

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO

JFSP - FORUM CIVEL
SETOR DE PROTRCOLO INICIAL
23/10/2012 18:16 h

0018774 - 72.2012.4.03.6100

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DE SÃO PAULO, entidade de serviço público, inscrita no CNPJ sob o nº 43.419.613/0001-70, com sede na Praça da Sé, 385, São Paulo - SP, **ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - AASP**, com sede na Rua Álvares Penteado, 151, Centro, CEP 01012-905, São Paulo - SP, inscrita no CNPJ sob o nº 62.500.855/0001-39 e **INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO**, inscrito no CNPJ sob o nº 43.198.555/0001-00, com sede na Rua Líbero Badaró, 377, 26º andar, São Paulo - SP, vêm respeitosamente propor a presente

AÇÃO ORDINÁRIA
COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

em face do **ESTADO DE SÃO PAULO**, pelos motivos de fato e de direito adiante deduzidos.

DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

A Ordem dos Advogados do Brasil é entidade prestadora de serviço público, conforme estabelece o artigo 44, da Lei 8.906/44¹, e nesta condição atrai a competência da Justiça Federal.

Neste sentido vale transcrever julgado do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. OAB. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IPTU. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. 1. Conforme entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a Ordem dos Advogados do Brasil é entidade "prestadora de serviço público de natureza indireta, voltada a fiscalizar o exercício de profissão indispensável à administração da Justiça, guardando natureza jurídica de autarquia de regime especial. Na condição de autarquia federal, "atrai a competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso I, da CF." (CC 119.380/DF, CC 108.216/PE e CC 95215/RS, entre outros). 2. Caso de não-incidência tributária, ex vi do disposto na Lei nº 8.906/94, artigo 45, § 5º - Estatuto da OAB -, sendo indevida a cobrança de IPTU (Precedentes, STJ e Regionais).

¹ Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; II - promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil.

3. Apelação a que se nega provimento. Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL - 1243212 Processo: 0066013-98.2004.4.03.6182

UF: SP Órgão Julgador: QUARTA TURMA Data do Julgamento: 02/02/2012

Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/02/2012 Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA

No mesmo sentido decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça, como se infere do acórdão:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAIXAS DE ASSISTÊNCIA DE ADVOGADOS. CAARJ. IMUNIDADE. TAXAS DE COLETA DOMICILIAR DE LIXO E ILUMINAÇÃO PÚBLICA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. "Compete à Justiça Federal apreciar as causas em que figurem como partes as caixas de assistência de advogados, por serem órgãos vinculados à OAB, cuja natureza jurídica é de serviço público" (CC 39.975/MG, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Primeira Seção, DJ de 28/2/05) .

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1348970/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 14/04/2011)

Também vale ressaltar que já restou pacificada a possibilidade de processamento de demandas em face do Estado de São Paulo perante a Justiça Federal:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, INCISO V, DO CPC. FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL - DNPM. UNIÃO FEDERAL. LITISCONSORTES ATIVOS. DEFERIMENTO. PRELIMINAR INÉPCIA INICIAL. AFASTAMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA. ANULAÇÃO DO FEITO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. ART. 47, "CAPUT" E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. COISA JULGADA. CONSTITUIÇÃO DO FEITO. RESCINDIBILIDADE. ATIVIDADE PESQUISA MINERAL. FISCALIZAÇÃO PELO ESTADO DE SÃO PAULO. HONORÁRIOS. 1. Está presente a legitimidade ativa do Estado de São Paulo, terceiro juridicamente interessado, consoante art. 487, inciso II, do CPC. 2. Deferido os pedidos do DNPM e da União para figurarem na espécie como litisconsortes ativos, tendo em vista que existe liame jurídico subjetivo e unidade de interesses jurídicos entre si, sem que disto decorra ofensa à disposição do artigo 264 do CPC, dada a inoccorrência de modificação do pedido ou da causa de pedir, mantendo-se as partes. 3. Afastada a preliminar de inépcia porquanto a inicial preenche todos os requisitos legais. 4. Embora pertença exclusivamente à União a competência para legislar sobre jazidas, minas e outros recursos minerais, cabendo ao DPNM - cujo agente foi corretamente

indicado como autoridade impetrada - autorizar, por alvará, pesquisa mineral, conforme Código de Minas (Decreto-Lei nº 227/1967, alterado pela Lei nº 9.314/1996, arts. 16 e 38), certo é que as terras objeto do remédio heróico situam-se em área de preservação ambiental, mais precisamente, no Parque Estadual Turístico do Alto Ribeira, cuja guarda e preservação calha ao Estado de São Paulo. 5. ...

