



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

Processo n. 2009.29.05704-03

Origem: Representação encaminhada pelo Conselho Federal Raimundo Hermes Barbosa.

Assunto: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Estadual nº 13.549, de 20 de março de 2009.

Relatório

01. Em 20 de março de 2009, foi editada em São Paulo a Lei Estadual n. 13.549, que declarou em regime de extinção a Carteira de Previdência dos Advogados daquele Estado. O presente expediente trata da possibilidade de ajuizamento de ADIN para impugnar essa Lei.

02. A Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo foi criada pela Lei Estadual nº 5174, de 7 de janeiro de 1959. A filiação dos advogados paulistas era obrigatória, sujeitando-se a procedimentos disciplinares aqueles que não realizassem o recolhimento da contribuição devida à Carteira. Mesmo com a fusão dos institutos de previdência e a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), a Carteira dos Advogados Paulistas manteve-se em pleno funcionamento.

03. Foi a Lei Estadual nº 10.394, de 16 de dezembro de 1970, que promoveu importantes alterações na Carteira de Previdência. Em especial, adesão, dos advogados se tornou facultativa. A Carteira passava, então, a funcionar como previdência complementar. Mas mesmo nos termos da Lei nº 10.394, a Carteira de Previdência continuava mantendo natureza fortemente publicista. A Carteira de Previdência, instituída por Lei, mantinha-se administrada pelo Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, que é uma autarquia estadual. A receita da Carteira era constituída por contribuições a cargo dos outorgantes de mandato judicial e de parcelas das custas judiciais.

04. A Lei nº 13.549, de 26 de maio de 2009, ora objeto de exame, "*declara em regime de extinção*" essa Carteira de Previdência. A Lei Estadual nº 11.608, de 29 de dezembro de 2003, já havia, contudo, suspenso o repasse das custas judiciais à Carteira, extinguindo sua principal fonte de financiamento – 85% do total, como informa a Seccional São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (fls. 186).

05. O regime de extinção, instituído pela Lei 13.549, de 26 de maio de 2009, impede a filiação de novos advogados e prevê condições mais rigorosas para a concessão dos novos benefícios. De acordo com o seu artigo 9º,

"O segurado poderá aposentar-se, após o decurso do respectivo período de carência, desde que satisfaça, cumulativamente, as condições previstas nos incisos I e II deste artigo, ou



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Resolução - D.O.

isoladamente, a condição prevista em seu inciso III, a saber:

I - idade mínima de 70 (setenta) anos;

II - 35 (trinta e cinco) anos, pelo menos, de inscrição ininterrupta na OAB-SP;

III - invalidez para o exercício da profissão."

06. Como se observa, na Lei nº 13.549, as condições "idade mínima" e "tempo de inscrição" são apresentados cumulativamente, quando, na Lei anterior, a Lei nº 10.394, de 16 de dezembro de 1970, tais condições eram alternativas. Além disso, a "idade mínima" foi majorada. Na Lei anterior, era de 65 anos. Na Lei nova, passou a ser de 70 anos.

07. A Lei nova aumentou também o tempo de "carência". Na Lei anterior, era necessário que o segurado estivesse filiado ao sistema por 15 anos para obter o benefício por idade ou por tempo de inscrição na OAB. A Lei nova aumentou o tempo de carência para 20 anos. Confira-se o teor do artigo 8º de Lei 13.549:

"São os seguintes os períodos de carência para a concessão dos benefícios de que trata esta Lei:

I - 5 (cinco) anos de inscrição na Carteira, para os benefícios de aposentadoria por invalidez ou pensão;

II - 20 (vinte) anos de inscrição na Carteira, para o benefício de aposentadoria por implemento das condições de idade mínima e tempo de inscrição na Seção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB/SP, previstas nos incisos I e II do artigo 9º desta Lei."

08. A Lei nº 13.549 determina ademais que "em nenhuma hipótese o Estado, incluindo as entidades da administração indireta, responde, direta ou indiretamente, pelo pagamento dos benefícios já concedidos ou que venham a ser concedidos no âmbito da Carteira dos Advogados, nem tampouco por qualquer indenização a seus participantes ou ineficiência patrimonial passada, presente ou futura." (art. 2º, § 2º).

