

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL
DIREITO PÚBLICO - TURMA (2018)

O Regime de Previdência Complementar dos servidores efetivos da União: a transição de regimes previdenciários e a (im) possibilidade de alteração unilateral pela União do contrato administrativo de opção previdenciária, sob o enfoque da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e do diálogo entre Direito e Economia.

Fernando Cezar Carrusca Vieira

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP,
Sob a orientação do professor Rubens Eduardo Glezer.

Versão de 01.10.2018

2018

1. Tema, contexto, objetivos e delimitação de escopo.

O presente projeto de pesquisa tem como objetivo analisar o desenho institucional do Regime de Previdência Complementar (RPC) como especial experiência contratual animada por regime jurídico próprio, com o intuito de delimitar as possibilidades, ou não, da superveniência de alterações unilaterais pela União, sob o enfoque da proposição de critérios e parâmetros para o processo de tomada de decisão pública, na linha do que preconiza a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.655/2018 e à luz do arcabouço conceitual de Direito e Economia.

Considerando-se que a previdência pública sustenta-se em contexto constitucional que oscila no âmbito de um especial dilema da escassez - o intuito de suficiente cobertura dos riscos sociais e o equilíbrio das contas públicas¹-, o advento do RPC, tal como autorizado pela Emenda Constitucional nº 41/2003 e instituído pela Lei nº 12.618/2012, opera transição paradigmática em relação ao tradicional e estatutário Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) dos servidores efetivos da União, possibilitando novo ponto de partida para aprofundamento do debate entre Direito e Economia, proteção à confiança e análise de consequências na tomada de decisão pública, especialmente a judicial.

Sob este enfoque, a pesquisa parte de objetivo exploratório em relação ao regime jurídico do RPC à luz do diálogo entre os raciocínios jurídico e econômico.

A partir do modelo da tragédia dos baldios e dos anti-baldios, do teorema de Coase e da teoria dos jogos, buscar-se-á, num primeiro momento, analisar e explorar a estruturação institucional da transição proposta entre o RPPS e o RPC: matriz de alocação de riscos e incentivos e redução dos custos de transação e da incerteza para os agentes da relação jurídica previdenciária em cena.

A proposta, neste primeiro enfoque é analisar se e em que medida, a partir da articulação entre os raciocínios jurídico e econômico, permite-se identificar a sustentabilidade síntese do embate entre as determinações constitucionais de suficiente cobertura dos riscos sociais e de preservação dos critérios de equilíbrio das contas públicas, de modo a resguardar a racionalidade econômica e a finalidade que animam a noção de regime previdenciário.

¹ Ambos os aspectos preconizados pelo artigo 40 da Constituição de 1988, que determina a cobertura dos riscos sociais morte, doença, idade avançada e invalidez, assim como a observância de critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial do regime.

Na sequência, considerando que foi concedido o direito de opção aos servidores submetidos ao RPPS pela migração ou não para o RPC², objetiva-se analisar de que maneira a formalização de referida opção constitui espécie de arranjo contratual, ora denominado contrato administrativo de opção previdenciária, e, via de consequência, respectiva tipologia, matriz de riscos, e função social, a par da incidência possível ou não de cláusulas exorbitantes, e do influxo dos postulados da boa-fé objetiva e da proteção à confiança legítima, decorrentes do grau de especificidade dos ativos envolvidos no RPC.

A pesquisa ainda contempla intuito propositivo, eis que se depreende da realidade fática a permeabilidade do tradicional RPPS às pressões orçamentárias, para fins de realinhamento da forma de concepção e tratamento do dilema da escassez na seara previdenciária, sobretudo mediante limitação unilateral crescente de direitos a cada reforma, inclusive quanto à redefinição frequente de regras de transição.

Num contexto de transição entre o RPPS, tradicionalmente estatutário – e sujeito ao alvedrio do legislador –, para um regime tecnologicamente contratualizado e regulado, qualificado por crescentes pressões orçamentárias, a aplicabilidade prática do presente trabalho demanda resposta à pergunta: **Se e em que medida é possível ou não a alteração unilateral pela União nos aspectos institucionais e contratuais do RPC?**

² 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. (com destaques).

Por sua vez, a Lei nº 12.618/2012 dispôs-se:

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 irretroatável, 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.** (com destaques)

A busca pela resposta a referida pergunta de pesquisa será especialmente desenvolvida na conjugação dos dois principais pontos de estudo: **(i)** de um lado o resultado da análise do desenho institucional do Regime de Previdência Complementar (RPC) como especial experiência contratual; e **(ii)** de outro a estruturação do processo de tomada de decisão pública, notadamente a judicial³, sobretudo quanto à identificação de **(ii.i)** critérios de justiça, e **(ii.ii)** parâmetros para análise de consequências.

