

19/09/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.768-4 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÂRMEN LÚCIA
REQUERENTE(S) : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE
TRANSPORTES URBANOS - NTU
ADVOGADO(A/S) : LUIZ ALBERTO BETTIOL E OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
REQUERIDO(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
INTERESSADO(A/S) : ASSOCIAÇÃO DOS USUÁRIOS DE TRANSPORTES
COLETIVOS DE ÂMBITO NACIONAL - AUTCAN
ADVOGADO(A/S) : JOÃO BATISTA DE SOUZA

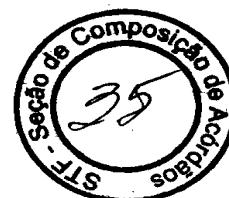
EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 39 DA LEI N. 10.741, DE 1º DE OUTUBRO DE 2003 (ESTATUTO DO IDOSO), QUE ASSEGURA GRATUIDADE DOS TRANSPORTES PÚBLICOS URBANOS E SEMI-URBANOS AOS QUE TÊM MAIS DE 65 (SESSENTA E CINCO) ANOS. DIREITO CONSTITUCIONAL. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATO. NORMA LEGAL QUE REPETE A NORMA CONSTITUCIONAL GARANTIDORA DO DIREITO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto.

2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão do Plenário, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata e das notas taquigráficas, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, em julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau. ✓



Brasília, 19 de setembro de 2007.

Carmem Lucia da Silva
CARMEN LÚCIA - Relatora

19/09/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.768-4 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
REQUERENTE(S) : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE
TRANSPORTES URBANOS - NTU
ADVOGADO(A/S) : LUIZ ALBERTO BETTIOL E OUTRO(A/S)
REQUERIDO(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
REQUERIDO(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
INTERESSADO(A/S) : ASSOCIAÇÃO DOS USUÁRIOS DE TRANSPORTES
COLETIVOS DE ÂMBITO NACIONAL - AUTCAN
ADVOGADO(A/S) : JOÃO BATISTA DE SOUZA

R E L A T Ó R I O**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):**

1. Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada em 1°.8.2006 pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano - NTU, contra pretensa inconstitucionalidade do art. 39, caput, da Lei n. 10.741 ("Estatuto do Idoso"), de 1°.10.2003, em face dos arts. 22, inc. XXIII, 37, inc. XXI, 175, caput, 194, 195, § 5°, 203, inc. I, e 230, § 2°, da Constituição do Brasil.

2. A norma impugnada garante a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos aos idosos e está assim redigida:

"Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares." ✓

c) "desse direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro decorre a impossibilidade de edição de lei que, frustrando as expectativas de receita do contratado, não preveja qualquer forma de compensação, isto é, de suporte dos custos" (fl. 13). Mais ainda, segundo ela, "(...) o delegatário de serviço público [tem] o direito de ver mantida a política tarifária estabelecida contratualmente, que não pode ser alterada em suas condições por inserção de um elemento novo que, gerando descompasso entre as obrigações das partes, torne mais oneroso o dever do concessionário /permissionário (...)", e

d) "tem-se como inconstitucional a aplicação do art. 39 do Estatuto do Idoso aos permissionários e concessionários do serviço de transporte enquanto não e até que seja sanada um incompletude da norma, qual seja, a instituição de mecanismo de compensação ou fonte de custeio." (fl. 22)

Ao fundamento de que a norma questionada não poderia alcançar as empresas que exploram o serviço de transporte urbano sob o regime de concessão ou permissão, a Autora busca: a) a declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, da interpretação contrária ao entendimento afirmado por ela; ou b) alternativamente, seja reconhecida a omissão parcial do art. 39 do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), declarando-se inconstitucional a sua incidência àquelas empresas, até que seja editada lei nacional dispondo sobre o regime de compensações da gratuidade nela assegurada; ou c) sendo aqueles pedidos julgados improcedentes, seja declarada a inconstitucionalidade do dispositivo legal, por afronta aos arts. 37, inc. XXI, 175 e 195, § 5º, da Constituição da República. f

3. Alega a Autora que a presente Ação Direta "visa apenas que o Supremo consagre uma interpretação (ou elimine uma dentre as possíveis do art. 39 do Estatuto do Idoso Lei n. 10.741/2003) de que seja compatível com inteligência harmônica dos arts. 30, V; 37, XXI; 175; 195, § 5º; 203, I e 230, caput, e § 2º, todos da Constituição, de forma a desvendar os limites e possibilidades de aplicação da regra de gratuidade no cenário do serviço de transporte urbano prestado indiretamente pelo Município, isto é, no regime de permissões e concessões." (fl. 5)

