EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Protocolado SEI nº 29.0001.0085288.2019-09

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR Nº 666, DE 26 DE NOVEMBRO DE 1991, DO ESTADO DE SÃO PAULO. DECRETO ESTADUAL Nº 34.753, DE 1º DE ABRIL DE 1992. RESOLUÇÃO CONJUNTA SS/STM Nº 3, DE 9 DE JUNHO DE 2004. SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL. TRANSPORTE COLETIVO INTERMUNICIPAL. GRATUIDADE. PESSOA COM DEFICIÊNCIA. EXCLUSÃO DO MODAL INTERMUINICIPAL NÃO METROPOLITANO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 227, *CAPUT*, 278, IV, E 280 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

1. Gratuidade do transporte intermunicipal a pessoas com deficiência com capacidade laborativa reduzida ou inexistente. Necessidade de interação integral da pessoa com deficiência à sociedade, inclusive proporcionando transporte para outro Município.

2. Direito da pessoa com deficiência assegurado constitucionalmente e não protegido por meio de lei estadual, restrita ao transporte coletivo metropolitano.

3. Violação dos artigos 277, *caput*, 278, IV, e 280 da Constituição Estadual. Decisão manipulativa aditiva ou inconstitucionalidade por omissão parcial.

O **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, VI, da Lei Complementar Estadual nº

734, de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, IV, da Constituição da República, e ainda no art. 74, VI, e no art. 90, III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado, vem promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face **da expressão "transporte coletivo urbano de responsabilidade do Estado" do art. 1º, *caput*, da Lei Complementar nº 666, de 26 de novembro de 1991, e, por arrastamento, da expressão "transporte coletivo urbano de responsabilidade do Estado" dos arts. 1º, *caput*, e 4º, *caput*, do Decreto nº 34.753, de 1º de abril de 1992, e, também por arrastamento, da expressão "transporte coletivo regular em região metropolitana" dos arts. 1º, 4º e 12 da Resolução Conjunta SS/STM nº 3, de 9 de junho de 2004, das Secretarias Estaduais da Saúde e de Transportes Metropolitanos, do Estado de São Paulo, para decisão manipulativa aditiva, ou, subsidiariamente, para que, em se declarando a omissão normativa parcial, seja fixado prazo para saná-la,** pelos fundamentos expostos a seguir:

I – OS DISPOSITIVOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei Complementar nº 666, de 26 de novembro de 1991, do Estado de São Paulo, que "autoriza o Poder Executivo a conceder isenção de tarifas de transporte às pessoas portadoras de deficiência", tem, na parte que aqui interessa, a seguinte redação:

> **Art. 1º - Ficam isentos do pagamento de tarifas nos serviços de transporte coletivo urbano de responsabilidade do Estado:**
>
> I – as pessoas portadoras de deficiência cuja gravidade comprometa sua capacidade de trabalho, bem como o menor de 14 (quatorze) anos, portador de deficiência que igualmente justifique o benefício;
>
> II – os maiores de 65 (sessenta e cinco) anos.

> Parágrafo único – A isenção de que trata este artigo poderá ser estendida a um acompanhante do deficiente, devidamente registrado junto à entidade ou órgão prestador do serviço, atendidas as condições fixadas em regulamento.

A lei complementar estadual foi regulamentada pelo Decreto Estadual nº 34.753, de 1º de abril de 1992, que disciplina as condições para a concessão da gratuidade:

> DECRETO N. 34.753, DE 1.º DE ABRIL DE 1992
>
> *Regulamenta a Lei Complementar n.º 666, de 26 de novembro de 1991, que concede isenção de pagamento de tarifas de transporte coletivo urbano e dá providências correlatas*
>
> LUIZ ANTONIO FLEURY FILHO, Governador do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, Decreta:
>
> **Artigo 1.º - A isenção de pagamento de tarifas nos serviços de transporte coletivo urbano de responsabilidade do Estado, de que trata a Lei Complementar n.º 666, de 26 de novembro de 1991, fica regulamentada nos termos deste decreto.**
>
> Artigo 2.º - A concessão de isenção às pessoas portadoras de deficiência dependerá de avaliação por equipe multiprofissional, realizada em unidade médica da Secretaria da Saúde.
>
> § 1.º - A avaliação de que trata o "caput" deverá levar em conta o comprometimento da capacidade de trabalho, em decorrência da gravidade da deficiência de que é portadora, considerando o impedimento ou a dificuldade no exercício de suas funções orgânicas, bem como as limitações

na execução de atividades de forma autônoma e independente.

§ 2.º - No caso do menor de 14 (quatorze) anos a avaliação estará restrita à gravidade da deficiência e às limitações dela decorrentes.

