

Detalhes do processo

Jurisdição Subseção Judiciária de São Paulo (Varas Cíveis)	Órgão Julgador 2ª Vara Cível Federal de São Paulo	Classe Judicial MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO (119)
Valor da Causa (R\$) 100,000.00	Número Processo 5010806-56.2019.4.03.6100	

Protocolo do Processo

Processo distribuído com o número 5010806-56.2019.4.03.6100 para o órgão 2ª Vara Cível Federal de São Paulo.

FECHAR



EXMO. SR. JUIZ FEDERAL DA VARA CÍVEL DE SÃO PAULO – SP

DISTRIBUIÇÃO URGENTE

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE SÃO PAULO, entidade de serviço público, inscrita no CNPJ sob nº 43.419.613/0001-70, com sede na Praça da Sé, 385, Centro, CEP 01.001-902, São Paulo/SP, por seu presidente eleito para o triênio de 2019 a 2021, neste ato representado por seus procuradores que esta subscrevem (**doc. nº 01**), vem perante V. Exa., com fundamento no art. 5º, LXIX e LXX, da Constituição Federal e na Lei nº 12.016/2009, impetrar **MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E PREVENTIVO, COM PEDIDO DE LIMINAR**, contra atos prováveis do Sr. **SUPERINTENDENTE DO INSTITUTO DE PAGAMENTOS ESPECIAIS DE SÃO PAULO – IPESP**, com endereço na Avenida Brigadeiro Luís Antônio, 2701, Jardim Paulista, CEP 01401-000, São Paulo/SP, autoridade vinculada ao **ESTADO DE SÃO PAULO**, do Sr. **SUPERINTENDENTE REGIONAL DA 8ª REGIÃO FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL**, com endereço na Avenida Prestes Maia, 733, 12º andar, Centro, CEP 01031-001, São Paulo/SP, e do Sr. **DELEGADO DA DELEGACIA ESPECIAL DE PESSOAS FÍSICAS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL EM SÃO PAULO**, com endereço na Rua Luís Coelho, 197, 3º andar, Consolação, CEP 01309-001, São Paulo/SP, autoridades vinculadas à **UNIÃO FEDERAL**, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

1. DOS FATOS

Em 1959 foi editada a Lei nº 5.174, que criou a Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo, “*dotada de patrimônio próprio, tendo por objetivo proporcionar aposentadoria e pensão aos seus beneficiários*” e gerida pelo Instituto de Previdência do Estado de São Paulo (**doc. nº 02**). Os benefícios – aposentadoria vitalícia e pensão – seriam custeados por contribuições individuais, custas processuais e outros recursos ali previstos.

Desde a sua criação, a Carteira caracterizou-se por ter natureza híbrida ou especial, vez que beneficiava os advogados, mas era administrada pelo Estado e parcialmente financiada por recursos públicos. Justamente por isso, nunca pôde ser enquadrada como um plano de previdência privada, o que tem importantes consequências na presente ação.



A Lei nº 10.394/70 (**doc. nº 03**) reformulou a Carteira, mas manteve as características acima enumeradas. Dois pontos importantes foram a extinção da figura do segurado obrigatório (que atingia certas faixas da advocacia na lei anterior) e a limitação das aposentadorias a 10 salários mínimos e das pensões a 75% desse valor (arts. 23, § 2º, e 28, *caput*).

Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45, ao incluir o § 2º ao art. 98 da Carta, vedou a utilização de custas e emolumentos judiciais para o custeio de serviços não afetos à Justiça. Com isso, a Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo perdeu cerca de 80% de sua receita mensal, o que comprometeu gravemente o seu equilíbrio atuarial.

Nesse contexto, foi editada a Lei nº 13.549/2009 (**doc. nº 04**), que pôs a Carteira em extinção (art. 1º, *caput*), vedou a inscrição de novos filiados (art. 1º, parágrafo único), sujeitou-a ao regime de capitalização (em vez do antigo regime de repartição; art. 26) e dificultou a concessão de aposentadoria (art. 9º).

Além disso, a lei extinguiu os benefícios vitalícios, substituindo-os pelo recebimento fracionado do saldo da conta vinculada do segurado, a quem se deu a possibilidade de optar por uma das modalidades previstas no art. 11, a saber:

“Art. 11. O benefício de aposentadoria por implemento das condições cumulativas de idade e de tempo de inscrição na OAB-SP, previstas nos incisos I e II do artigo 9º desta lei, consistirá em renda mensal consecutiva e ininterrupta, financeiramente determinada pelo saldo da conta individual a que se refere o artigo 33 desta lei e será disponibilizado ao segurado enquanto existirem, nessa mesma conta, recursos suficientes ao respectivo pagamento.

