



Interessada: Vice-Presidência da OAB/SP (PGI nº 5140.2.190814.474448).

Assunto: Análise da constitucionalidade do pedido de ingresso da OAB/SP como *amicus curiae* na reclamação P-1604-13, movida pela Federação das Associações dos Advogados do Estado de São Paulo – FADESP (atual Federação Nacional dos Advogados e Bacharéis) perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA).

Referência: Extinção do “Instituto de Pagamentos Especiais do Estado de São Paulo – IPESP” e, conseqüentemente, da Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo.

PARECER DA COMISSÃO ESPECIAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL

I – BREVE APRESENTAÇÃO DOS ASPECTOS FACTUAIS

A Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo foi administrada pelo Instituto de Pagamentos Especiais de São Paulo – IPESP, uma autarquia criada pela Lei nº 5.174/1959, com as alterações da Lei nº 10.394/1970 e da Lei nº 14.016/2010.

A Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo foi declarada como em “regime em extinção”, vedando-se novas inscrições ou reinscrições, a partir da Lei nº 13.549/2009 (art. 1º, parágrafo único).

Tais previsões tiveram sua validade reportada à Emenda Constitucional nº 20/1998 e à Emenda Constitucional nº 41/2003, a partir das quais se pôde concluir que a Carteira de Previdência dos Advogados não se enquadra em regime de previdência complementar e demais normas previdenciárias, transformando-se, pois, em um regime financeiramente autônomo, com patrimônio próprio.

É importante mencionar, ainda no contexto da Lei nº 13.549/2009, que o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI nº 4.291 e da ADI nº 4.429, julgadas em 14 de dezembro de 2011, conferiu interpretação conforme à Constituição a tal lei, proclamando que suas regras não se aplicam a quem, na data de publicação da lei, já estava em gozo de benefício ou já tinha cumprido os requisitos para tanto.



Nesse diapasão é que a Federação das Associações dos Advogados do Estado de São Paulo – FADESP (atual Federação Nacional dos Advogados e Bacharéis) moveu reclamação na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA), aduzindo, em suma, que tal norma violaria o disposto nos arts. 1º.1, 2º, 11.1, 21 e 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Posteriormente, veio a lume a Lei nº 16.877/2018, que revogou em sua maior parte a Lei nº 13.549/2009 e extinguiu o Instituto de Pagamentos Especiais de São Paulo – IPESP, confirmando e aprofundando a modificação do direito questionada pela FADESP.

O presente parecer pretende responder ao chamado feito pela Federação das Associações dos Advogados do Estado de São Paulo – FADESP (atual Federação Nacional dos Advogados e Bacharéis), e reiterado pelo Deputado Estadual Carlos Giannazi (PSOL/SP), para que a OAB/SP ingresse no feito como *amicus curiae*.

Esquemáticamente, primeiro irá se cuidar da constitucionalidade da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como do instituto invocado pela FADESP ao requerer a intervenção da OAB/SP no feito, o *amicus curiae*, para depois, então, debruçar-se sobre o mérito da matéria, também da perspectiva constitucional.

II – A CONSTITUCIONALIDADE DA JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DA ORGANIZAÇÃO DO ESTADOS AMERICANOS E DA CONDIÇÃO DE *AMICUS CURIAE*

Por meio do Decreto Legislativo nº 89/1998, restou reconhecida como obrigatória, no Brasil, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com o art. 62 da citada Convenção.

Tal norma se apresenta em consonância com a previsão do art. 4º, II, da Constituição Federal, que preceitua que:



Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

[...]

II – prevalência dos direitos humanos [...].

Para além disso, e principalmente, o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias assinala que:

Art. 7º O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos.

Ora, como se sabe, existem três tribunais internacionais de direitos humanos em sentido estrito no mundo atual: a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Africana de Direitos Humanos e, justamente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil, portanto, representa precisamente a concretização de tal mandamento, que se relaciona àquilo que no plano internacional vem sendo denominado de fase de *implementação* dos direitos humanos.

Com efeito, após uma experiência exitosa em relação à criação ou produção de normas de direitos humanos desde a segunda metade do século XX, percebeu-se que a formalização de normas, por si só, seria insuficiente, revelando-se imperiosa a elaboração de mecanismos para fazer valer, efetivamente, o disposto nas normas de direitos humanos. Nesse quadro, então, o reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil atende o previsto na Constituição Federal e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

De fato, a própria mensagem encaminhada ao Congresso Nacional pelo Ministro das Relações Exteriores à época do reconhecimento cita o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que aliás é um marco na história do direito comparado: não se conhece nenhuma outra Constituição que contenha expressamente esse tipo propósito.

