

EXMO(A). SR(A). DR(A). JUIZ DE DIREITO DA 14ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL – FAZENDA PÚBLICA

PROCEDIMENTO ORDINÁRIO Nº 1020614-59.2014.8.26.0053

REQUERENTE: DIMAS EDUARDO RAMALHO

REQUERIDOS: SPPREV

A SPPREV, representada pelo Procurador do Estado que esta subscreve, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos autos da ação supramencionada, apresentar sua **CONTESTAÇÃO**, nos termos adiante expostos:

Inicialmente, **requer seja anotado nos autos virtuais o nome deste subscritor**, para que possa ser intimado a respeito de todos os atos processuais, sob pena de nulidade, segundo o disposto pelos arts. 234 e seguintes do Código de Processo Civil.

I. HISTÓRICO

Cuida-se de ação ordinária com pedido de tutela antecipada ajuizada com o escopo de obter-se provimento jurisdicional que anule instrumento de confissão de dívida relativo a valores devidos a título de contribuição previdenciária.

Em breve síntese, tem-se que o autor, ex-membro do Ministério Público, solicitou afastamento para o exercício de mandato eletivo na Câmara dos Deputados. Ao postular sua aposentadoria por tempo de contribuição perante a São Paulo Previdência, foi informado de que não foram recolhidas as contribuições previdenciárias relativas ao seu período de afastamento. Sustenta que sempre imaginou serem esses valores relativos às suas contribuições pessoais, motivo pelo qual fora supostamente induzido a erro quando da Confissão de Dívida, realizada por meio de Instrumento Particular. Requer, dessa forma, o reconhecimento da nulidade do pacto avençado com a São Paulo Previdência no que tange à responsabilidade pelo pagamento de contribuições previdenciárias devidas pela União (Câmara dos Deputados), a compensação dos valores pagos indevidamente com as prestações que efetivamente sejam devidas ou, se for o caso, a repetição valores recolhidos a maior.

Em sede de tutela antecipada, pugnou-se pela suspensão da exigibilidade das prestações vincendas ou que as mesmas sejam depositadas em juízo.

Liminarmente, portanto, sem que a São Paulo Previdência fosse sequer ouvida, o juízo *a quo*, julgando o mérito em decisão interlocutória, determinou:

“(i) recalcule o valor da dívida imputada ao autor e objeto de confissão e parcelamentos (fls. 28 e ss.) a título de contribuição previdenciária atinente ao período em que se não fez recolhimento algum (por ele e quanto à cota patronal), abatendo dele o *quantum* pertinente à cota patronal que se fez tomar como devido nos termos do art. 137, § 10, c.c. art. 140, ambos da Lei Complementar Estadual nº 180/78, e do art. 12, § 1º, da Lei Complementar Estadual nº 1.012/07; (ii) do valor apurado na forma do precedente item, faça-se o abatimento dos valores já pagos (não prescritos, isto é, não anteriores aos últimos cinco anos contados retroativamente do ajuizamento da demanda, o que não teria, contudo, ocorrido, já que os pagamentos começaram em 2011) que correspondam àquela cota patronal; e (iii) havendo saldo pertinente apenas à cota atribuível ao autor, seja-lhe facultado pagá-la no mesmo número de parcelas por último acordado (60), abatidas delas as correspondentes às já pagas (*verbi gratia*, se já foram pagas 10, parcelamento quanto ao saldo em até 50 parcelas mensais)”.

Contra essa decisão, a São Paulo Previdência interpôs recurso de Agravo de Instrumento, havendo sido deferido efeito suspensivo porque inviável a concessão de liminar satisfativa em face da Fazenda Pública e porque não se poderia concluir antecipadamente que ocorrera erro substancial em relação ao que tratado em avença firmada por alguém com notório saber jurídico, como é o caso do requerente, que é ex-membro do Ministério Público, ex-Deputado e Conselheiro do Tribunal de Contas.

Por considerar-se que a pretensão autoral não encontra respaldo no ordenamento jurídico em vigor, expõe-se o que se segue para em seguida requerer:

II. MÉRITO

DA CONTRIBUTIVIDADE DO SISTEMA – FORMA DE RECOLHIMENTO COMPATÍVEL COM O REGIME DE AFASTAMENTO PARLAMENTAR PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO – PERIGO DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DE EQUILÍBRIO ECONÔMICO, FINANCEIRO E ATUARIAL – IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO SEM O DEVIDO CUSTEIO – MATÉRIA DE LEI LOCAL

Prescreve a Constituição Federal em seu artigo 40:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações,

é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Vê-se que a Constituição estabelece o Regime Próprio de Previdência para os servidores públicos com caráter contributivo e solidário. Esse regime depende do pagamento de contribuições devidas pelos servidores ativos e inativos, pelos pensionistas e pelos entes públicos, observando-se os CRITÉRIOS QUE PRESERVEM O EQUILÍBRIO FINANCEIRO E ATUARIAL.

A Constituição, em relação aos servidores que exercem mandatos eletivos federais, prevê que estes serão afastados (art. 38, I, da CF), assegurando-lhes a contagem do tempo de serviço para todos os efeitos legais (exceto promoção) e, para o cálculo dos valores devidos a título de benefício previdenciário, a aplicação dos critérios como se no exercício do cargo público estivesse (art. 38, IV e V, da CF). Essas previsões, como alegado na inicial pela parte autora, foram referidas também na Constituição do Estado de São Paulo (art. 125).

A Lei nº 9.717/98, que dispõe sobre as regras gerais aplicáveis aos regimes próprios de previdência, quanto à matéria relativa aos servidores cedidos, com ou sem ônus para o cessionário, prevê o seguinte:

Art. 1º-A. O servidor público titular de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ou o militar dos Estados e do Distrito Federal filiado a regime próprio de previdência social, quando cedido a órgão ou entidade de outro ente da federação, com ou sem ônus para o cessionário, permanecerá vinculado ao regime de origem.

A tese propugnada é a de que essas disposições constitucionais seriam incompatíveis com a previsão de lei local que estabelece a necessidade de que o servidor recolha tanto os valores relativos à sua contribuição pessoal quanto à contribuição do empregador. Entretanto, nada há de inconstitucional nisso.

Primeiramente, há que se entender que não existe a possibilidade de concessão de benefício previdenciário sem a existência de vínculo entre o servidor e o regime (filiação), sem a previsão de sua fonte de custeio e sem o pagamento de contribuições previdenciárias por determinado período de tempo (patronal e servidor). São três requisitos distintos.

Via de regra, tanto a Constituição quanto as leis federais e locais avalizam a suspensão do vínculo do servidor com o Regime Próprio no caso de não manutenção dos recolhimentos previdenciários devidos. Essa é uma consequência natural da CONTRIBUTIVIDADE do sistema. Vejamos como dispõe a Lei nº 1.010/2007:

Dos Afastamentos

Artigo 12 - O servidor afastado ou licenciado do cargo efetivo, sem direito à remuneração, terá suspenso o seu vínculo com o regime próprio de previdência social do Estado enquanto durar o afastamento ou a licença, não lhe assistindo, nesse período, os benefícios do mencionado regime.

Tanto no Regime Geral de Previdência Social quanto nos Regimes Próprios e Regimes Complementares, a ausência do pagamento de contribuições por determinado período de tempo leva à suspensão do vínculo do servidor com o respectivo regime de previdência. Isto é, a Previdência Social, como técnica de proteção social destinada a debelar as necessidades decorrentes de contingências sociais que reduzem ou eliminam a capacidade de autossustento do trabalhador e dos seus dependentes, seja instituída e gerida pelo Estado ou por uma entidade privada, depende de contribuições para amparar o seu segurado quando do advento de qualquer eventualidade programada (velhice) ou não.

No caso dos servidores que são afastados para o exercício do mandato eletivo, há a possibilidade de manutenção desse vínculo com o Regime Próprio, mas isso é regulado de forma excepcional. O § 1º do art. 12 da Lei nº 1.010/07 impõe:

Art. 12 [...]

§ 1º- Será assegurada ao servidor licenciado ou afastado sem remuneração a manutenção da vinculação ao regime próprio de previdência social do Estado, mediante o recolhimento mensal da respectiva contribuição, assim como da contribuição patronal prevista na legislação aplicável, observando-se os mesmos percentuais e incidente sobre a remuneração total do cargo a que faz jus no exercício de suas atribuições, computando-se, para esse efeito, inclusive, as vantagens pessoais.

§ 2º - O recolhimento de que trata o § 1º deve ser efetuado até o segundo dia útil após a data do pagamento das remunerações dos servidores públicos.

§ 3º - Em caso de atraso no recolhimento serão aplicados os encargos moratórios previstos para a cobrança dos tributos estaduais, cessando, após 60 (sessenta) dias, as coberturas previdenciárias até a total regularização dos valores devidos, conforme dispuser o regulamento.

Trata-se de disposição antiga, prevista de forma semelhante na Lei Complementar nº 180/78:

Artigo 137 - As contribuições dos funcionários, servidores e demais contribuintes previstos no artigo 133, devidas à razão de 6% (seis por cento) e calculadas sobre a retribuição-base percebida mensalmente, serão consignadas nas respectivas folhas de pagamento, não se considerando as deduções efetuadas.

[...]

§ 10 - O contribuinte que, por qualquer motivo, deixar de perceber retribuição-base temporariamente, **deverá recolher diretamente ao IPESP as contribuições previstas neste e nos artigos 140 e 141, conforme o caso.**

§ 11 - A contribuição será devida sobre a gratificação de Natal.

[...]

Artigo 140 - Os Poderes do Estado e as entidades referidas no artigo 133 contribuirão com parcela de valor igual a 6% (seis por cento) sobre a retribuição-base de seus membros, funcionários ou servidores, recolhida na forma e no prazo previstos no artigo 142.

Artigo 141 - As entidades vinculadas ao regime previdenciário do Estado, mediante convênio com o IPESP ou outra forma de filiação, contribuirão com parcela de valor igual a 6% (seis por cento) sobre a retribuição-base de seus funcionários ou servidores, recolhida na forma e no prazo previstos no artigo 142.

Artigo 142 - As contribuições consignadas em folha de pagamento e descontadas dos contribuintes na forma do artigo 137, bem como as devidas na forma dos artigos 140 e 141, deverão ser depositadas em conta própria do Instituto de Previdência do Estado de São Paulo, no Banco do Estado de São Paulo S. A. ou na Caixa Econômica do Estado de São Paulo S. A., na mesma data em que forem pagas aos contribuintes quaisquer importâncias consultivas de suas retribuições-base.

Parágrafo único - As contribuições não depositadas no prazo previsto neste artigo ficarão sujeitas ao juro de 1% (um por cento) ao mês.

Veja-se que a legislação paulista mantém a lógica de um sistema contributivo há muitos anos. Tanto o servidor quanto a entidade à qual ele serve devem recolher suas devidas contribuições. Se não o fazem, a cobertura às contingências sociais é suspensa. O vínculo se mantém, mas os serviços não são fornecidos em caso de advento da eventualidade.

Não cabe ao Estado de São Paulo recolher as contribuições patronais devidas a um servidor que exerceu mandato eletivo perante um órgão federal. Entretanto, é plenamente possível requerer que o órgão federal recolha os valores devidos a título de contribuição patronal a fim de garantir a concessão do benefício. Trata-se de medida que obedece aos parâmetros constitucionais de manutenção do vínculo do servidor com o regime próprio estadual e de necessidade de contribuição para a concessão do benefício.

É óbvio que o ônus econômico deve recair sobre a União, entidade patronal a que anteriormente vinculado o servidor, mas isso não impede este de pagar esse valor ao sujeito ativo do crédito, a fim de ver deferido prontamente seu benefício.

Não seria razoável querer impor aos outros segurados do sistema o ônus pelo não recolhimento de contribuições patronais que concernem ao autor. A solidariedade do Regime Próprio de Previdência diz respeito àqueles servidores que CONTRIBUEM e não aos que não adimpliram suas obrigações previdenciárias (incluídos neste rol aqueles cujos patrões – no caso, a União – são inadimplentes).

Nada impede que a lei local atribua responsabilidade pelo pagamento das verbas devidas pela entidade patronal ao servidor que não presta serviço ao Estado de São Paulo ou à administração indireta. Trata-se de modalidade semelhante ao autopatrocínio, prevista nos Regimes de Previdência Complementar e que exsurge nas hipóteses em que o trabalhador se afasta/licencia sem direito à remuneração da entidade a que vinculado. Como exemplo, dispõe o art. 14, IV, da Lei Complementar nº 109/2001:

Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

[...]

IV - faculdade de o participante manter o valor de sua contribuição e a do patrocinador, **no caso de perda parcial ou total da remuneração recebida**, para assegurar a percepção dos benefícios nos níveis correspondentes àquela remuneração ou em outros definidos em normas regulamentares.

No Regime Geral de Previdência Social, por exemplo, a pessoa que exerce atividade remunerada é considerada segurada obrigatória. Caso deixe de exercer atividade remunerada e não recolha por determinado período de tempo as contribuições devidas, poderá, eventualmente, contribuir como segurado facultativo. Nesta modalidade, não haverá qualquer contribuição patronal em seu nome, justamente por ele não exercer atividade remunerada para qualquer entidade patronal (empresa ou ente público).

Portanto, as contribuições patronais são devidas pelos patrões, mas seu ônus pode ser assumido pelos empregados quando for de seu interesse a proteção previdenciária. Trata-se de previsão normativa presente em todos os tipos de regimes previdenciários. Se o autor entende que a União não recolheu de forma escorreita as contribuições que lhe eram devidas, deveria acionar a União para que o fizesse. Alegar que foi induzido a erro pela São Paulo Previdência ou querer receber seu benefício sem que haja preenchido os requisitos de custeio exigidos é que não se mostra aceitável.