O primeiro ponto de estudo já foi mencionado na primeira parte deste item.

Nesta perspectiva do segundo ponto de estudo surge a LINDB⁴, como instrumento normativo a ser considerado nos processos de tomada de decisão pública (administrativa, controladora e judicial), e que está a exigir ônus argumentativos qualificados que, por um lado, tornam presente para o tomador de decisão que considere o risco de erro de sua parte, e, de forma correlata, impõe expressamente a busca por decisões qualificadas, consequentes e com base em evidências⁵, o que se revela essencial para a salvaguarda das finalidades que animam o novo paradigma previdenciário, sobretudo numa seara em que é indispensável a *previdência*.

É indispensável considerar que a LINDB não apresentou, e penso que sequer poderia fazê-lo sem redundar na obsolescência, um critério normativo único para os tomadores de decisão, especialmente os juízes, possam avaliar, *ex ante*, as consequências de suas decisões, dada a própria essência dinâmica da vida do Direito.

Neste ponto, a pesquisa recorrerá ao arcabouço conceitual de Direito e Economia para avaliar e propor parâmetros adequados à mitigação dos riscos decorrentes da

³ Como espécie de bem público direcionado à pacificação dos conflitos de interesses.

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 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).

⁵ Também denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Sobre o ponto, como bem ressalta Juliana Bonacorsi de Palma, 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” (A PROPOSTA DE LEI DA SEGURANÇA JURÍDICA NA GESTÃO E DO CONTROLE PÚBLICOS E AS PESQUISAS ACADÊMICAS. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguranca-juridica.pdf>>. Acesso em 25 jun., 2018).

superveniência de contingências inerentes às relações de longo prazo, e como, por exemplo, de *rent-seeking* e de eventuais comportamentos oportunistas das partes nas relações jurídicas previdenciárias (análise de consequências) como elementos que ameaçam a subsistência do RPC, a par de propor critérios de justiça adequados à racionalidade econômica e função social do referido regime previdenciário.

Mas não é só, pois se pretende ir mais além, alcançando-se a revelação ou *disclosure* do percurso decisório do agente público e suas respectivas etapas, de modo a avaliar-se desde o início a sua consistência interna.

Para tanto, com “âncora” no delineamento da análise de diferenças entre os regimes jurídicos estatutário (RPPS) e contratual (RPC), pretende-se utilizar o programa de pesquisa *Heuristics and Biases* – H&B⁶ para expor a estruturação dos processos de tomada de decisão pública judicial, desde o seu cerne, de modo a alcançar a possibilidade da propositura de padrões que sejam compatíveis com a transição paradigmática de que trata a pesquisa, identificando semelhanças, diferenças e riscos nos processos decisórios afetos a cada um dos referidos regimes.

A premissa neste ponto é a de que a ausência e própria impossibilidade de um critério normativo único para a avaliação de consequências *ex ante* das decisões públicas, notadamente as judiciais, pode conferir novos contornos ao disposto no art. 375 do Código de Processo Civil, que dispõe que “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”.

Pontue-se que na experiência judicial, mesmo a aplicação de uma regra de textura fechada pode demandar critérios hermenêuticos sofisticados para apreciação de sua compatibilidade com a Constituição, o que permite inferir desafios ainda maiores na

⁶ Como expõe a professora Anna Lygia Costa Rego, em sua tese *Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil* (2010. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 63-64), “entre as décadas de 1970 e 1980, uma série de artigos desenvolvidos por Amos Tversky e Daniel Kahneman, trouxe um novo paradigma de pesquisa a respeito do julgamento humano (no sentido de deliberação, do inglês judgement). A tarefa de pesquisa a que se propuseram foi desvendar aspectos do processo cognitivo humano, especialmente quanto à formação das probabilidades subjetivas”. Desenvolveu-se, neste sentido, continua a autora, uma linha de pesquisa inovadora e interdisciplinar entre pesquisa econômica, com base na psicologia, economia e matemática, cuja ideia central é “de que os agentes, ao tomarem decisões sob ambientes de incerteza, frequentemente baseiam-se num conjunto heurístico limitado, em detrimento de processos algorítmicos complexos”, de modo que “ao decidirem, utilizam regras simples (e suscetíveis a falhas) para tomar suas decisões: as heurísticas”, sendo que estas, “podem ser fontes de erros recorrentes: os vieses”.

concepção e aplicabilidade do formalmente abstrato e materialmente robusto contrato administrativo de opção previdenciária⁷.

E, assim, não apenas a possibilidade de escolhas hermenêuticas, como também as possíveis escolhas consequenciais em sede de análise do tipo preditiva são expressamente impostas ao julgador, o que demandará acesso e conhecimento de maior e mais amplo arcabouço teórico de base.