Em suma, diante das previsões indicadas acima, não há qualquer dúvida no que diz respeito à constitucionalidade do reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos



Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José).

Nesses termos, em caso de apuração de eventual violação de tal norma, o recurso à Corte Interamericana de Direitos Humanos é medida garantida pela Constituição Federal.

De outro lado, particularmente acerca da constitucionalidade do instituto do *amicus curiae*, a que aludem a Federação das Associações dos Advogados do Estado de São Paulo – FADESP (atual Federação Nacional dos Advogados e Bacharéis), e reiterado pelo Deputado Estadual Carlos Giannazi (PSOL/SP), bastam algumas palavras. A começar, lembre-se que o art. 5º da Constituição Federal, nos incisos LIV e LV, protege o devido processo legal, bem como a ampla defesa e o contraditório.

O artigo 2º, 3, do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos define o *amicus curiae* como “pessoa ou instituição alheia ao litígio e ao processo que apresenta à Corte fundamentos acerca dos fatos contidos no escrito de submissão do caso ou formula considerações jurídicas sobre a matéria do processo, por meio de um documento ou de uma alegação em audiência”.

A figura do *amicus curiae* encontra albergue na arquitetura processual constitucional brasileira, principalmente na medida em que, como se viu, o contraditório se coloca como um de seus pilares. São pertinentes as considerações de Cassio Scarpinella Bueno a esse respeito:

[...] a necessidade de toda a dogmática do direito processual civil ser reformulada, quiçá reconstruída, a partir da Constituição Federal. Neste sentido, o “princípio do contraditório” ganha novos contornos, uma verdadeira atualização, transformando-se em “colaboração”, “cooperação” ou “participação”. E “colaboração”, “cooperação” ou “participação” no sentido de propiciar, em cada processo, condições ideais de decisão a partir dos diversos elementos de fato e de direito trazidos perante o magistrado para influenciar sua decisão. Um contraditório substancial, portanto; não um contraditório como (mero) sinônimo de defesa ou de resistência, um contraditório formal, como mera posição jurídica processual. Contraditório, é o caso de enfatizar, como possibilidade de participação para influenciar na convicção do magistrado. Influenciar no melhor sentido do Estado Democrático de Direito. Não no sentido de buscar a unanimidade do pensamento mas



o consenso sobre os temas postos para discussão. Nesse sentido, o amicus curiae é (só pode ser) um agente do contraditório no sentido de “colaboração”.¹

Assim, também quanto a esse ponto inexistiu dúvida a respeito da constitucionalidade do quanto previsto pelo Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Já no que concerne à possibilidade de a OAB/SP se colocar em tal posição, sublinhe-se que o art. 44 do citado Regulamento confere legitimidade para tanto, ao assinalar que:

Artigo 44. Apresentação de amicus curiae.

1. O escrito de quem deseje atuar como amicus curiae poderá ser apresentado ao Tribunal, junto com seus anexos, através de qualquer dos meios estabelecidos no artigo 28.1 do presente Regulamento, no idioma de trabalho do caso, e com o nome do autor ou autores e assinatura de todos eles.

Note-se que a norma fala sobre “quem deseje atuar como *amicus curiae*”, o que faz sem impor qualquer tipo de restrição quanto a quem pode fazê-lo, com intencional amplitude. No mais, mesmo não sendo esse o escopo do presente parecer, pontue-se que o art. 44, I, do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil prevê como finalidade da instituição a defesa dos direitos humanos, de modo que, ao menos em tese, a participação da OAB/SP como *amicus curiae* em qualquer processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos se mostra pertinente e viável².

Por tudo o que se expôs, do ponto de vista constitucional não há qualquer óbice à participação da OAB/SP nos de qualquer reclamação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos na condição de *amicus curiae*.

III – A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 16.877/2018

¹ *Amicus curiae. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/163/edicao-1/amicus-curiae>.*

² É claro que, registre-se, há uma série de requisitos prévios para o regular processamento de uma reclamação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, todos previstos em seu Regulamento, valendo mencionar aqui o de que tenham sido esgotados todos os recursos disponíveis na jurisdição interna contra a medida combatida (art. 46, Convenção Americana sobre Direitos Humanos) – algo que, ao que consta, não foi cumprido em relação à Lei nº 16.877/2018.



A respeito da Lei nº 16.877, de 19 de dezembro de 2018, de autoria do Governador do Estado, que revogou quase que integralmente a Lei nº 13.549/2009 (via de regra, confirmando-a), é de rigor verificar a ocorrência de inconstitucionalidades, com discussão sobre eventuais violações dos dispositivos da Constituição Federal ou da Constituição Estadual de São Paulo.