09. O presente expediente teve início em representação formulada pelo então Conselheiro Federal por São Paulo, Dr. Raimundo Hermes Barbosa (fls. 02). Constam dos autos ainda manifestações da Seccional São Paulo da OAB (fls. 183 e seguintes) e da Associação dos Advogados de São Paulo (fls. 48), ambas enfatizando a inconstitucionalidade do §§ 2º e 3º do artigo 2º da Lei nº 13.549/2009, que desresponsabilizam o Estado de São Paulo por quaisquer débitos decorrentes da Carteira



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília D.F.

dos Advogados. A Comissão de Estudos Constitucionais deste Conselho Federal também se pronunciou nos autos, aprovando, por unanimidade, o parecer do Eminentíssimo Relator, Dr. Gilmar Selo, que opinava pela inconstitucionalidade da referida Lei, sugerindo que o Conselho Federal atuasse na condição de *amicus curiae*, tendo em vista o ajuizamento anterior da ADIN pelo PSOL.

10. Em síntese, são quatro as eventuais inconstitucionalidades apontadas nestes autos:

a) Em primeiro lugar, sustenta-se que a Lei nº 13.549/2009 é formalmente inconstitucional. Trata-se de Lei ordinária, quando a Constitucional Federal, em seu artigo 202, *caput* e § 4º, exigiria que a matéria fosse disciplinada através da Lei Complementar.

b) Em segundo lugar argüi-se que a nova Lei viola o direito adquirido daqueles que já reuniam as condições para se apresentar à época do início de sua vigência.

c) Em terceiro lugar, alegava-se que o ato de adesão ao plano previdenciário é ato jurídico perfeito, de tal modo que tampouco os filiados que ainda não integraram as condições para a aposentadoria poderiam ter os seus direitos violados.

d) Por fim, sustenta-se ainda que a Lei nova não poderia ter desonerado o Estado de São Paulo de suas responsabilidades em relação ao plano, cuja administração sempre foi feita por seu Instituto de Previdência do Estado, o IPESP.

É o relatório.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

Voto

11. Opino preliminarmente pela admissibilidade da representação. A Lei impugnada afeta a milhares de advogados paulistas e apresenta alguns aspectos efetivamente sensíveis quanto à sua constitucionalidade. Cuida-se, assim, de hipótese que se identifica simultaneamente com os incisos I e II do artigo 44 do EAOAB: estão em questão a integridade da Ordem Constitucional e preservação de interesses específicos de advogados.
12. Aprecio, agora, o mérito da representação.
13. A primeira impugnação, segundo a qual a Lei 13.549 é formalmente inconstitucional, por se tratar de Lei ordinária, quando o artigo 202 de Constituição Federal exigiria Lei complementar, é, *data vênia*, improcedente.
14. Confira-se a redação do artigo 202, *caput* e § 4º, da Constituição Federal:

“O regime de previdência privada, de caráter complementar é organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garanta o benefício contratado, e regulado por Lei Complementar.

(...)

§4º. Lei Complementar disciplinará a relação entre União, Estado, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias (...) enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada.”

15. Como se observa, a Lei Complementar a que se referem esses preceitos é Lei Complementar Federal e tem como função estabelecer as regras e os princípios gerais que disciplinam a previdência complementar no Brasil. Não há a exigência de Lei complementar para instituir o fundo de previdência. A Lei Complementar a que se refere a Constituição já foi editada. Trata-se da Lei Complementar nº 109, de 29 de março de 2009.
16. Como determinado nessa própria lei, a criação de entidades fechadas da previdência se dá através da constituição de fundação ou de sociedade civil (art. 31, § 1º), dependendo apenas de prévia autorização do órgão regulador e fiscalizador (art. 33).



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D.F.

17. Vejamos agora a segunda impugnação. De fato, a Lei nova não viola expressamente os direitos já adquiridos pelos aposentados e pensionistas do plano. Porém, quanto a esse tópico, a Lei é pouco clara, não explicitando a sua incidência apenas prospectiva.

18. Para evitar uma interpretação, que viole a garantia do direito adquirido, opina-se pela inclusão na ADIN de pedido de interpretação conforme para que o STF declare que a Lei nova é inaplicável aos filiados que já adquiriram o direito, mesmo que ainda não o tenham consumado.