Classe: AR - AÇÃO RESCISÓRIA - Processo: 0030121-31.1996.4.03.0000 - Órgão Julgador: SEGUNDA SEÇÃO - Data do Julgamento: 18/01/2011 - Fonte: e-DJF3 Judicial 1
DATA:27/01/2011 PÁGINA: 369 - Relator:
DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES

Também é oportuno mencionar, conforme adiante detalhado, que a Justiça Federal processou e julgou questão precedente da ora tratada na presente demanda, ajuizada pelos Autores, em face do IPESP - Instituto de Previdência do Estado de São Paulo.

Assim, verifica-se que a Justiça Federal é competente para processamento da presente demanda, na medida em que os Autores buscam a responsabilização do Estado de São Paulo a arcar com o pagamento da diferença da contribuição dos aposentados e pensionistas, majorada pela Lei 13.549/09 de 5% (cinco por cento) para 20% (vinte por cento), tal como reconhecido pelo E. Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIN 4291.

DOS FATOS

Por meio da Lei Estadual nº 5.174/59² criou-se a Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo, com a finalidade de prover aposentadoria aos participantes e pensões aos respectivos dependentes.

Posteriormente, a Lei Estadual 10.394/70³ reorganizou a Carteira, passando a ser facultativa a adesão dos advogados ao regime.

O patrimônio da Carteira, de acordo com o artigo 40 da Lei 10.394/70, era constituído das seguintes fontes de custeio:

“Artigo 40 A receita da Carteira é constituída:

I - da contribuição mensal do segurado;

II - da contribuição mensal do aposentado;

III - da contribuição a cargo do outorgante de mandato judicial;

IV - das custas que a lei atribui à Carteira;

V - das doações e legados recebidos;

VI - dos rendimentos patrimoniais e financeiros da Carteira.”

² Artigo 1º Fica criada, no instituto de previdência do Estado de São Paulo, uma carteira autônoma denominada “careira de Previdência dos Advogados de São Paulo”, dotada de patrimônio próprio, tendo por objetivo proporcionar aposentadoria e pensão aos seus beneficiários na forma estabelecida por esta lei.

³ Artigo 1º A Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo, sob a administração do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, é financeiramente autônoma com patrimônio próprio, passando a reger-se por esta lei.

Dentre essas fontes de renda, merece destaque, a prevista no inciso IV, qual seja, participação nas custas judiciais, uma vez que representava cerca de 80% (oitenta por cento) da receita.

Neste ponto vale mencionar que a destinação à Carteira de parte das custas, feita pelo Estado de São Paulo, não se deu por mero assistencialismo à classe dos advogados, mas sim porque o Estado sempre desfrutou de seu patrimônio, tal como estabelecido pela Lei 5.174/59⁴.

Também é importante salientar que o artigo 57 da Lei 10.394/70 dispõe que a destinação da receita arrecadada, administrada pelo IPESP, *deveria ser utilizada no pagamento dos benefícios previstos por esta lei, nas despesas de administração e material e nas aplicações previstas no artigo 60*, que, por sua vez, determinava a aplicação das reservas *de acordo com o § 1º do artigo 5º do Decreto-lei Complementar n. 18/70*, ou seja, em títulos da dívida pública do Estado.

Destarte, verifica-se que o Estado, através do IPESP - representante, depositário e gestor da Carteira⁵, auferia vantagens econômicas na administração dos valores.

⁴ Artigo 22 - Toda a receita auferida pela Carteira de Previdência será imediatamente entregue, como aplicação, ao Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, rendendo juros de 7% (sete por cento) ao ano.

⁵ Artigo 55 - A carteira de previdência dos Advogados de São Paulo é representada judicial e extrajudicialmente, pelo Instituto de Previdência do estado de São Paulo. (Lei 10.394/70)

Artigo 39. O Presidente do Instituto, dentro de dois anos de vigência deste regulamento e sempre que necessário, mandará proceder a estudos atuariais e representará aos Poderes competentes, solicitando reajuste das fontes de receita estabelecidas no artigo 30, a fim de que possam ser pagos integralmente os benefícios, nas bases previstas pelos artigos 14 e 17 deste regulamento. (Decreto 34.641/59, que regulamentou a Lei 5.174/59)

Artigo 53. O chefe do serviço atuarial do Instituto de Previdência do estado representará ao Presidente dessa autarquia sempre que, em decorrência dos estudos atuariais ficar demonstrada a necessidade de reajustes das fontes de receita da Carteira para que se possam ser pagos integralmente os benefícios, nas bases previstas nesta lei.

GOFFI SCARTEZZINI ADVOGADOS ASSOCIADOS

Com a edição da Lei Estadual 11.608/2003 referida fonte fora suprimida, o que implicou em grave desequilíbrio atuarial.