§ 1º. O valor mensal da renda referida no caput deste artigo será definido conforme a opção do segurado entre as seguintes formas:

1 – pagamentos mensais de um valor monetário correspondente a um número constante ou decrescente de cotas, por um período determinado pelo segurado, observados os limites fixados pelo Conselho, com o objetivo de prover o equilíbrio financeiro da Carteira, conforme estabelecido em parecer atuarial.

2 – pagamentos mensais de um valor monetário correspondente a um número constante ou decrescente de cotas, determinado com base na expectativa de vida apontada por tábuas biométricas indicadas em Nota Técnica Atuarial;

3 – pagamentos mensais de um valor monetário correspondente a 1% (um por cento), 2% (dois por cento) ou 3% (três por cento) do total de cotas existentes em cada mês em nome do segurado;

4 – pagamentos mensais de um valor monetário correspondente a um número constante de cotas, determinado atuarial e anualmente, com base no saldo de recursos existente no último dia do ano anterior e na expectativa de vida apontada por tábuas biométricas indicadas em Nota Técnica Atuarial.

§ 2º. Aplica-se o disposto no § 1º deste artigo, no que couber, à aposentadoria por invalidez e à pensão.”



Declarando expressamente que a Carteira não se enquadra no regime de previdência complementar (art. 2º, *caput*), a lei pretendeu submeter ao regime do art. 11 mesmo os segurados já aposentados ou pensionistas antes de sua entrada em vigor (art. 2º, § 2º, das Disposições Transitórias), dando a todos os filiados a opção de desligamento voluntário com resgate das contribuições (arts. 1º e 2º, *caput* e § 1º, das Disposições Transitórias) e ressaltando que *“em nenhuma hipótese o Estado, incluindo as entidades da administração indireta, responde, direta ou indiretamente, pelo pagamento dos benefícios já concedidos ou que venham a ser concedidos no âmbito da Carteira dos Advogados, nem tampouco por qualquer indenização a seus participantes ou insuficiência patrimonial passada, presente ou futura”* (art. 2º, § 2º, da lei).

Vale dizer: apesar do endurecimento das condições – justificado pelo desequilíbrio financeiro-atuarial advindo da supressão da maior fonte de receitas da Carteira – a Lei nº 13.549/2009 preservou o direito à futura concessão de aposentadorias e pensões aos contribuintes ativos (i.e., aqueles que não gozavam de nenhum benefício na data da sua entrada em vigor).

O diploma foi impugnado no STF pelo Conselho Federal da OAB e pelo Partido Socialismo e Liberdade, por meio das ADI nº 4.429 e 4.291. No julgamento das ações (Pleno, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 14.03.2010), a Corte assentou que a mudança no regime (de vitalício para limitado ao saldo da conta) e a exoneração da responsabilidade do Estado não se aplicam aos titulares de aposentadorias e pensões concedidas (ou passíveis de concessão) antes da entrada em vigor da Lei nº 13.549/2009, cerca de 3.000 pessoas.

Embora instada por manifestação feita da tribuna, a Corte deixou de analisar, por questões processuais, a eventual responsabilidade do Estado pelo futuro pagamento dos benefícios prometidos pela nova lei – menores do que os anteriores, mas ainda assim relevantes – aos contribuintes ativos, cerca de 17.000 pessoas. Na oportunidade, o Relator consignou que o Judiciário teria um *“encontro marcado, no futuro, com essas situações”*.

A hora desse encontro chegou, e em condições piores do que se imaginava. De fato, a Lei nº 16.877/2018, rompendo as promessas já avaras da lei anterior, **suprimiu** subitamente os benefícios nela previstos (aposentadoria e pensão limitadas à conta individual, sem responsabilidade do Estado), e isso não só para os contribuintes ativos na data de sua publicação, mas também para aqueles que se aposentaram ou se tornaram pensionistas sob a égide da lei de 2009.

Em lugar desses benefícios – futuros ou mesmo em fruição – os segurados acima referidos (isto é, todos aqueles que não se enquadram na



decisão do STF) deveriam optar pelo reembolso ou pela transferência de seu saldo individual para plano de previdência privada (portabilidade). É conferir:

“Art. 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.”