Sustenta ela que:

a) o direito daqueles que têm mais de 65 anos ao transporte gratuito "encarna uma decisão política de amparar a velhice como valor constitucional, por isso deve ser classificado ou como direito social de uma fatia determinada da população, logo de segunda geração; ou como direito de solidariedade ou fraternidade, ligado à assistência social, e por isso pertencente à classe dos direitos de terceira geração, (...) o que já [seria] bastante para inferir que a sua implementação pelo poder público municipal, sempre a atrair prestações positivas de cunho oneroso, submeter-se-á à luz da chamada reserva do possível" (fl. 6);

b) "o transporte coletivo urbano (...) não carrega em si nenhuma ação de amparo ao idoso, eis que decorre de prestação positiva municipal (art. 30, V, CF)", razão pela qual o direito à gratuidade reconhecido aos maiores de 65 anos seria um direito "oponível contra o Município (...). [Logo,] é o governo local que deve tomar as providências necessárias, legislativas e administrativas (...) para que o maior de 65 não tenha que pagar para fruir deste serviço" (fl. 9); d

4. Em vista da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social, adotei o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99, conforme despacho de fl. 113.

5. As autoridades requeridas, a saber, o Presidente da República e o Congresso Nacional apresentaram informações.

6. Das prestadas pelo Presidente da República, datadas de 29 de agosto de 2006 - que fez juntada de Parecer da Consultoria Jurídica do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (fls. 136-143) e a Nota Técnica (fls. 144-145) -, tem-se a assertiva de que a questão central posta pela Autora seria econômica, e não jurídica.

Afirma aquela autoridade que a partir da norma prevista no art. 230, § 2º, da Constituição da República não seria possível *"asseverar que está assegurado aos concessionários e permissionários direito ao ressarcimento pela implementação do direito concedido aos idosos ao transporte urbano gratuito, uma vez que não há no texto constitucional esta previsão."* (fl. 128)

Assim, concluiu, os concessionários e permissionários que firmaram contrato antes da Constituição da República não teriam o alegado direito adquirido à revisão contratual em razão do advento da norma questionada, assim como não o têm aqueles que firmaram contratos após a Constituição, pois esses já tinham conhecimento integral dessa gratuidade, *"portanto deveriam incluir no custo total parcela referente ao exercício deste direito por parte dos maiores de 65 anos."* (fl. 130) *d*

7. Em 26 de setembro de 2006, o Advogado-Geral da União, em parecer de fls. 147-164, defendeu a constitucionalidade da norma questionada, pugnando pela improcedência do pedido, "de modo a ser declarada a total compatibilidade do art. 39 da Lei Federal n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, com as disposições da Constituição Federal." (fl. 164)

Lembrou ser "pacífico o entendimento (...) segundo o qual não se pode admitir a 'inconstitucionalidade de uma norma constitucional'" (fl. 151), daí a impossibilidade jurídica do pedido da Autora, uma vez que busca o reconhecimento da invalidade da norma do art. 230, § 2º, da Constituição da República, que foi redigido pelo constituinte originário.

Afirmou também que "a legislação que regulamenta as concessões e permissões de serviço público não obriga ao poder concedente a praticar política de complementação tarifária como pretende fazer prevalecer a requerente. Tal diploma legal apenas contempla uma faculdade à entidade concedente de destinar algumas fontes de receitas alternativas, de modo a tornar mais acessível a tarifa e a fruição do serviço". (fls. 159-160)

Por fim, o Advogado-Geral da União sustentou que "o direito à gratuidade do transporte aos idosos não é benefício da seguridade social e, portanto, não se submete a seu regime jurídico. Ademais, registre-se o fato de o Constituinte não ter previsto qualquer espécie de financiamento ou de compensação financeira para a plena aplicação do direito que instituiu, ao contrário do que fez quando cuidou da seguridade social." (fl. 162)

8. Em 3 de outubro de 2006, a Associação dos Usuários de Transportes Coletivos de Âmbito Nacional - Autcan pleiteou a admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*, o que foi deferido (fl. 243).

9. Em 23 de outubro de 2006, o Procurador-Geral da República manifestou-se, ressaltando ter ajuizado, neste Supremo Tribunal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.096-5 em face da expressão "exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares", contida no art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso). Segundo o Procurador-Geral, a exceção "restringe, de modo indevido, o acesso gratuito dos maiores de 65 anos aos serviços de transporte seletivos e especiais, limitando, por via de consequência, o alcance da garantia constitucional" (fl. 171). Requereu o apensamento dos autos, para fins de julgamento simultâneo.

No mérito, reiterou os argumentos trazidos aos autos pelo Presidente da República e pelo Advogado-Geral da União e pediu a "parcial procedência do pedido, para que seja declarada inconstitucional a expressão 'exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares'" (fl. 176), contida no art. 39 da Lei n. 10.741/2003.