Dessa forma, o recurso aos instrumentos da H&B, cuja ideia básica é que “(i) os agentes utilizam atalhos mentais” (heurísticas) “para a tomada de decisão”, especialmente quanto à formação das probabilidades subjetivas, “e (ii) estas estão relacionadas a erros previsíveis, os vieses”⁸, a pretensão do presente trabalho direciona-se à análise da consistência interna do discurso judicial, propondo indicações de riscos e padrões para tomada de decisões que permitam revelar perspectiva de tutela consistente e hábil a impingir proteção à confiança legítima dos servidores e redução dos custos de transação, decorrentes do grau de especificidade dos ativos envolvidos no RPC e da incerteza, preservando-se a racionalidade da operação econômica subjacente.

Trata-se, portanto, de apreciar os elementos essenciais para a preservação da função social que anima o RPC e aprofundamento do debate entre direito, proteção à confiança legítima e análise de consequência das decisões públicas, especialmente as judiciais.

Afinal, a observância e aplicação sensata do direito implica avaliação do resultado.⁹

2. Justificativa da relevância prática e do potencial inovador

No contexto dos principais temas da agenda pública está o mencionado debate sobre a Previdência Social, no qual se percebe a mencionada oscilação entre a busca pela suficiente cobertura dos riscos sociais e o equilíbrio das contas públicas.

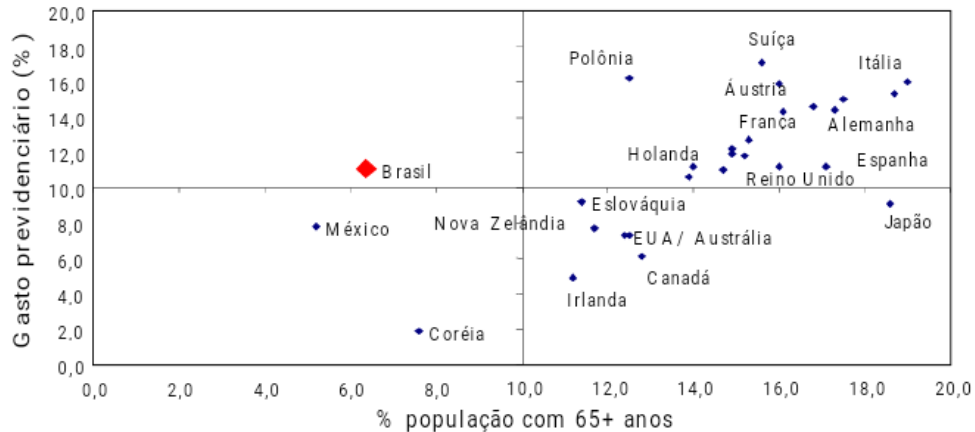
⁷ Formalmente abstrato na medida em que a legislação de regência não menciona expressamente a existência de um contrato. Faticamente robusto na perspectiva da especificidade dos ativos envolvidos no RPC, especialmente a renúncia realizada pelo servidor optante pela migração no que se refere às contribuições anteriormente vertidas para o RPPS sobre a totalidade da remuneração auferida.

⁸ REGO, Anna Lygia Costa. *Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, Universidade de São Paulo, São Paulo.

⁹ 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: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29104>>. Acesso em: 29 jun. 2018, p. 11.

Como ilustram os gráficos a seguir¹⁰, cotejando-se os dados demográficos com os relativos aos gastos previdenciários, ilustra-se a urgência e a relevância do estudo ora proposto, na medida em que o Brasil já alcançou padrão de gastos previdenciários compatível com os gastos de países como Reino Unido, Espanha, e Holanda, e superior aos de países como Canadá, Japão e Estados Unidos, mesmo sem ter alcançado o mesmo percentual de população idosa destes países.

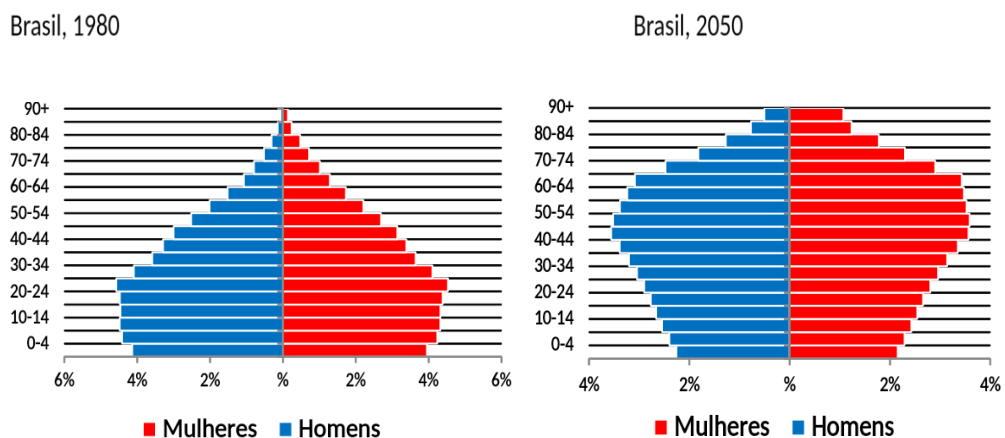
Gráfico 1: Gastos previdenciários e população idosa na OCDE e no Brasil