Não sendo a Carteira dos Advogados de São Paulo um plano de previdência privada, como reconhecido pela lei de 2009, revela-se impossível a portabilidade (Lei Complementar nº 109/2001, art. 14, II). Isso o que atestou Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC, após consulta formulada pelo Estado (**doc. nº 05**):

“Como se observa nos diversos normativos legais sobre previdência complementar que tratam sobre o assunto, o instituto da portabilidade foi instituído para permitir a transferência de recursos no âmbito das entidades de previdência, sejam abertas ou fechadas, que operem planos de previdência, nos moldes previstos na legislação.

Assim, ao se confrontar o que está previsto na legislação com o relatado no ofício de ‘tratar-se de mera restituição de saldos de contas individuais, administradas por entidade que não se caracteriza como entidade de previdência complementar, aberta ou fechada, que nunca ofertou plano de benefício previdenciário nos moldes previstos na legislação que dá amparo ao instituto da portabilidade’, entende-se que, neste caso, a migração dos recursos individuais dos participantes da Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo não se enquadra nas possibilidades do instituto da portabilidade previstos na legislação da previdência complementar.”

Se os segurados não podem permanecer na Carteira e tampouco migrar para outro plano, resta claro que a cessação da relação previdenciária e o recebimento do saldo são medidas **compulsórias**.

Claro, portanto, que não se está diante de mero resgate, que é sempre voluntário (como aquele dos arts. 1º e 2º, *caput* e § 1º, das Disposições Transitórias da Lei nº 13.549/2009, que era uma alternativa à aceitação das



condições mais rigorosas impostas à Carteira), mas sim de **indenização pelo dano consistente na frustração dos direitos previdenciários garantidos pela lei de 2009.**

Indenização por dano emergente que, como reconhece o STJ, é estranha ao fato gerador do imposto de renda.

Nesse cenário, a Impetrante, no exercício de suas atribuições estatutárias, expediu ofício ao IPESP, pedindo que tais valores não sofressem retenção de IR-fonte (**doc. nº 06**).

O Superintendente do IPESP manifestou-se pela tributabilidade dos valores, fazendo-o com base em parecer da Procuradoria-Geral do Estado assim redigido (**doc. nº 07**)¹:

“Não me parece razoável associar caráter indenizatório aos valores a serem restituídos aos advogados paulistas, em decorrência da extinção da Carteira. Na conhecida acepção civilista, ‘indenizar é tornar indene, isto é, sem dano’. Indenizar, portanto, do ponto de vista do Direito Civil, é recompor, retirar o dano, sendo que a indenização pode se dar de diversas formas. (...)

No caso em exame, nem mesmo sob o foco civilista acima enunciado seria possível vislumbrar dano a ser ‘indenizado’, tratando-se, isto sim, de fruição de um direito garantido pela lei, submetida, inclusive, ao crivo de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. (...)

Em pesquisa aos Pareceres da Procuradoria Administrativa, coletam-se dados valiosos para a abordagem do assunto. De fato, no que toca à jurisprudência, os pareceres anotam que no cerne da identificação de verbas como indenizatórias ou não indenizatórias está a constatação da existência de impedimento do desfrute de um dado direito – uma vedação em geral exercida pela Administração, que acarreta a necessidade de compensar em virtude de uma renúncia a direito ou usufruto de um direito.

In casu não se está a tratar de impedimento, mas de determinação legal, submetida ao crivo da jurisprudência, que determina a restituição.

(...) Assim sendo, respondendo afirmativamente aos dois questionamentos postos na consulta do IPESP no tocante à incidência do Imposto sobre a Renda, para reafirmar que a hipótese de restituição dos valores pela autarquia encontra fundamento, nos termos desse parecer, no artigo 153, III, da Constituição Federal c.c. os incisos I e II do artigo 43 do Código Tributário Nacional, e artigo 36 inciso XI do Decreto nº 9.580 de 22 de novembro de 2018 (Regulamento do Imposto de Renda), não estando abrangida na isenção prevista no artigo 35 deste diploma (...).”

As alegações claramente não prosperam.

Donde o presente mandado de segurança coletivo, em que se pede o afastamento da tributação, pelo IRPF, dos valores a serem restituídos

¹ Frise-se que o parecer da PGE/SP é vinculante para o IPESP, em virtude do disposto no art. 99, I, II e V, da Constituição do Estado de São Paulo e nos arts. 3º, II, XIII e XVIII, 6º, 7º, IV, 21 e 43 da LC nº 1.270/2015.



pelo IPESP, sendo de notar que o seu pagamento está previsto para o próximo dia 18.06.2019 (**doc. nº 08**).