DESTAQUE-SE QUE O PRÓPRIO DOCUMENTO DE PGS. 25/26 dos autos virtuais RECONHECE QUE NÃO OCORREU O REPASSE dos valores de cota patronal devidos pela Casa Legislativa. Ora, sendo assim, o autor já dispõe de documento público que comprova o seu crédito em favor da União, sendo descaído querendo repassar a responsabilidade econômica para a São Paulo Previdência.

Ademais, de acordo com cálculos elaborados pelo DAF, setor responsável pelo Controle de Arrecadação da São Paulo Previdência, o valor do débito de contribuições do autor, caso respeitados os critérios fixados pelo juízo *a quo* em sede de liminar que veio a ser suspensa, será reduzido a R\$ 137.091,20, divididos em 42 parcelas de R\$ 3.264,07. Isso representa uma redução brutal do crédito tributário reconhecido em sede de Instrumento de Confissão de Dívida, implicando verdadeira liberação de recursos públicos por vias transversas (planilhas anexas). Não custa destacar que o próprio autor apontou como ainda devido o valor de R\$ 461.931,96! **Diante disso, é fácil perceber que a decisão possuiria um impacto financeiro e orçamentário de cerca de R\$ 324.840,76 (TREZENTOS E VINTE E QUATRO MIL, OITOCENTOS E QUARENTA REAIS E SETENTA E SEIS CENTAVOS).**

Caso se decida por anular parcialmente o acordo de Confissão de Dívida, sem o repasse dos valores devidos a título de contribuição patronal, estar-se-á violando as regras que impõem o respeito ao equilíbrio econômico, financeiro e atuarial do sistema, bem como se concedendo benefício sem a devida fonte de custeio.

III – DA CORREÇÃO MONETÁRIA, DOS JUROS DE MORA E DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em atenção ao princípio da eventualidade, caso à SPPREV seja imputado algum débito, cumpre esclarecer que os juros de mora e a correção monetária somente podem ser fixados nos termos do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, de acordo com a redação da Lei nº 11.960/09:

“Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança”.

E o termo inicial de fluência dos juros de mora deverá ser a data da citação (artigo 405 do CC e 219 do CPC).

Destaque-se, por fim, o recente entendimento fixado na Reclamação 16745 MC/DF, na qual o Supremo Tribunal Federal determinou a continuidade da aplicação da Lei nº 11.960/09 até que os efeitos da decretação da inconstitucionalidade da EC 62/2009 sejam modulados:

Decisão: 1. Trata-se de reclamação constitucional, com pedido de liminar, contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AI 1.417.464-AgR/RS, em razão de suposta usurpação da competência da Corte, bem como de desrespeito à medida cautelar deferida nos autos da ADI 4.357/DF (rel. p/acórdão Min. Luiz Fux). Alega o requerente, em síntese, que: (a) o acórdão reclamado assentou que a correção monetária, por força da declaração de inconstitucionalidade parcial do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (redação dada pela Lei nº 11.960/09), deveria ser calculada com base no IPCA, índice que melhor refletiria a inflação acumulada no período; (b) ao assim decidir, teria desobedecido medida cautelar deferida nos autos da ADI 4.357, no sentido da manutenção da sistemática anterior de pagamentos dos precatórios, até que o STF se pronuncie conclusivamente acerca dos efeitos da decisão de mérito proferida nos autos da referida ADI; (c) teria havido, assim, usurpação de competência da Corte, na medida em que o STJ aplicou decisão mérito proferida nos autos da ADI 4.357, sem que haja pronunciamento conclusivo da Suprema Corte acerca do início de sua eficácia; e (d) “enquanto não houver a modulação dos efeitos da decisão proferida na ADI 4.357 por essa Suprema Corte, deverá ser aplicada a sistemática anterior, prevista pela Lei nº 11.960/2009, que determinava tão somente o índice da poupança para correção monetária e juros” (p. 7 da petição inicial eletrônica). Requer o deferimento da medida liminar por entender presentes os requisitos necessários para seu deferimento. 2. O deferimento de medidas liminares supõe presentes a relevância jurídica da pretensão, bem como a indispensabilidade da providência antecipada, para garantir a efetividade do resultado do futuro e provável juízo de procedência. Com efeito, não obstante a declaração de inconstitucionalidade das expressões “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” e “independentemente de sua natureza”, contidas no § 12 do art. 100 da CF/88, bem como a declaração de inconstitucionalidade, em parte, por arrastamento do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009), o relator para acórdão das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425, Min. Luiz Fux, atendendo à petição apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, na qual se noticiava “a paralisação do pagamento de precatórios por alguns Tribunais de Justiça do País, determinada após o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 e 4.425, realizado em 14/03/2013, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal”, em 11/04/2013, deferiu medida cautelar, determinando: “ad cautelam, que os Tribunais de Justiça de todos os Estados e do Distrito Federal deem imediata continuidade aos pagamentos de precatórios, na forma como já vinham realizando até a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 14/03/2013, segundo a sistemática vigente à época, respeitando-se a vinculação de receitas para fins de quitação da dívida pública, sob pena de sequestro”. Essa medida cautelar, deferida pelo relator, foi ratificada pelo Plenário da Corte na sessão de julgamento de 24/10/2013, a significar que, enquanto

não revogada, continua em vigor o sistema de pagamentos de precatórios “na forma como vinham sendo realizados”, não tendo eficácia, por enquanto, as decisões de mérito tomadas pelo STF Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4.357 e 4.425. Ora, como se pode perceber em juízo preliminar e sumário, o Superior Tribunal de Justiça, ao estabelecer índice de correção monetária diverso daquele fixado pelo art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 (com redação dada pelo art. 5º da Lei nº 11.960/2009), nos termos do decidido pela Corte no julgamento de mérito das ADIs 4.357 e 4.425, aparentemente, descumpriu referida medida cautelar. 3. Ante o exposto, defiro a liminar, para determinar o sobrestamento do AI 1.417.464-AgR/RS, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, até o julgamento final desta reclamação ou ulterior deliberação em sentido contrário. Comunique-se. Notifique-se a autoridade reclamada para que preste informações. Após, dê-se vista dos autos ao Procurador-Geral da República. Publique-se. Intime-se. Brasília, 13 de novembro de 2013. Ministro Teori Zavascki. Relator Documento assinado digitalmente

(Rcl 16745 MC, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 13/11/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 19/11/2013 PUBLIC 20/11/2013)

E, finalmente, deve-se observar que os honorários advocatícios não poderão ser fixados sobre o valor da condenação, mas em valor certo, equitativamente, impondo-se, assim, a observância da regra inserta no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

IV – REQUERIMENTO

Ante o exposto, requer-se sejam rejeitados os pedidos do autor, julgando-se improcedente a ação. Caso haja algum valor a ser restituído, requer-se observância à sistemática dos precatórios ou das requisições de pequeno valor fixadas no art. 100 da CF, devendo-se respeitar a prescrição quinquenal, os critérios estabelecidos na Lei nº 11.960/09 (aplicáveis até a modulação dos efeitos da decisão constante nas ADIs 4.357 e 4.425) e a condenação em honorários nos termos do *art. 20, § 4º, do CPC*.

Requer poder provar o alegado pelos meios de prova legalmente admitidos, sem qualquer exceção. Solicita-se juntada dos documentos anexos.

Termos em que pede e aguarda deferimento.

São Paulo, 30 de julho de 2014

LUCAS LEITE ALVES

Procurador do Estado

OAB/SP nº 329.911

SENTENÇA

Processo nº: 1020614-59.2014.8.26.0053 – Procedimento Ordinário

Requerente: Dimas Eduardo Ramalho

Requerido: São Paulo Previdência – SPPREV

Vistos.

Dimas Eduardo Ramalho, qualificado à fl. 1, ajuizou ação de conhecimento de procedimento comum ordinário em face da **São Paulo Previdência – SPPREV**, alegando que: ingressou nos quadros do Ministério Público do Estado de São Paulo como Promotor de Justiça em agosto de 1980 quando se vinculou ao regime próprio de Previdência Social dos servidores públicos estaduais; afastou-se do cargo de Procurador de Justiça para exercer mandato de deputado federal quando optou pelo recebimento dos subsídios do cargo eletivo, mas mantendo vinculação com o sistema previdenciário especial do Estado de São Paulo, então administrado pelo IPESP; foi deputado federal de fevereiro de 2003 a dezembro de 2011, período em que recebeu subsídios da Câmara dos Deputados *“que ficou incumbida de proceder ao desconto da contribuição previdenciária e repassá-la ao órgão estadual”*, mas *“somente agora tomou ciência de que, embora sabendo de sua vinculação ao antecessor do réu – IPESP –, a Câmara dos Deputados não reteve os valores das contribuições previdenciárias nem repassou a cota patronal, arrimando-se no disposto no parágrafo 10 do art. 137 da Lei Complementar Estadual nº 180/78”*; não foram, então, recolhidas à SPPREV as contribuições previdenciárias, de modo que era devedor de R\$ 763.530,00, valor este que deveria ser pago para que pudesse vir a se aposentar; em 4 de agosto de 2011, celebrou com a SPPREV um *“Instrumento Particular de Confissão de Dívida”* para adimplir o débito apontado em 48 meses, *“convencido de que tais valores correspondiam às suas contribuições pessoais”*; em 22 de outubro de 2012, assinou novo *“Instrumento Particular de Confissão de Dívida”* no valor de R\$ 659.903,42, a ser pago em 60 parcelas mensais, montante do qual foram deduzidos os valores pagos no acordo anterior; restam, ainda, 42 parcelas a serem pagas, que correspondem ao total de R\$ 461.931,96; sua aposentadoria foi deferida pela SPPREV em 15 de agosto de 2012; os acordos celebrados são nulos, pois abarcam valores referentes à contribuição previdenciária que deveria ter sido recolhida pela Câmara dos Deputados quando deveriam ser compostos somente pelas contribuições previdenciárias cujos recolhimentos cabem ao servidor; e foi, assim, induzido a erro pela SPPREV, de modo que passou a pagar valor por ele não devido. Pediu-se, por consequência, sejam declarados nulos os *“Instrumentos Particulares de Confissão de Dívida”* celebrados perante a SPPREV quanto aos valores referentes às

contribuições previdenciárias devidas pela Câmara Federal (União Federal), determinando-se a compensação dos valores pagos indevidamente com aqueles das prestações vencidas ou, caso assim não se entenda, determinando-se sejam tais valores devolvidos. Requereu tutela antecipada para suspender a exigibilidade das prestações vincendas referentes aos acordos referidos ou para que possa depositá-las em Juízo.

Instruiu a petição inicial com os documentos de fls. 12-45.

A tutela antecipada foi deferida (fls. 47-49). Contra essa decisão interpôs a ré recurso de agravo de instrumento (fls. 60-81) ao qual foi deferido o efeito suspensivo (fl. 58), vindo, enfim, a ser provido (fls. 99-105).

Citada (fl. 56), a ré apresentou contestação (fls. 84-95), aduzindo que: no caso de não manutenção dos recolhimentos previdenciários devidos, ocorre a suspensão do vínculo do servidor com o Regime Próprio de Previdência Social nos termos do art. 12 da Lei Estadual nº 1.010/2007, sendo que, quando o afastamento se dá para exercício de mandato eletivo, há a possibilidade de manutenção do vínculo com o Regime Próprio nos termos do § 1º do art. 12 daquela lei, ou seja, desde que o servidor continue recolhendo as contribuições previdenciárias; não cabia ao Estado de São Paulo recolher as contribuições patronais devidas ao autor, pois exercia ele mandato eletivo em um órgão federal, de modo que poderia ele ter requerido perante a Câmara dos Deputados o recolhimento dos valores devidos a título de contribuição “*patronal*”, para que garantido fosse a ele o benefício; a lei local pode atribuir a responsabilidade pelo pagamento das verbas devidas pela entidade patronal ao servidor que não presta serviço ao Estado de São Paulo, como ocorre nos casos de “*autopatrocínio*”; assim, as contribuições que seriam devidas pelo empregador podem ser recolhidas pelo servidor como “*segurado facultativo*” enquanto afastado do cargo, a fim de garantir a “*proteção previdenciária*”; e cabe ao autor ajuizar ação contra a União Federal por não ter sido por esta feito o recolhimento das contribuições previdenciárias.

Réplica ofertada foi a fls. 116-124.

É o relatório.

Passo a decidir.

I – Não há questões de fato a dirimir que reclamem a produção de provas em audiência ou de índole pericial pelo que, com base no art. 330, I, do CPC, passo à imediata apreciação da pretensão deduzida em juízo.

II – O autor foi membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, estando atualmente aposentado.

Afastado foi do cargo de Procurador de Justiça nos termos do art. 38, I, da Constituição Federal¹, entre fevereiro de 2003 a dezembro de 2011 para exercício de dois mandatos eletivos como deputado federal.

Durante o período em que esteve afastado do cargo de Procurador de Justiça, embora continuasse vinculado ao Regime Próprio de Previdência Social, conforme enuncia o art. 1º-A da Lei Federal nº 9.717/98², suspenso ficou tal vínculo nos termos do art. 12 da Lei Estadual nº 1.012/2007³.

Desse modo, possível era que referido período pudesse ser computado para fins de aposentadoria, já que estava vinculado ainda o autor ao Regime Próprio de Previdência Social, porém, para tanto, deveria ele recolher a contribuição previdenciária devida ao então IPESP (sucedido pela SPPREV), sendo que a cota patronal também deveria ter sido recolhida, nesse caso, pela Câmara dos Deputados (União Federal).

E tal determinação está prevista no art. 12, § 1º, da Lei Estadual nº 1.012/2007:

“Artigo 12 - O servidor afastado ou licenciado do cargo efetivo, sem direito à remuneração, terá suspenso o seu vínculo com o regime próprio de previdência social do Estado enquanto durar o afastamento ou a licença, não lhe assistindo, neste período, os benefícios do mencionado regime.