Fonte: ZYLBERSTAJN (2018)

O cenário referido se agrava diante da perspectiva de nossa Pirâmide Etária para o ano de 2050, com tendência de incremento do descompasso entre receitas e despesas do nosso sistema previdenciário.

Gráfico 2: Pirâmides Etárias.



Fonte: ZYLBERSTAJN (2018)

¹⁰ Gráficos apresentados por HÉLIO ZYLBERSTAJN no Curso Direito e Previdência: Transição de Regimes Previdenciários, em São Paulo, em junho de 2018.

E, como pontuam Bruno Bianco Leal e Felipe Mêmolo Portela, potencializa-se a pressão orçamentária existente sobre os gastos previdenciários, na medida em que

“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”¹¹.

Especificamente quanto ao RPPS, de acordo com Relatório Contábil do Tesouro Nacional relativo ao exercício de 2017¹², “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)”.

Neste cenário, dentre as principais temáticas existentes, encontra-se a instituição, ainda recente no âmbito da União, do denominado regime complementar de previdência dos servidores titulares de cargo efetivo, na forma autorizada no §14 do artigo 40 da Constituição, conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998¹³, e instituída pela Lei nº 12.618/2012.

É que destinado a contribuir para a redução da pressão orçamentária sobre as contas públicas, sobretudo no contexto do RPPS¹⁴, o desenho institucional do RPC permite vislumbrar elementos hábeis a configurarem avanços no que tange à racionalização do sistema previdenciário e do respectivo gasto público, apesar de ainda apresentar possíveis e relevantes incertezas regulatórias, a par de estar sujeito a riscos decorrentes da superveniência de contingências e de eventuais comportamentos oportunistas dos agentes das relações jurídicas previdenciárias, com riscos de comprometimento dos benefícios gerais percebidos a partir de sua racionalidade econômica subjacente.

¹¹ Previdência em crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 101.

¹² BRASIL. SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. “Relatório Contábil do Tesouro Nacional: Uma análise dos ativos e passivos da União (2017)”. Brasília, 05/2018. Disponível em <www.tesouro.gov.br>. Acesso em 06 jul. 2018.

¹³ Vide nota 3.

¹⁴ Apontam Bruno Bianco Leal e Felipe Mêmolo Portela, que em 2017, de acordo com dados do Banco Mundial (2017), os regimes próprios consomem recursos equivalentes a 4% do PIB, mas beneficiam apenas 1,5% da população brasileira (Previdência em crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 157).

Neste contexto, o potencial inovador deste estudo está em buscar no arcabouço conceitual de Direito e Economia, embora não exclusivamente, e com apoio da teoria do contrato, com ênfase nos contratos administrativos, fundamentos para:

- a) Demonstrar se e de que maneira a articulação entre os raciocínios jurídico e econômico subjacente ao RPC se propõe como hipótese de síntese do embate entre as determinações constitucionais de suficiente cobertura dos riscos sociais e de preservação dos critérios de equilíbrio das contas públicas;
- b) Analisar se e em que termos o exercício do direito de opção do servidor pela migração do RPPS para o RPC constitui espécie de arranjo contratual – contrato administrativo de opção previdenciária -, a demarcar a transição entre um regime tradicionalmente estatutário - e sujeito ao alvedrio do legislador -, para um regime tecnologicamente contratualizado e regulado, e, com isso, estabelecer novas bases teóricas para a conceptualização da própria noção de previdência pública;
- c) Avaliar e propor critérios de justiça e parâmetros para a tomada de decisão pública, notadamente a judicial, adequados à preservação da função social que anima o RPC e ao aprofundamento de novas bases do debate entre direito e consequência, consoante os requisitos estabelecidos nas recentes modificações na LINDB, ante os riscos decorrentes da superveniência de contingências, incertezas, *rent-seeking* e da possibilidade de comportamentos oportunistas (especificidades dos ativos envolvidos); e
- d) Propor, sob este prisma e a partir dos instrumentos da economia comportamental, no caso a H&B, a estruturação do processo de tomada de decisão judicial adequado às especificidades do regime jurídico do RPC, especialmente quanto à identificação de riscos e proposição de padrões de avaliação de consequências *ex ante* (análise de probabilidade) das decisões públicas, conferindo novas bases para aplicação do art. 375 do CPC.