As razões para tanto serão demonstradas a seguir.

2. DO DIREITO

2.1. Preliminarmente: competência da Justiça Federal para julgar o presente feito

A Impetrante é uma entidade prestadora de serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, nos termos do art. 44 da Lei nº 8.096/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados.

Nessa condição, atrai a competência da Justiça Federal, conforme jurisprudência pacífica do STF firmada em sede de repercussão geral. É o que se extrai do acórdão abaixo:

“Competência. Ordem dos Advogados do Brasil. Anuidades.

Ante a natureza jurídica de autarquia corporativista, cumpre à Justiça Federal, a teor do disposto no artigo 109, inciso I, da Carta da República, processar e julgar ações em que figure na relação processual quer o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quer seccional.” (STF, Pleno, RE nº 595.332/PR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJe 22.06.2017)

Clara, pois, a competência deste Juízo.

2.2. Preliminarmente, ainda: legitimidade da OAB/SP para a impetração deste mandado de segurança coletivo

A legitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil para atuar em defesa da Constituição Federal está expressa no art. 103, VII, da Carta, já tendo o STF, por reiteradas vezes, reconhecido o caráter universal dessa legitimação, ou seja, não se lhe exigindo qualquer demonstração de pertinência temática.

A OAB conquistou esse *status* pela importância de seu papel histórico. Desde que foi criada, em 1930, e especialmente em tempos de turbulência política, a Ordem sempre se destacou pela postura independente e comprometida com a defesa do Estado de Direito e dos direitos fundamentais.

É também missão da OAB promover, com exclusividade, a representação dos advogados, como disposto no art. 44 da Lei nº 8.906/94:

“Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:



I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

II – promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil”.

Ressalte-se que tal missão não é exclusiva do órgão de cúpula da Instituição – o Conselho Federal –, cabendo também a todos os seus órgãos federativos, os Conselhos Seccionais. É ver o art. 57 da Lei nº 8.906/94:

“Art. 57. O Conselho Seccional exerce e observa, no respectivo território, as competências, vedações e funções atribuídas ao Conselho Federal, no que couber e no âmbito de sua competência material e territorial, e as normas gerais estabelecidas nesta lei, no regulamento geral, no Código de Ética e Disciplina, e nos Provimentos.”

No presente caso, a legitimidade da OAB/SP é clara, na medida em que, como se demonstrará, a impetração se justifica em razão da flagrante inconstitucionalidade e ilegalidade da cobrança do Imposto de Renda sobre os valores a serem pagos aos seus filiados e respectivos dependentes, em razão do encerramento e da liquidação da Carteira de Previdência dos Advogados, previstos pela Lei nº 16.877/2018.

2.3. Preliminarmente, por fim: legitimidade das autoridades coatoras apontadas

O Superintendente do IPESP é a autoridade que procederá ao pagamento das indenizações aqui discutidas (Decreto nº 64.073/2019, art. 3º, § 4º) e que já manifestou a intenção de submetê-las ao IR-fonte.

Lado outro, não adianta afastar a retenção do imposto pela fonte pagadora, caso o contribuinte seja autuado por não oferecer à tributação os valores recebidos, em sua declaração anual.

Donde a legitimidade do Superintendente Regional da 8ª Região Fiscal da Receita Federal do Brasil, a quem cabem a fiscalização, o controle e a cobrança desse tributo, quanto aos contribuintes situados em todo o Estado de São Paulo. E do Delegado Especial de Pessoas Físicas da Receita Federal do Brasil em São Paulo, a quem cabe fiscalizar os indivíduos situados na Capital, a teor do art. 270 da Portaria MF nº 430/2017, que aprova o Regimento Interno da RFB.

2.4. Do mérito: improcedência da tributação

O IR – seja na modalidade renda (riqueza nova decorrente do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; CTN, art. 43, I), seja naquela dos proventos de qualquer natureza (acréscimo patrimonial não compreendido



no inciso anterior; CTN, art. 43, II) – grava apenas o ganho patrimonial apurado ao fim de um período.

A indenização destinada a recompor uma perda patrimonial – isto é, aquela decorrente de **danos emergentes** – nada acrescenta ao patrimônio do beneficiário, não atraindo por isso mesmo a incidência do imposto.