19. Quanto à terceira impugnação, com todas as vênias merecidas pelo ilustre autor da representação, não é procedente o argumento de que a lei nova viola a garantia do ato jurídico perfeito. Isto é certo quer se entenda que a Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo institui regime próprio de previdência, típico de servidores públicos, quer se sustente que o regime instituído se identifica com a modalidade denominada previdência complementar fechada.

20. Em ambos os casos, o ordenamento jurídico brasileiro faculta a realização de alterações que estabeleçam condições mais rigorosas para a obtenção de benefícios previdenciários, as quais podem abranger também os filiados ao plano que ainda não adquiriram o direito. A Jurisprudência brasileira entende, de longa data, que a hipótese é apenas de expectativa de direito, não se aplicando nem a garantia do direito adquirido nem a do ato jurídico perfeito.

21. A possibilidade de alteração existe mesmo que se entenda que a carteira é previdência complementar fechada, de natureza privada. Tanto a Constituição Federal, quanto a Lei Complementar nº 109, de 29 de março de 2009, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar, estabelecem a possibilidade de alteração das condições para a concessão dos benefícios com vistas à manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do plano. Como dispõe o artigo 21 da Lei Complementar nº 109:

“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 corte de vantagens ou processo que deram causa a dano ou prejuízo à entidade de previdência complementar.”

22. Não há dúvida, portanto, que a garantia do ato jurídico perfeito não se aplica à hipótese, pelo menos para o efeito de impedir o estabelecimento de condições mais rigorosas para a concessão dos benefícios.

23. Se tal garantia é inaplicável, o mesmo não se diga do princípio que lhe é subjacente: a segurança jurídica. É extremamente injusto que aquelas pessoas que contribuíram por





Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - DF

anos e estão prestes a se aposentar tenham que se submeter integralmente às novas regras. A distinção radical entre o direito adquirido e a mera expectativa de direito não se coaduna à preservação do princípio da segurança jurídica.

24. É por isso que a doutrina contemporânea sustenta a existência de um direito a um “regime de transição razoável”, que reduza, para as pessoas que estavam prestes a adquirir o direito, a distancia entre a regra nova e a regra antiga. Luis Roberto Barroso esclarece o ponto:

“A expectativa de direito identifica a situação em que o fato aquisitivo do direito ainda não se completou quando sobrevém uma nova norma alterando o tratamento jurídico da matéria. Nesse caso, não se produz o efeito previsto na norma, pois seu fato gerador não se aperfeiçoou. Entende-se, sem maior discrepância, que a proteção constitucional não alcança esta hipótese, embora outros princípios, no desenvolvimento doutrinário mais recente (como o da boa fé e o da confiança) venham oferecendo algum tipo de proteção também ao titular da expectativa de direito. É possível cogitar, nessa ordem de idéias, de direito a uma transição razoável”.¹

25. Como antes ressaltado, a Lei 13.549/2009 majorou de 65 para 70 anos a idade mínima para a aposentadoria e manteve o tempo de 35 anos, pelo menos, de inscrição ininterrupta na OABSP. Além disso, passou a estabelecer que tais requisitos fossem preenchidos cumulativamente e majorou também o tempo de carência, que era de 15² e passou a ser de 20 anos.

26. Para estabelecer regime de transição razoável, a Lei nº 13.549/2009 chegou a prever a implantação gradativa do novo limite de idade. O § 3º de seu artigo 9º possui a seguinte redação:

“O requisito de idade mínima estabelecido no inciso I deste artigo terá implantação gradativa, na seguinte conformidade:

¹ (Luis Roberto Barroso, Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência (Ascensão e queda de um regime de erros e privilégios. In: *Temas de direito Constitucional*) Rio de Janeiro: Renovar.

² O tempo de carência de 15 anos era fixado implicitamente pela lei anterior, quando esta determinava que a filiação ao plano só poderia ocorrer até os 50 anos e que a idade mínima era de 65 anos.





