

## **Parecer sobre a Carteira de Previdência dos Advogados**

### **PARECER**

Interessado: Associação dos Advogados de São Paulo - AASP.

Assunto: Responsabilidade do Estado - Instituto de Previdência do Estado de São Paulo - IPESP - Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo.

### **CONSULTA**

Por força da Lei Estadual nº 10.394, de 16 de dezembro de 1.970, foi reorganizada a Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo, tendo seu artigo 1º determinado que sua administração caberia ao IPESP - Instituto de Previdência do Estado de São Paulo.

Segundo o artigo 40 da referida Lei, as fontes de receita da Carteira são assim constituídas:

- a) contribuição mensal do segurado;
- b) contribuição mensal do aposentado;
- c) contribuição a cargo do outorgante de mandato judicial;
- d) custas que a Lei atribui à Carteira;
- e) doações e legados recebidos;
- f) rendimentos patrimoniais e financeiros da Carteira.

Ocorre que, em 29 de dezembro de 2.003, foi promulgada a Lei Estadual nº 11.608, que ao dispor sobre a taxa judiciária incidente sobre os serviços públicos de natureza forense, acabou com o repasse de custas, que constituía a principal receita da Carteira (cerca de 80% de sua receita).

Não bastasse isso, em 1º de junho de 2.007, foi promulgada a Lei Complementar nº 1.010, que criou a São Paulo Previdência - SPPREV, cujo artigo 40 prevê que a SPPREV deverá estar instalada e em pleno funcionamento em até 02 (dois) anos após a publicação da Lei Complementar, sendo que o parágrafo único de tal dispositivo consigna que “concluída a instalação da SPPREV fica extinto o IPESP, sendo suas funções não previdenciárias realocadas em outras unidades administrativas conforme regulamento”.

Impõe ressaltar que, apesar da extinção do IPESP preconizada pela Lei Complementar nº 1.010, até o presente momento não houve a edição de qualquer diploma legislativo estadual revogando ou mesmo alterando as disposições da Lei Estadual nº 10.394/70.

Apresentadas essas premissas, formulamos os seguintes questionamentos:

- 1)** Tendo em vista que a Lei Complementar nº 1.010/07 estipula a futura extinção do IPESP, a quem caberá a administração da Carteira dos Advogados? Qual o instrumento legal para designação do novo administrador?
- 2)** Tendo em vista a alteração das fontes de receita da Carteira dos Advogados pela Lei Estadual nº 11.608/03, deveria o IPESP, na condição de administrador, ter adotado alguma providência visando sua readequação atuarial?
- 3)** A falta de readequação da Carteira após a promulgação da Lei Estadual nº 11.608/03 e a da Lei

Complementar nº 1.010/07 implica em responsabilidade do Estado?

4) Em que hipótese poderá a Carteira vir a ser extinta e quais os efeitos de tal extinção?

5) Na hipótese de extinção da Carteira, quais são os direitos dos participantes ativos e inativos? Existem direitos adquiridos?

6) Quais são as responsabilidades do IPESP e do Estado de São Paulo pelo pagamento das obrigações devidas aos beneficiários da Carteira dos Advogados de São Paulo?

## **PARECER**

### **1) Os fatos que ensejaram a consulta**

A sucinta descrição dos fatos constantes da formulação da consulta requer seja feito um maior detalhamento, para permitir a perfeita compreensão da questão jurídica a ser estudada, dado que alguns aspectos extremamente relevantes merecem um especial destaque.

Em razão do cumprimento das disposições expressas na Emenda Constitucional nº 45, de 30.12.2004 (Reforma do Poder Judiciário), o Estado de São Paulo, por meio do Poder Executivo, deu início à implementação de verdadeira reforma no regime de previdência dos funcionários públicos paulistas, que culminou, em 2007, com a criação da São Paulo Previdência - SPPrev, autarquia sob regime especial, por meio da Lei Complementar nº 1.010, de 01.06.07.

A matéria, que aparentemente não possui conexão com os interesses de classe, afeta diretamente a Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo, que, criada pela Lei Estadual nº 5.174 de 07.01.59 e reorganizada pela Lei nº 10.394, de 16/12/70, sempre foi administrada pelo IPESP. Em verdade, a criação da São Paulo Previdência com a conseqüente extinção do IPESP, em até 02 (dois) anos, sem que seja dado destino certo à Carteira de Previdência dos Advogados, é apenas mais um capítulo da trajetória de deterioração pela qual esta vem passando.

Assim, para que seja identificada a responsabilidade do Estado de São Paulo quanto aos associados da Carteira dos Advogados do Estado de São Paulo, imprescindível que se identifiquem as instituições envolvidas na administração da Carteira e a posterior trajetória desta. É o que se passa a fazer.

### **a) Natureza jurídica do IPESP**

O Instituto de Previdência do Estado de São Paulo - IPESP é uma entidade autárquica estadual, criada pelo artigo 93 da Constituição Federal de 9 de julho de 1935, com personalidade jurídica e patrimônio próprio, e é atualmente vinculada à Secretaria do Estado de Negócios da Fazenda e regulamentada pelo Decreto nº 30.550, de 3 de outubro de 1989, que revogou os Decretos nºs 51.238/69, 52.674/71 e 4.144/74. As finalidades do IPESP, arroladas no artigo 2º do mencionado Decreto nº 30.550/89, são as seguintes:

*“Artigo 2.º - São finalidades do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo (IPESP):*

*I - assegurar pensão mensal aos beneficiários de seus contribuintes, nos termos da legislação própria;*

*II - administrar sistemas de previdências de grupos profissionais diferenciados;*

*III - operar as Carteiras Predial e de financiamentos Complementares para seus contribuintes;*

*IV - assegurar aos dependentes de funcionários e servidores inativos falecidos o salários família”.*

Assim, por meio do IPESP, o Estado de São Paulo visava assegurar aos servidores, e a “grupos profissionais diferenciados”, a percepção de benefícios de natureza previdenciária, ademais de operar financiamentos de imóveis a seus contribuintes.

Dentre esses grupos profissionais, o Decreto nº 30.550/89, em seu artigo 2º, §2º, enumera as seguintes carteiras e menciona os instrumentos normativos pelos quais foram criadas:

*“§2.º - O Instituto de Previdência do Estado de São Paulo (IPESP) administrará, nos termos do inciso II deste artigo:*

*1. a Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo, nos termos da Lei nº 10.394, de 16 de dezembro de 1970;*

*2. a Carteira de Previdência dos Economistas de São Paulo, nos termos da Lei nº 7.384, de 6 de novembro de 1962, e do Decreto nº 43.544, de 13 de julho de 1964;*

*3. a Carteira de Previdência das Serventias não Oficializadas da Justiça do Estado, nos termos da Lei nº 10.393, de 16 de dezembro de 1970;*

*4. a Carteira de Previdência dos Deputados à Assembléia Legislativa do Estado, nos termos da Lei nº 951, de 14 de janeiro de 1976, e legislação posterior;*

*5. a Carteira de Previdência dos Vereadores e Prefeitos do Estado de São Paulo, nos termos da Lei nº 4.642, de 6 de agosto de 1985”.*

Dessa forma, ao IPESP, mais do que o de um mero Instituto de Previdência de Servidores Públicos, foi atribuído papel de instrumento realizador de verdadeira política social, no Estado de São Paulo. Essa afirmação se justifica na medida em que, por meio do IPESP, o Governo de São Paulo promovia a inclusão, em regime previdenciário, de classes profissionais sujeitas apenas ao Regime Geral de Previdência Social, hoje administrado pelo INSS - Instituto Nacional do Seguro Social.

Com isso, o Estado de São Paulo buscava garantir, por meio do IPESP, previdência de caráter complementar a classes profissionais formadas basicamente por profissionais liberais e agentes políticos, cujas funções são por sua natureza sujeitas a intempéries mercadológicas e oscilações, de modo que o regime geral da previdência social (INSS) não contemplava remuneração equivalente.