Muito embora provocado pelo Conselho (formado por representantes indicados pelos Autores - artigo 56 da Lei 10.394/70), desde 09/02/2004 (dois meses após o advento da Lei 11608/2003), o IPESP não tomou as medidas necessárias (estudo atuarial, reajuste das fontes de receita) para garantir o pagamento dos benefícios.

Somente após 3 (três) anos de insistência dos órgãos de classe que compõem o Conselho, houve a suspensão de novas inscrições na Carteira:

“Com a publicação da Portaria Ipesp 272, publicada em 28 de dezembro de 2007, foram suspensas temporariamente novas inscrições na Carteira de Previdência dos Advogados. esta decisão foi tomada a pedido do Conselho da Carteira em reunião realizada no dia 18 de dezembro no Gabinete do Secretário da Fazenda, da qual participaram os secretários da fazenda e da Justiça, o superintendente do Ipesp, o presidente da OAB-SP e demais representantes dos advogados.”

Como outras medidas não foram adotadas pelo Réu, através do IPESP, chegou a ser ajuizada medida judicial pelos ora Autores, valendo transcrever trecho da sentença proferida pela 4ª Vara Cível da Seção Judiciária de São Paulo:

“Os problemas da Carteira, que não são recentes, deveriam ter sido contornados através dos meios econômicos e jurídicos disponíveis, fosse reformulando-se a lei para alterar o critério de reajuste e para incremento das fontes de custeio, fosse alterando-se a própria forma de administração do fundo.

O que não é admissível é que todo o ônus pela má administração da Carteira seja transferido para os beneficiários que cumpriram com sua parcela de obrigação imposta.” (Processo nº 0018144-55.2008.4.03.6100)

Com o advento da Lei Complementar estadual 1.010/2007 criou-se a SPREV - São Paulo Previdência, que substituiu o IPESP:

“Artigo 40 A SPREV deverá estar instalada e em pleno funcionamento, tendo assumido a administração e execução de todas as atividades que lhe são conferidas nos termos desta lei complementar, inclusive no que se refere aos Poderes Judiciário e Legislativo, e ao Ministério Público, em até 2 (dois) anos após a publicação desta lei complementar, período no qual os órgãos, entidades e unidades dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, e do Ministério Público, deverão fornecer à SPREV, mensalmente, as informações relativas a dados cadastrais e folha de pagamento dos seus membros e servidores públicos, ativos e inativos, dos militares dos serviço ativo, dos agregados ou licenciados, da reserva remunerada ou reformados, necessárias ao atendimento das exigências contidas na Lei federal nº 9.717, de 27 de novembro de 1998, com alterações introduzidas pela Lei federal nº 10.887, de 18 de junho de 2004, e regulamentação própria.

GOFFI SCARTEZZINI ADVOGADOS ASSOCIADOS

§ 1º Concluída a instalação da SPREV fica extinto o IPESP, sendo suas funções não previdenciárias realocadas em outras unidades administrativas conforme regulamento.

§ 2º As funções previdenciárias da CBPM serão transferidas para a SPREV, permanecendo a CBPM com as suas funções não previdenciárias, na forma a ser definida em regulamento.”

Com o advento da Lei 13.549/2009 a Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo que foi declarada em regime extinção.

Portanto, por meio da mencionada norma declarou-se a Carteira dos Advogados em regime de extinção e conferiu-se ao Estado de São Paulo a função de indicar liquidante.

Contudo, a referida norma ao estabelecer que a Carteira estaria em regime de extinção, também previu a exclusão de responsabilidade do Poder Público:

“Art. - 2º A Carteira dos Advogados, financeiramente autônoma e com patrimônio próprio, por não se enquadrar no regime de previdência complementar e demais normas previdenciárias, passa a reger-se, em regime de extinção, pelo disposto nesta lei.

§ 1º - A Carteira dos Advogados será administrada por liquidante, a ser designado pelo Governador dentre entidades da administração indireta do Estado.

§ 2º - 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 insuficiência patrimonial passada, presente ou futura. ...” (Lei 13.549/2009 - g.n.)

Este dispositivo na verdade reproduziu a essência de artigo por ele revogado, qual seja, artigo 55, parágrafo único, da Lei 10.394/70:

“Pelos atos que o Instituto de Previdência praticar de acordo com esta lei, responderá exclusivamente o patrimônio da Carteira.”

Tais dispositivos eram contraditórios com outros da própria Lei Estadual 10.394/70, através dos quais se identifica a exclusiva responsabilidade do Estado pelo equilíbrio atuarial da Carteira:

“Artigo 53 - O chefe do serviço atuarial do Instituto de Previdência do estado representará ao Presidente dessa autarquia sempre que, em decorrência de estudos atuariais, ficar demonstrada a necessidade de reajuste das fontes da receita da Carteira, para que possam ser pagos integralmente os benefícios, nas bases previstas nesta lei.