Nesta linha, pretende-se analisar e explorar a prática jurídica, identificando aspectos concernentes ao regime e qualificação jurídicos, às suas fragilidades, às limitações e aos riscos envolvidos, bem como avançar para propor critérios e parâmetros para decisões públicas, sobretudo as judiciais.

E isto, na nova perspectiva da proposta de diálogo entre direito e consequência oferecida pela LINDB, esta última entendida como uma “meta-norma nas relações com o Poder Público”, a ser considerada nas decisões públicas (administrativa, controladora e judicial), e que está a exigir ônus argumentativos qualificados que tornam presente para o tomador de decisão que considere o risco de erro de sua parte, a par de impor,

expressamente, a busca por decisões qualificadas, sensatas, responsáveis e com base em evidências.

Ademais, pretende-se explorar a estruturação do processo de tomada de decisão pública, a partir dos modelos heurísticos descritos no instrumental da pesquisa de H&B, identificando seus riscos e fragilidades, a par das respectivas formas de mitigação e melhoria dos *standards* para os processos de interpretação e aplicação sensata e consequente do Direito.

E a indispensabilidade, a par do potencial inovador, da utilização do programa H&B se justifica na medida em que a LINDB impõe a análise de consequências da decisão pública, sabidamente tomada pelo agente em ambiente de incerteza e de relevante assimetria informacional em relação às partes, ao ambiente presente e aos cenários futuros, sobretudo num campo do conhecimento afeto a regras atuariais complexas.

Ao exigir-se do tomador de decisão uma avaliação prospectiva neste contexto, sobreleva-se a importância da articulação entre os instrumentos da Teoria do Direito e da H&B, que expõem as bases, limites e riscos da deliberação humana, que se revela, ademais, atalho para as conexões que o agente realizará no âmbito da dogmática jurídica para fundamentar sua decisão.

E isto, revela-se essencial para a salvaguarda das finalidades que animam o novo paradigma previdenciário, sobretudo numa seara em que é, como já exposto, indispensável a própria ideia de previdência.

3. Familiaridade com objeto da pesquisa

O autor atua como juiz federal substituto da 3ª Região desde maio de 2013, condição na qual possui competência jurisdicional para julgar casos relacionados ao regime previdenciário complementar, objeto do presente trabalho, 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.

4. Modelo de pesquisa

O presente trabalho possui caráter exploratório e terá como objeto os novos arranjos contratuais e modelos regulatórios no setor público, especificamente no âmbito do regime de previdência complementar do servidor público federal. Buscar-se-á, neste estudo, identificar

a estruturação jurídica, os limites e os principais riscos relacionados à prática, a partir dos quais seguirá fase propositiva de critérios e parâmetros a serem considerados na tomada de decisão pública, especialmente as judiciais.

5. Quesitos

À luz do escopo desta proposta de pesquisa, serão enfrentados os seguintes quesitos:

- 1) Em que consiste o regime de previdência complementar do servidor público? Quais as suas características básicas? Qual a sua fundamentação jurídica? No que difere do regime próprio?
- 2) Que entes da federação adotaram o regime de previdência complementar do servidor público? Quais os principais desafios para sua implementação? Em que medida a adoção do regime favorece o equilíbrio das contas públicas?
- 3) De que forma o paradigma da *Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios*, o *teorema de Coase* e a *teoria dos jogos* permitem estruturar a articulação entre os raciocínios jurídico e econômico subjacentes ao regime de previdência complementar do servidor público, e propor hipótese de síntese do embate entre as determinações constitucionais de suficiente cobertura dos riscos sociais e de preservação dos critérios de equilíbrio das contas públicas (dilema da escassez)?
- 4) Qual o regime jurídico da relação decorrente da opção concedida aos servidores públicos titulares de cargo efetivo da União, prevista no §16 do art. 40 da Constituição de 1988, combinado com o art. 3º, inciso II e §8º da Lei n º 12.618/2012? Trata-se de espécie de arranjo contratual no âmbito de regime previdenciário? Qual sua qualificação?
- 5) Tratando-se de arranjo contratual, qual seu cerne e sua matriz de riscos? Qual sua função social, e de que forma estes aspectos conformam a aplicabilidade ou não dos postulados da boa-fé objetiva, da segurança jurídica, e da proteção à confiança legítima? Há papel para a fidúcia na relação? Revela-se aplicável o artigo 122 do Código Civil, ou há incidência de cláusulas exorbitantes? Sob que aspectos? E sob que enfoques é, ou não, oponível a reguladores e às fundações públicas de previdência complementar?
- 6) Considerando a articulação entre a racionalidade jurídica e econômica, quais os principais riscos podem ser identificados na prática do RPC e como podem ser mitigados por critérios de justiça que preservem a função social de seu desenho institucional?
- 7) Quais parâmetros podem ser fornecidos pelos instrumentos da economia comportamental, no caso a H&B, especialmente quanto à identificação de riscos

e proposição de padrões de avaliação de consequências *ex ante* (análise de probabilidade) das decisões públicas, tal como preconizada pela LINDB?