#### **b) Fontes de receita / bens**

Para cumprir sua política previdenciária, o IPESP foi dotado de patrimônio próprio, sendo este constituído, nos termos do Decreto 30.550 de 03/10/89, de (i) bens móveis e imóveis de sua propriedade e os adquiridos ou recebidos em legados; (ii) máquinas, instalações e equipamentos de trabalho; (iii) ações, apólice, títulos e outros valores e (iv) reservas técnicas e de fundos de previdência (cf. artigo 5º). Prevê-se, ademais, como fontes de receitas do IPESP:

*“Art. 6º. Constituem receita do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo (IPESP):*

- I) contribuições do Estado e de entidades de sua administração descentralizada, destinadas à constituição do Fundo da Pensão Mensal;*
- II) contribuições dos servidores inscritos no regime da pensão mensal;*
- III) contribuições dos Municípios e de seus servidores, inscritos no regime de Pensão Mensal, mediante convênio;*
- IV) multas cobradas de contribuintes em atraso e as decorrentes de aplicações de penalidades;*
- V) taxas e emolumentos oriundos de prestação de serviços;*
- VI) aluguéis de seus imóveis;*
- VII) juros e produtos de suas operações de crédito;*
- VIII) produtos da correção monetária em suas operações;*
- IX) descontos diversos;*
- X) comissões sobre consignações;*
- XI) produto de alienação de bens móveis e imóveis, nos termos da legislação vigente;*
- XII) amortização de empréstimos;*
- XIII) legados, doações, subscrições e quaisquer outros recursos provindos de entidades públicas ou particulares;*
- XIV) dividendos;*
- XV) outras rendas eventuais”.*

Assim, as fontes de receita do IPESP são as mais variadas possíveis, desde a subvenção por parte do Estado de São Paulo, passando pelo pagamento de contribuições por parte dos associados e rendas de toda a natureza, relativas ao conjunto patrimonial do Instituto.

## **2) A Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo**

Por meio da Lei Estadual nº 5.174, de 07 de janeiro de 1959, foi criada a Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo, com autonomia financeira e patrimônio próprio, e com o objetivo de proporcionar aposentadoria aos advogados e pensão aos seus dependentes:

*“Art. 1º. Fica criada, no Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, uma carteira autônoma, denominada “Carteira 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.”*

Desde o princípio, a preocupação do legislador era a proteção da classe dos advogados, dada a

relevância do exercício da advocacia para o desempenho de funções estatais e para a ordem social, sendo essa proteção uma política pública, pois o interesse público maior era o de se preservar a categoria, essencial para o funcionamento do Estado, mas vulnerável às variáveis inerentes aos profissionais liberais.

Convém destacar, desde já, que o advogado exerce uma função realmente indispensável e essencial à prestação jurisdicional. O Poder Judiciário atua, principalmente, mediante provocação feita pelos advogados. Ou seja, o advogado é um coadjuvante do Estado, no cumprimento de seu dever de proporcionar Justiça. Há, pois, interesse do Estado, interesse público, no bom exercício profissional dos advogados e em sua segurança previdenciária.

Exatamente por causa disso, ao dispor sobre as receitas da Carteira criada pela Lei nº 5.174, de 07 de janeiro de 1959, estipulou ela, em seu art. 6º:

*“Art. 16. A receita da Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo será constituída:*

...

*II – das custas contadas aos advogados e que sejam atribuídas à Carteira ora criada;”*

Com relação às custas, a Lei nº 4.952/85, que cuidava da Taxa Judiciária de São Paulo, em seu artigo 8º previa:

*“Art. 8º - Ressalvado o disposto no artigo 9º, da taxa judiciária arrecadada serão destinados:*

.....

*III - 17,5% (dezessete e meio por cento) à Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo, como contribuição.”*

Assim, o equilíbrio atuarial era mantido.

Mas além de um interesse genérico na proteção dos advogados, sempre houve, também, paralelamente, um interesse econômico do Estado no recebimento das receitas inerentes à Carteira, cujo montante era confiado ao IPESP, rendendo juros de 7% ao ano, permitindo, assim, ao IPESP dispor de um fundo para o atendimento de suas finalidades específicas. Confira-se:

*“Art. 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.”*

Como se nota, o IPESP não era simplesmente depositário dos recursos, mas, sim, um gestor dos fundos da Carteira, os quais geravam rendimentos destinados a cobrir eventuais flutuações.

Formal e expressamente, o IPESP tinha o dever de zelar pela saúde financeira da Carteira, conforme estipulava o art. 39 do Decreto nº 34.641, de 30 de janeiro de 1959, que regulamentava a Lei nº 5.174, de 7 de janeiro de 1959:

*“Art. 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.”*

Logo adiante, no parágrafo único do art. 41 desse mesmo Decreto, havia um dispositivo estabelecendo o destino dos recursos da Carteira, caso ela, por alguma razão, não mais pudesse atingir suas finalidades:

*“Parágrafo único. Se a Carteira ora instituída não puder preencher os fins a que se destina, seus bens e valores passarão a pertencer à Caixa de Assistência dos Advogados de São Paulo mantida pela Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, cessando a cobrança das contribuições, taxas e acréscimos ora criados.”*

Essa disciplina, entretanto, foi alterada por legislação superveniente, conforme se passa a discorrer.

Em 16 de dezembro de 1970, foi editada a Lei nº 10.394, que reorganizou a Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo, revogando a Lei nº 5.174/59. Mas a nova lei manteve como pilar a preocupação em garantir benefícios de natureza previdenciária ao advogado. Para tanto, prevê a nova lei os benefícios e as fontes de receita suficientes para a concessão desses benefícios.

#### **a) Fontes de receita da Carteira dos Advogados**

A Lei nº 10.304/70 prevê como fontes de receita da Carteira dos Advogados de São Paulo:

*“Art. 40. (...):*

*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.”*

Quanto aos recursos previstos no inciso III, consistiam em 2% (dois por cento) do salário mínimo vigente para juntada de mandato judicial e igual percentual para juntada de substabelecimento. (cf. art. 48 da lei em comento).

Quanto às custas, estipula o art. 52:

*“Art. 52. As custas da Carteira são as que lhe destina o Decreto-lei nº 203, de 25 de março de 1970, em seu artigo 18, inciso II, que passa a ter a seguinte redação.*

*“II – do total atribuído ao Estado, 5% pertencerão à Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, para a entrega à Caixa de Assistência dos Advogados de São Paulo, e 15% à Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo como contribuição, constituindo custas do Estado os restantes 80%.”*

Nesse sentido, adotando-se a mesma diretriz adotada para com o próprio IPESP, a Carteira dos Advogados de São Paulo possui diversas fontes de receita, que podem ser desde o repasse de subvenções, pelo Poder Público, repasse de custas judiciais e até o pagamento de contribuições mensais, pelo associado.

Convém insistir que a atribuição de parte da receita das custas judiciais aos advogados não configura mera liberalidade, pois, conforme já foi dito, essa classe profissional é coadjuvante do Estado no cumprimento de seu dever de prover a prestação jurisdicional.

## **b) Administração dos recursos**

Conforme dito e repetido, a Carteira de Previdência dos Advogados é administrada pelo IPESP, tendo, entretanto, patrimônio próprio (artigo 1º da Lei 10.394/70), mas cabe ao IPESP a responsabilidade pelo equilíbrio atuarial da carteira, verbis:

*“Art. 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.”*

A respeito das aplicações dos recursos provenientes das fontes de receita da carteira dos advogados, o artigo 60 da Lei nº 10.394/70 c/c o artigo 5º, § 1º, do Decreto-lei Complementar nº 18, de 17 de abril de 1.970, prevê que as reservas das receitas serão aplicadas em títulos de dívida pública do Estado, verbis:

*“Artigo 60 - As reservas da Carteira já constituídas e o excesso mensal da receita sobre a despesa serão aplicados com observância do disposto no § 1º do artigo 5º do Decreto Lei Complementar nº 18, de 17 de abril de 1.970.”*

*“Artigo 5º – É defesa a qualquer outro órgão ou entidade pública do Estado a prática de quaisquer operações ativas de crédito ou financiamento.*

*§ 1º – As reservas técnicas das entidades previdenciárias e securitárias do Estado, respeitada a legislação Federal pertinente, serão aplicadas de acordo com as normas que forem estabelecidas pela Junta de Coordenação Financeira, dando-se preferência à aplicação em título da dívida pública do Estado, de modo a ser assegurada rentabilidade que permita o atendimento de seus encargos.” (grifo nosso)*

Identifica-se, assim, que a orientação legal prevê como destino dos recursos arrecadados pela Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo os cofres públicos. Ora, é fácil perceber que as receitas provenientes da carteira destinada à garantia de benefícios de natureza previdenciária, aos advogados paulistas, presta-se a financiar a dívida pública do Estado de São Paulo, na medida em que o comando legislativo indica que o investimento preferencial da carteira será em títulos da dívida pública estadual.