Este o relatório, do qual deverão ser extraídas cópias aos eminentes Ministros deste Supremo Tribunal Federal (art. 87, inc. I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) *d*

19/09/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.768-4 DISTRITO FEDERALV O T O

A SENHORA MINISTRA CÂRMEN LÚCIA - (Relatora):

Da ação

1. Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada, em 1º.8.2006, pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano - NTU, na qual se questiona pretensa inconstitucionalidade do art. 39, caput, da Lei n. 10.741, de 1º.10.2003 ("Estatuto do Idoso"), em face dos arts. 22, inc. XXIII, 37, inc. XXI, 175, caput, 194, 195, § 5º, 203, inc. I, e 230, § 2º, da Constituição da República.

2. A pretensão da Autora de ver afastada a aplicação do art. 39 da Lei n. 10.741/2003 em relação às empresas que exploram o serviço de transporte urbano sob o regime de concessão ou permissão não pode prosperar pelos fundamentos que se passa a expor.

O Direito à Qualidade de Vida Digna dos Idosos e os Deveres
Constitucional da Sociedade (art. 230, § 2º da Constituição)

2. O § 2º do art. 230 da Constituição da República é taxativo ao estatuir que:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

(...)

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. ¶

3. Ao aprovar a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o legislador ordinário nada mais fez que dotar de efetividade um dos direitos sociais do idoso (art. 230 e seu § 2º da Constituição da República).

O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 ("Estatuto do Idoso") dispõe:

"Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares."

4. Em essência, tem-se que o direito ao transporte gratuito dos que têm mais de 65 anos não é um fim em si mesmo. A facilidade de deslocamento físico do idoso pelo uso de transporte coletivo haverá de ser assegurada, como afirmado constitucionalmente, como garantia da qualidade digna de vida para aquele que não pode pagar ou já colaborou com a sociedade em períodos pretéritos, de modo a que lhe assiste, nesta fase da vida, direito a ser assumido pela sociedade quanto aos ônus decorrentes daquele uso.

Na Nota Técnica do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (fls. 144-145), foram apresentados dados da Secretaria Nacional de Assistência Social do Ministério do Desenvolvimento Social indicativos do contingente de idosos de baixa renda no Brasil, vulneráveis econômica e socialmente, e que se utiliza precipuamente do transporte coletivo gratuito.

Só em "(...) julho de 2006, 1.138.004 (hum milhão, cento e trinta e oito mil e quatro) idosos perceberam o benefício de prestação continuada (BPC), benefício não contributivo da assistência social destinado a idosos sem cobertura previdenciária, cuja renda per capita familiar é de 1/4 do salário mínimo." (fl. 144) *pl*

Os preços das tarifas de transporte podem constituir dificuldades a mais, quando não impossibilidades, enfrentadas pelos idosos e que os levam a manter-se acantonados em suas casas, impedidos de se deslocar e fadados a esperar visitas que não vêm, médicos que não chegam, enfim, vidas que se acomodam pela falta de condições para que a pessoa circule. No interior de Minas se diz que "velho quando não anda, desanda". É inimaginável que estejamos construindo uma sociedade em que uma geração, que ainda tem pernas a andar e estradas a palmilhar, permaneça aquietado por carência de condições para circular. Nem é isso que dispõe a Constituição brasileira.

5. Insiste a Autora que esse direito do idoso não seria de primeira, mas de segunda ou até mesmo de terceira dimensão. Essa discussão não tem cabimento aqui para o desate da questão posta a exame. Primeiro, porque independentemente da classificação, como consignado na Constituição, é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a participação do idoso na comunidade. Segundo, porque essa participação demanda, salvo em casos específicos, a possibilidade de os idosos se locomoverem. Terceiro, porque a dignidade e o bem-estar dos idosos estão fortemente relacionados com a sua integração na comunidade para que se possa dar a sua participação na vida da sociedade. Não é aboletado e aquietado em razão de sua carência para pagar transportes por meio dos quais possam se locomover que se estará garantindo ao idoso o direito que a Constituição lhe assegura.

6. O transporte gratuito, especialmente para os idosos que sobrevivem de aposentadorias insuficientes para o suprimento de suas necessidades básicas, apresenta-se como verdadeiro suporte para que possam exercer, com menores dificuldades, seu direito de ir e vir.

7. Diferentemente do alegado pela Autora, o direito dos idosos ao transporte gratuito, previsto na norma do § 2º do art. 230 da Constituição da República, é de eficácia plena e tem aplicabilidade imediata. Assim, desde a promulgação da Constituição da República, esse direito compõe o

sistema normativo na condição de direito exigível pelos idosos, sem a necessidade de criação de qualquer outra norma que trate da matéria.

Sobre a questão leciona José Afonso da Silva:

"O gozo desses direitos aqui reconhecidos, já decorre da própria Constituição, mas o Estatuto os especifica, porque há peculiaridades que não seriam reconhecidos sem essa especificação ... Aos maiores de sessenta e cinco anos é assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos (é justo lembrar que esse direito do idoso ao transporte nasceu na Prefeitura de São Paulo por obra do então Prefeito Mário Covas...)." (SILVA, José Afonso. Comentário Contextual à Constituição. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 863)

8. A gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar, não se compadece com condicionamento posto pelo princípio da reserva do possível.