Como leciona a doutrina civilista, a indenização pode voltar-se à reparação de danos emergentes, é dizer, danos efetivos ao patrimônio, ou à compensação dos lucros cessantes. No escólio de MARIA HELENA DINIZ²:

“Dano positivo ou emergente, que consiste num déficit real e efetivo no patrimônio do lesado, isto é, numa concreta diminuição em sua fortuna (...). Tais prejuízos se traduzem num empobrecimento do patrimônio atual do lesado pela destruição, deterioração, privação do uso e gozo etc. de seus bens existentes no momento do evento danoso e pelos gastos que, em razão da lesão, teve de realizar. (...) A indenização relativa ao dano emergente pretende restaurar o patrimônio do lesado no estado em que anteriormente se encontrava. (...)”

Dano negativo ou lucro cessante ou frustrado, alusivo à privação de um ganho pelo lesado, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do prejuízo que lhe foi causado.”

Como se vê, só há incremento ao patrimônio do beneficiário na hipótese de indenização por lucros cessantes, uma vez que, nesses casos, ele receberá os valores que deixou de ganhar e que seriam tributados pelo imposto se recebidos no momento oportuno. Por sua vez, em caso de indenização por danos emergentes, tem-se apenas a recomposição de perdas patrimoniais sofridas, e não acréscimo de riqueza.

Por essas razões, apenas a indenização por lucros cessantes se sujeita ao IR, não podendo haver cobrança desse imposto em caso de mera reparação por danos emergentes. Nesse sentido o STJ:

“Tributário. Imposto de renda. Pagamento de indenização por rompimento do contrato de trabalho no período de estabilidade provisória. Natureza. Regime tributário das indenizações. Precedentes.

1. O imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador, nos termos do art. 43 e seus parágrafos do CTN, os ‘acréscimos patrimoniais’, assim entendidos os acréscimos ao patrimônio material do contribuinte.

2. O pagamento de indenização pode ou não acarretar acréscimo patrimonial, dependendo da natureza do bem jurídico a que se refere. Quando se indeniza dano efetivamente verificado no patrimônio material (= dano emergente), o pagamento em dinheiro simplesmente reconstitui a perda patrimonial ocorrida em virtude da lesão, e, portanto, não acarreta qualquer aumento no patrimônio. Todavia, ocorre acréscimo patrimonial quando a indenização (a) ultrapassar o valor do dano material verificado (= dano

² DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 7. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 87.



emergente), ou (b) se destinar a compensar o ganho que deixou de ser auferido (= lucro cessante) (...).” (STJ, 1ª Turma, REsp nº 886.563/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 02.06.2008)

O entendimento foi consolidado pela Corte sob a sistemática dos recursos repetitivos. Vale conferir o teor do acórdão ali prolatado:

“Processo Civil e Tributário. Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Art. 543-C do CPC. Indenização por dano moral. Incidência do Imposto de renda. Impossibilidade. Caráter indenizatório da verba recebida. Violação ao art. 535 do CPC não configurada.

(...)

4. ‘Não incide imposto de renda sobre o valor da indenização pago a terceiro. Essa ausência de incidência não depende da natureza do dano a ser reparado. Qualquer espécie de dano (material, moral puro ou impuro, por ato legal ou ilegal) indenizado, o valor concretizado como ressarcimento está livre da incidência de imposto de renda. A prática do dano em si não é fato gerador do imposto de renda por não ser renda. O pagamento da indenização também não é renda, não sendo, portanto, fato gerador desse imposto. (...)’

6. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.” (STJ, 1ª Seção, REsp nº 1.152.764/CE, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe 01.07.2010)

Como bem salientou o STJ no julgado acima, qualquer espécie de dano emergente está livre da incidência do IR, inclusive o decorrente de ato conforme à lei. De fato, os danos emergentes aptos a gerar a indenização podem decorrer tanto de atos lícitos quanto de atos ilícitos: a perda do emprego e a desapropriação são exemplos de eventos lícitos, mas causadores de dano.