É escusado lembrar que a gestão de patrimônio é de cunho econômico; e não é de cunho diferente a administração, pelo IPESP, dos recursos provenientes das contribuições e das outras fontes de receita da Carteira dos Advogados. E o patrimônio administrado gerou e continua gerando renda. Acrescente-se, ainda, que o depósito dos recursos da referida Carteira eram consignados, inicialmente, ao Banco do Estado de São Paulo, nos termos do art. 61 da Lei nº 10.394/70, tendo, posteriormente sido

reconduzidos à Nossa Caixa, também ela uma entidade financeira vinculada ao Governo do Estado de São Paulo.

### **c) A alteração da política do Estado de São Paulo em relação à carteira dos advogados de São Paulo**

Gradativamente, sem que tivesse havido qualquer alteração no tocante à relevância social do exercício da advocacia, a política de proteção previdenciária aos advogados paulistas deixou de ser implementada e vários foram os fatores responsáveis por um quadro de desequilíbrio que se instalou na carteira.

Destacam-se os principais pontos.

No início da década de 90, através da Lei de Diretrizes Orçamentárias Lei nº 6.958, restou terminantemente proibida a inclusão de qualquer recurso do Tesouro para complementação de aposentadorias e pensões dos inscritos em diversas carteiras, inclusive a dos advogados, persistindo essa situação até hoje.

Em 2003, com o advento da Nova Lei de Custas, Lei nº 11.608, de 29 de dezembro de 2.003, ocorreu um corte brusco na receita da carteira, pois o repasse do substancial percentual sobre as custas deixou de existir, passando o valor das custas a ser integralmente destinado ao Poder Judiciário, conforme previsto no art. 9º.:

*“Art. 9º. Do montante da taxa judiciária arrecadada, 10% (dez por cento) serão destinados ao custeio das diligências dos Oficiais de Justiça indicadas no inciso IX do parágrafo único do artigo 2º. desta lei, e 21% (vinte e um por cento), ao Fundo Especial de Despesa do Tribunal de Justiça instituído pela Lei nº 8.876, de 2/9/1994, e 9% (nove por cento) distribuídos, em parte iguais, aos Fundos Especiais de Despesas do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, do Segundo Tribunal de Alçada Civil e do Tribunal de Alçada Criminal, instituídos pela Lei nº 9.653, de 14/5/1997, para expansão, aperfeiçoamento e modernização do Poder Judiciário do Estado.”*

Assim, bruscamente, foi suprimida uma das principais fontes de receita da Carteira dos Advogados, permanecendo apenas o recolhimento, para a carteira, de 2% (dois por cento) da taxa de mandato.

### **d) O desequilíbrio atuarial da carteira dos advogados de São Paulo**

A lei que cuida da carteira é de 1970 e não houve adequação à Constituição Federal de 1988, às Emendas Constitucionais 20, de 1998, e 41, de 2003, que reformularam o Regime da Previdência e às Leis Complementares 108 e 109 de 2001, que cuidam de previdência privada complementar. Nada foi feito, até agora, por parte do Estado, para que essa situação fosse revista. Ao contrário, com o fim do repasse do subsídio e também o repasse das custas judiciais, não poderia ser diferente a situação atual da Carteira dos Advogados, ou seja, encontrar-se em total desequilíbrio.

O próprio Estado, ao invés de zelar pela manutenção do equilíbrio atuarial existente das diversas carteiras que são administradas pelo IPESP, foi o agente causador da deterioração das mesmas, ao suprimir o aporte de recursos, sem adotar medida administrativa que assegurasse a sustentação econômica das carteiras, omitindo-se, como se não lhe coubesse, por força de lei, a gestão daquelas. De imediato é possível perceber que existe um nexu inegável entre a ação ou omissão do Estado e a situação de insustentabilidade da Carteira.

## **3) Criação da São Paulo Previdência - SPPREV**

Em 02 de junho de 2007 entrou em vigor a Lei Complementar Estadual nº 1.010, que criou a SPPrev (São Paulo Previdência), autarquia sob regime especial, vinculada à Secretaria Estadual da Fazenda, responsável pela administração do RPPS - Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos Cíveis e o RPPM - Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo, com a finalidade específica de cuidar das aposentadorias e pensões de servidores titulares de cargos públicos, possuindo autonomia administrativa, financeira e patrimonial.

A criação da SPPrev é uma decorrência da proibição de duplicidade de regime previdenciário para servidores públicos, contida no artigo art. 40, § 20 da Constituição Federal. A São Paulo Previdência administrará especificamente a previdência dos servidores públicos cíveis e dos militares do Estado de São Paulo conforme previsto no art. 3º.

De acordo com o art. 37 da mencionada lei, fica o Poder Executivo autorizado a transferir para a SPPrev o acervo patrimonial do IPESP. Mais adiante, o art. 40 dispõe que a SPPrev deverá estar instalada e em pleno funcionamento em até 2 anos, e concluída a sua instalação ficará extinto o IPESP (parágrafo 1º.). Ou seja, a SPPrev será sucessora do IPESP.

Pouco se pode dizer com relação ao funcionamento da nova autarquia, mas as incertezas decorrentes da vigência da legislação atingem, de qualquer modo, a situação futura do patrimônio gerado pela Carteira dos Advogados, e até agora administrado pelo IPESP, bem como a situação dos beneficiários e dos contribuintes daquela, à luz do direito.

Resta apontar que a lei de criação da SPPrev, ao mesmo tempo que restringe a atividade dessa nova autarquia aos servidores públicos efetivos e aos militares do Estado de São Paulo, transfere todo o acervo patrimonial do IPESP (do qual faz parte também o patrimônio da Carteira dos Advogados), está, num primeiro lance de vista, criando uma situação claramente lesiva aos associados da Carteira, porquanto aparentemente os exclui do novo sistema mas retém o patrimônio que eles criaram.

Mas convém ponderar que, nos termos expressos da LC 1.010/07, “concluída a instalação da SPPREV fica extinto o IPESP, sendo suas funções não previdenciárias realocadas em outras unidades administrativas conforme regulamento”. No caso, a gestão da Carteira dos Advogados é uma típica função previdenciária.

Em face dessa situação de incerteza, que efetivamente afeta o interesse público no regular funcionamento da atividade jurisdicional, foi formulado na Assembléia Legislativa Estadual, pelo Deputado Antônio Mentor, o Requerimento de Informações nº 333, de 2007, que historia o problema em exame e formula uma série de indagações, das quais duas, por sua especial pertinência a este estudo, merecem transcrição:

*“Atualmente qual o número de contribuintes, aposentados e pensionistas de cada categoria profissional (Advogados, Economistas, Contadores e Serventuários de Cartórios de Registro e Imóveis) excluídas da SPPrev?”*

*Qual será no conceito do IPESP o destino dos valores recolhidos pelos contribuintes citados, suas respectivas aplicações e outras receitas inerentes?”*

A resposta dada à primeira dessas indagações mostra que o número de atuais beneficiários (2.393 aposentados e 1.018 pensionistas) corresponde a pouco mais de 10% do número de contribuintes (30.284), sinalizando no sentido de que existe uma grande possibilidade de restauração do equilíbrio

atuarial, ou, pelo menos, mostrando que a extinção da Carteira não é algo fatal e inevitável. A incerteza existente decorre, primordialmente, da omissão do IPESP quanto ao seu dever de promover, tempestivamente, o re-equilíbrio atuarial.