Artigo 54 - O Presidente do Instituto, verificada a insuficiência dos fundos de reserva da Carteira, representará ao Secretário de Estado a que a autarquia estiver vinculada, no prazo improrrogável de 30 (trinta) dias,

contados do recebimento da manifestação do chefe do serviço atuarial, solicitando a alteração das fontes de receita.”

Para questionar a inconstitucionalidade da exclusão de responsabilidade do Estado de São Paulo, bem como outros dispositivos da Lei 13.549/2009, foi ajuizada, perante o Supremo Tribunal Federal, ADIN, acertadamente julgada procedente com relação aos §§ 2º e 3º do artigo 2º:

“ESTADO - RESPONSABILIDADE - QUEBRA DA CONFIANÇA. A quebra da confiança sinalizada pelo Estado, ao criar, mediante lei, carteira previdenciária, vindo a administrá-la, gera a respectiva responsabilidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar parcialmente procedente a ação direta para declarar a inconstitucionalidade dos § 2º e § 3º do artigo 2º da Lei nº 13.549, de 2009, do estado de São Paulo, no que excluem a assunção de responsabilidade do Estado, e conferir interpretação conforme a Constituição ao restante da norma impugnada, proclamando que as regras não se aplicam a quem, na data da publicação da Lei, já estava em gozo de benefício ou já tinha cumprido, com base no regime instituído pela Lei nº 10.394, de 1970, os requisitos necessários à concessão, nos termos do voto do relator, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.”

Pela ementa já transcrita e teor do corretíssimo acórdão, percebe-se o reconhecimento da responsabilidade do Estado. Nesse sentido é interessante transcrever alguns trechos do mesmo:

“... Na extinção da Carteira de Previdência, como preconizado na norma atacada, não se pode desconsiderar o estreito vínculo existente, desde a criação, entre o Estado de São Paulo e o respectivo Fundo. Deve-se atentar para a singularidade do regime instituído. Surgiu, criado por lei, como um plano de previdência para os advogados do estado, Posteriormente, apesar de transformado em típico regime especial de previdência complementar, continuou estritamente regulado por lei estadual. Além disso, a instituição gestora da Carteira dos Advogados paulistas sempre foi entidade pública, cuja responsabilidade pela inviabilidade financeira e jurídica descabe imputar aos participantes. mesmo a norma atacada , por meio da qual se decretou a liquidação do Fundo, atribuiu a responsabilidade pela gestão da liquidação a ente da administração indireta daquele Estado. ...

Não têm os participantes o dever jurídico de arcar com os prejuízos da ausência da principal fonte de custeio da Carteira, mesmo que a Administração Pública, no tocante à decisão de extingui-la, tenha atuado dentro dos limites da licitude. A lesão indenizável resulta dos efeitos da posição administrativa e das características híbridas do então regime previdenciário, e não propriamente da atuação regular ou irregular da Administração. É antiga a jurisprudência do Supremo sobre a possibilidade de configuração da responsabilidade do Estado, ainda que o ato praticado seja lícito. ...

Presidente, o questionamento é muito sério porque existem realmente as situações fronteiriças. Se entendermos que o estado fomentou a Carteira,

GOFFI SCARTEZZINI ADVOGADOS ASSOCIADOS

gerenciou a Carteira, acolheu pedidos de inscrição na Carteira e houve contribuições, ou seja, o cumprimento da obrigação pelos futuros beneficiários, creio haver base no voto para, no tocante àqueles que, até a lei relativa à liquidação, estavam inscritos - e penso que depois não se admitiram mais inscrições -, chegar-se à responsabilidade do Estado.

O que percebi do pensamento dos colegas é que a base maior não é a situação jurídica aperfeiçoada e o direito adquirido. A base maior da decisão é a confiança que se deve ter na participação do Estado, no que poderia muito bem, em substituição à fonte maior da receita - que ficou inviabilizada, não há a menor dúvida, pela Constituição Federal -, ter providenciado outra fonte, não o fez e simplesmente lavou as mãos. ...”
(trechos do voto do Ministro Relator Marco Aurélio)

Assim, conclui o Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade dos § 2º e § 3º do artigo 2º da Lei 13.549/2009, quanto à exclusão de responsabilidade do Estado, proclamando que as regras não se aplicam a quem, na data da publicação da Lei, já estava em gozo de benefício ou já tinha cumprido, com base no regime instituído pela Lei nº 10.394/70, os requisitos necessários à concessão (publicação do acórdão ocorrida em 09/03/2012).