Artigo 3.º - Realizada a avaliação, deverá ser entregue à pessoa portadora de deficiência laudo, do qual deverá constar:

I - dados de identificação;

II - informações sobre a gravidade da deficiência da qual é portadora;

III - manifestação conclusiva sobre o comprometimento da capacidade de trabalho;

IV - declaração sobre a necessidade de um acompanhante, em virtude das limitações de autonomia e independência;

V - condições de reavaliação.

Parágrafo único - No caso do menor de 14 (quatorze) anos de idade deverá constar do laudo o mencionado nos incisos I, II, IV e V deste artigo, exigindo-se nova avaliação quando completar a aludida idade.

Artigo 4.º - De posse do laudo, a pessoa portadora de deficiência poderá se cadastrar junto às empresas concessionárias ou permissionárias de transporte coletivo urbano de responsabilidade do Estado, na forma a ser disciplinada por resolução do Titular da Pasta que a empresa estiver vinculada.

Parágrafo único - O cadastramento do acompanhante somente deverá ser efetuado quando do laudo de avaliação constar sua expressa necessidade.

Artigo 5.º - O Secretário da Saúde, mediante resolução, definirá:

I - a composição da equipe multiprofissional, responsável pela avaliação;

II - as unidades médicas da Pasta capacitadas a realizar a avaliação;

III - modelo do laudo a ser expedido.

Artigo 6.º - Deverá ser dada ampla divulgação dos locais para avaliação e cadastramento, bem como dos procedimentos exigidos para estes fins.

Artigo 7.º - O uso indevido da isenção de que trata este decreto acarretará o cancelamento do cadastramento, sem prejuízo das sanções penais e civis cabíveis.

Artigo 8.º - Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos será exigida apenas a apresentação da carteira de identidade para fazer jus ao benefício.

Artigo 9.º - Fica estabelecido o prazo de 60 (sessenta) dias para a conclusão das medidas operacionais e administrativas que se fizerem necessárias à efetiva implantação da isenção de que trata deste decreto.

Artigo 10 - Ficam os Secretários dos Transportes Metropolitanos e da Infra-Estrutura Viária autorizados a editar normas complementares definindo os percursos e linhas de serviços de transporte coletivo urbano, abrangidos por este decreto, para a consecução dos objetivos nele tratados.

Artigo 11 - A isenção, de que trata o artigo 2.º da Lei Complementar n.º 666, de 26 de novembro de 1991, dependerá de decreto especifico a ser editado quando das

> situações de calamidade pública ou de grave crise social ou econômica.
>
> Artigo 12 - Os representantes da Fazenda do Estado nas empresas por ela controladas deverão promover a necessária adaptação dos respectivos Estatutos Sociais às disposições deste decreto, de modo a tornar efetiva a isenção nele referida.
>
> Artigo 13 - Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

E, por fim, a Resolução Conjunta SS/STM nº 3, de 9 de junho de 2004 (das Secretarias Estaduais da Saúde e de Transportes Metropolitanos), que dispõe na parte que aqui interessa:

> Os Secretários de Estado dos Transportes Metropolitanos e da Saúde, no uso de suas atribuições, e,
>
> Considerando o disposto na Lei Federal nº 7.853, de 24 de outubro de 1.989, que estabelece o apoio às pessoas com deficiência, sua integração social, a tutela jurisdicional de interesse coletivo, regulamentada pelo Decreto Federal n.º 3.298, de 20 de dezembro de 1.999;
>
> Considerando as disposições da Lei Complementar Estadual nº 666, de 26 de novembro de 1.991, autorizando o Poder Executivo a conceder a isenção de tarifas de transporte coletivo regular às pessoas com deficiência e as determinações do Decreto Estadual nº 34.753, de 1° de abril de 1.992, que a regulamentou;
>
> Considerando que compete à Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos disciplinar o serviço público de transporte coletivo regular em região metropolitana, por força da Lei nº 7.450, de 16 de julho de 1.991 e demais Regulamentos;

Considerando que a isenção tarifária tem por objetivo oferecer melhores condições para a integração das pessoas com deficiência, incentivando-as a evitar o isolamento e a se locomoverem em busca de atividades que possam enriquecer sua existência, facilitando inclusive a busca pela reabilitação, de forma a cooperar, o quanto possível, para que continuem indivíduos produtivos e participantes na sociedade; e, considerando, finalmente, que é necessário estabelecer critérios técnicos comuns referentes a isenção do pagamento de tarifas de transporte às pessoas com deficiência,

RESOLVEM:

Artigo 1° - A presente resolução disciplina a concessão de isenção do pagamento de tarifas de transporte coletivo regular em região metropolitana às pessoas com deficiência, cuja gravidade comprometa sua capacidade de trabalho, bem como aos menores de 16 (dezesseis) anos, com deficiência. (Alterado pela Resolução Conjunta SS/STM – n° 04, de 22 de dezembro de 2004).