A resposta dada à segunda indagação, a respeito do destino a ser dado ao patrimônio da Carteira, mostra que, embora tardiamente, o IPESP começou a cumprir o seu dever, promovendo estudos sobre os destinos da Carteira, conforme se depreende de seus exatos termos:

*“2. O IPESP não decidirá, isoladamente, sobre a destinação a ser dada aos recursos financeiros das Carteiras em questão, até mesmo porque a aplicação desses recursos no mercado financeiro é decisão sempre adotada pelo C. Conselho de cada um desses Órgãos, exceção feita à Carteira dos Economistas, deficitária há muitos anos, e que não conta com Conselho. Por outro lado cumpre-nos enfatizar que antes mesmo do advento da Lei Complementar n. 1010/07, este Instituto já havia contratado aprofundados estudos jurídicos sobre as Carteiras em apreço, que estão sendo realizados por profissionais de alto gabarito e muito experientes no campo previdenciário, sendo certo que de tais estudos, já em fase de últimação, decorrerão, inclusive, projetos de lei que obviamente tramitarão pela d. Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, objetivando a destinação de tais Carteiras e de todo o seu acervo, inclusive de suas reservas.”*

É certo, portanto, que não haverá uma automática extinção da Carteira, que poderá, eventualmente, ser absorvida pela SPPrev, dado que se trata de atividade precipuamente previdenciária, ou que, tendo sido criada por lei, em homenagem ao princípio da homogeneidade das formas, somente por lei poderá ser alterada ou extinta.

#### **4) Considerações Gerais**

Em conformidade com o artigo 6º. da Constituição Federal, entre os direitos sociais, encontra-se o direito à previdência social.

Reza o citado artigo:

*“Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”*

Não seria viável ao presente estudo comentar a Reforma da Previdência, pois fugiria do escopo deste trabalho; o que se quer destacar apenas, é que a Previdência Social é um direito constitucional e, por conseguinte, não pode ser simplesmente aniquilado.

Dizendo mais claramente, é evidente que não se pode aceitar qualquer interpretação que propicie ao Estado locupletar-se em prejuízo dos associados à Carteira de Previdência dos Advogados, muito especialmente em razão da posição estratégica ocupada pela advocacia no contexto das funções estatais e da manutenção da ordem social.

A Constituição Federal em seu artigo 133 consagra e define o papel do advogado na administração da justiça:

*“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”*

O exercício da advocacia é muito mais que uma profissão igual a tantas outras. Entre os chamados profissionais liberais, a posição do advogado é deveras peculiar. Com efeito, em sua atuação cotidiana, o advogado preocupa-se não apenas com a solução de conflitos entre as partes em litígio, mas também, necessariamente, tem um compromisso irrecusável com a defesa do Estado Democrático de Direito.

A profissão do advogado é regulada na Lei Federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, cujo artigo 2º. estabelece:

*Art. 2º. O advogado é indispensável à administração da justiça.*

*§1º. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.*

*§2º. No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público.*

*§3º. No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta Lei.*

O parágrafo 1º do artigo em questão reconhece o advogado, profissional liberal, como prestador de serviço público devido à relevância pública do serviço que presta, sendo-lhe confiada a mais absoluta independência para exercer com presteza o direito de defesa do interesse que lhe é atribuído pela parte, mas tendo como finalidade última a manutenção de paz social.

O advogado tem especialíssimo interesse na qualidade da prestação jurisdicional e especialíssima qualificação para cuidar da administração da Justiça, pois é por intermédio do advogado que o povo (em nome de quem todo Poder é exercido) recebe Justiça.

Uma característica fundamental da atuação do Poder Judiciário é que ele não dispõe da iniciativa para exercer suas funções típicas. O Judiciário atua sempre mediante provocação, somente quando solicitado a proporcionar a prestação jurisdicional. Tal solicitação é feita, precipuamente, por intermédio do advogado. Sem que o advogado deduza um pleito, uma postulação, o Poder Judiciário não pode atuar.

É certo, portanto, que a especial proteção à advocacia não configura uma simples liberalidade, mas sim, algo de relevante interesse público, motivo pelo qual o patrimônio gerado pelas contribuições e demais aportes à Carteira de Previdência dos Advogados deverá ser utilizado em benefício de seus associados, titulares de um direito (à previdência) assegurado pela Constituição Federal.

Emerge para o presente estudo, num primeiro momento, o levantamento de duas questões que serão detalhadas a seguir. Uma diz respeito ao direito adquirido dos beneficiários da Carteira dos Advogados, que já estão recebendo benefícios ou que, embora ainda não estejam recebendo, já preencheram todos os requisitos para a fruição dos mesmos benefícios, e a outra diz respeito à expectativa de direito dos que, no futuro, ao completarem os requisitos condicionantes da fruição, deverão receber os benefícios proporcionados por essa Carteira.

Não se deve confundir o direito adquirido com a expectativa do direito; assim, faz-se necessário examinar esses dois institutos. Ambos estão intimamente ligados à segurança das relações jurídicas, tema do direito constitucional que se caracteriza pelas condições que conferem ao indivíduo a certeza de que as relações jurídicas criadas sob a égide de uma determinada norma perdurem, mesmo que essa norma seja substituída por outra.

Questão que se vincula, pois, ao limite temporal da norma. Quando uma lei é revogada, é necessário aferir a natureza da situação jurídica subjetiva que aquela criou e que efeitos produziu em favor daqueles que a ela submeteram seus atos.

Resta, assim, definir como fica a situação subjetiva diante da colidência de normas, tema esse do art. 5º, XXXVI, da Carta Magna, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A primeira questão a ser estudada diz respeito ao direito adquirido, que assim se expressa na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 6º, § 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 preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.”*

São direitos adquiridos aqueles já exercitados por seu detentor e, também, aqueles direitos ainda não exercidos por seus detentores, mas cujo desfrute não pode ser impedido. Tais direitos já se incorporaram ao patrimônio dos titulares, que o exercerão segundo suas conveniências.

Nas palavras do ilustre Professor Miguel Reale (Lições Preliminares de Direito, 16ª. edição, Saraiva, 1988, p. 292), o direito subjetivo é “a possibilidade de ser exercido, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”.

A garantia de exercício desse direito a que se refere Miguel Reale persiste na superveniência de lei nova, dado que a possibilidade de exercício do direito foi obtida no regime de lei anterior revogada.

Nas palavras de José Afonso da Silva (Curso de Direito Constitucional Positivo, 20ª. edição, Malheiros, 2002, p. 433):

*“... o direito subjetivo vira direito adquirido quando lei nova vem alterar as bases normativas sob as quais foi constituído.”*

Resta, ainda, rebater o argumento de que o direito adquirido não persiste diante de lei de ordem pública ou de direito público. Contra tal argumento, a clara exposição de José Afonso da Silva à página 433 de sua consagrada obra:

*“Não é rara a afirmativa de que não há direito adquirido em face da lei de ordem pública ou de direito público. A generalização não é correta nesses termos. O que se diz com boa razão é que não corre direito adquirido contra o interesse coletivo, porque aquele é manifestação de interesse particular que não pode prevalecer sobre o interesse geral. A Constituição não faz distinção.”*

Por fim, no âmbito do Direito Previdenciário, a presença do direito adquirido é incontestável, elevado que está a princípio constitucional inalterável, figurando como regra geral e garantia fundamental da Carta Magna. O exame da legislação referente à previdência social revela que, historicamente, o direito adquirido foi respeitado e consagrado.

A segunda questão a ser examinada diz respeito à expectativa de direito. Esta, diversamente do direito adquirido, não é faculdade do sujeito, mas, sim, mera possibilidade ou probabilidade de vir a ter, no futuro, um direito que somente será seu quando certas condições se implementarem; é, pois,

esperança de futura aquisição de direito.

No caso em exame, há que considerar as situações daqueles que aderiram à Carteira dos Advogados administrada pelo IPESP, distinguindo-se: **a)** aqueles que já implementaram as condições de receber a aposentadoria e já estão no exercício desse direito ou ainda não exerceram esse direito; **b)** aqueles que ainda não implementaram as condições de receber a aposentadoria.

Na situação descrita em “a” está-se diante do direito adquirido, situação jurídica que se completou com o instituto do ato jurídico perfeito, eis que já se consumou “segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (LICC, art. 6º, § 1º). Trata-se de negócio fundado na lei, ato jurídico que, se tornou apto a produzir seus efeitos sob o regime da lei antiga, uma vez que os requisitos indispensáveis para isso foram preenchidos.

Pode-se concluir, destarte, que tanto os que já estão recebendo aposentadoria da Carteira dos Advogados gerida pelo IPESP, quanto os que ainda não exerceram esse direito, mas já implementaram as condições para fazê-lo, deverão ter assegurados os proventos da Carteira pelo novo Gestor dos recursos - São Paulo Previdência - SPPrev - já aportados ao Estado de São Paulo ou, mais exatamente, à autarquia estadual, IPESP, que é um prolongamento personalizado desse Estado.

