

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

ANTÔNIO JOAQUIM FERNANDES NETO
Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

PROCESSO: 1.0027.05.058981-4/002

COMARCA: Betim

EMBARGANTE: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

EMBARGADO: Viação Santa Edwiges Ltda.

Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator:

Egrégia Câmara:

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, pelo Procurador de Justiça que esta subscreve, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, nos autos da Apelação Cível n. 1.0027.05.058981-4/002, para opor Embargos de Declaração, com fundamento no art. 535, incisos I e II, do Código de Processo Civil, com base nos fatos que passa a expor.

1. O acórdão foi publicado no dia 08.02.2009 (fls. 368), e a intimação pessoal do Ministério Público, na forma do art. 236, § 2º, do CPC, foi concretizada em 13.02.2009 (fls. 369). O prazo recursal, aqui contado em dobro por força do artigo 188 CPC, encontra-se em pleno andamento.

Presente, portanto, o pressuposto de admissibilidade.

Fatos do Caso

2.1 Durante anos, por força da Constituição Federal, os idosos de Betim e região contaram com transporte gratuito nos ônibus. Em 2005, com a vigência da Lei n. 10.741, de 2003, Estatuto do Idoso, a Empresa Santa Edwiges, concessionária do serviço de transporte coletivo naquele Município, passou a recusar o transporte gratuito dos maiores de 65 anos na linha 1140-A sob o argumento de que estaria dispensada de fazê-lo, com base na exceção legal prevista no art. 39, *caput*, da mencionada lei.

Inconformados, os idosos buscaram apoio na Promotoria de Justiça e protocolaram representação contra a empresa, fato que deu origem ao inquérito civil que instrui a presente ação. Apurou-se que um dos serviços mais utilizados pelos idosos era o transporte de Betim para Belo Horizonte nos ônibus da linha 1140-A, mais conhecida pela população local como “o ônibus verde”. A concessionária também opera outra linha com o mesmo itinerário, denominada 1140-B, cujos veículos caracterizam-se por serem de qualidade inferior ao dos “ônibus verde”. Durante anos os idosos podiam ir e vir, gratuitamente, entre Betim e Belo Horizonte, em qualquer dos ônibus, sem discriminação.

Contudo, a vigência do Estatuto do Idoso foi o pretexto para o retrocesso: a empresa, em suposta interpretação do art. 39, passou a dizer que a linha 1140-A estaria enquadrada na categoria de “seletivos ou especiais”, e, por tal motivo, passou a barrar os sexagenários que viajavam gratuitamente.

Durante audiência realizada na Promotoria de Justiça de Betim ficou claro que a decisão de interromper o transporte gratuito dos idosos na linha 1140-A foi exclusiva da empresa, sem respaldo dos poderes concedentes. A representante do Conselho Municipal de Saúde, Terezinha dos Santos, relatou a violência praticada contra os idosos para retirar-lhes o transporte de que usufruíram durante anos, sem contestação:

É conselheira de saúde e é testemunha dos maus tratos de idosos dentro dos ônibus da Viação Santa Edwiges, inclusive presenciando a retirada deles de dentro dos ônibus da linha 1140-A, que se preocupa muito com o impasse, pois representa 360 idosos da Colônia Santa Izabel, todos com seqüelas de Hanseníase, os quais necessitam de tratamento específico em Belo Horizonte e que estão sofrendo graves prejuízos com a recente mudança. (fls. 99)

É importante observar que nenhum argumento de ordem econômica foi apresentado pela Viação Santa Edwiges durante o inquérito civil. Tampouco consta que o DER tenha alterado a planilha e, em consequência, as tarifas dos ônibus, após a vigência do Estatuto do Idoso. Se o transporte gratuito foi fornecido durante anos, nos “ônibus verde”, é certo que seu impacto se encontra incluído nas planilhas de custo e refletido na tarifa. Senão, a concessionária teria reclamado a correspondente adequação, visando ao equilíbrio econômico-financeiro.

Em outras palavras, não há notícia de que a tarifa dos “ônibus verde” tenha sofrido redução em decorrência da vigência do Estatuto do Idoso.

2.2 A r. sentença julgou improcedente o pedido visando à manutenção da gratuidade do transporte aos maiores de 65 anos nos ônibus da Linha 1140-A sob o fundamento de que “[...] o art. 39 do Estatuto do Idoso não restringe o direito previsto no art. 230, § 2º, da CF/88, sendo que apenas o especifica”. Julgou que a gratuidade, no caso, agride o princípio da isonomia, “[...] criando discriminação em desfavor da concessionária e do setor em que atua, além de afrontar o direito de propriedade

(art. 5º, *caput* e inc. XXII, e art. 170, inc. II, ambos da CF/88), também desrespeitaria o princípio da livre iniciativa econômica” (fls. 243).