6. Fontes de pesquisa e forma de acesso

Tratando-se de tema recente, poucos são os trabalhos doutrinários e raras as decisões judiciais específicas sobre o tema. E 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 vasta a produção doutrinária, nacional e estrangeira, relacionada à análise econômica do Direito e à teoria do contrato, bem como mais ampla a experiência jurisprudencial dos Estados Unidos, no tocante à articulação do raciocínio econômico no contexto do discurso judicial.

Com essas ressalvas e limitações, recorreremos às seguintes fontes de informação e respectivas técnicas de investigação a seguir expostas.

No contexto da consulta a fontes oficiais, a legislação relacionada à previsão e 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 proporcionarão a identificação do direito posto.

Quanto à consulta de doutrina nacional e estrangeira (pesquisa bibliográfica) afeta ao arcabouço conceitual da análise econômica do Direito, da teoria do contrato, e do programa H&B, destaca-se, quanto à estrangeira¹⁵, a literatura do direito contratual desenvolvidas nos Estados Unidos e de Portugal.

Decisões judiciais e administrativas (pesquisa jurisprudencial) serão identificadas e selecionadas no contexto da relevância da utilização de instrumental da análise econômica do Direito - sobretudo as apontadas na revisão bibliográfica -, e, ainda, quanto aos métodos e modelos utilizados para estabelecimento de critérios e parâmetros para apreciação de função social, intervenção, e revisão de contratos de longo prazo, a par de pesquisa

¹⁵ 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 a pauta da produção doutrinária nos Estados Unidos há mais de 30 anos, sendo que, diante do desenvolvimento do mercado naquele, pode-se assumir que se trata de um bom paradigma para análise (Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. In: *Direito e Economia*. Luciano Benetti Timm (org); Alexandre Cateb... [et al.]. 2ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 63-96, p. 66).

jurisprudencial estabelecida em temáticas similares, como as tratadas no âmbito dos contratos de previdência privada.

Referido ponto, por um lado, reforça as dificuldades a serem enfrentadas na pesquisa, diante da novidade da instituição do RPC e escassez de decisões específicas, sobretudo sob a égide da LINDB, mas, por outro lado, fortalece o potencial inovador do presente trabalho em apontar direcionamentos e 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 será a realização de comparação entre as concepções de regimes jurídicos (estatutário e contratual), não apenas do ponto de vista doutrinário e legislativo, mas das decisões judiciais (sobretudo do STF e do STJ), identificando *standards* de interpretação e processos heurísticos traduzidos e revelados na *ratio decidendi* das decisões componentes da amostra a ser pesquisada.

E a amostra será composta por decisões identificadas como *leading cases* ou que consolidem o entendimento jurisprudencial majoritário, sem prejuízo da identificação de posicionamentos, ainda que eventualmente minoritários, retratem o diálogo entre Direito e Economia.

Os pareceres de autoridade (consulta a fontes oficiais) afetos à regulação e regulamentação administrativa do regime de previdência complementar, na medida da relevância que se se sobreleva diante da reduzida produção doutrinária específica, e para fins de identificação da percepção da concepção interna em construção no âmbito da Administração sobre os temas.

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 critérios de justiça distributiva e comutativa no discurso judicial, serão 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), serão 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 apresentar 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 serão consultados para referida finalidade e exploração da estruturação do RPC e da transição de regimes.

Por fim, o uso da própria experiência acumulada será relevante, não apenas a partir de prévia reflexão sobre as vantagens e desvantagens da adesão à opção ou não, bem como, e principalmente, da experiência acumulada no exercício da atividade judicante.

Na fase de pré-análise da pesquisa proposta, outros documentos poderão ser eleitos para a investigação, em virtude de sua relevância para o alcance dos objetivos deste estudo.

O acesso dar-se-á por intermédio da rede mundial de computadores, especificamente sítios especializados e dos entes públicos envolvidos na temática.