Frise-se que o Estado de São Paulo, ora Réu, não recorreu do mencionado acórdão, tendo o mesmo para si se tornado imutável.

Considerando-se a fundamentação e conclusão do mencionado acórdão do Supremo Tribunal Federal, deve ser compatibilizado o disposto no artigo 33 da Lei 13.549/2009, que determina a majoração de 5% (cinco por cento) para 20% (vinte por cento) a contribuição dos aposentados e pensionistas, para reequilíbrio atuarial e cobertura de despesas administrativas.

Assim, fez-se necessário o ajuizamento da presente demanda, a fim de que o Estado de São Paulo seja compelido a arcar com a majoração do percentual de contribuição dos aposentados e pensionistas.

DO DIREITO

DA RESPONSABILIDADE PELO DESEQUILÍBRIO E EXTINÇÃO DA CARTEIRA

Conforme já salientado anteriormente, a responsabilidade pelo desequilíbrio da Carteira já foi definida pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADIN 4.291:

... a instituição gestora da Carteira dos Advogados paulistas sempre foi entidade pública, cuja responsabilidade pela inviabilidade financeira e jurídica descabe imputar aos participantes. mesmo a norma atacada, por meio da qual se decretou a liquidação do Fundo, atribuiu a responsabilidade pela gestão da liquidação a ente da administração indireta daquele Estado. ... A lesão indenizável resulta dos efeitos da posição administrativa e das características híbridas do então regime previdenciário, e não propriamente da atuação regular ou irregular da Administração. É antiga a jurisprudência do Supremo sobre a possibilidade de configuração da responsabilidade do Estado, ainda que o ato praticado seja lícito. ...

De fato, como bem analisado no v. acórdão mencionado, o Estado criou, gerenciou e estabeleceu as fontes de custeio. Na medida em que o próprio Estado retira a principal fonte de custeio (que representava

80% da arrecadação) e nada faz para equacionar a situação, torna-se responsável pela insuficiência.

Vale novamente transcrever trecho do acórdão em que tais fatos e reconhecimentos ficam claros:

... O que percebi do pensamento dos colegas é que a base maior não é a situação jurídica aperfeiçoada e o direito adquirido. A base maior da decisão é a confiança que se deve ter na participação do Estado, no que poderia muito bem, em substituição à fonte maior da receita - que ficou inviabilizada, não há a menor dúvida, pela Constituição Federal -, ter providenciado outra fonte, não o fez e simplesmente lavou as mãos ...

Percebe-se pelos trechos transcritos que restou amplamente caracterizada e reconhecida a responsabilidade do Estado pela inviabilidade de manutenção da Carteira, que culminou com a Lei 13.549/2009.

Portanto, deve o Réu arcar com as consequências de seus atos ou, como no caso, de sua omissão.

Ocorre que, pelo que dispõe o artigo 33 da Lei 13.549/2009, os custos foram na verdade transferidos aos participantes, o que conforme também reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, não poderia ocorrer.

O pagamento da majoração do percentual de 5% (cinco por cento) para 20% (vinte por cento) da contribuição dos aposentados e pensionistas, para reequilíbrio atuarial e cobertura de despesas administrativas, deve ser arcado pelo Requerido.

Os participantes, após uma vida inteira de contribuição e a implementação dos requisitos para a aposentadoria/pensão, se veem tolhidos de percentual extremamente significativo de suas rendas.

Celso Barroso Leite elucida o que se deve entender por seguridade:

“... ‘seguridade’, que traduz a idéia de tranquilidade, sobretudo no futuro, que a sociedade deve garantir aos seus membros. A extensão em que esse objetivo é alcançado varia muito, no espaço e no tempo, em função de fatores os mais diversos. A idéia essencial, no entanto, é essa: tranquilidade, segurança, no presente e no futuro.” (*Conceito de seguridade social*. Curso de Direito Previdenciário. coordenação Wagner Balera. LTr 5ª ed. 2002, p. 15)

Em feliz síntese, o Autor esclarece que a seguridade está envolvida pela noção de “garantia de poder viver em paz no tocante a determinadas necessidades inerentes à própria condição humana.” (ob.cit. p. 18). Com efeito, é imprescindível que se alcance a tranquilidade de o indivíduo saber que sua qualidade de vida não será afetada ao longo dos anos, com a perda da capacidade laborativa e da possibilidade de inserção no mercado de trabalho, na medida em que sua dignidade estará resguardada.

Essa proteção se reveste de nítido interesse público e coletivo, pois se insere no feixe de competência do Estado, enquanto responsável pela seguridade social pública interpretar e balizar todos os fatores que compõem essa realidade, com programas justos e eficientes.