Aquele princípio haverá de se compatibilizar com a garantia do mínimo existencial, sobre o qual disse, em outra ocasião, ser *"o conjunto das condições primárias sócio-políticas, materiais e psicológicas sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente, em especial aqueles que se referem aos fundamentais individuais e sociais ... que garantem que o princípio da dignidade humana dota-se de conteúdo determinável (conquanto não determinado abstratamente na norma constitucional que o expressa), de vinculabilidade em relação aos poderes públicos, que não podem atuar no sentido de lhe negar a existência ou de não lhe assegurar a efetivação, de densidade que lhe concede conteúdo específico sem o qual não se pode afastar o Estado."*

Também afirmei antes que *"O verbo constitucional, no qual (os direitos sociais) se põem assegurados normativamente, fez-se fruto de lutas"*

que devoraram homens e desertaram comunidades inteiras. A verba constitucionalmente assegurada, para que não se cuidassem de verbo inativo aqueles direitos conquistados, ainda está em processo de aquisição, mas não pode ser negada."

9. No caso em foco, assegurou-se, constitucionalmente, aos idosos o direito ao transporte coletivo gratuito. A lei n. 10.741/2003 garantiu a forma de se dar cumprimento àquele comando constitucional.

10. A alegação de inconstitucionalidade do art. 39 da Lei n. 10.741/03, com o que não se poderia exigir o direito constitucional do idoso sem se dar forma à assunção dos deveres financeiros pelo poder público concedente (que, no caso dos transportes coletivos municipais é o ente local) não se resolve pela declaração de inconstitucionalidade da norma contida naquele diploma legal.

Não se comprova a alegada nódoa de inconstitucionalidade a macular aquela norma.

Põe-se ela em perfeita conformidade com o quanto estabelecido constitucionalmente. Tem razão, nesse passo, o Advogado-Geral da União ao afirmar que a pretensão da Autora acaba não passa, no fundo, de ser senão a de declarar inconstitucional o § 2º do art. 230 da própria Constituição, o que não é possível.

Como objeto de contratos de concessão, conforme já assentado na doutrina, sabe-se que a prestação de serviço público de transporte atribuída pelo Estado ao particular, que deve prestá-lo em nome próprio e por sua conta e risco e, para tanto, deve cumprir as condições fixadas pelo Poder Público, há de obedecer ao princípio da juridicidade. Ora, o sistema jurídico fundamental vigente estampa o direito do idoso ao transporte coletivo gratuito. *d*

11. O investimento e os gastos oriundos da prestação dos serviços públicos de transporte coletivo, delegado pelo ente público ao particular, haverão de ser calculados e haverão de ser definidos na relação delegante-delegado, sem que tanto seja traspassado ao particular, menos ainda àquele que, por força da norma constitucional (art. 230, § 2o) e infraconstitucional (art. 39 da Lei n. 10.741/2003), haverá de fruir gratuitamente do serviço.

12. Imprópria juridicamente é a assertiva de que não se poderia exercer aquele direito constitucional do idoso antes que se fixasse, contratualmente (entre o ente delegante e a empresa delegada), a forma de assunção dos ônus financeiros pelo ente público.

Ao reconhecimento de que o Estado pode alterar, unilateralmente, as condições fixadas para os contratos de concessão e permissão, tem-se, de um lado, que o particular tem a garantia da preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, de outro, que as normas constitucionais devem ser cumpridas.

Compete ao contratado particular comprovar perante o ente contratante a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em quanto, como e porque para que seja refeito se for o caso e segundo dados específicos.

A constitucionalidade da garantia não ficará comprometida, em qualquer caso, pois o idoso tem, estampado na Constituição, o direito ao transporte coletivo urbano gratuito. Quem assume o ônus financeiro não é questão que se resolve pela inconstitucionalidade da norma que repete o quanto constitucionalmente garantido.

Isso bastaria para aniquilar o argumento da Autora, segundo o qual a exigência de cumprimento do direito dos idosos à gratuidade dos transportes estaria a romper com o equilíbrio econômico-financeiro *cf*

A argumentação da Autora, nesse ponto, há de ser tido como perverso. Os idosos não são em número suficiente para aniquilar os ganhos dos empresários.

De outra parte, não há direito adquirido a se contrapor a direitos previstos constitucionalmente, como os que se referem aos idosos. Logo, mesmo nos contratos de concessão ou permissão assinados antes da promulgação da Constituição, em respeito à garantia de equilíbrio, o máximo que poderiam requerer os delegados dos serviços de transporte municipal e intermunicipal seria da alteração dos contratos para cobrir-se, financeiramente, com os ônus comprovados em planilha sobre o uso dos transportes delegados pelos idosos. Teriam, para tanto, de provar quantos e em que condições aqueles serviços onerariam os seus contratos.

De novo, a espécie não estaria a contemplar inconstitucionalidade do art. 39 da Lei n. 10.741/2003, senão que a forma de implementar o quanto nela posto.