Como paradigma, traz-se ao presente estudo, a situação atual da Carteira de Previdência dos Prefeitos e Vereadores do Estado de São Paulo, administrada pelo IPESP, criada pela Lei nº 4.642, de 06.08.85 e extinta pela Lei nº 8.816, de 7 de junho de 1994. O dispositivo legal que a extinguiu expressa de forma bem resumida *que as disponibilidades financeiras apuradas na data de sua extinção seriam rateadas proporcional e eqüitativamente, de acordo com o tempo e a valor de contribuição, entre as Câmaras Municipais e Prefeituras. Rateio esse de responsabilidade dos membros do último Conselho da Carteira, com um prazo de 90 dias para liquidação final.*

Ou seja, o legislador, ao extinguir essa Carteira, já cuidou de definir o destino dos recursos nela existentes, providência que não se encontra no diploma legal que criou a SPPrev e previu a futura extinção do IPESP, mas não da Carteira dos Advogados.

Com relação à extinção da Carteira dos Prefeitos e Vereadores, a jurisprudência vem reforçar o posicionamento expresso no presente estudo. Confira-se o Acórdão infra transcrito que confirmou a sentença que condenou o IPESP ao pagamento das prestações previdenciárias:

*“No âmbito da questão posta nos autos, isto é, da validade ou invalidade da extinção da Carteira de Previdência, assegurados ou não os direitos antes adquiridos pelos impetrantes, a conclusão só pode ser de afirmação desses direitos, que a própria Lei 8.816, de 7.6.94, na redação original, proclamara no seu art. 4º. Dispõe, com efeito, esse dispositivo legal: “Art. 4º. - Os beneficiários da Carteira de Previdência dos Vereadores e Prefeitos do Estado de São Paulo terão assegurados todos os seus direitos.*

*Não se coloca, assim, a questão, ao nível constitucional de infringência ou não do direito adquirido (Cf, art. 5º., XXXVI), ante a extinção da Carteira de Previdência, pois os direitos dos beneficiários já estão expressamente ressaltados pela própria lei estadual.*

*Quais são os direitos adquiridos dos beneficiários de Carteira de Previdência que se extingue?*

*Estes só podem ser os direitos que adquiriram pelo adimplemento das obrigações assumidas pelos participantes, isto é, o pagamento das contribuições pelo valor e tempo necessários à aquisição da*

*contraprestação na forma de aposentadoria ou pensão.*

*A extinção, realizada por lei, não teve a adesão voluntária dos beneficiários, de modo que se pudesse inferir desistência. A Lei é fato externo, superveniente, fora da voluntariedade dos participantes. Não podem estes ser por ela prejudicados, ainda mais quando ela própria lhes ressalva os direitos adquiridos.*

*Entre os direitos dos participantes está, sem dúvida, o da manutenção das condições de contraprestação por parte da entidade de aposentadoria e pensões envolvida, ou seja, no caso, o Ipesp, pois foi ele quem, sob a égide de aporte de recursos públicos que, então, viu, assegurados, comprometeu-se a prestar aposentadorias e pensões. Se houve, posteriormente ao adimplemento das obrigações dos participantes, alteração no quadro de aporte de recursos, motivada pela extinção da Carteira, isso leva, para a entidade previdenciária, ao recolhimento das conseqüências do risco que anteriormente assumiu, não havendo como traduzir as conseqüências em pura e simples supressão de retribuição.*

*Não se cuida, aqui, de manter a vida de carteira de previdência extinta, mas, sim, de manter a responsabilidade de instituição previdenciária que a criou e, por ela contratou administrativamente com os participantes beneficiários e outros participantes, inclusive quanto à suplementação de recursos. Assim, no caso de rompimento do aporte de recursos, deve a instituição previdenciária, não os beneficiários, junto a estes buscar o resíduo de responsabilidade para restabelecer os próprios fundos.”*

“Apelação Cível n. 262.067-1/0, 9ª. Câmara de Direito Público, Dês. Sidnei Benetti, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.”

Mas a jurisprudência é ainda mais incisiva no tocante à responsabilidade do IPESP para com a manutenção da solvência e a assunção de responsabilidades em decorrência da condição de gestor da Carteira de Previdência dos Advogados.

Nesse sentido, releva citar o Incidente de Uniformização de Jurisprudência na Apelação Cível n. 75.828-1, São Paulo, Relator Desembargador FONSECA TAVARES, Suscitante: Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça - Apelante: Instituto de Previdência do Estado de São Paulo - IPESP - Apelados: Antônio Lázaro e outros, do qual foram extraídas as passagens abaixo transcritas.

O Acórdão, prolatado no âmbito do Incidente acima referenciado, reportou-se à divergência gerada em torno da questão suscitada pela seguinte indagação, in litteris:

*“Responde o IPESP pela complementação dos benefícios da Carteira de Previdência dos Advogados, se insuficiente o fundo, decorrente do sistema atuarial de repartição do fundo de garantia, para dar cumprimento aos reajustes previstos nos artigos 13 e 14 da Lei Estadual n. 10.394, de 1970 ?”*

O entendimento firmado por maioria de votos resultou em uma resposta afirmativa à indagação posta.

O Acórdão relata que, em sua manifestação, o ilustre Procurador representante do Ministério Público, em vista da existência de dois incidentes precedentes, julgados respectivamente em 15.8.1986 e em 17.9.1987, “teceu considerações no sentido de os beneficiários não poderem arcar com as conseqüências da falta de providências do Instituto, para promover fossem supridos os fundos, sem que pudesse ter interpretação fora do contexto a norma do artigo 55, parágrafo único, do estatuto em tela, relativo à responsabilidade exclusiva do patrimônio da Carteira, certo que a Administração é do IPESP e as atribuições exigíveis são também da Administradora”.

Na seqüência, o Relator trouxe à baila alguns trechos de decisões anteriores (apelações ns. 55.552-1 e 57.184-1), de sua própria lavra, sobre a mesma matéria, merecendo destaque alguns deles:

*“... o dispositivo do artigo 57 desse estatuto legal que rege a Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo não tem a finalidade de isentar o IPESP dos pagamentos devidos segundo o valor das aposentadorias, por inexistência da necessária reserva de fundos.*

*O cálculo atuarial há de permitir apenas que jamais seja necessário reduzir o valor da remuneração da aposentadoria ou deixar de o atualizar em função dos novos índices dos salários mínimos vigentes.*

*Toda a instituição que atue no ramo de seguros, seja de natureza privada, seja de seguros sociais, há de operar de forma atuarial, não evidentemente para que possa deixar de pagar o que devido for na hipótese de insuficiência dos valores em Caixa, mas, bem diferentemente, para que jamais fique a Caixa com fundos insuficientes para a cobertura dos valores eventualmente devidos, com o promover em tempo hábil o suprimento das fontes de receita (artigo 53 da Lei Estadual n. 10.394, de 16.12.1970).*

*A técnica atuarial intervém, sobretudo, no sentido de proporcionar os recursos necessários. Esta intervenção é indispensável no seguro social porque aí há compromissos expressos cuja satisfação deve ser garantida com previsão matemática pois na dependência dos problemas demográficos no caso dos seguros sociais.”*

O Acórdão referiu-se também ao reajuste automático das contribuições, invocando, nesse ponto, os artigos 48, §3º, 53 e 54 da Lei Estadual em tela. Nesse sentido, afirmou a inexistência de dispositivo legal que faculte o não pagamento dos benefícios atualizados. Conforme disposto expressamente no teor do acórdão: “todos os mecanismos são orientados no sentido de inexistir déficits”. Acrescentou-se, ainda, o seguinte:

*“Nada razoável seria que se permitisse ao beneficiário ser surpreendido pelo não pagamento devido pelo IPESP, sem a adoção prévia de todos esses mecanismos previstos para que isso não viesse a ocorrer.”*

Diante do contexto apresentado, os motivos elencados no teor do acórdão conduziram a maioria a responder afirmativamente ao quesito proposto, reconhecendo-se, dessa forma, a obrigação atinente ao IPESP no sentido de responder pela complementação dos benefícios da Carteira de Previdência dos Advogados, se insuficiente o fundo.