§ 1º- Será assegurada ao servidor licenciado ou afastado sem remuneração a manutenção da vinculação ao regime próprio de previdência social do Estado, mediante o recolhimento mensal da respectiva contribuição, assim como da contribuição patronal prevista na legislação aplicável, observando-se os mesmos percentuais e incidente sobre a remuneração total do cargo a que faz jus no exercício de suas atribuições, computando-se, para esse efeito, inclusive, as vantagens pessoais”. (grifamos)

1 “Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função”.

2 “Art. 1º-A. O servidor público titular de cargo efetivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ou o militar dos Estados e do Distrito Federal filiado a regime próprio de previdência social, quando cedido a órgão ou entidade de outro ente da federação, com ou sem ônus para o cessionário, permanecerá vinculado ao regime de origem”. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.187-13, de 2001.)

3 “Art. 12 - O servidor afastado ou licenciado do cargo efetivo, sem direito à remuneração, terá suspenso o seu vínculo com o regime próprio de previdência social do Estado enquanto durar o afastamento ou a licença, não lhe assistindo, neste período, os benefícios do mencionado regime”.

Afastado, então, mas efetuando os recolhimentos devidos, o período seria considerado como se estivesse em exercício, restando observado o inciso V do art. 38, da Carta Magna⁴.

III – O art. 12, § 1º, da Lei Estadual nº 1.012/2007 nada tem de inconstitucional, pois a contribuição é indispensável, já que a Previdência Social se baseia nos princípios da solidariedade e da contributividade, a fim de preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, o que se aplica, inclusive, ao Regime Próprio de Previdência, de acordo com o art. 40 da Constituição Federal.

Se não recolhia o autor a contribuição previdenciária que a ele cabia recolher perante a SPPREV, não poderia o período em que foi deputado federal ser computado para fins de aposentação, exceto, é claro, que viesse ele a adimplir tais valores, já que o tempo de contribuição, para ser computado, reclama pagamento de contribuição sob pena de computar-se tempo de contribuição fictício, vedado constitucionalmente (art. 40, § 10, da Constituição Federal).

E tal recolhimento deveria ser feito não somente quanto às contribuições cabíveis a ele (o que nem sequer isso fez o autor – fl. 26), mas também em relação àquelas cujo pagamento se dá pelo ente patronal, no caso, a União Federal, o que não ocorreu (fl. 26).

E no caso em tela, para que pudesse passar à inatividade, o autor optou por celebrar dois termos de confissão de dívida com a SPPREV, um em agosto de 2011 (fls. 28-29) e outro em outubro de 2012 (fl. 42), passando a adimplir, assim, os valores referentes às contribuições previdenciárias atinentes ao período em que foi deputado federal.

Porém, alega ter sido induzido a erro pela ré, já que não estava ciente de que os termos referidos abarcavam também valores referentes à cota patronal das contribuições previdenciárias.

Essa alegação, contudo, não procede.

Deveras, para assim concluir, mister é atentar para o seguinte:

- (i) o autor é pessoa instruída, já que foi Procurador de Justiça e também Deputado Federal, de modo que não era pessoa não afeita a análise de documentos para fins de exercitar sobre ele pleno juízo crítico;
- (ii) sabia o autor perfeitamente que não recolhia, ao tempo em que exerceu os mandatos eletivos, as contribuições devidas até mesmo por ele, já que,

⁴ “Art. 38. Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] V - para efeito de benefício previdenciário, no caso de afastamento, os valores serão determinados como se no exercício estivesse”.

por óbvio, sabia perfeitamente bem o que recebia como subsídio de Deputado Federal e sabia também perfeitamente bem o que dele se estava a descontar ou não;

- (iii) se não pagava nem sua cota, era ao autor igualmente perceptível saber que quanto menos a cota patronal estava sendo recolhida (frise-se: o recolhimento se dá duplamente, pela cota do contribuinte e pela do “*empregador*”, daí que, sem aquela sequer sendo recolhida, soa intuitivo que quanto menos a segunda estaria sendo feita, visto que ambas se dão por ato do “*empregador*”, lá retendo e repassando e cá pagando simplesmente); e
- (iv) não há que falar que a ré induziu a erro o autor, visto que, em realidade, o que fez ela – a ré – foi exercitar seu direito à contribuição patronal para conceder o benefício (aposentação), contribuição patronal esta que não estava em seu poder fazer pagar ainda ao tempo em que era o autor Deputado Federal e enquanto assim se manteve (de fato, seria esdrúxulo dizer que a ré teria poder de interferir na folha de pagamento de membro do Poder Legislativo federal para “*mandar*” pagar – por desconto em folha – a cota do contribuinte de contribuição previdenciária e quanto mais esdrúxulo seria admitir que teria a ré o poder de mandar o Poder Legislativo federal efetuar o pagamento da cota patronal, descontando-se de seu orçamento tal quantia mês a mês).

Em realidade, a ré simplesmente fez o necessário para poder conceder a aposentação ao autor, devendo-se destacar do último item tratado no precedente parágrafo que o art. 12, § 1º, da Lei Estadual nº 1.012/2007, quando manda pagar a cota patronal, não está a dizer que o tem de fazer o próprio contribuinte, mas que se tem de pagá-la *tout court* (isto é, cabia ao autor exigir, ainda ao tempo em que era Deputado Federal, da União Federal – junto à Câmara de Deputados Federais –, que fosse paga a cota patronal tanto quanto passaria ele a pagar sua própria cota, mas ele assim não o fez, nem sequer interessado ficou em pagar sua cota, com o que não pode agora se queixar da ré ante sua própria desídia como se esse estado de coisas fosse resultado de conduta dela e não do autor mesmo), até porque não era da SPPREV (ou da FESP) a obrigação de arcar com a cota patronal (isto é, a ré não induziu o autor a pagar o que tinha de ser pago pela ré mesma ou pela FESP da qual é sua autarquia).

Onde, então, está o dolo da ré? Dolo como se tinha a ré o direito à cota patronal e não a recebeu para poder aposentar o autor? Como dizer que a ré induziu o autor a pagar o que por ele não era devido se nem o que era por ele realmente devido não foi pago e, por certo, sabia o autor que, se nem ele pagava sua cota, por evidente que quanto menos o estava a fazer o seu “*patrão*”?

Ora, “*dolo é o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro. Consiste em sugestões ou manobras maliciosamente levadas a efeito por uma*

parte, a fim de conseguir da outra uma emissão de vontade que lhe traga proveito, ou a terceiro” (Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro”, vol. 1, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005. p. 374).

Mas no caso, a ré nada fez para receber proveito nem usou de artifício ou ardil. O que fez foi exigir que fosse pago crédito seu para dar o que seria o correspondente – o benefício. O que fez foi exigir que se suprisse falha que não remonta a uma conduta dela, comissiva ou omissiva, mas do autor mesmo (pessoa de inegáveis recursos intelectuais e culturais que jamais assinaria uma confissão de dívida de centenas de milhares de reais sem sequer imaginar a causa específica de cada um destes reais) e da União Federal e, por evidente, “*não se anula negócio jurídico por erro ou dolo, quando a capacidade de discernimento do autor revela que o engano só poderia resultar de negligência, imprudência ou imperícia sua*” (TJSP, Ap. 638.257-4/4-00, 3ª Câm. de Dir. Privado, Rel. Des. Beretta da Silveira, v.u., j. 12.5.09).

O autor, portanto, optou pelas confissões de dívida livre e conscientemente e o fez porque sabia que, sem pagar sua cota e sem ser paga a cota patronal, seria ilegal e até inconstitucional computar o tempo de mandatos eletivos para a aposentação, ferindo aqui de morte os princípios da contributividade, da solidariedade e de equilíbrios financeiro e atuarial.

E o fez, também, porque, sem isso, a opção seria das mais dolorosas: submeter-se a uma ação para obrigar a União Federal a pagar a cota patronal para, paga que fosse e também estando paga (ou a pagar) a cota dele (do autor), poder obter então a aposentação (ou então simplesmente continuar a laborar até completar o tempo realmente necessário para sua aposentação).

O autor, dessa forma, assinou as confissões para poder aposentar-se também desde logo em vez de demandar em face da União Federal, obrigando-a a pagar a cota dela enquanto pagava também a dele.

Quando celebrou os termos de confissão de dívida, então, ciente estava de tal circunstância, de modo que não pode agora voltar-se contra a SPPREV que jamais recebeu as contribuições que deveriam a ela ter sido repassadas, tanto aquelas atinentes ao autor quanto aquelas referentes à cota cabível à União Federal.

A SPPREV nada mais fez, enfim, que cumprir a legislação, permitindo ao autor que pudesse passar à inatividade, porém desde que se recolhesse o *quantum* devido a título de contribuição previdenciária.

E cabe agora ao autor ajuizar ação em face da União Federal, pleiteando os valores por ele pagos a título das cotas patronais, mas não pode se voltar contra a SPPREV alegando ter sido por ela ludibriado quando ciência tinha de que não tinham sido recolhidas as contribuições previdenciárias por ele e pela Câmara dos

Deputados, sendo, nesse passo, incensuráveis as ponderações a respeito feitas em contestação, *in verbis*:

“Não cabe ao Estado de São Paulo recolher as contribuições patronais devidas a um servidor que exerceu mandato eletivo perante um órgão federal. Entretanto, é plenamente possível requerer que o órgão federal recolha os valores devidos a título de contribuição patronal, a fim de garantir a concessão do benefício. Trata-se de medida que obedece aos parâmetros constitucionais de manutenção do vínculo do servidor com o regime próprio estadual e de necessidade de contribuição para a concessão do benefício. É óbvio que o ônus econômico deve recair sobre a União, entidade patronal a que anteriormente vinculado o servidor, mas isso não impede este de pagar esse valor ao sujeito ativo do crédito, a fim de ver deferido prontamente seu benefício. Não seria razoável querer impor aos outros segurados do sistema o ônus pelo não recolhimento de contribuições patronais que concernem ao agravado (rectius: autor). A solidariedade do Regime Próprio de Previdência diz respeito àqueles servidores que CONTRIBUEM e não aos que não adimpliram suas obrigações previdenciárias (incluído neste rol aqueles cujos patões (no caso, a União) são inadimplentes” (fl. 90).

A não ser assim, estará sendo a ré punida por um ato indevido que não cometeu ela – o não recolhimento de contribuições, tanto pelo autor como, especialmente, pela União Federal.

Os termos de confissão de dívida celebrados, portanto, não estão eivados do vício de nulidade ou de anulabilidade.

De rigor é, pois, a improcedência da ação, até porque, a não ser assim, ficará criada situação em que, por força da ausência de vontade do autor de pagar, à época certa, sua contribuição e exigir, concomitantemente, o pagamento da cota patronal, é a ré quem estará obrigada a demandar à União Federal para ser ressarcida da cota patronal.

Isso, contudo, em contexto em que a ré nada fez de errado. Errou a União Federal. Errou o autor.

IV – Ante o exposto, julgo improcedente a ação ajuizada por **Dimas Eduardo Ramalho** em face da **São Paulo Previdência – SPPREV** nos termos do art. 269, I, CPC.

Pela sucumbência, pagará o autor as custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios de R\$ 12.000,00.

P.R.I. e C.

São Paulo, 30 de março de 2015.

RANDOLFO FERRAZ DE CAMPOS

Juiz^(a) de Direito

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL

DISTRIBUIÇÃO POR PREVENÇÃO

6ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo

Ação Cautelar preparatória nº 1008910-49.2014.8.26.0053

O ESTADO DE SÃO PAULO, pessoa jurídica de direito público interno, por seu Procurador, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento no artigo 4º da Lei nº 70347/85 e artigo 796 e seguintes do Código de Processo Civil, propor a presente **ACÇÃO CIVIL PÚBLICA** em face do **CENTRO PRÓ-AUTISTA DE DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO DE POLÍTICAS SOCIAIS – CPA SOCIAL**, inscrito no CNPJ sob nº 03.763.483/0001-74, estabelecido na Rua Jureia, nº 1.024, Bairro Saúde, São Paulo/SP, CEP: 04140-110, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Trata-se de ação civil pública, manejada para garantir a continuidade de atendimento e tratamento a mais de uma centena de pacientes autistas, então atendidos na clínica ré ou que porventura viriam a ser atendidos nesse serviço de saúde, assim como proteger os interesses da Administração Pública Estadual, de modo que o convênio entabulado para preservar esse tipo de atendimento não sofra solução de continuidade por vontade exclusiva da ré.

Ademais, por meio da presente ação civil pública pretende-se a condenação da ré no ressarcimento dos danos, inclusive morais, causados por sua conduta lesiva ao Estado e à coletividade de pacientes dependentes daquele serviço conveniado.

Os antecedentes da presente demanda decorrem da recente notificação encaminhada pela ré ao Senhor Secretário de Estado da Saúde, seguido de comunicado dirigido aos pais dos pacientes que eram por ele atendidos, dando conta da interrupção abrupta da prestação de serviços durante a vigência do convênio, abandonando-os à própria sorte.

Como será demonstrado, há nítida violação do princípio da continuidade do serviço público, da dignidade da pessoa humana, do direito à saúde, bem como uma série de ilícitos administrativos, entre eles a ausência de prestação de contas à Administração Pública quanto à aplicação de recursos recebidos, e ainda a ausência de fornecimento de relatórios clínicos dos pacientes deixados à própria sorte. Tal conduta, por sua vez, gerou danos à Administração Pública e à coletividade.

I - DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA PRESENTE DEMANDA

Os antecedentes históricos da presente demanda decorrem da condenação do Estado de São Paulo, extraída da ação civil pública proposta pelo Ministério Público Estadual, que tramita por este MM. Juízo (proc. 0027139-65.2000.8.26.0053), por meio da qual o ente público foi compelido a instituir, *por si ou por terceiros a ele conveniados, política que assegurasse integral tratamento, assistência e educação a pessoas portadoras de autismo* residentes no Estado de São Paulo.