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - DF

- 1) *A partir da data da publicação desta Lei, será de 65 anos;*
- 2) *2 anos após a data de publicação desta Lei, será de 66 anos;*
- 3) *4 anos após a data da publicação desta Lei, será de 67 anos;*
- 4) *6 anos após a data da publicação desta Lei, será de 68 anos;*
- 5) *8 anos após a data da publicação desta Lei, será de 69 anos;*
- 6) *10 anos após a data da publicação desta Lei, será de 70 anos;"*

27. Tal graduação não é, contudo, suficiente para estabelecer um regime de transição razoável. O problema está na cumulatividade dos dois requisitos. Considere-se o exemplo extremo de um advogado que tenha iniciado o exercício da advocacia aos 49 anos de idade, no ano de 1995, e, logo em seguida, tenha começado a contribuir para a Carteira. Esse colega, de acordo com as regras anteriores, se aposentava em 2011, quando alcançava a idade de 65 anos, contando com 15 anos de inscrição na OAB-SP e também de contribuição para a Carteira. De acordo com as novas regras, esse mesmo colega só se aposentará em 2031, quando tiver 85 anos de idade, trinta e cinco anos de inscrição na OAB e o mesmo tempo de contribuição ao plano. Nesse caso, as novas regras atrasam em 20 anos a possibilidade de usufruir do benefício – o que não é razoável. Na hipótese, a mudança se torna tanto mais injusta quando verificamos que se esse beneficiário optasse por se desligar da Carteira, receberia apenas 65% de suas próprias contribuições, como estabelece o artigo 1º das Disposições Transitórias da Lei nº 13.549/2009.

28. Para evitar essas distorções residuais, as quais atingiriam gravemente os colegas que iniciaram mais tarde o exercício da advocacia, propõe-se que conste da ADEN pedido para que o STF realize interpretação conforme a Constituição do artigo 9º da Lei 13.549, declarando inaplicável o requisito da cumulatividade pelo período de transição previsto no §3º do mesmo artigo, ou seja, pelo período de 10 anos, a contar do início da vigência da Lei.

29. Ressalte-se que a regra geral é que a inscrição na OABSP ocorra mais de vinte anos antes. Por isso, a solução sugerida evita apenas que a lei perpetue injustiças que, embora muito graves, são pontuais, razão pela qual o equilíbrio financeiro e atuarial alcançado pela nova lei não ficaria comprometido.

30. Ressalte-se, ainda, que nada impede que o legislador edite lei nova estabelecendo novo regime de transição razoável, de tal forma a preservar o núcleo essencial da segurança jurídica. A lei atual, contudo, tal como está formulada, viola esse princípio fundamental da Constituição Federal de 1988.





Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

31. A única alteração que explicitamente incide sobre os benefícios já concedidos é a que modifica seus critérios de reajuste. Na Lei anterior, de nº 10.394/70, em seu artigo 13, havia a previsão de que o reajuste dos benefícios ocorresse em conformidade com a variação do salário mínimo na capital do Estado. Na Lei nova (Lei nº 13.549/2009, artigo 6º, §1º), prevê-se que, no que toca aos benefícios já concedidos, o reajuste ocorreria de acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC-IBGE).
32. Não há nisso qualquer inconstitucionalidade. O INPC é um índice de reajuste válido. Já o critério anterior, constante da Lei nº 10394 (variação do salário mínimo), era, este sim, inconstitucional, tendo em vista que a Constituição Federal, seu artigo 7º, inciso IV, vedou expressamente a vinculação de reajuste à variação do salário mínimo.
33. Por fim, a última impugnação recai sobre o § 2º do artigo 2º da Lei nº 13.549/2009. Segundo o preceito, *"em nenhuma hipótese o Estado, incluindo as entidades de administração indireta, responde, direta ou indiretamente, pelo pagamento dos benefícios já concedidos ou que venham a ser concedidos no âmbito da Carteira de advogados, nem tampouco por qualquer indenização a seus participantes ou insuficiência patrimonial passada, presente e futura"*. Como se vê, a Lei 13549 desresponsabiliza o poder público estadual. Nesse ponto, está sua mais grave inconstitucionalidade, especialmente ressaltada pela Seccional São Paulo da OAB em sua manifestação nos presentes autos.
34. Antes de avançar no exame da inconstitucionalidade desse dispositivo, é necessário, porém, verificar qual a natureza da Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo. Trata-se de tema complexo para o direito previdenciário, visto que a Carteira não se identifica completamente com nenhum dos modelos previstos na Constituição Federal, possuindo características tanto do regime próprio de previdência dos servidores públicos quanto da previdência complementar fechada, de caráter privado.
35. O regime próprio de previdência dos servidores públicos está previsto no artigo 40 da Constituição da República, segundo o qual *"aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (...)"*.
36. A Carteira dos Advogados de São Paulo se identifica com esse regime pelo fato de ter sido instituída pelo poder público, através de Lei; por ter sido, em grande parte, mantida com recursos públicos, oriundos das custas judiciais (o que ocorreria até 29 de dezembro de 2003, quando teve lugar a edição da Lei Estadual nº 11.608) e da outorga de procurações (o que ocorre ainda hoje); por ser administrada pelo Poder Público, pelo IPESP, antes da edição da Lei, e agora, por liquidante nomeado pelo Governo Estadual.
37. Por outro lado, a Carteira também se assemelha à previdência complementar fechada. Tal como nesse regime e diferentemente do que ocorre no Regime próprio, a filiação à Carteira, desde a edição da Lei nº 10.394/1970, é facultativa, servindo para