Em apertada síntese, a norma em questão extinguiu o IPESP, cuidando-se então de seus contribuintes da seguinte maneira:

- (i) os então contribuintes ativos – cerca de 16 mil – resgatariam suas contas individuais com a devida atualização dos valores;
- (ii) os já naquele tempo aposentados e pensionistas – cerca de 5 mil – continuariam a receber normalmente os valores, mas a gestão da carteira passaria a estar vinculada diretamente à Secretaria de Estado da Fazenda.

A constitucionalidade de uma lei ou de um projeto de lei tem a ver fundamentalmente com a verificação da adequação de tal ato jurídico (a lei ou, no caso, o projeto de lei) à Constituição (no caso, tanto à Constituição Federal como à Constituição Estadual). Mais propriamente, como ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, envolve:

(...) a verificação tanto dos *requisitos formais* – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – a quanto dos *requisitos substanciais* – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.³

Nessa esteira, a lei parece, de um lado, ter cumprido a contento os requisitos formais de constitucionalidade. Quanto ao requisito formal subjetivo, o projeto em questão está de acordo com o que dispõe a Constituição Estadual, já que a iniciativa partiu do Governador do Estado e o texto normativo dispõe, em seu art. 24, que:

Artigo 24 (...).

§2º - Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

- 1 - criação e extinção de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica, bem como a fixação da respectiva remuneração;
- 2 - criação das Secretarias de Estado;

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 62.



- 3 - organização da Procuradoria Geral do Estado e da Defensoria Pública do Estado, observadas as normas gerais da União;
- 4 - servidores públicos do Estado, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria de civis, reforma e transferência de militares para a inatividade;
- 5 - fixação ou alteração do efetivo da Polícia Militar;
- 6 - criação, alteração ou supressão de cartórios notariais e de registros públicos.

Ademais, o art. 115 determina que:

Artigo 115 - Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas ou mantidas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

(...)

XXI - a criação, transformação, fusão, cisão, incorporação, privatização ou **extinção** das sociedades de economia mista, **autarquias**, fundações e empresas públicas **depende de prévia aprovação da Assembleia Legislativa**.

Também quanto aos requisitos formais objetivos, as formas, prazos e ritos, inclusive de tramitação perante comissões e votação final da lei, estiveram nos termos da Constituição Estadual.

Sublinhe-se que o Governador do Estado, nos termos do art. 26 da Constituição Estadual, havia pedido que a tramitação se desse com urgência, no que não foi atendido, promovendo-se o andamento do projeto, então, segundo o disposto no parágrafo único do mesmo art. 26.

A questão que resta, portanto, concerne à possibilidade de a lei, no seu conteúdo, violar algum direito ou garantia constitucional, ou seja, diz respeito à possibilidade de violação do requisito substancial da constitucionalidade das normas.

É pertinente cuidar do tema em duas partes, considerando primeiro a situação dos aposentados e pensionistas e, de outra feita, a situação dos contribuintes inscritos e ativos da Carteira de Previdência. Quanto aos primeiros, conforme já se assinalou, o recebimento dos valores percebidos na atualidade e previstos nas normas até então em vigência permaneceram garantidos também pela lei, que em seu art. 4º dita que:



Artigo 4º - Os beneficiários da Carteira dos Advogados, em gozo de aposentadoria ou pensão, bem como os que implementaram os requisitos para tanto até 26 de junho de 2009, receberão seus benefícios diretamente da Secretaria da Fazenda.

Parágrafo único - O valor do benefício a que se refere este artigo será reajustado anualmente de acordo com o índice de inflação calculado pelo Índice de Preços ao Consumidor - IPC, apurado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE.

Como se vê claramente, quanto a esse grupo a lei não impõe qualquer tipo de prejuízo efetivo, eis que apenas remodela em nível meramente administrativo a gestão dos pagamentos pelo Estado, que os fará diretamente, a partir da Secretaria de Estado da Fazenda, e não mais de modo descentralizado, ou seja, via autarquia.

Por outro lado, a situação dos então contribuintes ativos é regida pelo art. 5º. Veja-se:

Artigo 5º - Aplicam-se as disposições desta lei aos participantes da Carteira dos Advogados a partir da Lei nº 13.549, de 26 de maio de 2009, adimplentes ou inadimplentes, que não tenham completado os requisitos para aposentadoria até 26 de junho de 2009, incluídos os aposentados e pensionistas que tiveram seus benefícios concedidos com base na mesma lei.

§ 1º - Os participantes referidos no “caput” deste artigo terão os saldos de suas contas individuais restituídos em até 180 (cento e oitenta) dias contados da publicação desta lei, conforme cronograma e regramento a serem definidos em decreto, reajustados de acordo com o Índice de Preços ao Consumidor - IPC, apurado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas - FIPE.