Para dar cumprimento ao julgado, o Estado de São Paulo, desde então, vem expendendo esforços para criar, no âmbito da própria administração, serviços especializados de atendimento a pacientes com essa enfermidade, assim como contratando e conveniando uma série de serviços de saúde privados que possam lhe auxiliar nessa empreitada.

A clínica ré é um desses serviços privados, que então ofertava atendimento especializado e se dispunha a firmar convênio com o ente estatal.

Tanto é assim que, no correr da audiência realizada no dia 09 de setembro de 2012, no bojo da referida ação civil pública, restou frutífera a conciliação entre o Estado de São Paulo e o Centro Pró-Autista, no sentido de que no *prazo mais breve possível, a Fazenda Estadual comprometeu-se a finalizar e assinar o termo de convênio com a instituição Centro Pró-Autista, mediante o pagamento, a título remuneratório, da tabela SUS, em torno de R\$ 600,00, com avaliação técnica.*

E assim se fez.

II - DA CELEBRAÇÃO DO CONVÊNIO E EXECUÇÃO DO MÚNUS PÚBLICO

Mesmo antes do ajuste entabulado naquela audiência, o Centro Pró-Autista já solicitava a celebração de convênio com a Secretaria de Estado da Saúde.

Para a concretização de tal ajuste, a associação ré juntou vasta documentação, afirmando, entre outras coisas, **tratar-se de associação sem fins lucrativos, assistencial**, tendo como objetivo cuidar dos problemas relacionados a autistas, promovendo seu bem-estar, proteção e ajustamento, propugnando pela aplicação dos princípios contidos na Declaração dos Direitos da Pessoa Deficiente Mental e na Lei Federal nº 9.790/99. Esse é o objeto da associação Centro Pró-Autista, conforme consta de seu estatuto.

Acreditando que a associação seria apta ao atendimento dos autistas, em 18 de março de 2010, o Estado de São Paulo celebrou o primeiro convênio com o Centro Pró-Autista, tendo como objetivo, *mediante a conjugação de esforços dos convenentes,*

apoiar a conveniada, com recursos financeiros e materiais, desenvolvimento das ações e serviços para a assistência integral à saúde da comunidade, visando à reorganização gerencial, ao aperfeiçoamento e à expansão da capacidade operacional do SUS/SP.

Por conta de sucessivos aditivos e renovações, o ajuste foi prorrogado.

No momento, entre as partes, vige o Convênio SES nº 116/2013, que prevê a disponibilidade de 110 vagas para pacientes autistas, com o aporte financeiro por parte do Estado de R\$ 1.290.300,00.

Toda a contrapartida financeira prometida pelo Estado para que aqueles 110 pacientes autistas fossem atendidos pela clínica ré já havia sido integralmente adiantada pelo Tesouro Estadual.

A situação se mostrou, por isso, inusitada. Na vigência de específico ajuste público, depois de já ter percebido a contrapartida financeira pelo atendimento que ainda iria prestar, a clínica ré, despojada de qualquer comprometimento com os pacientes de que trata e com o múnus público que exerce, simplesmente decreta a interrupção dos seus serviços **a partir do último 28 de fevereiro**.

Uma clínica sem o menor sentido de responsabilidade ética e profissional? Uma clínica que se apropria de recursos públicos ao negar a contrapartida terapêutica devida aos pacientes que atende?

Infelizmente, a situação é pior do que aparenta.

III - A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO SES Nº 63/2013 E O PROCESSO DE RENOVAÇÃO DO CONVÊNIO COM A RÉ

Em 03 de julho de 2013, a Secretaria de Estado da Saúde editou a Resolução SES nº 63 com a finalidade de criar verdadeira rede de atendimento a pacientes autistas por todo o Estado, por meio do estabelecimento de regras arrojadas.

O atendimento terapêutico que a referida Resolução queria garantir a todos pacientes autistas deste Estado perpassava a demonstração da existência de corpo técnico multidisciplinar especializado para a prestação de serviços também especializados. Em compensação, o Tesouro Estadual prometia a elevação do aporte financeiro que se faria por paciente/mês, em prol das instituições credenciadas¹.

¹ Artigo 3º - Fica estabelecido que o valor mensal a ser pago, pela Secretaria, para as entidades que vierem a ser cadastradas e firmarem contratos ou convênios com a Administração corresponderá à multiplicação do número de pacientes pelo valor de R\$ 2.060,00 (dois mil e sessenta reais) mensais para cada paciente atendido em regime de período integral (45 horas semanais) e R\$ 1.236,00 (um mil, duzentos e trinta e seis reais) para o atendimento de meio período (22,5 horas semanais).

Em 19 de dezembro de 2013, ou seja, três meses antes do término da vigência do Convênio SS nº 116/2013, o Centro Pró-Autista noticiou formalmente sua intenção de aderir aos termos da Resolução 63/2013, ofertando 110 vagas para o tratamento de autistas, dentro do que chamou “acordo de celebração do credenciamento e convênio com a Secretaria de Estado da Saúde”.

À vista da demonstração dessa inequívoca vontade, deu-se início à tramitação burocrática para verificação da capacidade técnica e operacional do Centro Pró-Autista, dentro das normas da Resolução 63/13.

Novamente, farto rol de documentos e certidões de toda ordem foram encaminhados.

A documentação faltante para efeito de credenciamento era simples: a titularidade de profissionais de nível superior, fisioterapeutas, enfermeiros, profissionais de nível médio, comprovando a contratação de tais profissionais em seu quadro de funcionários.

Em uma última reunião, realizada no dia 16 de fevereiro de 2014, o Centro-Pró-Autista se comprometeu a complementar o envio dos documentos até o dia 19 seguinte, para, enfim, concretizar seu credenciamento.

Surpreendendo a todos, no dia 20 de fevereiro último, a clínica ré noticiou formalmente ao Senhor Secretário de Estado da Saúde que não possuía mais intenção de firmar qualquer ajuste com o Poder Público.

No dia seguinte, 21 de fevereiro, fez pior, ao encaminhar missiva a todos os pais dos 110 pacientes autistas atendidos pelo Convênio que ora vige, noticiando que a partir de 28 de fevereiro todos estariam abandonados à própria sorte.

Tamanho agir inconsequente só gerou pânico e desassossego no seio de mais de uma centena de famílias.

E por quê?

Entre os argumentos expostos encontravam-se: i) o fato de a Resolução SS 63 permitir dois tipos de tratamento, período integral e parcial, sendo que a vontade daquele instituto é a de possuir maior quantidade de vagas integrais; ii) incompatibilidades com o uso do CAPS; iii) a exigência de contratação de profissionais da saúde, os quais o Centro Pró-Autista entende desnecessários; iv) a exigência estatal de tratamento ininterrupto; v) a exigência estatal de emissão de nota fiscal; vi) remuneração inadequada.

Mas qual dessas justificativas a clínica ré não tinha conhecimento em julho de 2013, quando editada a Resolução SS 63/2013?

Qual desses esdrúxulos argumentos a clínica ré não havia compreendido, em dezembro de 2013, quando formalizou a oferta de vagas e solicitou seu credenciamento, nos exatos moldes da Resolução 63/2013?

Pura e genuína falácia!

IV - DO FATO VIOLADOR DO DIREITO

Os prejuízos que a atitude da clínica ré acabou causando, ao interromper o atendimento de 110 pacientes autistas, até então sob seus cuidados, assumiram dimensões diversas, cada qual mais grave e tenebrosa, a depender do olhar que se reserve às múltiplas relações que defluem do ilícito perpetrado.

Sob a óptica do Estado, vivificou-se verdadeiro golpe, tendente a tornar o Poder Público refém do agir inescrupuloso de um serviço de saúde privado.

Afinal, onde alocar, do dia para a noite, 110 pacientes autistas, carecedores de atendimento especializado? Sabe a clínica ré que número expressivo de vagas em serviços de saúde análogos não existem à disposição.

A deslealdade da clínica ré com o Estado, com o múnus público que livremente assumiu e com os pacientes que àquele tempo atendia resvala também no direito de outros tantos novos pacientes que não encontrarão vagas disponíveis para o devido atendimento.

Em outros termos, realocar a população atendida pelo Centro Pró-Autista para outros serviços de saúde, a despeito da dificuldade da tarefa em razão da escassez de vagas disponíveis, só será possível em prejuízo dos novos pacientes que ainda não ingressaram na rede.

A situação criada pela conduta da ré beira o caos.

Sob o prisma dos pacientes e de seus familiares, o dano que a clínica quer impingir assume contornos desumanos.

Como é de conhecimento geral, não são muitos os serviços de saúde capacitados para prestar o devido tratamento a autistas. Sabe-se também que vagas disponíveis não são encontradas com facilidade.

Por isso, a abrupta interrupção no atendimento, não de 15, 20 ou 30 pessoas, mas de uma população de 110 pacientes, que não será facilmente absorvida por outras unidades de saúde, caracteriza a desatenção e o desatendimento dolosos.

É a violação direta do princípio da dignidade humana, malferindo os interesses daqueles que, por conjunturas da própria existência, mais proteção e cuidados deveriam receber.

Obviamente, uma entidade associativa que diz ter por finalidade “*a defesa, promoção e manutenção da qualidade de vida do ser humano, em especial das pessoas portadoras de transtorno de desenvolvimento*” jamais poderia ousar simplesmente lavar as mãos, jogando literalmente 110 pacientes e seus familiares nas portas da Secretaria de Estado da Saúde, como se não tivesse qualquer responsabilidade pelo tratamento terapêutico e pela saúde daqueles que até então assistia.

Nesse passo, ressentem-se os pacientes, seus familiares e o Poder Público pelo precioso tempo que a clínica ré fez com que todos perdessem, fingindo estar interessada em prolongar a avença com a Administração estadual para dar continuidade ao atendimento que prestava.

Foram exatos 3 (três) meses que mediam entre a comunicação do Centro Pró-Autista, datada de 19 de dezembro de 2013, na qual ofertava vagas para credenciamento pela Secretaria da Saúde, e a sua derradeira missiva, datada de 20 de março de 2014, em que noticiava a “inviabilidade” de se firmar tal ajuste.

O engodo urdido jogou por terra tempo precioso para que fosse possível realocar pacientes e restaurar terapias em outros serviços de saúde, em respeito àqueles que, enfim, são a razão de ser de todo o trabalho desenvolvido.

Agora, neste momento, porque ausente uma atitude mais digna, ética e responsável, não pode a clínica ré pretender pôr de joelhos o Estado de São Paulo, aquela centena de pacientes e seus familiares, apenas para extrair um ajuste diferenciado com Poder Público, que atenda com exclusividade a suas conveniências, notadamente as financeiras.

Por tudo, não resta alternativa ao Estado de São Paulo, a fim de preservar a saúde e a integridade dos 110 pacientes em tratamento no Centro Pró-Autista, como também de preservar a continuidade do serviço público que se quer prestar, senão o manejo da presente ação civil pública, inclusive para que sejam resarcidos os múltiplos danos que a ação dolosa da clínica ré causou.

V - DOS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL – CONDUTA LESIVA PRATICADA PELO CENTRO PRÓ-AUTISTA

Conforme é cediço, os elementos da responsabilidade civil albergam a conduta, o resultado e o nexo de causalidade. A partir da análise dos fatos supracitados, podemos deduzir os seguintes elementos da conduta antijurídica praticada pelo Centro Pró-Autista.

a) Da violação do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde

Como já posto em tópico precedente, o Centro Pró-Autista, ao interromper abruptamente a prestação do serviço essencial a um contingente considerável de pacientes, abandonando-os à própria sorte e trazendo riscos concretos à sua integridade e saúde, viola o princípio da dignidade humana, atributo maior de todo ser humano – um valor, em si, absoluto.

Nas palavras de INGO WOLFGANG SARLET²:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.

Aliás, para se demonstrar a franca violação a tão importante princípio não é necessário ir longe. Basta ver a desassistência e o abandono impingidos pela clínica Pró-Autista a uma vasta população de pacientes, como se responsabilidade terapêutica sobre aqueles que assistia simplesmente não existisse.

E a irresponsabilidade de tal agir, expondo aqueles já fragilizados pelas contingências de suas próprias existências aos riscos da desassistência terapêutica, ganha um contorno doloso se considerarmos dois fatos relevantes que integraram a trama urdida pela clínica ré.

O primeiro deles é o conhecimento já notório de que não existiriam, no mercado, serviços de saúde capacitados para o tratamento autista em número suficiente, com vagas à disposição, que pudessem, a um só tempo, absorver os 110 pacientes que foram literalmente abandonados à própria sorte.

O segundo fato, que coroa a maléfica estratégia que se levou a cabo, está presente no engodo criado perante a Secretaria de Estado da Saúde ao expor sua intenção de alongar no tempo o atendimento daqueles 110 pacientes mediante novo ajuste que, só agora se sabe, jamais seria firmado.

Dolosamente, a clínica ré fez com que todos perdessem precioso tempo, ocultando premeditadamente a sua real intenção e a verdade dos fatos, tudo para

² *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 6.

que pacientes, familiares e Poder Público se colocassem como reféns de um desiderato ilícito e imoral: a contratação dos serviços do réu pelo preço que ele ditar e nas condições que ele estabelecer.

E, nessa empreitada, foram os pacientes utilizados como meros instrumentos, como peões de um jogo roubado, em total desrespeito à dignidade das pessoas humanas.

Justamente a dignidade humana, o valor supremo que impede a “precificação”, “coisificação”, “instrumentalização” das pessoas. Por isso, nunca é demais relembrar que o ser humano não é mero servo para a obtenção de alguma finalidade, pois deve ser visto como uma finalidade em si, jamais um meio para se obter algo.