Descontente com esse resultado, apelou o Ministério Público para insistir na procedência do pedido sob o fundamento de que os idosos gozaram, durante anos, da gratuidade de transporte na Linha 1140-A, sendo inadmissível interpretar o Estatuto do Idoso de forma a promover retrocesso em relação a direitos fundamentais. Refutou, também, a alegação de que o acolhimento do pedido implicaria rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A Viação Santa Edwiges, antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso, sempre transportou gratuitamente os maiores de 65 anos na linha 1140-A, e tal situação de forma alguma lhe causou um caos financeiro capaz de afetar economicamente a empresa, já que esta continua funcionando e operando o trajeto Betim/Belo Horizonte. (fls. 270)

Invocou também a função social da propriedade (CF/88, art. 170, II e III) e insistiu na inconstitucionalidade da interpretação dada ao art. 39 do Estatuto do Idoso pela Viação Santa Edwiges.

Por fim, o v. Acórdão embargado negou provimento ao apelo do Ministério Público julgando não ser abusiva a conduta da empresa, “[...] sob pena de onerar excessivamente o concessionário” (fls. 353).

Reserva de Plenário

3. Com o devido respeito, nota-se que a turma julgadora cometeu grave omissão no momento em que, ao admitir que a matéria implica controle difuso de constitucionalidade, deixou de remeter o feito ao órgão especial do TJMG. Trata-se de omissão que implica violação do disposto no art. 97 da Constituição Federal e no artigo 481 do CPC. Há inclusive, nesse sentido, a Súmula Vinculante n. 10, do Supremo Tribunal Federal:

“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”. (Súmula Vinculante nº 10).

A leitura do Acórdão mostra que o julgamento começou exatamente com a discussão de matéria preliminar, na qual ficou assentado que o julgamento implica controle difuso de constitucionalidade. Assim, naquele momento, a 5ª Câmara e a turma julgadora respectiva tornaram-se incompetentes para a matéria que tem o órgão especial do TJMG como juiz natural.

Tal circunstância fica mais evidente quando, no exame do mérito, a constitucionalidade do art. 39 do Estatuto do Idoso foi apreciada, de forma expressa, nos votos do relator e do revisor.

A exceção estabelecida em relação aos serviços seletivos e especiais disposta no art. 39 do Estatuto do Idoso não gerou aos usuários maiores de 65 restrição nenhuma, visto que condicionada à existência de prestação de serviço de transporte regulamentar coexistente, suprindo-se a finalidade primeira do comando constitucional. (fls. 364)

Não vislumbro afronta ao Texto Constitucional pelo disposto na parte final do art. 39 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03). [...] Não há que se falar, portanto, em afronta ao Texto Constitucional se a ressalva feita pela Lei Ordinária apenas delimita as garantias por ela agregadas àquelas constitucionalmente previstas. (fls. 366)

Assim, acolhida a discussão sobre inconstitucionalidade de lei federal, os autos deveriam ter sido remetidos ao órgão especial, único competente para apreciar a matéria.

Suporte Fático

4. Os fatos são incontroversos. Desde a petição inicial ficou bem definido que os idosos gozaram da gratuidade do transporte na linha 1140-A, durante anos, e foram surpreendidos, no início de 2005, com a decisão unilateral da Viação Santa Edwiges que resolveu suprimir-lhes tal direito.

A decisão não foi do DER nem da Transbetim. Foi exclusivamente da empresa.

Nota-se também que a Viação Santa Edwiges limitou-se a alegar, genericamente, a possibilidade de “[...] rompimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato de permissão” (fls. 201). Nada provou. Pelo contrário. Admitiu que durante anos garantiu aos idosos a gratuidade na linha 1140-A. Não consta que a planilha de custos e a tarifa respectiva tenham sido reduzidas após a vigência do Estatuto do Idoso.

A incontroversa definição do suporte fático nos conduz à primeira omissão: o relatório do Desembargador Relator e os votos proferidos omitiram completamente o suporte fático e trataram o caso como se o objeto da lide fosse a declaração de inconstitucionalidade da norma do Estatuto do Idoso.

Tratado, como está, de forma abstrata o caso, a leitura dos votos passa ao leitor a impressão de que se busca o reconhecimento de um direito novo, o que não é verdade. O fato em julgamento é, pelo contrário, a supressão de um direito que do qual os idosos de Betim e região usufruíram durante anos.

Imprescindível, portanto, o suprimento da omissão apontada. O juízo que se busca com a presente ação é sobre um fato concreto e não sobre a constitucionalidade, em abstrato, da norma do Estatuto do Idoso. Ao admitir que se trata de controle difuso de constitucionalidade, o acórdão não pode se furar ao exame da relação jurídica em concreto na qual a interpretação dada pela Viação Santa Edwiges à lei federal resultou em supressão de direitos fundamentais dos idosos de Betim e região.

Diversamente de qualquer outra atividade jurídica, a atividade jurisdicional de um

Estado de Direito é, além de prática ou prescritiva, uma atividade teórica; ou melhor, é uma atividade que tem como justificativa necessária uma *motivação*, no todo ou em parte, cognitiva. As leis, os regulamentos, os provimentos administrativos e os negócios privados são atos exclusivamente prescritivos, nem verdadeiros, nem falsos e tampouco cognitivamente fundados ou infundados. As sentenças, ao contrário, exigem uma motivação que deve ser fundada de fato e de direito. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 2006, p. 499).