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.O.E.

complementar a aposentadoria que será provida pelo Regime Geral de Previdência. Como já mencionado, a previdência complementar está disciplinada no artigo 202 da Constituição da República.

38. Ainda que os advogados exerçam, como exercem, função pública essencial à administração da justiça (artigo 133 da Constituição Federal), não são servidores públicos titulares de cargos efetivos na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos territórios. O regime próprio, tal como previsto na Constituição Federal de 1988, não foi concebido para abarcar os advogados ou qualquer outro profissional liberal que, em seu ministério privado, exerça também função de interesse público.

39. Na impossibilidade de se identificar o regime da Carteira de Previdência com qualquer um dos modelos previstos na Constituição Federal, impõe-se classificá-lo como modelo híbrido, do que resulta a incidência parcial das regras e dos princípios do regime jurídico de direito privado e do regime jurídico de direito público. Considerando suas diversas características, parece adequado caracterizar a Carteira como Previdência Complementar fechada *sui generis*.

40. Por conta da incidência parcial do regime público, não se aplica à Carteira de Previdência dos Advogados do São Paulo a regra fixada no artigo 202, § 3º, da Constituição Federal, que possui a seguinte redação:

"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 atividades públicas, salvo na finalidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado."

41. Convém novamente enfatizar que a Carteira, diferentemente do que ocorre com a previdência privada, sempre foi administrada pelo poder público estadual. Como antes relatado, a Lei Estadual nº 5174, de 7 de janeiro de 1959, criou a Carteira, estabelecendo a regra de filiação obrigatória para todos os advogados paulistas. O IPESP - autarquia estadual - deveria gerir a Carteira. Em 1970, com a edição da Lei Estadual nº 10.394, a filiação dos advogados à Carteira se tornou facultativa, mas o IPESP continuou como administrador. A Lei Estadual nº 13.594, de 2009, determina que a Carteira será gerida por liquidante nomeado pelo Governador de São Paulo. A Carteira de Previdência nunca deixou de ser administrada pelo poder público estadual, devendo-lhe ser imputados os danos decorrentes de sua má gestão.

42. O que o artigo 202, § 3º, da Constituição Federal deseja evitar é que o Governo socorra (com recursos públicos) planos privados de previdência mal administrados pelos particulares. No caso ora em exame, a administração do plano é e sempre foi feita pelo





Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - DF

próprio poder público, o qual deve responder pelos danos que provoca, como determina o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

43. Feitas essas observações, opino pelo ajuizamento de ADIN da qual constariam os seguintes pedidos, dentre outros que lhe sejam complementares:

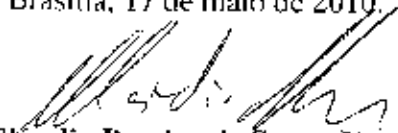
a) Realização de interpretação conforme a Constituição dos artigos 8º, 9º e 11º da Lei nº 13.549/2009, do Estado de São Paulo, para se declarar que não se aplicam aos filiados que já haviam adquirido o respectivo direito com fundamento na Lei 10.394/70, também do Estado de São Paulo, ainda que tal direito não houvesse se consumado.

b) A realização de interpretação conforme a Constituição do artigo 9º, *caput*, da Lei nº 13.549/2009, do Estado de São Paulo, para declarar inaplicável a regra da cumulatividade durante o período de transição de 10 anos previsto no § 3º do mesmo artigo.

c) A declaração de inconstitucionalidade dos §§ 2º e 3º do artigo 2º da Lei nº 13.549/2009.

É como voto.

Brasília, 17 de maio de 2010.


Cláudio Pereira de Souza Neto
Conselheiro Federal