Ademais, após a promulgação da Constituição da República, todos os concessionários e permissionários estão submetidos às suas normas, não podendo, desde então, alegar que não sabiam do direito dos idosos ao transporte coletivo gratuito.

Mais ainda, os custos advindos da gratuidade fazem parte de estudos de viabilidade do negócio assumido pelo particular e estão incluídos entre os custos do serviço, os quais são tidos, como ponderado pelo Advogado-Geral da União, *"como fator importante na fixação da política tarifária, os aspectos econômicos atinentes à efetivação de tal direito."* (fl. 158)

Conforme lembrado no Parecer do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, *"qualquer cidadão sabe que, independentemente da quantidade de pessoas que utilizam o transporte público, ele deverá ser prestado em horários pré-determinados pela Administração. O custo desta operacionalização é estável. O que se quer demonstrar é que a empresa não*

tem um custo maior por estar transportando pessoas idosas. O transporte encontra-se ali, disponível, com o custo já estabelecido."

Logo, a compensação pela gratuidade de transporte coletivo urbano aos idosos, pleiteada pela Autora, que não encontra previsão na Constituição da República, só é admitida quando ficar provado que houve "(...) prejuízo real para as empresas de transporte público em regime de concessão ou permissão, um desequilíbrio extraordinário e inesperado." (fl. 142)

O que patentemente não ocorreu, haja vista ser praxe, entre concessionários e permissionários, a previsão dos custos e dos lucros, não se podendo dizer da existência de qualquer desequilíbrio econômico-financeiro causado pela norma do art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que, repete-se, não criou exigência nova alguma no ordenamento jurídico brasileiro.

Como esclarecido no Parecer do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, esse "mecanismo compensatório, em tese, somente pode ser observado em casos específicos, com a comprovação de praxe ante a Administração ou o Poder Judiciário. Ora, o art. 65, "d" da Lei 8.666/93 que regula as licitações e contratos com a Administração Pública, prevê a possibilidade de alteração do contrato quando "para restabelecer a relação que as parte pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobreviverem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei n ° 8.883, de 1994). "d

13. Deve ser, ao final, enfatizado que o direito dos idosos à gratuidade de transporte coletivo urbano não está incluído no rol de benefícios da seguridade social.

A despeito de estarem dispostas no Título VIII da Constituição República, que trata da Ordem Social, as disposições relativas à seguridade social (saúde, previdência e assistência social), previstas no Capítulo II, não se confundem com aquelas afeitas aos idosos, situadas no Capítulo VI, sendo correto, por isso mesmo, afirmar que as normas constitucionais atinentes à seguridade social (arts. 194 a 204) não são aplicáveis à específica disciplina do direito dos idosos (art. 230).

De se concluir que, além de as concessionárias e permissionárias terem a obrigação de cumprir as cláusulas estipuladas para a prestação dos serviços de transporte, devem respeitar a Constituição da República. Como membros da sociedade, são elas titulares do dever de contribuir, efetiva e diretamente, para que as pessoas idosas em específico, tenham assegurado o seu direito à gratuidade dos transportes coletivos urbanos por força do princípio da unidade do sistema jurídico republicano.

Pelo exposto, julgo improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.

É como voto. *d*

19/09/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.768-4 DISTRITO FEDERAL**VOTO****O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Senhor Presidente, eu também julgo a ação improcedente. A regra constitucional é clara, expõe um comando, dando a gratuidade aos idosos com mais de 65 anos.

A interpretação dada pelo autor da ação e pelo *amicus curiae* é contraditória com o comando da Constituição. A Constituição não fez nenhuma exceção, mas determinou a gratuidade. A regra ordinária que reproduz o dispositivo da Constituição não pode ser inconstitucional; e, por outro lado, não há que se falar, neste momento, na qualidade econômica que essa gratuidade pode acarretar, porque há uma determinação constitucional e esta tem de ser cumprida. Não bastasse isso, essa regra é de 88, e, em grande parte dos municípios brasileiros, particularmente nas grandes cidades, essa regra vem sendo cumprida, ou seja, a gratuidade vem sendo deferida, nem por isso se questionou com relação ao art. 37, que fala do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Por essa razão, independentemente desse aspecto, pelo só fato de que há uma regra ordinária que reproduz o comando da Constituição, não pode a Corte Suprema declarar inconstitucional tal regra.

Julgo improcedente a ação.

min

19/09/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.768-4 DISTRITO FEDERALV O T O

O Sr. Ministro **RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhora Presidente, também julgo improcedente a ação na esteira dos argumentos já apresentados pela eminente Ministra Cármen Lúcia, em seu substancioso voto, também acompanho o raciocínio do eminente Ministro Carlos Alberto Direito.