A verdade dos fatos é elemento essencial à fundamentação do provimento judicial. É certo que as demais normas e atos jurídicos retiram sua legitimidade da observância de normas superiores. O ato jurisdicional, não. Nele, é imprescindível que se conjuguem as motivações “de fato” e “de direito”. Não basta, no caso, o confronto entre a norma do Estatuto do Idoso, em abstrato, e o dispositivo constitucional. O que se quer é um juízo sobre um fato, uma relação jurídica estabelecida entre um fornecedor de serviços públicos e a coletividade de idosos.

Contradição

5. A omissão apontada redundava em algumas contradições. *Data venia*, o juízo principal se encontra em descompasso com os fatos e o pedido formulado. Depois, com todo o respeito, a justificativa “econômica” apresentada nas razões de decidir não se harmoniza com os elementos que foram objeto de cognição. Finalmente, há contradição entre o que foi decidido como matéria preliminar – trata-se de controle difuso de constitucionalidade – e o exame do mérito, no qual a fundamentação se resume à apreciação da constitucionalidade em abstrato da norma do Estatuto do Idoso.

5.1 O fato é que o direito dos idosos ao transporte gratuito na linha 1140-A foi reconhecido e exercido durante anos, sem contestação e, por ato unilateral da Viação Santa Edwiges, sua fruição foi interrompida. A interpretação restritiva da Lei 10.741, de 2003, feita por agente econômico privado, merece respaldo judicial? É admissível que a norma do Estatuto do Idoso seja interpretada de forma a suprimir direitos? Tal interpretação pode ser considerada conforme a Constituição? Torna-se forçoso, aqui, reconhecer a contradição e sua nefasta consequência: o retrocesso em matéria de direito fundamental:

A vedação ao retrocesso social objetiva a preservação da harmonia do sistema jurídico, ao resguardar a observância dos princípios da confiança e da segurança, identificadores de um Estado de Direito. Proporciona na comunidade um sentimento de certeza e tranquilidade em relação a bens e posições jurídico-subjetivas já alcançadas.

[...] Procura-se, também, fundamentar o não cabimento do retrocesso social através do princípio da efetividade das normas constitucionais, que possui como um dos corolários a proposição de que a Constituição deve ser progressivamente realizada. Tal enunciado inadmitte qualquer perspectiva contingencial. Submetido a um processo interpretativo

embasado na unidade sistêmico-constitucional, permite a conclusão de que a realização constitucional é um dever. E mais, que esse dever possui o sentido inequívoco que aponta a maiores patamares de eficácia e efetividade. (MARTINS, Patrícia do Couto Vilela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson. (Coord.). *A efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Jûris, 2004, p. 402/403).

5.2 Os argumentos econômicos apresentados pela Viação Santa Edwiges não foram demonstrados. O v. acórdão silencia em relação a este ponto porque realmente não há prova de que a gratuidade do transporte dos idosos resultava em prejuízo ou desequilíbrio econômico na prestação do serviço público. Se de fato houve, em algum momento, referido impacto, é presumível que a revisão periódica das tarifas o corrigiu. Senão, o DER ou a própria concessionária teriam trazido aos autos tal informação. Conseqüentemente, toda a fundamentação econômica do v. acórdão encontra-se dissociada dos elementos colocados pelas partes à apreciação judicial.

5.3 Por fim, assentado está que se trata de controle difuso de constitucionalidade. Incabível, portanto, toda a fundamentação abstrata, a qual seria apropriada para o julgamento de eventual ação direta de inconstitucionalidade, não aqui. Consta, literalmente, no voto do eminente relator, o seguinte juízo:

Em leitura dos textos acima transcritos, ao contrário do que foi defendido pelo Ministério Público, a legislação infraconstitucional não promoveu restrição nenhuma quando regulamentou o que garantido constitucionalmente. (fls. 363)

Ora, trata-se de juízo emitido a respeito da norma do Estatuto do Idoso. Em abstrato. Se o controle de constitucionalidade é difuso, conforme assentado no julgamento da preliminar, o juízo deve incidir sobre a interpretação dada a referida norma pela Viação Santa Edwiges. Nunca sobre a norma em si, desvinculada do contexto fático específico.

Conclusão

6. Pelas razões expostas, requer-se o acolhimento dos presentes embargos, inclusive quanto aos efeitos infringentes, esclarecendo-se contradições e suprimindo-se as omissões apontadas, inclusive com emissão do imprescindível juízo a respeito dos dispositivos da Constituição e de lei federal invocados (CF, artigos 93, IX, 97, 230; CPC, artigos 458 e 481; Lei 10.741, de 2003, art. 39), de modo a atender-se ao requisito do prequestionamento explícito, indispensável à interposição do recurso especial, esgotando-se com isso a prestação jurisdicional afeta a esta Corte.

Belo Horizonte, 20 de fevereiro de 2009.

Antônio Joaquim Fernandes Neto
Procurador de Justiça