Impossível não citar IMMANUEL KANT, para quem as coisas são úteis, enquanto o ser humano é digno e, sendo assim, não pode ser usado como meio para atingir um fim³.

Inimaginável, por isso, admitir que possa a clínica ré simplesmente encerrar o atendimento àqueles pacientes, cuja terapia é objeto do convênio com o Estado, jogando-os à desassistência, com possíveis riscos à sua atual situação clínica e terapêutica.

b) Da violação da boa-fé objetiva – a má-fé na renovação do ajuste com o Estado

Analisando objetivamente a atuação da clínica ré no desenrolar do processo de celebração do novo ajuste com o Poder Público, nos moldes ditados pela Resolução SS 63/2013, fica patente a vontade do Centro Pró-Autista em obter vantagem na posição jurídica negocial em relação ao Estado.

Veja que, primeiro, a ré fez protocolar instrumento que demonstra a vontade de prorrogar o atendimento aos pacientes autistas, ofertando as 110 vagas para serem conveniadas.

Na sequência, arrasta o processo de credenciamento, sempre prometendo ofertar a documentação faltante, até que a Administração Estadual fixa prazo para que tal ocorra.

Por fim, no dia seguinte ao prazo fixado, encerra o processo, negando-se a prestar qualquer atendimento futuro, sem dar chance para que a Administração Pública realoje os pacientes que necessitam de tratamento em outras unidades, pois serviços especializados e vagas à disposição, como já dito e todos sabem, não existem.

3 KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 228-229.

E o que esperava a clínica ré? Que os pacientes por ela atendidos passariam a manejar habilitações individuais para fim de compelir o Estado a custear o tratamento em sua instituição, fora dos termos do convênio, cobrando, assim, o preço que bem lhe aprouvesse?

Tal fato, no sentir da Fazenda Pública, ao noticiar, no dia 20 de fevereiro, que não atenderia os autistas a partir do dia 28 seguinte, após participar de reuniões e tratativas até o dia 16, a clínica ré demonstra nítida violação da boa-fé objetiva que deve estar presente em todas as relações jurídicas, inclusive nos convênios.

Assim, é clara e insofismável a postura do Centro Pró-Autista em relação à prática de atos contra a vontade própria, ou seja, em *venire contra factum proprium*, modalidade de abuso de direito caracterizada pela prática de um comportamento incompatível e contrário aos seus próprios atos, afrontando a legítima expectativa alheia, calcada na confiança, ética e boa-fé.

No caso em tela, a clínica ré agiu com nítida violação da boa-fé objetiva e o fez, devendo ser enfatizado, não só em relação ao Poder Público, mas também, e principalmente, em relação à população de pacientes que acalentava a expectativa de continuar a ser atendida, nos moldes da vontade expressa em primeiro lugar.

E quem haveria de negar o engodo perpetrado, de onde se origina toda a insegurança aos principais partícipes do negócio jurídico entabulado: os pacientes, aniquilando suas expectativas e a legítima confiança criada.

A respeito, ANDERSON SCHREIBER já pontuou:

“Com efeito, ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela de confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas como principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas também como forte expressão da solidariedade social e importante instrumento de reação ao voluntarismo e ao liberalismo ainda amalgamados ao direito privado como um todo”.⁴

Daí porque a proibição de vir contra os próprios atos encontra fundamento constitucional, como expressão do Estado Democrático de Direito, em que a importância do indivíduo reside em ser ele “pessoa humana digna”, e não sob o enfoque de possuir liberdades desenfreadas.

Há, portanto, a vedação ao comportamento contraditório, visando justamente à segurança jurídica, à realização da justiça, ao reconhecimento da solidariedade e à proteção da confiança daqueles que legitimamente acreditaram nas atitudes de outrem.

⁴ A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança *venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 91.

Desse reconhecimento, decorre um terceiro e derradeiro argumento, a paten-tear a existência dos ilícitos perpetrados e do dever de indenizar.

c) Da violação do princípio da continuidade e da eficiência do serviço público – o múnus público

A postura da clínica ré, a despeito de toda ilicitude e lesividade que guarda, mostra-se absolutamente contrária àquela prevista no seu próprio estatuto social. Aliás, custa a crer que tal pudesse ser urdido por quem se autodenomina “Pró-Autista” – algo ilógico e paradoxal.

Aliás, negar-se a dar continuidade ao tratamento de seus pacientes, mesmo sabendo que o serviço prestado era em decorrência do múnus público que livremente abraçou, confronta também com os princípios da continuidade do serviço público e da eficiência do serviço.

Tal atitude já é conhecida e refugada pela jurisprudência de nossos Tribunais, ao considerar uma violência, por exemplo, os casos de negativas de matrículas em colégios e faculdades. O que se dirá dessa prática na área da saúde, sobretudo no atendimento de autistas?

Ademais, o Centro Pró-Autista não é um mero prestador de serviços privados em busca do lucro. Antes disso, exerce um múnus público, compondo o que se denomina serviço público⁵, eis que se trata de uma associação com tal finalidade.

Do ponto de vista constitucional, a continuidade do serviço público encontra fundamento no dever de eficiência imposto à Administração Pública, previsto nos artigos 37 e 175 da Carta Maior, eis que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos.

No mais, o princípio da continuidade do serviço público tem duas faces: um dever da Administração com o administrado, e um direito deste em face daquele.

5 Maria Sylvia Zanella di Pietro aponta dois sentidos, nos quais a noção de serviço público deve ser adotada: “o conceito de serviço público em sentido amplo e o conceito de serviço público em sentido restrito”. No mesmo diapasão, Maria Sylvia conceitua serviço público como “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. Atlas, 2002. p. 81, 94. Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua: “Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Malheiros, 2003. p. 612.

Essa dualidade, em se tratando de prestação de serviço por entidade conveniada, como realiza o Centro Pró-Autista, cria uma segunda dualidade, pois que o administrado também está a lhe exigir (do prestador conveniado) a efetiva prestação a que se comprometeu.

Sob esse específico enfoque, a continuidade do serviço prestado pela clínica ré se põe como condição para que esse seja eficiente, o que também encontra respaldo na legislação consumerista, na exata medida em que os destinatários do serviço (os pacientes) estão também protegidos contra interrupções no fornecimento.

É o artigo 22 do CDC que impõe, de forma cogente, a obrigação do ente público de fornecer aos consumidores serviços públicos “adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

A inclusão desse dispositivo legal protetivo aos consumidores dos serviços públicos se deu para atender aos ditames do Princípio Constitucional da Eficiência da Administração Pública.

Por fim, vale lembrar que o referido serviço é considerado essencial, segundo o estabelecido na chamada Lei de Greve, Lei nº 7.783/89, que prevê em seu artigo 10 que são considerados serviços ou atividades essenciais: “II – assistência médica e hospitalar”.

Assim, mostra-se totalmente aplicável o princípio da continuidade dos serviços públicos essenciais, eis que o 22 do CDC preceitua que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços “adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Resta, portanto, insofismável a proibição de simples interrupção dos serviços e atividades terapêuticas desenvolvidas pelo Centro Pró-Autista, sem garantia de continuidade do atendimento em outro serviço de igual especialização.

V - DOS DANOS MORAIS COLETIVOS

Como produto da conduta lesiva à coletividade aqui substituída pelo Estado de São Paulo, temos o chamado dano moral coletivo.

Com efeito, a questão dos danos morais coletivos, outrora polêmico na doutrina e jurisprudência, vem, a cada dia que passa, consolidando-se no meio acadêmico e na aplicação prática dos tribunais.

O dano moral coletivo consiste na injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção

ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico; quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*).

Ocorrido o dano moral coletivo, que tem um caráter extrapatrimonial por definição, surge automaticamente uma relação jurídica obrigacional que pode ser assim destrinchada: a) sujeito ativo: a coletividade lesada (detentora do direito à reparação); b) sujeito passivo: o causador do dano (pessoa física ou jurídica, ou então coletividade outra, que tem o dever de reparação); c) objeto: a reparação – que pode ser tanto pecuniária quanto não pecuniária. Sobre essa relação incide a teoria da responsabilidade civil.

A reparação por danos morais coletivos abarca uma série de situações bastante ampla, como vem decidindo reiteradamente o STJ (notícia retirada do site do Superior Tribunal de Justiça):

“Dano moral coletivo avança e inova na jurisprudência do STJ

A possibilidade de indenização por dano moral está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso V. O texto não restringe a violação à esfera individual, e mudanças históricas e legislativas têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial.

O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de valores coletivos, atingidos injustificadamente do ponto de vista jurídico. Essas ações podem tratar de dano ambiental (lesão ao equilíbrio ecológico, à qualidade de vida e à saúde da coletividade), desrespeito aos direitos do consumidor (por exemplo, por publicidade abusiva), danos ao patrimônio histórico e artístico, violação à honra de determinada comunidade (negra, judaica, japonesa, indígena etc.) e até fraude a licitações.

A ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Nancy Andrighi vê no Código de Defesa do Consumidor um divisor de águas no enfrentamento do tema. No julgamento do Recurso Especial (REsp) 636.021, em 2008, a ministra afirmou que o artigo 81 do CDC rompeu com a tradição jurídica clássica, de que só indivíduos seriam titulares de um interesse juridicamente tutelado ou de uma vontade protegida pelo ordenamento.

Com o CDC, “criam-se direitos cujo sujeito é uma coletividade difusa, indeterminada, que não goza de personalidade jurídica e cuja pretensão só

pode ser satisfeita quando deduzida em juízo por representantes adequados”, explicou Andrighi, em seu voto.

Na mesma linha, a ministra citou o Estatuto da Criança e do Adolescente, que no artigo 208 permite que o Ministério Público ajuíze ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente. A ministra classifica como inquestionável a existência, no sistema legal brasileiro, dos interesses difusos e coletivos.

Uma das consequências dessa evolução legislativa seria o reconhecimento de que a lesão a um bem difuso ou coletivo corresponde a um dano não patrimonial. Dano que, para a ministra, deve encontrar uma compensação.

‘Nosso ordenamento jurídico não exclui a possibilidade de que um grupo de pessoas venha a ter um interesse difuso ou coletivo de natureza não patrimonial lesado, nascendo aí a pretensão de ver tal dano reparado. Nosso sistema jurídico admite, em poucas palavras, a existência de danos extrapatrimoniais coletivos, ou, na denominação mais corriqueira, de danos morais coletivos’, concluiu Andrighi”.

No recente informativo nº 490 deste mesmo Superior Tribunal de Justiça, consignou-se o entendimento predominante daquela Corte:

**“DANO MORAL COLETIVO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.
ATENDIMENTO PRIORITÁRIO.**

A Turma negou provimento ao apelo especial e manteve a condenação do banco, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, ao pagamento de indenização por danos morais coletivos em decorrência do inadequado atendimento dos consumidores prioritários. No caso, o atendimento às pessoas idosas, com deficiência física, bem como àquelas com dificuldade de locomoção era realizado somente no segundo andar da agência bancária, após a locomoção dos consumidores por três lances de escada. Inicialmente, registrou o Min. Relator que a dicção do art. 6º, VI, do CDC é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores tanto de ordem individual quanto coletivamente. Em seguida, observou que não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde dos limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem patrimonial coletiva. Na espécie, afirmou ser indubitável a ocorrência de dano moral coletivo apto a gerar indenização. Asseverou-se não ser razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, seja por qualquer causa transitória, como as gestantes, à situação desgastante de subir escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que, inclusive, possui plena capacidade de propiciar melhor forma de

atendimento aos consumidores prioritários. Destacou-se, ademais, o caráter propedêutico da indenização por dano moral, tendo como objetivo, além da reparação do dano, a pedagógica punição do infrator. Por fim, considerou-se adequado e proporcional o valor da indenização fixado (R\$ 50.000,00). REsp 1.221.756-RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 2/2/2012”.

Em que pese a responsabilidade por danos morais coletivos independer de culpa, como acima demonstrado, a conduta ilícita e dolosa perpetrada pela clínica ré vai interferir no montante a ser fixado a título de indenização, uma vez que se vem adotando no Direito brasileiro a teoria do *punitive damage*, caracterizando um verdadeiro caráter pedagógico e punitivo da reparação.

Tal instituto visa a afastar a vetusta ideia segundo a qual a mera reparação é apta a gerar pacificação social, mesmo em âmbito privatístico. Visa, outrossim, a introduzir no âmbito do direito civil a ideia de pena ou sanção privada.

Nesse sentido, deveras oportuno é o entendimento de Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler:

“O antigo instituto, voltado a reparar danos injustamente sofridos pelos indivíduos, não estaria imune a fenômenos sociais próprios das sociedades hiper-industrializadas nem às escolhas jurídico-axiológicas dessas mesmas sociedades, tal qual, exemplificativamente, a proteção ao consumidor como sujeito jurídico em si mesmo vulnerável ou a classificação do meio ambiente entre os bens de uso comum do povo, com caráter de essencialidade à sadia qualidade de vida, como faz a Constituição brasileira. Afirma-se como necessário um instituto apto a coibir ou a desestimular certos danos particularmente graves cuja dimensão é transindividual, ou comunitária, sendo certo que a pena pecuniária é eficiente fator de desestímulo”.

Não mais se coaduna, portanto, com os anseios sociais hodiernos, a mera recomposição dos danos causados às vítimas, o que gera, por exemplo, inadmissíveis estudos de viabilidade pautados no binômio custo-benefício, sopesando-se o benefício auferido com a lesão e o valor da indenização que, eventualmente, deverá ser paga. Exemplo dessas práticas pode ser facilmente encontrado no âmbito da publicidade abusiva e/ou enganosa, já que a abrangência e os lucros auferidos são, em regra, significativamente mais amplos que o valor das indenizações a serem pagas.