Paulo Mente realça que os programas de seguros sociais resultam da força combinada de dois vetores distintos. Em uma das pontas, a demanda por proteção, que se permeia por toda a sociedade com a finalidade de alcançar programas melhores e mais abrangentes; em sentido inverso, a capacidade do Estado, nem sempre suficiente para o financiamento de tais programas. (*A Previdência Privada Fechada*. Curso de Direito Previdenciário, p. 168).

Falando-se genericamente de previdência complementar, conforme dispõe o artigo 3º da Lei Complementar 109/01, incumbe ao Poder Público coordenar, disciplinar e supervisionar a atividade. Os artigos. 37 a 41 dispõem sobre as atividades do órgão regulador e fiscalizador, dentre as quais, destaca-se a fixação das normas gerais de contabilidade, auditoria, atuária e estatística, bem como dos índices de solvência e liquidez.

A fiscalização no tocante às entidades fechadas de previdência incumbe ao Ministério da Previdência, por intermédio do Conselho de Gestão de Previdência Complementar e mais especificamente da Secretaria de Previdência Complementar. Essa secretaria se relaciona com órgãos normativos do sistema financeiro, Banco Central, na observação das exigências legais de aplicação das reservas técnicas, fundos especiais e provisões, que as entidades sob seu controle são obrigadas a constituir e cujas diretrizes são estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Frise-se que, no tocante à liquidação extrajudicial de instituições financeiras, a responsabilidade do Banco Central tem limites fixados pelas normas pertinentes; na hipótese de liquidação extrajudicial de fundo de pensão, a indenização devida em decorrência de dano provocado pelo Estado é ilimitada, sem qualquer restrição prevista pelas normas legais.

A responsabilidade do Estado pode ser genericamente identificada em duas vertentes: (i) decorrente do próprio comportamento do Estado, gerador do dano; (ii) oriunda de uma omissão, originada pela inobservância do dever de evitar o dano.

Em publicação, datada de 19 de junho de 2006, do jornal Valor Econômico, em que se destaca a “desburocratização” do relacionamento do órgão fiscalizador com os fundos de pensão, o então Secretário da Secretaria de Previdência Complementar declarou:

“Um cidadão com mais renda na velhice depende menos do Estado. Há ainda o aspecto de formação da poupança de longo prazo para ajudar a financiar o desenvolvimento.”

Infelizmente, os aposentados e pensionistas do IPESP contribuíram para o desenvolvimento, mas não ficaram “com mais renda na velhice”, ao contrário, a sua poupança, formada ao longo de vários anos, por incúria do órgão estatal, diminuiu.

O Estado, no trato da coisa pública, deve ser responsável, com técnicas efetivas de controle. Roberto Dromi ressalta que controle, responsabilidade e proteção se completam reciprocamente:

“El Estado debe ser responsable. Ahora bien, la responsabilidad es *idílica* e *ilusoria*, si no se tienen técnicas y organismos eficaces de control.

Control, responsabilidad y protección se predicán recíprocamente. Sin el uno no hay el otro. Sin control no hay responsabilidad y si no hay responsabilidad las medidas de protección social son falaces, venimos diciendo desde hace tiempo en nuestro ensayo “*Constitución, Gobierno y Control*”. (*Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 2001, p.42/43)

E ao analisar especificamente a seguridade destaca que ela não só abarca o individual, mas alcança o aspecto comunitário, em matéria de seguridade social, jurídica e econômica; mas pondera que não há estabilidade sem certeza, pois a estabilidade é uma qualidade que é inerente à seguridade. (ob. cit. , p. 38)

Marçal Justen Filho assevera que para o Estado há “o dever de evitar a prática de certas ações, pois contrárias ao direito ou a valores fundamentais.”. E no tocante a atos omissivos esclarece:

“Já nos atos *omissivos*, é necessário estabelecer uma distinção. Existem hipóteses em que o direito impõe ao Estado o dever de agir. Assim, imagine-se uma regra estabelecendo o dever de o Estado interditar o estabelecimento comercial que não tiver autorização de funcionamento. Nesses casos, a situação jurídica é similar à atuação de natureza comissiva. Deixar de agir quando a lei manda que o sujeito aja é juridicamente equivalente a agir quando a lei proíbe a ação. Num caso, a lei diz: ‘é proibido fazer’; noutro, estabelece: ‘é obrigatório fazer’. A conduta que infringe o dever, no primeiro caso, consiste numa ação; no segundo é uma omissão.” (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2005. p.801)

Os tribunais têm fixado a responsabilidade do Estado, quando configurada a omissão em seu dever de fiscalizar. Exemplos são os julgados:

ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA - BACEN - FALTA NO SERVIÇO DE FISCALIZAÇÃO NO MERCADO DE CAPITAIS - PREJUÍZO AOS INVESTIDORES.