O Acórdão em exame nada tem de surpreendente. Muito ao contrário, pois seria realmente aberrante se uma lei ordinária pudesse suprimir uma garantia constitucional. Ninguém, certamente, haveria de sustentar a constitucionalidade de um dispositivo da Lei de Licitações e Contratações Públicas, ou da Lei de Concessões, ou da Lei de Parcerias Público-Privadas, ou de todas elas, dizendo que o Poder Público não responde pelos danos decorrentes de contratos por ele firmados com base nessas leis, ou mais diretamente, dizendo que o disposto no §6º, do art. 37 da CF, não se aplicaria a tais contratos.

No caso em exame, agride o senso comum (e a ordem constitucional) imaginar que o Estado, por meio de uma autarquia, pudesse conclamar os advogados a contribuir para uma Carteira de Previdência por ele instituída e em relação à qual ele Estado tem um dever legalmente estabelecido de zelar pela solvência, para, mais tarde, diante de uma insuficiência de recursos, comportar-se com olímpica indiferença, como se nada tivesse a ver com o problema por ele mesmo criado.

Quanto à situação indicada na letra “b”, caracterizada pela expectativa de direito daqueles que realizaram negócio jurídico com o Estado de São Paulo, por intermédio do IPESP, ora em fase de extinção, a questão envolve mais especificamente o instituto do ato jurídico perfeito.

Como negócio, a contratação com a Carteira dos Advogados implicou também contratação com o Estado de São Paulo, por sua administração descentralizada (autarquia IPESP), sendo as contribuições mensais dos contratantes aportadas aos cofres públicos e empregadas no financiamento da dívida pública.

Na condição de ato jurídico que se perfez, essa contratação, para os que previam a futura percepção dos proventos de aposentadoria, está igualmente ao abrigo da norma constitucional do art. 5º., XXXVI.

Assim, claro fica que os direitos dos beneficiários estão assegurados pela Constituição Federal, e mesmo na hipótese da extinção da carteira dos advogados ou de sua transferência para outro órgão administrador, deverá ser responsável o ente público que a criou e geriu.

Em resumo, o contrato firmado é um ato jurídico perfeito, que deve ser respeitado. Mesmo não tendo preenchidas as condições para o desfrute dos benefícios previdenciários, é certo que os contribuintes deverão ser ressarcidos pela frustração do direito que visavam adquirir.

Convém esclarecer que os recursos da Carteira, todos eles, em sua integralidade, pertencem aos contribuintes, independentemente da origem dos ingressos. Dizendo ainda mais claramente: não se trata de, simplesmente, devolver aos contribuintes os valores correspondentes as contribuições efetuadas por cada um deles, mas, sim, de partilhar entre todos os contribuintes o montante total do patrimônio acumulado, compreendendo, também, os ingressos referentes às custas e aos rendimentos de aplicações.

Não há possibilidade alguma de que a Carteira de Previdência dos Advogados simplesmente se desvaneça no ar, deixando ao Deus dará os seus contribuintes e proporcionando um enriquecimento sem causa ao Estado.

## **5 - Considerações doutrinárias**

Para melhor fundamentar o entendimento do presente estudo, mister se faz uma breve conceituação a respeito da Ética da Responsabilidade.

Quando se fala de ética de uma forma em geral, em qualquer relação jurídica ou na convivência social, não se fala simplesmente de um mero cumprimento de formalidades ou leis, mas sim de um imperativo moral.

Muito bem colocado é o ensinamento de EMERSON GABARDO a respeito da Ética da Responsabilidade:

*“A atuação dos agentes do Estado, principalmente os políticos, exige a apreensão de alguns dos caracteres daquilo que Max Weber denominou ser a “ética da responsabilidade”. É indiscutível que o Estado não deve ser uma seguradora universal, mas é preciso que ele ofereça segurança aos cidadãos. Segurança contra a mudança das regras jurídicas ditadas em função da maior ou menor disponibilidade do caixa do governo, por exemplo. Segundo o autor, a ética da responsabilidade condiciona-se pela avaliação das conseqüências dos atos praticados. Portanto, na perspectiva do Direito, o foco central implica a ponderação das conseqüências que os atos estatais produziram na*

*esfera jurídica de seus cidadãos.”*

Responsabilidade Objetiva do Estado em face dos princípios da eficiência e da boa-fé”, in Direito Público Moderno - Homenagem especial do Professor Paulo Neves de Carvalho, coordenadores e co-autores Luciano Ferraz e Fabrício Motta, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 293.

Deve ser essa a conduta do Estado ou de seus agentes políticos, agindo com eficiência, zelando pela segurança jurídica de todos aqueles que, de boa fé, com eles se relacionam, em especial com aqueles que ao Estado deferiram a gestão do patrimônio de sua previdência social.

Ao assumir a condição de gestor, ainda que por intermédio de uma autarquia (IPESP) o Estado assumiu, implícita e automaticamente, a responsabilidade disso decorrente.

O § 6º do art. 37 da Constituição Federal determina a responsabilidade patrimonial do Estado pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência que para essa responsabilização não é necessária a presença do elemento subjetivo (culpa ou dolo), bastando a demonstração do nexo causal, pois a responsabilidade é objetiva:

Reza o citado artigo:

*“Art. 37. ....*

*§6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”*

O consagrado mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO define com clareza a responsabilidade objetiva como:

*“ a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.”*

“Curso de Direito Administrativo”, 22ª. edição, Malheiros Editores, 2006, p. 969-970.

Entende-se, assim, que aquele que sofrer uma lesão proveniente de um procedimento lícito ou ilícito por parte do Estado, ou de quem lhe faça as vezes, deverá ser indenizado, bastando para tanto o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o dano causado.

Situações existem, entretanto, conforme ainda o magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, nas quais o dano não é produzido diretamente pelo Estado, mas este é também objetivamente responsável por ter criado uma situação ensejadora da ocorrência do dano:

*“Há determinados casos em que a ação danosa, propriamente dita, não é efetuada por agente do Estado, contudo é o Estado quem produz a situação da qual o dano depende. Vale dizer: são hipóteses nas quais é o Poder Público quem constitui, por ato comissivo seu, os fatores que propiciarão decisivamente a emergência de dano. Tais casos, a nosso ver, assimilam-se aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e por isso ensejam, tanto quanto estes, a aplicação do princípio da responsabilidade objetiva.*

*Com efeito, nas hipóteses ora cogitadas, uma atuação positiva do Estado, sem ser a geradora imediata do dano, entra decisivamente em sua linha de causação. O caso mais comum, embora não único (como ao diante se verá), é o que deriva da guarda, pelo Estado, de pessoas ou coisas perigosas, em face do quê o Poder Público expõe terceiros a risco.”*

“Curso de Direito Administrativo”, 22ª. edição, Malheiros, 2007, p. 981/2.

No caso em exame, ao criar uma Carteira de Previdência dos Advogados, por lei, o Estado de São Paulo deu ensejo a uma situação potencialmente causadora de dano. Não importa a licitude da instituição da Carteira e seus nobres propósitos. O fato é que a lei estadual criou um mecanismo no qual os advogados passaram a confiar e aportar suas contribuições.

Nem se diga que o Estado de São Paulo, não obstante tivesse editado a lei criadora da Carteira, seria imune a qualquer responsabilidade, em decorrência de haver confiado a administração dos recursos ao IPESP.

O IPESP é uma autarquia, um prolongamento personalizado do Estado. Embora tenha personalidade jurídica e patrimônio próprio não deixa de ser um agente da atuação do Estado e, portanto, está sujeito à responsabilidade objetiva.

Tomando-se emprestado o conceito formulado pela renomada professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

*“... pode-se conceituar a autarquia como a pessoa jurídica de direito público, criada por lei, com capacidade de auto-administração, para o desempenho de serviço público descentralizado, mediante controle administrativo exercido nos limites da lei.”*

“Direito Administrativo”, 19º. edição, Atlas, 2006, p. 423.

A autonomia que a lei criadora confere à autarquia não lhe retira a condição de agente, de instrumento, da entidade política criadora. Os fins e objetivos específicos da autarquia são, em última análise, aqueles que lhes foram assinalados pela entidade criadora, exatamente por serem de interesse público dessa mesma entidade criadora.

Sendo a autarquia um prolongamento personalizado do Estado, tendo personalidade jurídica de direito público, desfrutando das mesmas prerrogativas do Estado, de quem é mero instrumento e cujos fins, interesses e objetivos deve realizar, é inafastável a conclusão de que a responsabilidade da autarquia pelos atos praticados e compromissos assumidos é exatamente igual à do próprio Estado.