Assim, é de rigor a aplicação de uma punição maximizada, que sirva, além de reparar, para inibir aquelas condutas indesejáveis e inaceitáveis, quer sob o prisma ético ou jurídico.

Nota-se, pois, que o foco da responsabilidade deixa de ser o dano, passando a ser o seu causador, o qual, por conta da sua conduta, deverá ser punido, pecuniariamente, de sorte a ser educado e a educar a sociedade, por meio do exemplo, inibindo condutas análogas.

Por derradeiro, cumpre citar a ementa de recente julgamento do Supremo Tribunal Federal no qual se alude, expressamente, à Doutrina dos *Punitive Damages* (AI 455846/RJ):

“EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO (“EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES”) E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

No caso em questão, resta patente a ofensa a bens jurídicos supraindividuais, afetando toda a população paulista, sobretudo os pacientes autistas e seus familiares que tanto necessitam de cuidado e proteção.

Ademais, motivada por puro egoísmo e desprezo pela vida e saúde humana, o Centro Pró-Autista não se importou em simplesmente agir de forma dissimulada, levando a crer que prorrogaria o convênio com o Estado em um dia e, no outro, abandonaria os pacientes à sua própria sorte.

Daí surge um duplo dano, tanto àqueles que sofreram com a possível falta de tratamento, que só foi restabelecido graças a medida cautelar antes concedida, quanto a toda a coletividade, que se viu enganada por tal atitude.

Nesse sentido, a indenização por dano moral coletivo serve, no presente caso, para coibir tal atitude, assim como possibilitar, por meio do fundo reparatório, que políticas públicas possam ser implementadas no que tange à proteção da saúde e educação das pessoas portadoras de deficiência mental.

Assim é que os danos morais devem ser arbitrados no montante de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para o réu, valor suficiente para compensar os danos morais e agir com caráter educativo e sancionador.

VI - DA OBRIGAÇÃO DE FAZER – NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA TUTELA CAUTELAR

Por fim, de tudo que fora exposto na presente ação, mostra-se necessária a imposição da obrigação de fazer ao réu, de modo a manter a tutela cautelar antes concedida.

Isso o quanto já demonstrado com clareza nos tópicos precedentes.

“Direito” a que o Centro Pró-Autista deixe abandonados e desassistidos 110 pacientes autistas, efetivamente, não existe.

Noutra ponta, a situação emergencial, de risco concreto, criada pela clínica ré em afronta ao interesse público também é aferível às escâncaras e sob duas ordens distintas.

Sob a perspectiva do chamado interesse público primário, ao ver o Poder Público a sua obrigação primária de prestar o necessário atendimento aos pacientes autistas posta em cheque, por uma trama urdida pela clínica ré, tirada da abrupta interrupção de um serviço (em sua essência, público), que não poderia encontrar solução de continuidade.

Sob o ângulo do interesse público secundário, ao constatar que foram tolhidos dos administrados os direitos de perseguir e preservar a dignidade da pessoa humana, a saúde e o atendimento terapêutico necessário, não só daqueles 110 pacientes autistas, mas de todos os outros que não poderão ingressar na rede de atendimento, por conta da irresponsabilidade ética e profissional da clínica ré.

Não há, portanto, como negar a obrigação que pesa sobre a clínica ré de minimamente preservar a dignidade e a saúde dos pacientes que atendia, dando continuidade ao serviço público que necessita ser prestado até que se consiga realocar toda aquela população em outros serviços e unidades de saúde.

Daí porque deve a tutela cautelar já concedida ser convertida em uma obrigação de fazer, para, ao final, obrigar a clínica ré a dar continuidade ao atendimento terapêutico de todos aqueles 110 pacientes autistas, nos moldes previstos no Convênio SS nº 116/2013, como até então ocorria.

Como a escassez de serviços de saúde especializados, públicos e privados, e devidamente capacitados para o atendimento de pacientes autistas é fato notório e de conhecimento deste MM. Juízo, é imperioso que se preveja como condição inafastável à perpetuação do atendimento as seguintes obrigações:

- a) Que o remanejamento de qualquer paciente para outro serviço seja precedido da elaboração de relatório médico circunstanciado, em que se anote: (i) a condição clínica do paciente; (ii) a terapia e o atendimento dispensados no período; (iii) a evolução terapêutica; e (iv) as necessidades terapêuticas futuras;
- b) Que o remanejamento de qualquer paciente para outro serviço seja precedido, necessariamente, de uma prestação de contas individualizada, com apontamento dos dias, horários e conteúdo do atendimento terapêutico;

- c) Que o remanejamento de qualquer paciente seja precedido da disponibilidade de vaga em unidade terapêutica congênere, que possa disponibilizar atendimento de igual estatura às necessidades do paciente, sempre próxima de sua residência;
- d) Que haja aquiescência formal dos pais e responsáveis dos pacientes autistas, também em relação ao novo serviço e tratamento a ser dispensado.

VIII - DOS PEDIDOS

Em face do exposto, diante de todos os gravíssimos fatos aqui apontados, requer o ESTADO DE SÃO PAULO o que segue:

A prévia intimação do Ministério Público Estadual para tomar conhecimento da ação e nela ingressar como *custos legis*;

A citação da empresa ré para, querendo, contestar a presente ação no prazo legal, sob pena de arcar com os efeitos da revelia;

A produção de todas as provas em Direito admitidas, em especial a ouvida de testemunhas.

Seja julgada a presente ação integralmente procedente, condenando a empresa ré na seguinte obrigação de fazer:

- e) Que o remanejamento de qualquer paciente para outro serviço seja precedido da elaboração de relatório médico circunstanciado, em que se anote: (i) a condição clínica do paciente; (ii) a terapia e o atendimento dispensados no período; (iii) a evolução terapêutica; e (iv) as necessidades terapêuticas futuras;
- f) Que o remanejamento de qualquer paciente para outro serviço seja precedido, necessariamente, de uma prestação de contas individualizada, com apontamento dos dias, horários e conteúdo do atendimento terapêutico;
- g) Que o remanejamento de qualquer paciente seja precedido da disponibilidade de vaga em unidade terapêutica congênere, que possa disponibilizar atendimento de igual estatura às necessidades do paciente, sempre próxima de sua residência;
- h) Que haja aquiescência formal dos pais e responsáveis dos pacientes autistas, também em relação ao novo serviço e tratamento a ser dispensado.

Que o réu seja condenado a indenizar os danos morais coletivos que causou, em montante não inferior a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), valor esse que deverá ser destinado ao fundo reparador de que trata o artigo 13 da Lei nº 7.347/85.

Atribui-se à presente o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), para efeitos fiscais.

São Paulo, 04 de abril de 2014

MARCUS VINICIUS ARMANI ALVES

Procurador do Estado

OAB/SP nº 223.813

LUIZ DUARTE DE OLIVEIRA

Procurador do Estado

OAB/SP nº 88.631

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1013727-59.2014.8.26.0053**

Classe – Assunto: **Ação Civil Pública – Garantias Constitucionais**

Requerente: **Estado de São Paulo**

Requerido: **Centro Pró-Autista de Desenvolvimento Tecnológico de Políticas Sociais – CPA Social**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Alexandra Fuchs de Araujo**

Vistos.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Estado de São Paulo em face do Centro Pró-Autista de Desenvolvimento Tecnológico de Políticas Sociais – CPA Social, em razão de deferimento de liminar em ação cautelar nº 1008910-49.2014.8.26.0053, apensada a este feito.

A cautelar foi distribuída com objetivo de que o atendimento fornecido aos 110 autistas custeados pelo Convênio SES 116/2013, em razão de comunicação à Secretaria de Estado da Saúde e aos pais e responsáveis de que o atendimento oferecido seria interrompido a partir de 28.02.2014.

A liminar foi concedida, determinando-se a continuidade do atendimento oferecido pela ré (fls. 78-82 do apenso da cautelar).

Apresentada contestação (fls. 91-99 do apenso da cautelar), pugnando pela improcedência do pedido, sustentando a impertinência da Resolução SES 63/13.

Réplica apresentada às fls. 154-157 do apenso da cautelar. O Representante do Ministério Público concordou com a concessão da liminar (fls. 160-162 do apenso da cautelar).

Determinado o apensamento da cautelar para julgamento em conjunto (fl. 173 do apenso da cautelar).

No feito principal, por sua vez, esclarece que maneja a ACP para garantir a continuidade de atendimento e tratamento dos mais de cem pacientes atendidos pela ré, ou que viessem a sê-lo, bem como proteger os interesses da Administração Pública Estadual, mantendo-se o convênio como formulado, não podendo ser desfeito por vontade exclusiva da ré, bem como a condenação em ressarcimento dos danos, inclusive morais à coletividade.

A lide teve início com ajuizamento de ação cautelar perante este Juízo em que pretendia a FESP a determinação de continuidade do serviço prestado, pois

fora notificada pela ré, durante as tratativas para renovação de convênio, de que o atendimento aos autistas seria interrompido. A mesma notificação também fora enviada aos pais dos atendidos. A liminar naquela cautelar foi concedida, ensejando o ajuizamento desta Ação Civil Pública.

O Estado de São Paulo celebrou o primeiro convênio com a ré, em 18.03.2010, para apoiar a conveniada com recursos financeiros e materiais. Por conta de sucessivos aditivos e renovações, o ajuste acabou prorrogado até 2014. Atualmente vige o Convênio SES nº 116/2013, que prevê 110 vagas e o repasse de R\$ 1.290.300,00.

Todavia, na vigência do convênio, cujo aporte já tinha sido integralmente realizado, a ré decretou a interrupção dos seus serviços a partir de 28 de fevereiro de 2014, enquanto se dava o processo de renovação do convênio, desta vez fundada na Resolução SES 63/2013, que impõe às conveniadas o dever de demonstrar a existência de corpo técnico especializado. Em contrapartida, haveria elevação do aporte financeiro na relação paciente/mês.

A ré, em 19.12.2013, informou a intenção de aderir aos termos da Resolução SES 63/2013, ofertando as 110 vagas em acordo de celebração do credenciamento e convênio com a Secretaria de Estado da Saúde. Iniciadas as tratativas para verificação da capacidade técnica da postulante ao convênio, pendiam comprovantes de contratação de fisioterapeutas, enfermeiros e profissionais de nível médio. Em 18.02.2014, a ré comprometeu-se a completar a documentação faltante para concretizar seu credenciamento no dia seguinte.

Entretanto, no dia 20.02.2014, o CPA Social informou a SES que não tinha mais intenção de firmar ajuste com o Governo do Estado. No dia seguinte, comunicou a decisão a todos os pacientes, causando pânico entre as mães, pois informou que cessaria o serviço a partir do dia 28.

Justificou a recusa em firmar o convênio sob os argumentos de que a Resolução SES 63/13 permitia dois tipos de tratamento, enquanto pretendia o máximo de atendimentos em período integral; a incompatibilidade com o uso do CAPS; a exigência de contratação de profissionais de saúde, de tratamento ininterrupto, bem como de emissão de nota fiscal e a insuficiência da remuneração oferecida.

Entende a Autora que tal conduta fez da Administração Estadual refém, já que não é possível alocar, do dia para a noite, 110 pacientes autistas, bem como o prejuízo aos pacientes que ainda não entraram na rede, pois reduzida mais de uma centena de vagas.

Assim, não restou alternativa à FESP, exceto ajuizar a presente demanda.

Desse modo, pede que o remanejamento de qualquer paciente seja precedido de: i) elaboração de relatório médico circunstanciado, constando a condição clínica do paciente, a terapia e atendimento dispensados no período, a evolução terapêutica e as necessidades futuras; ii) prestação individualizada de contas, apontado dias, horários e conteúdo do atendimento terapêutico; iii) o remanejamento seja precedido de vaga em unidade terapêutica congênere, que possa disponibilizar atendimento de igual estatura às necessidades do paciente; e iv) que haja aquiescência formal dos pais ou responsáveis pelos pacientes autistas em relação ao novo serviço e tratamento a ser dispensado.

Além disso, pede a condenação do réu em indenização por danos morais coletivos em montante não inferior a R\$ 200.000,00, destinado ao fundo reparador previsto no art. 13, da Lei nº 7.347/85.

Remetidos ao MP, o representante do Parquet requereu a citação do réu (fl. 87).

Citado, o réu apresentou resposta em forma de contestação (fls. 93-103) e reconvenção (fls. 333-336). Em primeiro lugar, aduz concordar com a continuidade do convênio nos moldes do firmado em 2013. Sustenta que a Resolução 63/2013 traz inovações totalmente desarticuladas com a realidade e com imposições inadequadas ao tratamento de portadores de TEA (Transtorno de Espectro Autista). Esclarece que, fundada em 2000, vem prestando atendimento a esses pacientes de forma ininterrupta, com resultados excelentes, pois trouxe ao Brasil nova metodologia de atendimento, conhecida por TED, que vem aprimorando e contribuindo para a evolução acadêmica e técnica, com a Universidade Francesa INSERM. Junta documentos para comprovar a excelência do serviço fornecido.

Argumenta a ré que a comunicação em 20.02.2014 foi no sentido de suspender o atendimento pelas pretendidas e abusivas cláusulas e condições impostas arbitrariamente pela Secretaria, mas mantido o regular atendimento, exceto nos dias 5, 6 e 7 de março, pós-carnaval, como anteriormente previsto em calendário da entidade.

Ademais, a Resolução SES 63/2013 impinge obrigações não passíveis de cumprimento e por não estar adequada ao atendimento dos portadores de TEA e contrariar os princípios da sentença judicial transitada em julgado, que criou as regras para o atendimento dos autistas. A fim de exemplificar a inadequação da normativa estatal, sustenta a inadequação da submissão dos pacientes ao CAPS, pois afastados pela sentença transitada em julgado.