7. Sumário preliminar

1. Introdução

2. Metodologia do Trabalho

3. O Regime de Previdência Complementar do Servidor Público Federal (RPC)

3.1. Histórico e a “Crise da Previdência Pública”

3.2. Racionalidade da transição RPPS – RPC à luz do Direito e Economia

3.2.1. A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios

3.3. Previdência e Regulação: perspectivas e marco legal

3.4. RPC e o Direito Contratual

3.4.1 O Contrato administrativo de opção previdenciária

3.4.1.1. Cerne do contrato e função social: o diálogo entre as razões do Direito e as razões da Economia

3.4.1.2. Matriz de riscos

3.4.1.3. Teoria dos contratos incompletos e os contratos relacionais

3.4.1.4. Regime jurídico de direito público

3.4.1.5. Riscos e incentivos

3.4.1.5.1. *Rent-Seeking*

3.4.1.5.2. Comportamento oportunista

3.4.1.5.3. Redução dos custos de transação: Círculo de confiança.

3.4.1.6. Mitigação de riscos: a proteção da confiança legítima e boa-fé objetiva

3.4.1.7. Cláusulas especiais

3.4.1.8. Cooperação para o equilíbrio das contas públicas

3.4.1.9. Possibilidades, limites e parâmetros para alteração unilateral pela União.

4. RPC e Parâmetros das Decisões Judiciais e Controladoras

4.1. A LINDB: Enquadramento e novas perspectivas para diálogo entre Direito e Consequência

4.2. *Standards* para interpretação do contrato administrativo de opção previdenciária à luz do programa de pesquisa H&B

4.2.1. O programa de pesquisa H&B

4.2.2. Modelos Heurísticos

4.2.3. RPPS e RPC: semelhanças e diferenças dos modelos heurísticos

4.2.3.1. Identificação dos modelos heurísticos na jurisprudência

4.2.3.2. Casos especiais na experiência norte-americana

4.2.3.3. Modelos heurísticos e critérios de justiça (distributiva e comutativa)

4.2.3.4. Modelos heurísticos, proteção da confiança legítima e racionalidade econômica do

RPC

6. Conclusão e recomendações práticas

8. Bibliografia preliminar

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

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Almedina: Coimbra, 2007.

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

ARAÚJO, Tiago Cardoso. *Análise Econômica do Direito no Brasil: Uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BAIRD, Douglas G. Economics of Contract Law. In: PARISI, Francesco (Org.). *Oxford Handbook of Law and Economics. Volume 2: Private and Commercial Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

BODART, Bruno. *Prometendo mundos sem fundos*. Disponível em <<https://abde.com.br/publicacoes/prometendo-mundos-sem-fundos-25>>. Acesso em 29 jun. 2018.

BUTLER, Eamonn. *Escolha Pública: um guia*; tradução de Matheus Pacini. São Paulo: Bunker Editorial, 2015.

CALABRESI, Guido. *The future of Law & Economics*. Yale University Press, 2016.

CALABRESI, Guido. *The costs of acidentes: A Legal and Economic Analysis*. Yale University, 1970.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório Final da CPI dos Fundos de Pensão*. Disponível em <<http://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.

- _____. *Parecer apresentado na Comissão de Seguridade Social e Família*. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9FF63155AB29E9934A9345B3236DA45F.proposicoesWebExterno1?codteor=1595936&fileame=Parecer-CSSF-11-09-2017> Acesso em 19 jun. 2018.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- CARVALHO NETO, Menelick de. “A Hermenêutica Constitucional e os Desafios postos aos Direitos Fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio L. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.
- COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.
- CORRÊA, André Rodrigues; PINTO JÚNIOR, Mario Engler (coord.). *Cumprimento de Contratos e Razão de Estado*. Prêmio Mendes Júnior de monografias jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CRISTOFANI, Claudia Cristina. “Contratos relacionais, informação e resolução de litígios”. In: *Estudos Sobre Negócios e Contratos: Uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do direito*. Coord. POMPEU, Guimarães Ivan; BENTO, Lucas Fulete Gonçalves; e POMPEU, Renata Guimarães. Almedina: São Paulo, 2017, p. 209-235.
- DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco. Vínculos com o futuro*. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1998.
- TIMM, Luciano Benetti. (org); Alexandre Cateb... [et al.]. *Direito e Economia*. Luciano Benetti Timm. 2ª ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). *Direito e Economia em dois mundos: doutrina jurídica e pesquisa empírica*. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.
- CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso. *Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo*, em REVISTA DIREITO GV, SÃO PAULO 10(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.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- COUTINHO, Diogo R. VEIGA, Jean-Paul; SHAPIRO, Mário G. (coord.). *Direito econômico atual*. São Paulo: Método, 2015.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- _____. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