Em valiosa análise sobre a responsabilidade da autarquia, assim se pronunciou JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

*“A regra constitucional faz referência a duas categorias de pessoas sujeitas à responsabilidade objetiva: as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.*

*Em relação à primeira categoria, não há novidade. São objetivamente responsáveis as pessoas jurídicas de direito público: as pessoas componentes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), as autarquias e as fundações públicas de natureza autárquica.*

*A segunda categoria constituiu inovação no mandamento constitucional - as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. A intenção do Constituinte foi a de igualar, para fins de sujeição à teoria da responsabilidade objetiva, as pessoas de direito público e aquelas que, embora com personalidade jurídica de direito privado, executassem funções que, em princípio, caberiam ao Estado. Com efeito, se tais serviços são delegados a terceiros pelo próprio Poder Público, não seria justo nem correto que a só delegação tivesse o efeito de alijar a responsabilidade objetiva estatal e dificultar a reparação de prejuízos pelos administrados.”*

“Manual de Direito Administrativo”, 17ª. edição, Lumen Juris Editora, 2007, p. 478-9.

A questão da responsabilidade da autarquia suscita também o tema da responsabilidade subsidiária do Estado: a responsabilidade da autarquia (IPESP, no caso) por seus atos é objetiva e direta; porém, na hipótese de se terem exauridos seus recursos, ainda cabe ao Estado a responsabilidade subsidiária pela reparação dos danos causados por esse seu ente de administração descentralizada.

DIÓGENES GASPARINI comenta essa questão de maneira objetiva:

*“Pode haver, isto sim, responsabilidade subsidiária, nos casos de danos causados a terceiros em razão dos serviços que explora ou decorrentes de atos de seus servidores. Assim, esgotadas as forças da autarquia, cabe à Administração Pública suportar o remanescente do prejuízo decorrente desses comportamentos. Destarte, enquanto existir e não exauridas suas forças, responderá pelos seus atos e pelos de seus servidores, sempre que causarem danos a outrem, e pelas obrigações assumidas.”*

“Direito Administrativo”, 11ª. edição, Saraiva, 2006, p. 317-8.

O estudo da questão em apreço envolve ainda outros dois aspectos no que tange ao comportamento e à responsabilidade do Estado: o primeiro diz respeito ao ato comissivo (ação) e o segundo diz respeito ao chamado ato omissivo (omissão).

O ato comissivo é aquele no qual o agente pratica uma ação, seja ela lícita ou ilícita, produzindo um determinado resultado; ao passo que o ato omissivo importa na abstenção do Poder Público em relação a um fato, ou seja, quando o dano resulta da ausência de providência por parte do Poder Público, quando este deveria agir e não o fez.

No caso, a lei estadual (Lei nº 11.608/03 - Lei de Custas) tirou os recursos da Carteira dos Advogados, ou seja uma ação do Estado, por uma lei de efeitos concretos (um ato lícito, portanto), causou um dano especial e anormal a um conjunto determinado de pessoas.

Ao criar a Carteira dos Advogados o Estado, no mesmo ato, se comprometeu a proporcionar os recursos necessários à sua manutenção e desenvolvimento. Diante dessa garantia os associados, de boa fé, efetuaram suas contribuições, na justa expectativa de, no futuro, auferir os benefícios correspondentes. Porém, repentinamente, decidiu o Estado retirar os aportes a que se havia comprometido.

Não se nega ao Estado tal prerrogativa, nem discute sua licitude, mas é absolutamente certo que não pode ele furtar-se à responsabilidade correspondente. Pode sim, o Estado, alterar sua política previdenciária, mas desde que respeite os efeitos do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR, aborda essa questão da responsabilidade por ato lícito de maneira sintética e objetiva:

*“No Brasil, a responsabilização estatal por ato lícito foi, às expensas, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como consequência do postulado que impõe o tratamento igualitário dos cidadãos. Assim consta do RE 113.875, cuja ementa realça o seguinte: “A consideração no sentido de licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade do ônus e encargos sociais.”*

“Responsabilidade Civil do Estado por atos legislativos”, in RTDP 43, Malheiros Editores, 2003, p. 89.

No caso em exame, o próprio Estado agiu ou atuou causando o dano, ao promulgar a Lei nº 11.608/03, Lei de Custas, que teve o efeito direto e imediato de suprimir o principal aporte à Carteira. Tal lei se configura perfeitamente como uma lei de efeitos concretos, conforme a lição de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:

*“Leis de efeitos concretos são aquelas que se apresentam como leis sob o aspecto formal, mas que, materialmente, constituem meros atos administrativos.*

*Para que surjam, seguem todo o processo legislativo adotado para as leis em geral. Não irradiam, todavia, efeitos gerais, abstratos e impessoais como as verdadeiras leis, mas, ao contrário, atingem a esfera jurídica de indivíduos determinados, razão por que pode dizer-se que são concretos os seus efeitos.*

*Em relação a tais leis, já se pacificaram doutrina e jurisprudência no sentido de que podem ser impugnadas através das ações em geral, inclusive o mandado de segurança, sendo interessado aquele cuja órbita jurídica seja hostilizada pelos seus efeitos.*

*Com esse perfil, não é difícil concluir que, se uma lei de efeitos concretos provoca danos ao indivíduo, fica configurada a responsabilidade civil da pessoa jurídica federativa de onde emanou a lei, assegurando ao lesado o direito à reparação dos prejuízos.”*

“Manual de Direito Administrativo”, 17ª. edição, Lumen Juris Editora, 2007, p. 493.

O Estado é inegavelmente responsável por todos os atos praticados por seus agentes, e no caso em tela, por tratar-se de um ato legislativo, responderá o Estado por esse quando for inconstitucional ou quando, embora sendo constitucional, venha causar dano especial e anormal a um determinado indivíduo ou a um determinado grupo, bastante para tanto a comprovação do nexo de causalidade entre o dano sofrido e a lei ensejadora do prejuízo.

JÚLIO CÉSAR DOS SANTOS ESTEVES, em valiosa análise sobre o tema, assim se pronunciou, em passagem que se amolda perfeitamente ao caso em exame:

*“Repugna à consciência jurídica a noção de que atos estatais de qualquer espécie possam acoitar-se da obrigação geral de indenizar. Desperta mesmo certo travo de ironia e frustração aceitar-se que a lei, concebida como instrumento máximo de contenção do poder do Estado e de proteção individual, possa se converter em espaço de afirmação de irresponsabilidade da pessoa política.”*

“O Estado Legislador Responsável”, in Direito Público Moderno - Homenagem especial do Professor Paulo Neves de Carvalho, coordenadores e co-autores Luciano Ferraz e Fabrício Motta, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 320.

O segundo aspecto a ser enfrentado diz respeito ao comportamento omissivo do Estado, pois, ao retirar os aportes fundamentais à sustentabilidade da Carteira, o Estado, por meio do IPESP, deveria ter adotado as medidas necessárias para ajustar a gestão dos recursos a essa nova realidade, mas nada fez.

Vale aqui conferir outro magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, exatamente sobre a responsabilidade subjetiva do Poder Público nos atos omissivos:

*“Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.*

*Deveras, caso o Poder Público não tivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.”*

“Curso de Direito Administrativo”, 22ª. edição, Malheiros Editores, 2007, p. 976-7.

Toda vez que se fala em um ilícito, deve-se ter em mente a noção de um dano causado a uma determinada pessoa em função de um comportamento contrário ao ordenamento jurídico. Quem tem o dever de agir e não o faz comete um ilícito.

A omissão do Estado é um ilícito, e, portanto, a responsabilidade por omissão deve ser analisada subjetivamente, verificando-se a existência da culpa e se o mesmo agiu com negligência, imprudência ou imperícia.

Tomando emprestado conceito do Direito Penal, pode-se até dizer que o agente público atuou dolosamente, na medida em que assumiu o risco de produzir o resultado danoso (dolo eventual, art. 18, I, do Código Penal), pois, conscientemente admitiu e aceitou a quase certeza de produzir o resultado deletério ao interesse público.

Com efeito, a documentação trazida para exame deixa perfeitamente claro que o Conselho da Carteira de Previdência formalmente solicitou ao IPESP providências (inclusive a suspensão de novas inscrições) diante da insuficiência da receita para o pagamento dos benefícios, mas a autarquia nada fez, alegando estar à espera da conclusão da avaliação atuarial, que estaria sendo procedida pela NOSSA CAIXA, entidade financeira estadual diretamente interessada no assunto.