Insurge-se também quanto ao pedido de indenização por danos morais, alegando ilegitimidade ativa, já que a FESP não representa os pais ou responsáveis pelos autistas e, no mérito, por não ter havido nenhum dano moral, nem ao Autor, nem aos pacientes, pois a ré agiu para defender os autistas da arrogante e impositiva Resolução SES 63/2013.

Postula, assim, a improcedência do pedido.

Por seu turno, em reconvenção, pretende a indenização por danos morais causados pela Secretaria de Estado da Saúde, pois teria sido a moral da instituição ofendida, ao serem os seus representantes acusados de visarem somente a lucros, atenderem e protegerem elite e terem suas contas caracterizadas como mentirosas. Aduz que tais ofensas não se restringiram aos dirigentes, mas foram propagadas aos pais como forma de alerta, narrando inclusive episódio em que dirigente da reconvincente foi expulsa de evento por representante da Autora sob o argumento de não ser instituição séria. Pede, desse modo, o recebimento de R\$ 200.000,00 a título de indenização.

Recebida a reconvenção e intimada, a FESP apresentou resposta em forma de contestação (fls. 344-372), suscitando, em preliminar, o não cabimento de reconvenção em ação civil pública, em razão de expressa vedação legal; a inépcia da inicial, já que alude não ser capaz de identificar conduta lesiva a partir do descrito na peça reconvincente; e o não recolhimento das custas. No mérito, reitera os termos da inicial e pede a extinção sem resolução de mérito ou a improcedência da reconvenção.

Apresentada réplica (fls. 375-378) à contestação pela FESP, reiterando os termos da inicial e refazendo apanhado histórico dos fatos discutidos nos autos.

O CPA, por seu turno, apresentou réplica à contestação apresentada como resposta à reconvenção (fls. 381-386). Sustentou a possibilidade de ajuizamento de reconvenção em ACP. No mérito, rebate os argumentos já lançados na inicial e reiterados na contestação à reconvenção pela FESP. Não recolheu as custas devidas, contudo.

A Representante do Ministério Público manifestou-se pela designação de audiência de tentativa de conciliação (fls. 393-396).

Designada a audiência (fl. 397).

Catarina Silva Ribeiro e Claudia Maria da Silva Bezerra requereram a admissão como assistentes da Autora (fls. 404-406), enquanto Enzo Ruberti Martins o fez às fls. 412-413.

Realizada a audiência (fls. 421-422), compareceram as partes, acompanhadas de seus representantes, bem como o membro do Ministério Público. A tentativa de conciliação restou infrutífera, ficando estabelecido que o convênio seria desfeito e os pacientes transferidos. Determinado que a FESP deverá transferir as crianças para entidade com o mesmo método de atendimento (TED e RAMAIN) e com protocolo devidamente estabelecido pela FESP, bem como que o CPA forneça os prontuários médicos, sob pena de mora do réu.

Determinado ainda que a FESP apresentasse plano de transferência em 10 dias, com relatório de procedimento administrativo.

A Autora interpôs agravo retido contra a decisão que determinou a adoção do mesmo método, arrazoadado e contrarrazoadado em audiência.

A FESP postulou pelo indeferimento do pedido de assistência (fls. 424-425).

Às fls. 426-432, a FESP requereu a reconsideração de decisão que condicionou a transferência a local com mesmo método. Informou que o TED e o RAMAIN são utilizados no Brasil apenas pelo CPA, questionou a eficácia do método e informou que pacientes egressos da ré e atendidos no CAISM obtiveram significativa melhora. Pede, assim, a reconsideração da decisão.

Às fls. 1089-1090, o CPA reclama do tratamento diferenciado dado a outras instituições.

O representante do Ministério Público opinou pela reconsideração da exigência de aplicação do TED ou pelo acolhimento do agravo interposto (fls. 1098-1099).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Afasto as preliminares suscitadas pelo Estado em sede de contestação à reconvenção.

De fato, o art. 315, em seu parágrafo único, do Código de Processo Civil, veda a possibilidade de reconvenção nos casos em que o Autor atuar como substituto processual ou legitimado extraordinário.

Todavia, não é esse o caso. Nesta ação civil pública, o Estado de São Paulo age em nome da coletividade, verdade, mas também em nome próprio, buscando a fiscalização da atuação de particular conveniado e zelando pela correta utilização de seus recursos, como se pode inferir dos pedidos principais do feito. O requerimento de indenização por danos morais coletivos não é capaz de alterar o fato de que a FESP atua em nome próprio.

Assim, não recai nesta ação a proibição da reconvenção, constante do artigo supracitado do diploma processual civil, cabendo-se a análise de mérito da medida adotada pelo réu.

Igualmente, não há inépcia da inicial. A exordial da reconvenção é bastante clara quando pretende a condenação do Estado de São Paulo em indenização por

danos morais pelos fatos que culminaram com o desfazimento do convênio. Tanto assim que a FESP não teve qualquer dificuldade de contestar a reconvenção em seu mérito, já que compreendeu o que pretendia o reconvinte e o pedido decorre logicamente dos fatos narrados.

Quanto aos pedidos de assistência simples formulados às fls. 412-413 por Enzo Ruberti Martins, por sua mãe representado no feito e às fls. 404-406 por Catarina Silva Ribeiro e Claudia Maria da Silva Bezerra, de rigor seu indeferimento.

Apesar de sustentarem interesse jurídico no deslinde do feito, já que são atendidos pelo Centro Pró-Autista, postulando, desse modo, a continuidade do serviço e se posicionam contra o pedido de indenização por danos morais coletivos do Autor.

Assim, os pretensos assistentes do Autor claramente têm conflito de interesses com a FESP, inclusive quando já descartariam, de princípio, a condenação em danos morais pretendida.

Não é logicamente concebível que a primeira manifestação de quem pretende ser assistente em um processo é se insurgir contra um dos pedidos do assistido.

Sendo assim, por não haver interesse de que a sentença seja favorável ao Autor, indefiro o pedido de assistência.

Passo, então, a decidir o mérito.

Primeiramente, observo que situações como essa apenas se apresentam porque o Estado se recusa a priorizar a implantação de uma política pública de atendimento aos autistas.

Pretende a ré, em sua contestação, garantir uma modalidade de contrato de convênio, superada por uma nova opção administrativa. Sua discordância é fundamentada no argumento de que a Resolução SES 63/2013 traz inovações totalmente desarticuladas com a realidade e com imposições inadequadas ao tratamento de portadores de TEA (Transtorno de Espectro Autista) e que em 2000 trouxe ao Brasil nova metodologia de atendimento, conhecida por TED, que vem aprimorando e contribuindo para a evolução acadêmica e técnica, com a Universidade Francesa INSERM.

Contudo, apesar de o Centro Pró-Autista utilizar método específico de atendimento, isso não significa que o método adotado pelo Estado na Resolução SES 63/2013 também não seja adequado.

A sentença proferida nos autos da ação principal não possui a subjetividade pretendida pelo Centro. Transcrevo o dispositivo:

“ANTE O EXPOSTO e o mais que consta dos autos, JULGO

PROCEDENTE a ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a Fazenda Pública do Estado de São Paulo, com fundamento no artigo 269, inciso I, do código de Processo Civil, para CONDENÁ-LA, até que, se o quiser, providencie unidades especializadas próprias e gratuitas, nunca as existentes para o tratamento de doentes mentais «comuns», para o tratamento de saúde, educacional e assistencial aos autistas, em regime integral ou parcial especializado para todos os residentes no Estado de São Paulo, a: I - arcar com as custas integrais do tratamento (internação especializada em regime integral ou não), da assistência, da educação e da saúde específicos, ou seja, custear tratamento especializado em entidade adequada não estatal para o cuidado e assistência aos autistas residentes no Estado de São Paulo; II - por requerimento dos representantes legais ou responsáveis, acompanhado Estado da Saúde e protocolado na sede da Secretaria de Estado da Saúde ou encaminhado por carta com aviso de recebimento, terá o Estado o prazo de trinta (30) dias, a partir da data do protocolo ou do recebimento da carta registrada, conforme o caso, para providenciar, às suas expensas, instituição adequada para o tratamento do autista requerente; III - a instituição indicada ao autista solicitante pelo Estado deverá ser a mais próxima possível de sua residência e de seus familiares, sendo que, porém, no corpo do requerimento poderá constar a instituição de preferência dos responsáveis ou representantes dos autistas, cabendo ao Estado fundamentar inviabilidade da indicação, se for o caso, e eleger outra entidade adequada; IV - o regime de tratamento e atenção em período integral ou parcial, sempre especializado, deverá ser especificado por prescrição médica no próprio atestado médico antes mencionado, devendo o Estado providenciar entidade com tais características; V - após o Estado providenciar a indicação da instituição, deverá notificar o responsável pelo autista, fornecendo os dados necessários para o início do tratamento. Para a hipótese de descumprimento das obrigações de fazer dos itens I a V, fixo a multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), destinada ao Fundo Estadual de Interesses Metaindividuais Lesados (artigo 13 da Lei Federal nº 7347/85), tendo a ré o prazo máximo de 30 (trinta dias), a contar da intimação da presente decisão, para disponibilizar, de forma permanente, tal atendimento aos portadores de autismo. Não há custas e despesas processuais a recolher e incabíveis honorários advocatícios. Estando sujeita a sentença ao reexame necessário, decorrido o prazo para processamento de eventual recurso voluntário das partes, subam os autos à E. Segunda Instância com as anotações de estilo. Expeça-se, com urgência, mandado para intimação da Fazenda pública. **P.R.I.**”.

Na sentença transitada em julgado, em nenhum momento se afastou a possibilidade de atendimento pelo CAPS, em rede. A sentença apenas estipulou que, enquanto o Estado não fornecer atendimento adequado, em locais voltados ao atendimento de autismo, caberá o custeio privado.

Ainda, é de se considerar que, desde o trânsito em julgado da sentença, o cenário nacional se alterou.

Quando ajuizada a Ação Civil Pública, não havia qualquer espécie normativa, no Estado ou na União, que estabelecesse política pública para o atendimento médico, educacional e assistencial das pessoas com autismo.

O cenário, contudo, começou a mudar ainda em 2001, com a aprovação da Lei nº 10.216/01, conhecida por Reforma Psiquiátrica, que mudou o paradigma das intervenções médicas nos casos de doenças psiquiátricas, abolindo-se o modelo manicomial e asilar. Estabeleceu-se que as internações deveriam ser apenas durante os casos de surto e quando houvesse risco à vida do paciente, além de serem em hospital geral, a fim de contornar o estigma de ter sido internado em manicômio. Aliado a essa reforma, foram criados os CAPS (Centros de Atendimento Psicossociais), cuja ideia é a adoção de prática ambulatorial.

Todavia, as inovações não foram suficientes, seja porque os autistas são pessoas com deficiência e não doentes mentais, seja porque demandam atenção específica em razão da condição que apresentam.

Fato é que a decisão de 2006 determinou o atendimento em unidades exclusivas e especializadas próprias e gratuitas, fornecidas pelo Estado, que poderia custear o tratamento em estabelecimentos privados até que finalizados os locais públicos.

Não foi o que se viu. O Estado de São Paulo hoje conta apenas com dois locais integralmente públicos para atendimento aos autistas (CREAPP e CAISM) e custeia todo o atendimento por meio de convênio ou credenciamento de entidades particulares.

A lacuna legislativa, contudo, só acabou suprida em 2013, com a aprovação da Lei Berenice Piana (Lei Federal nº 12.764/13), que estabeleceu os direitos da pessoa com autismo e classificou o autista como pessoa com deficiência. Além disso, estabeleceu os parâmetros da política pública de atendimento dos autistas criando política nacional, nos termos do art. 2º da lei:

Art. 2º São diretrizes da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista:

- I. a **intersetorialidade** no desenvolvimento das ações e das políticas e no atendimento à pessoa com transtorno do espectro autista;
- II. a participação da comunidade na formulação de políticas públicas voltadas para as pessoas com transtorno do espectro autista e o controle social da sua implantação, acompanhamento e avaliação;

- III. a atenção integral às necessidades de saúde da pessoa com transtorno do espectro autista, objetivando o diagnóstico precoce, o atendimento multiprofissional e o acesso a medicamentos e nutrientes;
- IV. (VETADO);
- V. o estímulo à inserção da pessoa com transtorno do espectro autista no mercado de trabalho, observadas as peculiaridades da deficiência e as disposições da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
- VI. a responsabilidade do poder público quanto à informação pública relativa ao transtorno e suas implicações;
- VII. o incentivo à formação e à capacitação de profissionais especializados no atendimento à pessoa com transtorno do espectro autista, bem como a pais e responsáveis;
- VIII. o estímulo à pesquisa científica, com prioridade para estudos epidemiológicos tendentes a dimensionar a magnitude e as características do problema relativo ao transtorno do espectro autista no País.

Parágrafo único. Para cumprimento das diretrizes de que trata este artigo, o poder público poderá firmar contrato de direito público ou convênio com pessoas jurídicas de direito privado.

A Lei, que apesar de inovadora ainda era insuficiente, acabou regulamentada pelo Decreto 8.368/14, da Presidência da República, dando um desenho mais completo da política pública idealizada pelos Poderes Legislativo e Executivo, com legitimidade democrática para tanto:

Art. 2º É garantido à pessoa com transtorno do espectro autista o direito à saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, respeitadas as suas especificidades.