O dano também pode decorrer da atividade legislativa, na medida em que frustra, em favor da coletividade, direitos de determinados indivíduos, que devem ser ressarcidos. Como leciona CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA³:

“A ação legislativa pode ser inspirada nos mais seguros e louváveis princípios. Pode ser o interesse da coletividade; podem ser razões de higiene ou saúde pública; podem ser motivos de salvação pública; ou de segurança interna ou mesmo de defesa nacional. Em todas estas situações, ou outras que se lhes assemelhem, o Legislativo procede regularmente; não transcende os limites da outorga constitucional; não age com culpa nem se desvia das normas que presidem à elaboração legislativa. Se, entretanto, ao elaborar o provimento legislativo, sacrifica os direitos do indivíduo, a distribuição dos encargos e vantagens sociais exige que o lesado seja ressarcido do prejuízo que eventualmente houver suportado.”

Ora, isto é exatamente o que se dá no caso concreto. Com efeito, no regime da Lei nº 13.549/2009, os segurados faziam jus a aposentadoria a ser fruída segundo uma das diversas formas ali definidas, uma vez cumpridos

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. *Responsabilidade Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 186.



os requisitos legais. Logo, aqueles que adeririam à Carteira tinham a legítima expectativa de obter complementação financeira mensal de longa duração, compatível com a fase da vida em que os proventos seriam recebidos.

Com efeito, na terceira idade, é natural que os indivíduos tenham redução nos seus rendimentos e aumento nas suas despesas pessoais com medicamentos e afins, conjunção que torna desejável – senão necessária – a fruição da aposentadoria. Some-se a isso o fato de que a maioria das pessoas não tem aptidão para lidar com investimentos financeiros. A soma desses fatores é que motiva a contratação de planos de previdência, que – numa perspectiva puramente financeira – costumam ser menos vantajosos do que a aplicação, pelo particular, de seus recursos no mercado. A exclusão abrupta do cidadão do plano a que tinha aderido frustra todo um planejamento de vida, realizado sob a égide e em razão da confiança inspirada pelo Estado.

Isso, aliás, o que salientou o STF no julgamento das ADI nº 4.429 e 4.291, já referidas. As observações do Relator, aplicáveis aos segurados da Carteira dos Advogados de São Paulo que já se tinham aposentado ou tornado pensionistas antes da Lei nº 13.549/2009, são perfeitamente aplicáveis aos segurados que permaneciam ativos naquela data, e que agora vieram a ser atingidos pela Lei nº 16.877/2018:

“No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104/DF – relatora Ministra Carmen Lúcia, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 8 de novembro de 2007 –, consignei que, embora seja possível a modificação do regime jurídico em âmbito previdenciário, não cabe levar às últimas consequências essa admissão, sob pena de ingressar-se na seara do fascismo, com a supremacia, sem balizas, do próprio Estado.

A relação jurídico-previdenciária é tipicamente de longa duração. O participante de um plano de previdência, normalmente, só desfruta do benefício após extenso período de contribuição, tornando-se, à medida que corre o tempo, um cliente cativo da carteira. Afirmo isso porque, pressupondo o usual e não o teratológico, a desvinculação de um plano de previdência, depois de determinado período, resulta em prejuízo ao participante quando comparada à permanência, ainda que as contribuições sejam resgatadas. Com o passar dos anos, aumenta a situação de hipossuficiência. Alguém vinculado a um fundo, por vinte e cinco anos, por exemplo, ainda vê largo tempo diante de si para usufruir de qualquer benefício, mas, simultaneamente, terá enorme desvantagem se desvincular-se. Em consequência, a liberdade de escolha – sair ou manter-se no plano em razão da modificação de regras – é reduzida, e o Direito não o pode deixar ao desamparo.”

Na ocasião, o STF assentou que a liquidação da Carteira era lícita, dada a cessação da sua principal fonte de custeio, mas que a validade da lei não bastava para afastar a configuração de prejuízo (= dano emergente) para os segurados. A solução ali alvitrada foi manter os benefícios vitalícios já concedidos. A medida concebida pela lei de 2018 – contra a qual não se volta a advocacia, é importante ressaltar – é a restituição (não o resgate, repita-se, por



não haver voluntariedade) do saldo das contas individuais constituídas após a adoção da capitalização, em 2009.

Tudo o que se discute no presente *writ* é a natureza jurídica dessa restituição. E, como decorre dos fundamentos adotados pelo STF a respeito da própria Carteira dos Advogados de São Paulo, é clara a natureza indenizatória dos danos infligidos aos segurados pelo seu desligamento abrupto e inexorável (visto que a portabilidade não é juridicamente possível).