1. Esta corte, em inúmeros precedentes, apesar dos artigos 36, 39 e 45, da lei n. 6.024/74, tem direcionado a querela para o terreno da responsabilidade civil e **concluído pela responsabilidade de quem se omite culposamente na tarefa de fiscalizar.**

2. A conclusão da solução pelo terreno do ato ilícito, entretanto, impõe esteja provado nos autos a existência do nexos causal entre a falta do serviço de fiscalização como causa determinante do dano.

3. Ausência de provas do nexos de causalidade que conduz a carência de ação, por falta de interesse.

4. recurso improvido.

(TRF 1ª, AC 89.01.17220-8/DF, JUÍZA ELIANA CALMON, QUARTA TURMA, 13/10/1994 DJ p.58086) (grifos nossos)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

1. (...)

2. O art. 23, inc. VI da Constituição da República fixa a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se

refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. No mesmo texto, o art. 225, caput, prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental.

4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente.

5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva).

6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo).

7. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(STJ, REsp 604725 / PR, Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ 22.08.2005 p. 202)

Na hipótese dos autos o dever do Réu não se restringia à mera fiscalização da Carteira, mas sim à gestão propriamente dita, inclusive com a definição das fontes de custeio, o que não ocorreu a contento, tal como já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, impõe-se a condenação do Estado de São Paulo a arcar com o pagamento da diferença da majoração do percentual de 5% (cinco por cento) para 20% (vinte por cento) da contribuição dos aposentados e pensionistas, para reequilíbrio atuarial e cobertura de despesas administrativas.

Frise-se que esta condenação do Estado se mostra não apenas acertada, como também imprescindível, pois pela decisão do Supremo Tribunal Federal, os aposentados e pensionistas, ou aqueles que já haviam implementado os requisitos para gozo do benefício, não estão submetidos aos dispositivos da Lei 13.549/09 (que estipulou a majoração do percentual).

Alguns participantes inclusive já ajuizaram medidas judiciais para a não majoração do desconto e vem obtendo decisões favoráveis, conforme comprovam os acórdãos em anexo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (processos 0035777-72.2009.8.26.0053, 0035778-57.2009.8.26.0053, 0040867-61.2009.8.26.0053).

Considerando-se que a majoração é medida necessária para a manutenção do equilíbrio atuarial e pagamento das atuais despesas administrativas, a presente situação poderá ocasionar novo colapso do sistema.

Portanto, impõe-se a condenação do Estado de São Paulo a arcar com o pagamento da diferença da majoração do percentual de 5% (cinco por cento) para 20% (vinte por cento) da contribuição dos aposentados e pensionistas, para reequilíbrio atuarial e cobertura de despesas administrativas.

DA TUTELA ANTECIPADA

José Correa Villela observa com relação às entidades de previdência complementar que a relação jurídica firmada entre as partes é de longa duração e que, portanto, deve estar permeada de transparência, boa gestão e administração, bem como submetida a eficientes meios de fiscalização e controle. Destaca como pontos importantes:

“...

- uma boa gestão para que o dinheiro vertido pelos participantes não se volatilize no mercado globalizado;
- uma participação ativa de todos os atores sociais nos órgãos relacionados às entidades de previdência complementar, seja para decidir, administrar, gerir, fiscalizar, controlar, etc;
- uma atuação firme do órgão controlador e fiscalizador para que não venha a decretar uma intervenção ou liquidação quando já não há mais solução para os problemas enfrentados pelo fundo;
- uma participação ativa do Poder Judiciário na interpretação das normas relativas a esses planos, sempre pautada na principiologia que norteia nosso ordenamento jurídico, de forma que a solução esteja sempre voltada à proteção da parte mais frágil dessa relação: os participantes e assistidos;

...” (Previdência Privada. p.52)

A seguridade social tem como escopo proteger o ser humano em situações em que se encontra fragilizado, como na doença e na velhice, o que não se verifica no caso *sub judice*.

A verossimilhança das alegações está calcada em decisão do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo que isentava o Réu de responsabilidade (§ 2º e § 3º do artigo 2º da Lei 13.549/2009), e o reconheceu como efetivo responsável pela inviabilidade da continuidade da Carteira.

Além da inconstitucionalidade do dispositivo (§ 2º e § 3º do artigo 2º da Lei 13.549/2009), também decidiu dar interpretação conforme a Constituição, para excluir os advogados aposentados, bem como aqueles que já haviam implementado as condições para aposentadoria.