§ 2º - O decreto regulamentador referido no § 1º deste artigo deverá ser editado em até 30 (trinta) dias contados da publicação desta lei.

§ 3º - A partir da entrada em vigor da presente lei, não mais serão devidas as contribuições mensais dos participantes referidos no “caput” deste artigo.

§ 4º - Fica facultada a portabilidade dos recursos restituídos para entidade de previdência privada.

§ 5º - Esgotado o prazo previsto no § 1º deste artigo sem a devida restituição dos valores, estes serão acrescidos de multa de 1% (um por cento) ao mês sobre o montante.

Ora, quanto ao então contribuintes ativos, de fato, a lei impôs uma variação material de direitos. Ao contrário do que até então se previa, a norma define que os então contribuintes ativos da Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo sejam excluídos da mesma, medida natural uma vez que sua extinção foi aprovada. Seja como for, a lei determinou que



fique reservado a tais sujeitos não o ingresso como segurados diretos da Secretaria de Estado da Fazenda, mas sim o reembolso corrigido dos valores investidos até a data da restituição.

A pergunta que devemos enfrentar, então, é a seguinte: havia algum direito adquirido por parte dos então contribuintes ativos, ou os direitos que eles previam usufruir nos termos da legislação anterior poderiam ser eliminados por uma nova lei – como a ora em exame? Desde logo, reitere-se que os valores investidos na Carteira foram devolvidos de modo atualizado, nos termos da lei em questão e do Decreto nº 64.751/2020.

O direito adquirido, importa sempre ressaltar, é protegido pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, como um direito fundamental (diz o texto da norma que “a lei não prejudicará o direito adquirido”). A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro insiste no ponto e detalham seu significado:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

A partir das normas de regência, vê-se que o direito adquirido concerne à proteção de direitos mediante a lógica da imutabilidade das relações já juridicamente postas, garantindo o indivíduo contra o advento de lei posterior.

Nada obstante, como lembra Gilmar Ferreira Mendes:

As duas principais teorias sobre a aplicação da lei no tempo – a teoria do direito adquirido e a teoria do fato realizado, também chamada do fato passado – rechaçam, de forma enfática, a possibilidade de subsistência de situação jurídica individual em face de uma alteração substancial do regime ou de um estatuto jurídico.

Assim, sustentava Savigny que as leis concernentes aos institutos jurídicos outorgam aos indivíduos apenas uma qualificação abstrata quanto ao exercício do direito e uma expectativa de direito quanto ser ou ao modo de ser do direito.



De fato, e já em vista do caso em tela, antes de preenchidos os requisitos para a obtenção da aposentadoria, o segurado não titula nenhum direito, mas mera expectativa de direito, a qual é suscetível, sim, a modificações impostas por novas regras, as quais somente não alcançarão o direito de fato adquirido.

Tal questão do direito adquirido na previdência social foi inclusive objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento pacífico é no sentido de que nessa seara adquire-se o direito ao benefício apenas quando preenchidos os requisitos para a concessão da aposentadoria.

Nesse sentido, veja-se a ementa do acórdão do processo ADI nº 3.104/DF, relatado pela ministra Cármen Lúcia:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. ART. 2º E EXPRESSÃO '8º' DO ART. 10, AMBOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. APOSENTADORIA. TEMPUS REGIT ACTUM. REGIME JURÍDICO. DIREITO ADQUIRIDO: NÃO-OCORRÊNCIA.

1. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente.
2. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade.
3. Somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003.
4. Os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005.
5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente.

Diante dos fatos expostos e das normas de regência da matéria, não se vislumbra inconstitucionalidade na Lei nº 16.877/2018 ou na Lei nº 13.549/2009.

IV – CONCLUSÃO



Ante o exposto, conquanto seja indubitavelmente legítima e viável normativamente, inclusive da perspectiva da Constituição Federal, a integração da OAB/SP em processos perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos na posição de *amicus curiae*, no caso concreto, por não se vislumbrar qualquer inconstitucionalidade nas Lei nº 16.877/2018 e na Lei nº 13.549/2009, opina-se pelo indeferimento dos pleitos formulados pela Federação das Associações dos Advogados do Estado de São Paulo – FADESP (atual Federação Nacional dos Advogados e Bacharéis) e pelo Deputado Estadual Carlos Giannazi (PSOL/SP).

É o parecer.

Franca/SP, 04 de julho de 2020.

JULIO COMPARINI

Doutorando e Mestre em Filosofia pela USP

Professor da Faculdade de Direito da PUC-Campinas