As seguintes passagens do voto do Relator reforçam a conclusão:

“(...) a modificação da realidade, por mais grave, não se pode impor à força normativa da Carta da República. Uma coisa é afirmar a alteração ou a supressão de certo regime jurídico, respeitada a razoabilidade. Algo diverso é colocar em segundo plano direitos adquiridos e, digo mais, situações subjetivas já reconhecidas. (...)”

“A lesão indenizável resulta dos efeitos da posição administrativa e das características híbridas do então regime previdenciário, e não propriamente da atuação regular ou irregular da Administração. É antiga a jurisprudência do Supremo sobre a possibilidade de configuração da responsabilidade do Estado, ainda que o ato praticado seja lícito. Tal entendimento vem sedimentado no princípio basilar da igualdade, segundo o qual descabe imputar a particulares individualizáveis os encargos sociais decorrentes da atuação administrativa implementada em prol de toda a coletividade.”

As mesmas razões aplicam-se *in casu*. Com efeito, os segurados ativos sofreram não uma, mas duas significativas frustrações em suas legítimas expectativas, fundadas na segurança jurídica: **a primeira** quando transferidos à força para o regime de capitalização, passando de uma perspectiva de benefício vitalício para uma perspectiva de benefício finito; e **a segunda**, quando mesmo este direito menor lhes foi retirado, ao serem desligados, sem alternativas, da Carteira dos Advogados.

Para quem adquiriu o direito à aposentadoria ou à pensão após 26.06.2009, a lesão foi ainda mais grave, pois já estavam em pleno gozo do benefício que agora lhes é retirado.

Alega, no entanto, a PGE que o caso não seria de indenização, mas sim de *“fruição de um direito garantido pela lei”*. Ocorre que a situação destes autos, como já visto, é diametralmente oposta: tem-se aqui a **subtração** de um direito garantido pela Lei nº 13.549/2009, a ser indenizada pelo Estado.

Afirma também o parecer da PGE que a indenização teria lugar em caso de *“vedação em geral exercida pela Administração, que acarreta a necessidade de compensar em virtude de uma renúncia a direito ou usufruto de um direito”*, e que tais circunstâncias não estariam presentes no presente caso. Porém, tal definição calha perfeitamente à situação analisada, pois se obriga o



segurado a desligar-se da Carteira de Previdência, renunciando ao seu direito a uma aposentadoria futura ou até mesmo àquela já em gozo.

De fato, os segurados aqui representados pela Impetrante jamais tiveram o objetivo de obter restituição do valor das contribuições pagas. Seu intento sempre foi o de aposentarem-se, e este encontra-se inteiramente frustrado. Daí, o que resta aos beneficiários não é o resgate do seu patrimônio individualizado – até mesmo porque o resgate é, por natureza, voluntário – mas sim a reparação de seus objetivos frustrados, com natureza indenizatória. Donde ser inaplicável à espécie dos autos o precedente invocado pela PGE, assim ementado:

“Tributário. Imposto de renda. IPESP. Resgate. Incidência.

(...)

3. Os artigos 39, 40, 41 e 42 do Decreto 3000/99 (Regulamento do Imposto de Renda) prescrevem os casos de isenção, porém não existe qualquer menção ao resgate de contribuições de previdência complementar. Ocorre que, a isenção é um favor legal, que decorre da Lei que estabelece seus requisitos e limites, sendo vedada qualquer interpretação extensiva, pois deve ser interpretado literalmente.

4. Os valores recebidos a título do desligamento da Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo encontram-se no campo de incidência do Imposto de Renda, portanto sofrem a incidência do IRPF.

5. Frente ao entendimento acima fica prejudicada a preliminar.

6. Apelação e remessa oficial providas.” (TRF da 3ª Região, 3ª Turma, Apelação nº 0006448-51.2010.4.03.6100, Rel. Des. Federal NERY JUNIOR, eDJF3 17.12.2015)

Com efeito, a leitura do relatório evidencia tratar-se do resgate de contribuições vertidas de 2003 a 2009 – baseado, portanto, nas Disposições Transitórias da Lei estadual nº 13. 459/2009. Resgate voluntário, pois, que não tem nenhuma identidade com a restituição compulsória de que aqui se cuida.

A mera coincidência entre os valores da indenização e da conta individual não altera a natureza das verbas pagas, mesmo porque nada obsta a que tais segurados pleiteiem em juízo eventual diferença, caso verifiquem que o dano sofrido não foi integralmente reparado.