No caso de conduta omissiva por parte do agente, quando tinha o dever de agir e não o fez, caracteriza-se total desobediência à lei, pelo simples fato de não agir. O princípio da legalidade é um princípio fundamental da responsabilidade estatal por atos ilícitos.

*“O princípio da legalidade é considerado como sendo o princípio maior que rege os atos administrativos, praticados pelo Estado. Exige ele que a administração pública somente poderá fazer ou deixar de fazer algo, desde que prescrito por lei. Ocorre, porém, que em sua grande maioria os atos*

*administrativos são atos vinculados. Mesmo nos atos discricionários também pesa tal princípio, visto que a margem de liberdade de decisão que a norma autoriza ao agente possui, sempre, um limite, posto pela própria norma. Na responsabilidade do Estado por conduta omissiva, o agente tem o dever de agir, estabelecido em lei, mas, desobedecendo à lei, não age. Por não ter agido, causou um dano ao particular. Portanto, trata-se de uma conduta ilícita, isto é, contrária à lei. Logo, feriu-se o princípio da legalidade.”*

JOÃO AGNALDO DONIZETI GANDINI e DIANA PAOLA DA SILVA SALOMÃO, “A Responsabilidade Civil do Estado por conduta omissiva”, in RTDP, 38, Malheiros Editores, 2002, p. 179.

A omissão administrativa é assim tratada por LUÍS ROBERTO GOMES:

*“A Administração Pública, no exercício de suas funções, tem o dever constitucional e legal de atender as finalidades de interesse público norteadas no ordenamento jurídico, com a meta de bem servir o destinatário de sua atuação e proporcionar-lhe o bem-estar social. A final, é para isso que o titular do poder político estatal, o povo, delega seu exercício ao Poder Público e diz a este, através de comandos legislativos, o conteúdo da vontade que deve ser concretizada.*

(...)

*Assim, quando a omissão viola preceitos e parâmetros constitucionais e legais, pode ser objeto de contestação, na via administrativa ou judicial, a fim de que se restaure a ordem jurídica violada e o destinatário das prestações estatais tenha como satisfeitas suas necessidades.”*

“O Ministério Público e o controle da Omissão Administrativa”, Forense Universitária, 2003, p. 66-67.

Ora, contra os atos que deterioraram o patrimônio da Carteira dos Advogados, caberia ação do IPESP, como gestor legal daquela. Houve, portanto, omissão culposa, falta de cumprimento de dever legal.

Há que falar, ainda, da responsabilidade à luz da teoria do risco-proveito, uma vez que os fundos da Carteira dos Advogados sob gestão do IPESP são depositados na Caixa Econômica Estadual, instituição bancária do Governo do Estado de São Paulo. Segundo referida teoria, aquele que tira proveito – no caso, ganho econômico, lucro – responde por danos causados: ubi est emolumentum ibi est ônus.

Inegável que o aporte dos recursos da Carteira dos Advogados à Caixa Econômica Estadual é de fundo lucrativo. Não se trata de favor concedido ou favorecimento aos advogados; os recursos do fundo são utilizados no financiamento de obras públicas e/ou outras atividades do Estado.

Em síntese, seja por ter criado uma situação de risco, seja por ação (supressão dos recursos), seja por omissão (falha no dever de promover a recomposição da Carteira), seja, ainda, pelo risco decorrente do proveito auferido pela detenção dos recursos do fundo, é irrecusável e inafastável a responsabilidade do Estado.

## **6. Conclusões**

À luz de tudo quanto foi acima exposto, diante das razões e fundamentos acima apresentados, pode-se responder, direta e objetivamente, os quesitos formulados:

**1)** Tendo em vista que a Lei Complementar nº 1.010/07 estipula a futura extinção do IPESP, a quem

cabará a administração da Carteira dos Advogados? Qual o instrumento legal para designação do novo administrador?

Resposta: A lei é perfeitamente clara ao conferir à SPPrev a condição de sucessora do IPESP, atribuindo-lhe o encargo de continuar zelando pela boa gestão da Carteira dos Advogados.

Cabe destacar que, nos termos expressos da LC 1.010/07, “concluída a instalação da SPPREV fica extinto o IPESP, sendo suas funções não previdenciárias realocadas em outras unidades administrativas conforme regulamento”. Ou seja, apenas as funções não previdenciárias é que serão transferidas e, no caso, a administração da Carteira de Previdência dos Advogados é uma atividade eminentemente previdenciária.

De qualquer maneira, o regulamento a ser editado é que vai determinar a competência para a gestão do acervo da Carteira de Previdência dos Advogados. Qualquer alteração substancial, inclusive a eventual extinção da Carteira, vai depender da edição de lei estadual cuidando especificamente desse assunto.

**2) Tendo em vista a alteração das fontes de receita da Carteira dos Advogados pela Lei Estadual nº 11.608/03, deveria o IPESP, na condição de administrador, ter adotado alguma providência visando sua readequação atuarial?**

Resposta: Sem dúvida alguma o dever do IPESP ia muito além da simples contabilização dos recursos da Carteira, abrangendo, indubitavelmente o dever de zelar por sua sustentabilidade e, impondo a obrigação de adotar as medidas para isso necessárias.

Dado que esse dever consta expressamente da lei, a omissão do IPESP configura patente ilegalidade.

**3) A falta de readequação da Carteira após a promulgação da Lei Estadual nº 11.608/03 e a da Lei Complementar nº 1.010/07 implica em responsabilidade do Estado?**

Resposta: Tanto o IPESP quanto a SPPrev são prolongamentos personalizados e instrumentos da atuação do Estado no campo da previdência, sendo assim, indiscutível a responsabilidade subsidiária do Estado.

**4) Em que hipótese poderá a Carteira vir a ser extinta e quais os efeitos de tal extinção?**

Resposta: Verificada, atuarialmente, a inviabilidade da Carteira, cabará à SPPrev, na condição de sucessora do IPESP, se for totalmente inviável sua revitalização, promover a sua liquidação, nos termos da lei estadual que vier a disciplinar essa matéria.

Entretanto, sempre deverão ser respeitados os direitos adquiridos, que são intangíveis, e deverão ser também amparados os direitos decorrentes dos atos jurídicos perfeitos praticados durante o pleno funcionamento da Carteira.

Ou seja: os benefícios que já estejam sendo ou que poderiam estar sendo desfrutados deverão ser mantidos pelo Estado e os recursos remanescentes na Carteira deverão servir para ressarcir ou amparar os contribuintes titulares de expectativas de direitos.

**5) Na hipótese de extinção da Carteira, quais são os direitos dos participantes ativos e inativos? Existem direitos adquiridos?**

Resposta: Os participantes inativos, que já recebem os benefícios para os quais contribuíram e aqueles que, embora não estejam recebendo benefícios, já implementaram as condições de sua fruição, são titulares de direitos adquiridos e deverão continuar recebendo os mesmos benefícios. Os contribuintes ativos, detentores de expectativas de direitos, devem ser indenizados com base na "reserva individual" de cada participante, a ser calculada tomando-se como referências a soma das contribuições efetuadas e a participação proporcional ao tempo de contribuição nos ingressos referentes às custas, aos rendimentos das aplicações e outros ingressos. Em nenhuma hipótese o Estado poderá apropriar-se dos recursos da Carteira.

**6) Quais são as responsabilidades do IPESP e do Estado de São Paulo pelo pagamento das obrigações devidas aos beneficiários da Carteira dos Advogados de São Paulo?**

Resposta: O IPESP, até sua extinção, e a SPPrev como sua sucessora, respondem diretamente perante os beneficiários da Carteira e, na hipótese de que estas entidades criadas pelo Estado não possam arcar com os pagamentos devidos, responderá o Estado subsidiariamente.

S.M.J, é o parecer.

São Paulo, 08 de outubro de 2.007.

**ADILSON ABREU DALLARI**

OAB/SP: 19.696

Fonte: [http://www.aasp.org.br/aasp/noticias/visualizar\\_noticia\\_capa3.asp?ID=21300](http://www.aasp.org.br/aasp/noticias/visualizar_noticia_capa3.asp?ID=21300)