A norma impugnada meramente reproduz uma norma constitucional, mas vejo também que o Advogado-Geral da União, o Ministro Toffoli, da Tribuna, levantou uma questão que me parece muito pertinente. A matéria discutida nessa ADI resolve-se no plano infraconstitucional, porque a Lei de Licitações, a Lei nº 8.666, no art. 58, I, se de um lado estabelece a prerrogativa de administração Pública modificar a qualquer momento os contratos de concessão e permissão quando houver interesse público; de outro lado, o art. 65, § 6º dessa mesma lei, prevê que, nessas hipóteses, a Administração será obrigada a restabelecer o equilíbrio econômico e financeiro desses contratos.



Portanto, a matéria para mim, *data venia*, é de caráter eminentemente infraconstitucional, conforme assentou o Ministro Toffoli.

Acompanho integralmente o voto brilhante da eminente Relatora.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized letter 'A' with a long horizontal stroke extending to the right and a loop at the bottom.

19/09/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.768-4 DISTRITO FEDERALVOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhora Presidente, também tenho de louvar - e o faço com todo o entusiasmo - o voto da eminente Relatora, que expressa muito bem o advento de um novo constitucionalismo.

No meu livro, Teoria da Constituição, eu abri um capítulo para falar desse advento do constitucionalismo fraternal, mas, depois de publicado o livro, eu vi que os italianos chamam de constitucionalismo altruístico, que a nossa Constituição introduz já a partir do art. 3º, inciso I, quando diz que um dos objetivos da nossa República, objetivos fundamentais, é construir uma sociedade livre - homenagem à liberdade, aspecto político -; justa - é a dimensão social de ações distributivistas -; e solidária - é a dimensão fraternal.

O Advogado Geral da União deixou claro que não se trata de direito social a exigir ações distributivistas por parte do Estado, mas é uma nova categoria de direito. É um direito mesmo fraternal, a exigir ações afirmativas, compensatórias de desvantagens historicamente experimentadas por segmentos sociais como os dos negros, dos índios, das mulheres, dos portadores de deficiência física e dos idosos.



Por isso, a própria Constituição em seu art. 3º, no âmbito dos objetivos fundamentais da República Federativa, abriu o inciso IV para proibir discriminações de várias ordens, dentre elas discriminação quanto à idade, quanto à faixa etária. Aqui nesse art. 230, § 3º, bem observado pelo Advogado Geral da União - aliás, todos os advogados se saíram muito bem, brilhantemente -, mas o Advogado Geral da União lembrou que se trata de norma de eficácia plena, não limitada, não contida da própria Constituição originária.

Então, a Constituição originária já consagrou esse direito aos maiores de sessenta e cinco anos, o direito à gratuidade dos transportes coletivos urbanos, e é um direito que assiste ao idoso, não enquanto munícipe, não no seu vínculo territorial com esse ou aquele município, não em função do seu "status" jurídico de naturalidade, mas o idoso nessa condição existencial etária, que a Constituição antecipou, sessenta e cinco anos. Podemos até dizer que, se para a Medicina a terceira idade começa aos cinqüenta e três anos, para o direito, a terceira idade começa aos sessenta e cinco anos, porque foi exatamente esse marco que a Constituição utilizou para falar do idoso, o que significa que eu ainda não estou na terceira idade.

De maneira que, no conjunto da Constituição, é possível perceber que, se o serviço de transporte coletivo urbano é de interesse local, art. 30, inciso V - sem dúvida, que serviço de transporte coletivo urbano é de interesse local, que tem caráter



essencial -, o direito do idoso não é de interesse local, é transcendente desse interesse local, é verdadeiramente nacional.

De maneira que, na linha do voto da eminente Relatora e dos Ministros que me antecederam, também voto pela improcedência da ADI.



19/09/2007

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.768-4 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Senhora Presidente, também acompanharei a eminente Relatora, tentando reduzir a questão a dois pontos de vista muito simples, ambos os quais já foram, de certo modo, referidos.

O primeiro é que a norma infraconstitucional se limita a repetir o conteúdo significativo da norma constitucional. De forma que não vejo como declarar a inconstitucionalidade daquela, sem que se possa declarar a inconstitucionalidade desta, nem a pretexto de lhe introduzir uma limitação que essa norma não comporta. Trata-se de norma de eficácia plena e de aplicação imediata e, portanto, não vejo como lhe opor qualquer direito de outro modo.

O segundo, Senhora Presidente, é que bastaria fazer uma pequena distinção para ver logo como se resolve, no plano infraconstitucional, a questão. Podemos pensar em duas hipóteses: na das permissões e concessões anteriores à Constituição de 88, e na das concessões e autorizações posteriores.


Em relação às anteriores, o que se pode pensar – não em termos de inconstitucionalidade, mas em termos jurídicos infraconstitucionais – é que, tomada a promulgação da Constituição no sentido de um fato imprevisível e

ky

ADI 3.768 / DF

inevitável, poderia ocasionar revisão do contrato ou sua ruptura em face de desproporcionalidade superveniente.