Invoke-se, em reforço aos fundamentos já expostos, a similitude da situação em análise com o regime da desapropriação, considerando que houve verdadeiro desapossamento do direito dos segurados à aposentadoria e à pensão garantidas na lei de 2009.

Como sabido, o fenômeno da desapropriação não alcança apenas bens, mas também os direitos de cunho patrimonial, sendo vedada somente a



desapropriação de direitos personalíssimos. Como leciona BANDEIRA DE MELLO⁴:

“Pode ser objeto de desapropriação tudo aquilo que seja objeto de propriedade. Isto é, todo bem, imóvel ou móvel, corpóreo ou incorpóreo, pode ser desapropriado. Portanto, também se desapropriam direitos em geral. Contudo, não são desapropriáveis direitos personalíssimos, tais o de liberdade, o direito à honra etc.”

Pois bem: a jurisprudência é firme quanto à intributabilidade da indenização por desapropriação, como se constata do acórdão proferido no REsp nº 1.116.460/SP (STJ, 1ª Seção, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 01.02.2010, repetitivo), da Súmula nº 39 do TFR (“*Não está sujeita ao Imposto de Renda a indenização recebida por pessoa jurídica, em decorrência de desapropriação amigável ou judicial*”) e do RE nº 70.014/SP (STF, Pleno, Rel. Min. LUIZ GALLOTTI, DJ 25.04.75), no qual se avançou o argumento da integralidade da indenização (atualmente inscrita no art. 5º, XXIV, da Constituição), que ficaria prejudicada caso se admitisse a exigência tributária.

Clara, portanto, por qualquer ângulo que se analise a questão, a intributabilidade das restituições a serem realizadas no dia 18.06.2019.

3. DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer a Impetrante a concessão de medida liminar, *inaudita altera parte*, para determinar-se às Autoridades Coatoras que se abstenham, por si ou por seus subordinados, de exigir ou de efetuar a retenção na fonte do Imposto de Renda sobre os valores pagos aos seus filiados em razão do seu desligamento da Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo.

Caso a retenção na fonte já tenha sido realizada, pede a concessão de liminar, para que seja determinado ao Sr. Superintendente do IPESP que proceda ao pagamento da diferença ou que, no mínimo, adote os procedimentos necessários à retificação da natureza e classificação dos aludidos rendimentos, enquadrando-os como não tributáveis, de forma a que os beneficiários possam compensar o tributo retido ou reavê-lo quando da apresentação da Declaração de Imposto de Renda relativa ao ano-base 2019.

O *fumus boni iuris* foi demonstrado à saciedade no item 2.4 supra, consistindo na absoluta inconstitucionalidade e ilegalidade da tributação, pelo Imposto de Renda, dos valores em tela, tendo em vista a sua natureza indenizatória, eis que voltados a reparar os danos patrimoniais sofridos pelos segurados.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 900.



O *periculum in mora* está em que, à falta de liminar, os 17.000 filiados da Impetrante, em sua grande maioria pessoas idosas, estarão sujeitos à retenção desse imposto, em valores vultosos, com abalo ao seu direito à justa e integral indenização pelos danos sofridos pela subtração do seu direito à aposentadoria. Vale salientar que os valores serão pagos pelo IPESP em **18.06.2019**, o que reforça a urgência da medida.

Requer a notificação das Autoridades Coatoras para informações e a intimação da União e do Estado de São Paulo por seus representantes legais.

Pede, por fim, a concessão da segurança, para que seja afastada, em definitivo, a cobrança do Imposto de Renda sobre os valores pagos aos filiados da Impetrante, em razão do seu desligamento da Carteira de Previdência dos Advogados de São Paulo, previstos no art. 5º, § 1º, da Lei nº 16.877/2018, determinando-se que as Autoridades Coatoras considerem tais rendimentos como não tributáveis para todos os fins, isto é, seja para retenção pelo IR-fonte, seja para Declaração de Ajuste Anual relativa ao ano-base 2019.

Como meios de prova, indica os documentos anexos, que os subscritores declaram autênticos, sob responsabilidade pessoal.

Dá à causa o valor de R\$ 100.000,00.

Nesses termos, pede deferimento.

São Paulo, 14 de junho de 2019.

RICARDO CARNEIRO GIRALDES
OAB/SP nº 66.863

AMÉRICO LACOMBE
OAB/SP nº 24.923

IGOR MAULER SANTIAGO
OAB/SP nº 249.340-A

CAROLINA SCHÄFFER F. JORGE
OAB/SP nº 306.594