§ 1º Ao Ministério da Saúde compete:

I - promover a qualificação e a articulação das ações e dos serviços da Rede de Atenção à Saúde para assistência à saúde adequada das pessoas com transtorno do espectro autista, para garantir:

- a) o cuidado integral no âmbito da atenção básica, especializada e hospitalar;
- b) a ampliação e o fortalecimento da oferta de serviços de cuidados em saúde bucal das pessoas com espectro autista na atenção básica, especializada e hospitalar; e
- c) a qualificação e o fortalecimento da rede de atenção psicossocial e da rede de cuidados de saúde da pessoa com deficiência no atendimento das pessoas com o transtorno do espectro autista, que envolva diagnóstico di-

ferencial, estimulação precoce, habilitação, reabilitação e outros procedimentos definidos pelo projeto terapêutico singular;

II - garantir a disponibilidade de medicamentos incorporados ao SUS necessários ao tratamento de pessoas com transtorno do espectro autista;

III - apoiar e promover processos de educação permanente e de qualificação técnica dos profissionais da Rede de Atenção à Saúde quanto ao atendimento das pessoas com o transtorno do espectro autista;

IV - apoiar pesquisas que visem ao aprimoramento da atenção à saúde e à melhoria da qualidade de vida das pessoas com transtorno do espectro autista; e

V - adotar diretrizes clínicas e terapêuticas com orientações referentes ao cuidado à saúde das pessoas com transtorno do espectro autista, observando suas especificidades de acessibilidade, de comunicação e de atendimento.

§ 2º A atenção à saúde à pessoa com transtorno do espectro autista tomará como base a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – CIF e a Classificação Internacional de Doenças – CID-10.

Desse modo, hoje existe uma política nacional de atendimento aos autistas, na qual se propõe o atendimento intersetorial, em rede, com participação do Estado e dos Municípios. Está claro que, apesar de o Estado ser réu nesta ação, sua condenação não suprime a obrigação constitucional e legal dos Municípios de também tratar os autistas, de acordo com a repartição legal de atribuições no Sistema Único de Saúde.

Assim, o CAPS é a porta legal pela qual o autista deve ingressar no Sistema Único de Saúde, já que nem todo quadro de autismo pode ser considerado de alta complexidade, a justificar desde já o atendimento pelo Estado. Se os CAPS ainda não são estruturados da melhor forma para atender o autista é outra questão: cabe ao Poder Público, seja Estado ou Municípios, fiscalizar as unidades de atendimento e cobrar a necessária eficiência, sob pena de responsabilização dos agentes políticos por omissão.

O atendimento pelos CAPs não dispensa outras espécies de intervenção pública, quando necessário. Assim, justifica-se o aparelhamento do Estado, seja por conveniadas, seja por unidades próprias para o atendimento dos autistas, e nesse contexto têm sido publicadas, anualmente, as propostas de convênio, com um crescente número de vagas ofertadas.

Se a ré não pretende mais contratar com o Estado, tem toda a liberdade de não o fazer. Existem outras conveniadas, assim como autistas que podem pagar o próprio tratamento e que almejam um atendimento diferenciado, superior à

média. O atendimento oferecido pelo Estado tem se demonstrado, conforme as inspeções judiciais realizadas nos autos principais, suficientemente adequado.

Contudo, quando uma instituição privada, espontaneamente, opta por aderir ao convênio e assumir o *múnus público*, assume a responsabilidade, inerente de quem se propõe a prestar um serviço essencial, de garantir a continuidade do serviço prestado; e no caso do autismo, por sua natureza intersetorial, serviço de saúde e educação, não tem a liberdade de romper o convênio a qualquer momento, do dia para a noite, sem respeitar todos os usuários do sistema.

Conforme o Decreto 6.170, de 25/7/2007, na esfera federal se define convênio como sendo:

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - convênio – acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;

Assim, nota-se que o acordo de vontades encontrado nos convênios é marcado pela cooperação ou mútua colaboração, o que faz presumir o interesse comum e a igualdade das partes no momento da cooperação.

Apenas adere a um convênio quem tem interesse em prestar o serviço público, participar da elaboração e execução de uma política pública, e, sendo assim, o lucro não pode ser visto como o primeiro objetivo da conveniada, que deveria ter outras fontes de renda além do Estado e não depender apenas de recursos públicos.

O ponto central do contrato do convênio, ao contrário do que ocorre com o contrato administrativo, não é a remuneração, mas sim a prestação do serviço de interesse social. O que move as partes, portanto, não é o interesse econômico, mas sim o interesse público.

O convênio administrativo ainda não possui legislação específica, mas como são pactos nos quais as partes manifestam suas vontades e expressam seus direitos e obrigações, o contrato serve de *lex inter partes*, com uma ou outra especificidade de direito público (JUSTEN FILHO. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 2014, Marçal, p. 362). Sendo assim, incidem os princípios típicos do

contrato de direito privado, com destaque para o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da função social do contrato.

Pelo princípio da boa-fé contratual, o contrato implica o compromisso, primordialmente, de fidelidade e cooperação nas relações contratuais. Paulo Brasil Dill Soares define a boa-fé objetiva de forma precisa:

“Boa-fé objetiva é um ‘standard’, um parâmetro genérico de conduta. Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação ‘refletida’, pensando no outro, no parceiro atual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização de interesses das partes.” (in: SOARES, Paulo Brasil Dill. *Princípios Básicos de Defesa do Consumidor: Institutos de Proteção ao Hipossuficiente*. Leme/SP: LED, 2001. p. 219-220).

É essencial a compreensão de que, hoje, o Código Civil abriga, além do princípio da boa-fé objetiva, o princípio da função social do contrato:

O princípio da função social determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevalecentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico. A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista do direito, como já vimos, pela tutela explícita da ordem econômica e social na Constituição. [...] O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é o instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social. Não basta a justiça comutativa que o liberalismo jurídico entendia como exclusivamente aplicável ao contrato [5]. Enquanto houver ordem econômica e social, haverá Estado social; enquanto houver Estado social, haverá função social do contrato. (in: <http://jus.com.br/artigos/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-nonovo-codigo-civil#ixzz3TT6klu6o>).

Em nenhum momento, esse princípio é mais verdadeiro do que na execução do contrato de convênio para a prestação de serviço público vinculado a uma política pública.

Ao que tudo indica, o Centro Pró-Autista não compreendeu as limitações decorrentes do contrato de convênio, e busca, por meio de pressão exercida sobre o Estado, garantir o reequilíbrio econômico-financeiro, como se estivesse executando um contrato administrativo.

Ora, ao aderir a um contrato de convênio para prestar serviço essencial de saúde, firmou com o poder público um compromisso que vai muito além do

aspecto financeiro. Aderiu a um compromisso ético de atender os autistas que recebeu. Não é um compromisso eterno, mas ao querer romper esse compromisso, deveria fazê-lo motivada pela boa-fé e dentro das diretrizes intrínsecas ao princípio da função social do contrato, observando a continuidade do serviço público e a peculiaridade do público atendido, que não lida bem com mudanças de rotina.

Assim, em vez de instigar o pânico, deveria orientar os pais dos autistas para a melhor instituição possível em substituição, colaborar com o poder público para uma transição mais tranquila possível dos autistas que atende para outras conveniadas, zelando pela manutenção de seu bem-estar.

Não o fazendo, feriu a moral pública coletiva e demonstrou que não tem maturidade institucional para assumir o encargo que assumiu notadamente de cooperação e colaboração com a esfera pública, além de evidenciar-se a utilização de pessoas e situação de fragilidade emocional para negociar com o Estado numa posição de superioridade.

Daí, razoável o pedido de dano moral social, diante da demonstração de falta de espírito de equipe, da falta de interesse na preservação da ordem e da garantia à continuidade do atendimento, da inobservância do princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Os danos sociais, nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo (*apud* TARTUCE, 2009)¹, são aqueles que causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade e que decorrem de conduta socialmente reprováveis. Tal tipo de dano dá-se quando as empresas praticam atos negativamente exemplares, ou seja, condutas corriqueiras que causam mal-estar social. Envolvem interesses difusos e as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis (correspondem ao art. 81, parágrafo único, inciso I do CDC).

Nesse caso, quando o juiz percebe condutas socialmente reprováveis, fixa a verba compensatória e aquela de caráter punitiva a título de dano social. Essa indenização derivada do dano social não é para a vítima, sendo destinada a um fundo de proteção consumerista (art. 100 do CDC), ambiental ou trabalhista, por exemplo, ou até mesmo instituição de caridade, a critério do juiz (art. 883, parágrafo único, do CC). Enfim, é a aplicação da função social da responsabilidade civil (é cláusula geral; norma de ordem pública).

Alguns casos práticos podem ser citados. Um deles é a decisão do TRT-2ª Região (processo 2007-2288), que condenou o Sindicato dos Metroviários de

1 TARTUCE, Flávio. Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance. Curso a distância proferido pela rede FMB, em 28 jul. 2009.

São Paulo e a Cia. do Metrô a pagarem 450 cestas básicas a entidades beneficentes por greve abusiva.²

A indenização por danos sociais tem caráter punitivo: diante da prática de condutas socialmente reprováveis, o juiz deverá condenar o agente a pagar uma indenização de caráter punitivo, dissuasório ou didático, a título de dano social, que fixo em R\$ 200.000,00 (duzentos mil), a serem destinados ao pagamento de outras instituições que atendam aos autistas, e que só terá sentido caso não possa mais receber valores do poder público, em razão do caráter punitivo dos danos, e sem o que a eficácia do título judicial será subtraída.

O valor arbitrado apenas terá sentido se, durante determinado lapso de tempo, o Centro Pró-autista não puder receber valores do Estado; caso contrário, o custo da indenização seria repassado para o próprio Estado, já que os recursos do Centro vêm principalmente do Estado. Assim, enquanto o Centro não comprovar, neste processo, que recebe recursos suficientes de outras fontes sem onerar o Estado, e que poderá pagar a indenização fixada sem repassar o valor do dano fixado para os pacientes custeados pelo Estado, não poderá receber nenhum valor do Poder Público estadual, sob pendência de improbidade dos envolvidos.

Isso porque não é condizente com a moral administrativa e com a penalidade aplicada que uma instituição condenada pelo pagamento de dano moral contra o Estado receba valores deste próprio Estado, e que pague o dano com os valores assim recebidos.

Afasta-se aqui também o argumento de ilegitimidade ativa da FESP, já que não representa os pais ou responsáveis pelos autistas, e sim o Poder Público estadual, porém a atitude do Centro Pró-Autista configura, sim, um dano moral coletivo.

Quanto à reconvenção proposta, por todos os argumentos acima, é evidentemente improcedente.

No que pertine ao Agravo interposto, reconsidero a decisão agravada. Não existe direito adquirido a um determinado tipo de tratamento ou a não fixação de uma política pública por parte do Estado.

Apesar da contínua omissão do Poder Público em relação ao autismo, recentemente, essa política tem se desenvolvido de forma bastante lenta. A escolha

2 Pereira, Ricardo Diego Nunes. Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11307>.

de uma política pública é prerrogativa do Poder Executivo, e a Resolução SES 63/2013, apoiada na nova legislação nacional e estadual, caminha nessa direção.

A sentença estabeleceu a obrigação do custeio privado do tratamento do autismo enquanto não houvesse uma política pública eficiente implementada. Mas na medida em que essa política pública é implementada, o custeio privado tem de ser reduzido e direcionado, a fim de que seja convergente com essa política pública.

Hoje, de fato, não se pode falar que existe uma política pública eficiente em relação ao atendimento dos autistas. Os CAPS apresentam problemas graves. Nem todos os Municípios têm atendimentos. A rede conveniada não é suficiente.

Porém, como já existem parâmetros legais da política pública proposta pelo Estado, o custeio privado, quando ocorre, tem de respeitar os parâmetros legais dessa política.

Como o Centro Pró-Autista trabalha com metodologia própria e exclusiva, não validada em nível nacional ou estadual, e não utilizada por mais ninguém no Estado, esse não é argumento suficiente para a manutenção do atendimento com o custeio privado.

Desse modo, reformo em parte a decisão agravada. O Estado terá o prazo de 60 dias para providenciar a transferência dos autistas para outras conveniadas, e que respeitem a Resolução SES 63/2013, devendo no prazo de 10 dias o Centro Pró-Autista fornecer os prontuários individuais para que seja continuado o acompanhamento individual de cada autista pela nova conveniada.

No mais, julgo a ação procedente e condeno o Centro Pró-Autista ao pagamento de danos morais ao Estado, no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), que, enquanto não quitados, serão um impedimento para o réu receber valores do Poder Público decorrentes do atendimento de autistas, seja nesta ação ou em ações individuais eventualmente ajuizadas, determinando-se que a ré colabore com o remanejamento dos pacientes, providenciando os documentos necessários, em especial a elaboração de relatório médico circunstanciado, constando a condição clínica do paciente, a terapia e atendimento dispensados no período, a evolução terapêutica e as necessidades futuras; que a ré providencie a prestação individualizada de contas, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária que fixo desde já em R\$ 1.000,00 (um mil reais) apontando dias, horários e conteúdo do atendimento terapêutico realizado com o recebimento de verbas públicas, seja em razão do convênio, seja em razão de sentença judicial. Afinal, todo aquele que recebe verbas públicas tem o dever de prestar contas.

Em consequência, julgo improcedente a reconvenção. Condeno a ré ao pagamento de custas e honorários na ação principal, que fixo em 10% do valor da

causa, e, na reconvenção, condeno o autor reconvinado ao pagamento de custas e honorários, fixados em 10% do valor da causa.

Por fim, julgo a ação cautelar nº 1008910-49.2014.8.26.0053 procedente, e condeno a ré ao pagamento de custas e honorários na ação principal, que fixo em 10% do valor da causa.

Ausente comprovação de recolhimento de custas pela ré quando ajuizou reconvenção, bem como pedido de justiça gratuita, o conhecimento de eventual recurso de apelação dependerá do correto recolhimento e comprovação nos autos das custas iniciais.

Abra-se vista dos autos para o Ministério Público de Patrimônio Público para apurar eventuais irregularidades.

P.R.I.

São Paulo, 09 de março de 2015.

ALEXANDRA FUCHS DE ARAUJO