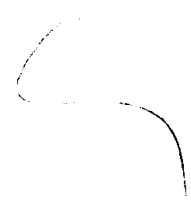
Enquanto que, em relação às autorizações, às permissões e às concessões novas, a questão nem se propõe. Por quê? Porque, já constante de uma norma constitucional, e ainda que não existisse regulamentação local ou federal, esses custos integrariam e integram o objeto dos contratos. De modo que não há o que reparar, porque o licitante entrou na licitação e a venceu, sabendo que teria de suportar esse custo decorrente da norma constitucional. O resto é só discussão de como se resolve politicamente quem vai pagar ou não, etc. No fundo, todos nós pagamos, e é o que a norma diz: que o Estado e a sociedade devem pagar.

Acompanho a Relatora. 

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.768-4 DISTRITO FEDERAL**V O T O**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhora Presidente, se se tratasse de direito novo, parece-me que o debate poderia suscitar maiores meditações, tal como já tive, creio que na ausência de Vossa Excelência na presidência, oportunidade de discutir muito brevemente o chamado direito ao transporte interestadual, porque aí se trata de direito novo. Temos que discutir mecanismos, meios e modos de financiamento e é também curial que esse financiamento não se possa fazer exclusivamente pela expansão tarifária. Hoje, há limite para esse processo.

Mas, como já foi destacado aqui pela eminente Relatora e, agora, acaba de ser enfatizado pelo Ministro Cezar Peluso, a Constituição, na verdade, é o marco regulatório por excelência. Ela fixou essa orientação e, portanto, é a baliza para todas as decisões no que concerne à concessão e às permissões. Se a Constituição repercutiu sobre concessões ou permissões anteriores, certamente poderia dar ensejo, eventualmente, a um pedido de revisão ou a algum encaminhamento nesse sentido. Agora, as novas concessões,



as novas permissões, realizadas sob a ordem constitucional de 1988, certamente têm que se ater a esta condição contida no texto constitucional.

De modo que, ressaltando a brilhante discussão que foi travada aqui pelos brilhantes advogados, eu caminho também nesse sentido.

19/09/2007

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.768-4 DISTRITO FEDERAL

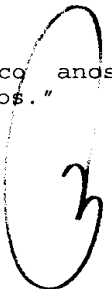
O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, li, com encantamento, o parecer do meu xará - Marco Aurelio Greco - que aponta, de início, ser louvável o conteúdo do artigo 39 do Estatuto do Idoso. Causou o parecer certa perplexidade diante dos termos do referido artigo. Tem-se relação jurídica que normalmente revela não a prestação do serviço de forma direta pelo Poder Público mas mediante concessão.

Não desconheço que a Constituição Federal estampa - de início, e abro-a para perquirir a problemática - meios e fins. No caso, os parágrafos são norteados pela cabeça do artigo a versar a família, a sociedade e o Estado. Eu indagaria: na gratuidade, qual é a colaboração do Estado?:

"Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo - a sociedade, a família, o Estado - "sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida."

No § 2º há, realmente, a norma, a cláusula, segundo a qual:

"§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos."



O preceito não disciplina a matéria, a forma mediante a qual - e existe ônus para a prestação dos serviços - é alcançada essa gratuidade. Se reconheço que a própria Constituição Federal encerra a livre iniciativa, encerra a proteção dos interesses privados, devo encontrar base para definir quem deve arcar com o ônus da gratuidade, previsto no § 2º do artigo 230.

Não posso ignorar o trinômio contido no início do artigo 230, a referência à família - e a família, evidentemente, não arcará com esse ônus, porque, senão, não haverá a gratuidade -, à sociedade e ao Estado.

Volto à pergunta: como fica a relação atuarial, ante a prestação do transporte na via não direta mas indireta, mediante atuação de pessoa jurídica de direito privado? Será que a Carta da República, será que o Estado acabou por prever e inserir, ele próprio, no contexto da definição da matéria, que esse ônus será arcado, porque evidentemente, repito, há um custo, considerada a tarifa, considerado o desembolso que deve ser feito, pouco importando a situação econômica e financeira, por aqueles que contêm menos de 65 anos, pela prestadora dos serviços? A resposta, para mim, é negativa. Toda vez que o Estado prevê a gratuidade, a menos que desprezemos os contornos, a interpretação sistemática da Constituição Federal, deve dar os meios para se alcançar esse objetivo.



Entendo que procede a articulação de inconstitucionalidade não para se fulminar o disposto no artigo 39 em análise, mas para conferir a esse artigo interpretação harmônica com o Diploma Maior, excluindo toda e qualquer outra que não o seja.

O que decorre da gratuidade não há de ser sustentado pela sociedade em si. Esta já satisfaz, numa gradação insuplantável, os impostos e os tributos. Deve ser arcado pelo próprio Estado.