- FENNELL, Lee Anne; MCADAMS, Richard H. *The Distributive Deficit in Law and Economics*. Minnesota Law Review, v. 100, n. 3, p. 1051-1130, Feb. 2016.
- FORGIONI, Paula Andrea. Análise Econômica do Direito: Paranóia ou Mistificação? *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, nº 77, 2006.
- FUX, Luiz; MAGALHÃES, Andréa. “Imprevisão, incompletude e riscos: uma contribuição da teoria econômica aos contratos administrativos”. Artigo publicado no livro *Direito Administrativo na Atualidade*, coords. Arnaldo Wald; Marçal Justen Filho e Cesar Augusto Guimarães Pereira, São Paulo, Malheiros, 2017, p. 760-784.
- GIACOMUZZI, José Guilherme. *Estado e Contrato. Supremacia do interesse público "versus" igualdade. Um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.296-325; p. 346-357.
- GLEZER, Rubens. “O voto sem razão (jurídica): o positivismo jurídico inconsciente de Barroso”. In: *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso / Oscar Vilhena Vieira e Rubens Glezer*, organização. – Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 140-165.
- HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1960.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- LEAL, Bruno Bianco; PORTELA, Felipe Mêmolo. *Previdência em crise: diagnóstico e análise econômica do direito previdenciário* – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- LISCOW, Zachary D. “Reducing Inequality on the Cheap: When Legal Rule Design Should Incorporate Equity as Well as Efficiency”. *Yale Law Journal*, v. 123, n. 7, p. 2478-2510, 2014.
- LISCOW, Zachary. “Is Efficiency Biased? *Yale Law*” & *Economics Research Paper*, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3018796>>.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Justiça e poder judiciário, ou a virtude confronta a instituição*. Revista USP, São Paulo, v. 21, p. 22-33, 1994.
- _____. *Raciocínio jurídico e economia*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 2, n. 8, out. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29104>>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- _____. “Filosofia analítica e hermenêutica: preliminares a uma teoria do direito como prática”. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, nº 212, p. 203-226, out./dez. 2016..
- GICO JÚNIOR, Ivo T.; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. *O jurista que calculava*. Coordenação Ivo T. Gico Jr., Gustavo Ferreira Ribeiro. 1. Ed. Curitiba: CRV, 2013.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

- MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- MATTOS, Paulo Todescan Lessa. “Agências reguladoras e democracia: participação pública e desenvolvimento”. In *Regulação e Desenvolvimento*, p. 183-230.
- MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MENEZES, Fabiana de. *Teoria da Legislação. Formação e Conhecimento da Lei na Idade Tecnológica*. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 2004.
- MONTEIRO, Vera; ROSILHO André. *Contrato de impacto social*, mimeo.
- NEVES, Antônio Castanheira. “Entre o Legislador, a Sociedade e o Juiz ou entre Sistema, Função e Problema – Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito”. *Boletim da Faculdade de Direito*, v. LXXIV, 1998.
- NOURSE, Victoria. “The Vertical Separation of Powers”. *Duke Law Journal*, vol. 49, nº , 1999.
- 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/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguranca-juridica.pdf>>. Acesso em 25 jun. 2018.
- PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. “Law and Economics in the Civil Law World”. *Tulane Law Review*, v. 90, n. 2, p. 439-470, Dec. 2015.
- PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. *Direito e Consequência no Brasil: Em Busca de um Discurso sobre o Método*. Revista de Direito Administrativo, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013.
- POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?* [tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciano Benetti Timm, Cristinao Carvalho e Alexandre Viola] – São Paulo: Saraiva, 2010.
- POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.
- _____. *Para além do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- _____. *A economia da justiça*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- _____. *Fronteiras da teoria do direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- _____. *Divergent Paths: The Academy and the Judiciary*. Harvard University Press, 2016.
- PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 1992/2007*. Disponível em

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=501938&filename=PL+1992/2007>. Acesso em 19 jun 2018.

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.

REGO, Anna Lygia Costa. *Aspectos jurídicos da confiança do investidor estrangeiro no Brasil*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, Universidade de São Paulo, São Paulo.

RICHARDSON, Henry S. *Democratic Autonomy: Public Reasoning about the Ends of Policy* (Oxford Political Theory) (Locais do Kindle 3528-3608). Edição do Kindle).

RODRIGUES, Vasco. *Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2ª ed. Lisboa: Almedina, 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof (ORG.). *Direito e economia: textos escolhidos*. – São Paulo: Saraiva, 2010.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa?*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SANDOVAL, Daniel Boueres. *Um estudo sobre julgamentos e escolhas: vieses e heurísticas no processo de decisão dos regimes próprios de previdência social*. 2016. 79 f. Dissertação (MPFE) - Escola de Economia de São Paulo. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/16947>>.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *Políticas de governo e planejamento estratégico como problemas de escolha pública - II. 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.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____, CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera Monteiro; e ROSILHO. *O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos*. Artigo publicado na Revista Direito GV, v. 13, n. 3, set.-dez./2017, disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/73331/70470>>.

SWEET, ALEC STONE. *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (Locais do Kindle 224). Edição do Kindle.

