e o regramento do segundo. 4. Correta a decisão monocrática na qual se determinou o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que aquele colegiado, com amparo na legislação pertinente e nos elementos coligidos no acórdão prolatado pelo Tribunal de 2ª instância, profira nova decisão acerca do saldamento operado e da cláusula de quitação plena celebrada, à luz do que dispõe o Direito Civil. 5. Agravo regimental não provido. 6. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, pois não houve fixação prévia de honorários advocatícios na causa.” (ARE 1021537 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 06.10.2017, grifos nossos).

Os contratos de previdência privada são, ainda, regidos pela Lei Complementar 109/2001, que prevê independência do regime privado relação ao Regime Geral de Previdência Social, nos termos do art. 68:

“Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

§ 1º Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.

§ 2º A concessão de benefício pela previdência complementar não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social.”

Na espécie, faz-se necessário, para o deslinde da causa, saber se a diferença de gênero é fator apto para a fixação assimétrica de benefício de ordem previdenciária.

Quanto ao regime público, a possibilidade de tal desigualdade é inconteste. Com efeito, os requisitos para aposentação de homens e mulheres no Brasil são distintos. As mulheres são beneficiadas com requisitos menos gravosos de idade e de tempo de contribuição, nos termos do § 7º do art. 201 da Constituição, na redação da EC 103/2019, cujo teor reproduzo:

“§ 7º É assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I - 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição;

II - 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, para os trabalhadores rurais e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.”

No regime próprio dos servidores públicos a distinção também se verifica, conforme previsão do art. 40, CRFB, também na redação da EC 103/2019:

“Art. 40. O regime próprio de previdência social dos servidores titulares de cargos efetivos terá caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente federativo, de servidores ativos, de aposentados e de pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

§ 1º O servidor abrangido por regime próprio de previdência social será aposentado:

I - por incapacidade permanente para o trabalho, no cargo em que estiver investido, quando insuscetível de readaptação, hipótese em que será obrigatória a realização de avaliações periódicas para verificação da continuidade das condições que ensejaram a concessão da aposentadoria, na forma de lei do respectivo ente federativo;

I - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos 70 (setenta) anos de idade, ou aos 75 (setenta e cinco) anos de idade, na forma de lei complementar;

III - no âmbito da União, aos 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na idade mínima estabelecida mediante emenda às respectivas Constituições e

Leis Orgânicas, observados o tempo de contribuição e os demais requisitos estabelecidos em lei complementar do respectivo ente federativo."

Despiciendo ressaltar a existência de diversos fatores que contribuem para tratamento desigual entre homens e mulheres no mercado de trabalho, tais como a vinculação entre o trabalho formal e a proteção conferida pelos sistemas contributivos; os papéis sociais tradicionais desempenhados pelos gêneros na sociedade (homem provedor, mulher cuidadora); a participação menor (embora crescente) da mulher no mercado de trabalho; a remuneração inferior ao trabalho da mulheres, bem como a falta de reconhecimento das tarefas de cuidado, geralmente desempenhada por mulheres.

Os requisitos diferenciados para inativação das mulheres buscam, desta forma, minorar os impactos enfrentados pelas mulheres em razão da desigualdade de gênero – na vida em sociedade e no mercado de trabalho.

As regras distintas para aposentação das mulheres foram insertas pelo constituinte com evidente propósito de proclamar igualdade material – não se limitando à igualdade meramente formal.

Com efeito, a isonomia formal, assegurada pelo art. 5º, I, CRFB, exige tratamento equitativo entre homens e mulheres. Não impede, todavia, que sejam enunciadas regras mais benéficas às mulheres diante da necessidade de medidas de incentivo e de compensação não aplicáveis ao gênero masculino.

A análise aqui realizada se robustece justamente a partir da Teoria do Impacto Desproporcional, emergida nos Estados Unidos após o fim das políticas raciais segregacionistas. Nas palavras do eminente Min. Joaquim Barbosa, o impacto desproporcional pode ser definido como "*Toda e qualquer prática empresarial, política governamental ou semigovernamental, de cunho legislativo ou administrativo, ainda que não provida de intenção discriminatória no momento de sua concepção, deve ser condenada por violação ao princípio constitucional da igualdade material se, em consequência de sua aplicação, resultarem efeitos nocivos de sua incidência especialmente desproporcional sobre certas categorias de indivíduos*". (GOMES, Joaquim Barbosa. Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24).

A Corte Europeia de Justiça também tem usado a teoria do impacto desproporcional a fim de “ *coibir discriminações indiretas no campo da igualdade de gênero* ”. No Caso 170/84, Bilka-Kaufhaus vs. Von Hartz, entendeu a Corte que, ao estipular um sistema de pensão privado cujo benefício fosse excludente a trabalhadoras em regime de tempo parcial, se incorria em discriminação indireta em relação às mulheres, à medida que eram maioria no regime mencionado. Configurava-se, portanto, violação ao art. 119 do Tratado de Roma sobre igualdade entre homens e mulheres no mercado de trabalho (SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no Direito Constitucional Brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: NOVELINO, Marcelo Camargo. (Org). Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3^a edição. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 215).

O respeito à igualdade não é, contudo, obrigação cuja previsão somente se aplica à esfera pública. Incide, aqui, a ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sendo importante reconhecer que é precisamente nessa artifiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres:

“As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

(...)

A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o

poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.” (RE 201819, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11.10.2005).

Reconhecer situações favoráveis à mulher das quais não se beneficia o homem não significa violar o princípio da isonomia, aqui enfocado sob o prisma material.

É significativo notar, ademais, conforme ressaltado pela Procuradoria-Geral da República no parecer constante dos autos, que “ *a FUNCEF paga à mulher o mesmo que ao homem, quando não se trata de aposentadoria proporcional, não obstante ser menor o tempo de contribuição dela. Isso mostra que o sistema adotado pela FUNCEF abre-se, por deliberação interna, ao favorecimento da situação feminina em termos de complementação de aposentadoria, na mesma linha do sistema oficial de previdência. Não força a lógica interna do sistema adotado pela FUNCEF, assim, que a Fundação, na aposentadoria proporcional, também receba o influxo do desenho normativo que o constituinte traçou para a previdência social*”.

Reconheço, desta forma, presentes os pressupostos necessários para que a relação da FUNCEF, ora recorrente, com seus segurados, dentre os quais se inclui a autora, ora recorrida, submetam-se à eficácia irradiante dos direitos fundamentais, especificamente o da igualdade de gênero.

Como resultado, a segurada mulher deve ter assegurado seu direito de receber complementação de aposentadoria sempre no mesmo patamar do segurado homem, sendo irrelevante que contribua por tempo menor.

Ante o exposto, pedindo vênia àqueles que manifestam compreensão diversa, nego provimento ao recurso extraordinário.

Formulo a seguinte proposta de tese: “ *É inconstitucional, por violação ao princípio da isonomia (art. 5º, I, da Constituição da República), cláusula de contrato de previdência complementar que, ao prever regras distintas entre homens e mulheres para cálculo e concessão de complementação de aposentadoria, estabelece valor inferior do benefício para as mulheres, tendo em conta o seu menor tempo de contribuição.*”

É como voto.