Então, de início, julgo procedente o pedido formulado na inicial, para excluir interpretação que conduza à atribuição do ônus relativo à gratuidade quer à pessoa jurídica que preste os serviços - e sabemos a dificuldade que existe para majorar-se tarifa -, quer aos demais usuários do serviço público. Que o Estado assumira o resultado do que criado. Ele não pode simplesmente cumprimentar com o chapéu alheio; ele não pode transferir a terceiros ônus que haja criado. Não vejo outra justificativa para a referência, no artigo 230, ao próprio Estado. A menos que também caminhe no sentido de entender que terá de haver a divisão do ônus presente a família - a família do idoso - e a sociedade.

Há ainda o problema do vício quanto à iniciativa no que o § 2º do artigo 39 versa que "nos veículos de transporte coletivo, de que trata este artigo" - e aqui a norma é específica, não é geral -, "serão reservados 10% dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente

para idosos". A frase aqui está meio solta, pelo menos na reprodução, no espelho, que recebi.

Será que cabe à União normatizar a prestação de serviço municipal? A meu ver, não, presente o disposto no inciso V do artigo 30 da Constituição Federal, consoante o qual cumpre ao município, ao Poder Legislativo municipal:

organizar e prestar, diretamente sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Então, confiro à primeira parte do artigo 39 interpretação conforme à Carta, como já mencionei, e concluo pela inconstitucionalidade do § 2º do artigo 39, lembrando que, na sessão de segunda-feira, se não me falha a memória, o Tribunal placitou uma lei que jungia a previsão de gratuidade, não me lembro bem em que setor, à necessária fonte de custeio.

É como voto na espécie.



19/09/2007

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.768-4 DISTRITO FEDERALV O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Senhora Presidente, registro, inicialmente, a satisfação com que ouvi as sustentações orais da tribuna desta Corte, feitas pelos ilustres Advogados e pelo Senhor Ministro Advogado-Geral da União. Destaco, em particular, a sustentação oral do ilustre Dr. Marcelo Proença, que foi meu competente Assessor, aqui, no Supremo Tribunal Federal.

Entendo, Senhora Presidente, antes de mais nada, que o princípio da solidariedade, que constitui um dos objetivos fundamentais da República, rege, informa e permeia o texto de nossa Constituição, erigindo-se, por isso mesmo, como expressivo vetor interpretativo de suas cláusulas, notadamente aquela que dispensa proteção às pessoas idosas, que devem ser amparadas pela família, pelo Estado e, também, pela sociedade.

Entendo, com toda vênia, que a eminente Ministra-Relatora, em seu magnífico voto, bem resolveu a controvérsia constitucional suscitada nesta sede processual, afastando as alegações que se opõem à norma legal em questão e reconhecendo a



ADI 3.768 / DF

inocorrência de ofensa à garantia constitucional **pertinente** à equação econômico-financeira dos contratos administrativos de concessão de serviços públicos, **mesmo porque**, como aqui já foi salientado, a norma **inscrita** no art. 230, § 2º, da Constituição, **enquanto** cláusula **revestida** de eficácia plena e de aplicabilidade imediata e integral, **desde** a promulgação da nossa Constituição, em 05 de outubro de 1988, **íntegra e compõe, como marco regulatório, o regime jurídico** das concessões e permissões, **em tema** de prestação de serviços públicos.

Também entendo, como o faz a eminente Ministra-Relatora, **que não se mostra cabível**, no caso, **a invocação** da cláusula da "reserva do possível", **consideradas** as próprias razões que Sua Excelência **expôs** em seu substancioso voto.

Por isso, Senhora Presidente, **e pedindo** vênias, **acompanho**, integralmente, **o magnífico** voto proferido pela eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA.

É o meu voto.



/csm.
/fr.

19/09/2007

TRIBUNAL PLENO

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.768-4 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Presidente): Também acompanho integralmente a Relatora para julgar improcedente a ação.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.768-4

PROCED.: DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS

- NTU

ADV.(A/S) : LUIZ ALBERTO BETTIOL E OUTRO(A/S)

REQDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

REQDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

INTDO.(A/S) : ASSOCIAÇÃO DOS USUÁRIOS DE TRANSPORTES COLETIVOS DE


ÂMBITO NACIONAL - AUTCAN

ADV.(A/S) : JOÃO BATISTA DE SOUZA

Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta, nos termos do voto da Relatora, vencido, em parte, o Senhor Ministro Marco Aurélio, que emprestou interpretação conforme a Carta à primeira parte do artigo 39, excluindo toda interpretação que afaste o ônus do próprio estado e, no tocante ao § 2º, concluiu pela inconstitucionalidade, nos termos de seu voto. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Falaram, pelo requerente, o Dr. Marcelo Proença Fernandes, pela *amicus curiae*, o Dr. Ruber Marcelo Sardinha e, pela Advocacia-Geral da União, o Ministro José Antônio Dias Toffoli. Plenário, 19.09.2007.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármem Lúcia e Menezes Direito.

Procurador-Geral da República, Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza.


Luiz Tomimatsu
Secretário