O aumento do percentual de contribuição, de 5% para 20%, onera demasiada e injustamente os aposentados e pensionistas (aos quais o STF expressamente já consignou que não se aplicam as regras da Lei 13.549/2009), ocasionando dano irreparável e pode até mesmo comprometer o resultado útil do processo para muitos, o que denota a existência de *periculum in mora*.

Portanto, encontram-se presentes os requisitos previstos no artigo 273 do CPC.

Luiz Guilherme Marinoni com acuidade preleciona:

“O procedimento ordinário, como é intuitivo, faz com que o ônus do tempo do processo recaia unicamente sobre o autor, como se este fosse o culpado pela demora ínsita à cognição dos direitos. Tal construção doutrinária é completamente alheia ao que ocorre na realidade social e no plano do direito substancial, pois neste plano há direitos evidentes e não evidentes e na realidade da vida a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo miséria”

(Tutela Antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, 4ª ed., RT, p. 15)

Assim, objetivam os Autores que o Réu seja, desde logo, compelido a arcar com o pagamento da diferença indicada, uma vez tendo sido ele o causador da situação.

DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer-se:

(i) a concessão de tutela antecipada, para que o Réu seja, desde logo, compelido a arcar com o pagamento da diferença da majoração do percentual de contribuição dos aposentados e pensionistas, disposto no artigo 33 da Lei 13.549/2009 (majoração de 5% para 20%), para

reequilíbrio atuarial e cobertura de despesas administrativas;

(ii) a citação do Réu, para que querendo conteste a ação;

(iii) a procedência da demanda, com a confirmação do pedido de tutela antecipada e condenação do Requerido à devolução dos valores recolhidos anteriormente ao ajuizamento da presente demanda e dos que porventura venham a ser recolhidos pelos participantes, após o ajuizamento da demanda, relativamente à majoração do percentual de contribuição, disposto no artigo 33 da Lei 13.549/2009 (majoração de 5% para 20%).

Protestam provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

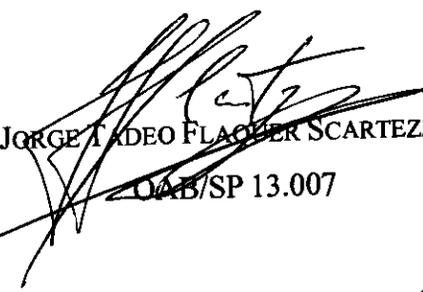
Dá-se à causa o valor, para fins fiscais, de R\$ 38.000,00 (trinta e oito mil reais).

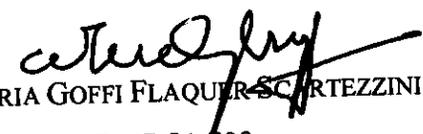
GOFFI SCARTEZZINI ADVOGADOS ASSOCIADOS

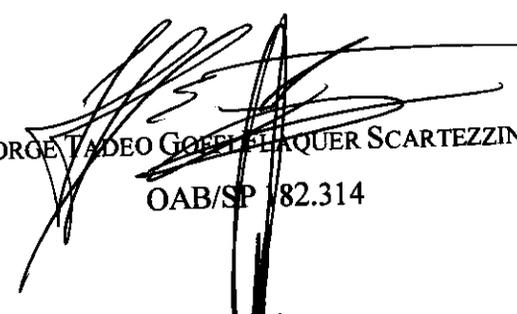
Por fim, requer-se que as **intimações** sejam feitas **exclusivamente** em nome de ANA MARIA GOFFI FLAQUER SCARTEZZINI, OAB/SP 21.709 e JORGE TADEO GOFFI FLAQUER SCARTEZZINI, OAB/SP 182.314, **sob pena de nulidade.**

Termos em que,
pedem deferimento.

São Paulo, 23 de outubro de 2012.

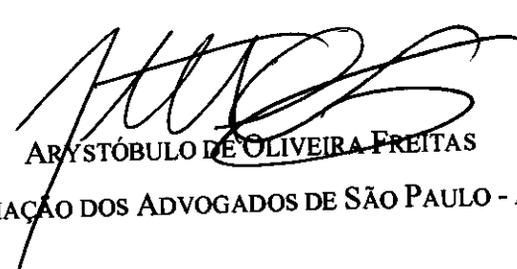

JORGE TADEO FLAQUER SCARTEZZINI
OAB/SP 13.007


ANA MARIA GOFFI FLAQUER SCARTEZZINI
OAB/SP 21.709


JORGE TADEO GOFFI FLAQUER SCARTEZZINI
OAB/SP 182.314

MARCOS DA COSTA

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SP


ARYSTÓBULO DE OLIVEIRA FREITAS
ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - AASP


IVETTE SENISE FERREIRA

INSTITUTO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO - IASP