(...)

Artigo 4° - A isenção do pagamento de tarifa de que trata esta resolução deverá ser concedida nas linhas do METRÔ de São Paulo, nas linhas de trens da CPTM e nas linhas de ônibus, micro-ônibus e trólebus, de característica comum, gerenciadas pela EMTU/SP, e operadas por concessionária, permissionária, autorizada ou contratada de serviço público de transporte coletivo regular em região metropolitana.

(...)

Artigo 12 – As empresas operadoras do serviço público de transporte coletivo regular em região metropolitana

> **deverão aceitar a Carteira de Identificação do Passageiro Especial – CIPES expedida em favor da pessoa com deficiência e de seu acompanhante, dispensando-os do pagamento de tarifas em seus serviços.**
>
> (...)

De tais normas extrai-se que, no Estado de São Paulo, **não existe previsão de concessão de gratuidade do transporte intermunicipal às pessoas com deficiência, à exceção na região metropolitana.**

Daí porque, há a necessidade de declarar-se a inconstitucionalidade para que, além da hipótese do transporte coletivo urbano metropolitano, seja também entendido, por meio de **decisão construtiva ou manipulativa aditiva**, que a isenção de tarifa se aplica a todo o transporte intermunicipal, **ou**, caso não se entenda desta forma, que se declare a **inconstitucionalidade por omissão parcial** e se estabeleça prazo para que seja disciplinado o direito.

II – O PARÂMETRO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Os dispositivos normativos impugnados contrariam a Constituição do Estado de São Paulo.

A regra hoje existente no Estado de São Paulo, que **adstringe** a isenção de pessoas com deficiência ao transporte coletivo intermunicipal metropolitano **e exclui** de seu gozo esse importante segmento da sociedade ao modal intermunicipal não metropolitano, é incompatível com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

> **Artigo 277 - Cabe ao Poder Público**, bem como à família, **assegurar** à criança, ao adolescente, ao jovem, ao idoso e **aos portadores de deficiências, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e**

> **comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão.**
>
> .....
>
> **Artigo 278 – O Poder Público promoverá programas especiais,** admitindo a participação de entidades não governamentais e **tendo como propósito:**
>
> .....
>
> **IV – integração social de portadores de deficiências, mediante** treinamento para o trabalho, convivência e **facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos.**
>
> .....
>
> **Artigo 280 - É assegurado, na forma da lei, aos portadores de deficiências** e aos idosos, **acesso adequado** aos logradouros e edifícios de uso público, bem como **aos veículos de transporte coletivo urbano.**

III – A NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

O art. 1°, *caput*, da Lei Complementar Estadual n° 666, de 26 de novembro de 1991, disciplinou **parcialmente** o comando da Constituição Estadual, **prevendo expressamente a concessão de isenção no pagamento de tarifas nos serviços de transporte coletivo urbano de responsabilidade do Estado, às pessoas com deficiência com capacidade de trabalho comprometida.**

Nota-se, com clareza, que a lei pretendeu a exclusão efetiva do transporte intermunicipal alheio à contextura metropolitana.

E, com base em tal disposição, o Decreto Estadual n° 34.753, de 1° de abril de 1992 disciplinou regras a respeito da forma como a gratuidade pode ser auferida, mantendo a limitação ao transporte coletivo urbano.

A Resolução Conjunta SS/STM nº 3, de 9 de junho de 2004, melhor especificou a gratuidade que atinge o transporte urbano em região metropolitana.

Da intepretação de todas as normas estaduais, estabelece-se que a gratuidade do transporte de responsabilidade do Estado às pessoas com deficiência com capacidade laborativa comprometida, abrange apenas o transporte coletivo urbano em região metropolitana - portanto intermunicipal -, entretanto **não atinge a gratuidade do transporte intermunicipal para todas as regiões do Estado.**

Tal conclusão, no entanto, não se afigura a melhor maneira de se cumprir o comando constitucional que, extreme de dúvida, aponta para a **inclusão das pessoas com deficiência em todos os modos de transporte coletivo de competência do Estado-membro**.

Nos termos da Constituição Federal, compete à União, aos Estados, e ao Distrito Federal a proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência (artigo 24, XIV).

A Carta Política também determina, no capítulo reservado à Assistência Social, que se promova a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária (artigo 203, IV).

Além disso, como signatária da **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo**, de 30 de março de 2007 (*New York*), a República Federativa do Brasil se comprometeu a tomar "**as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, <u>em igualdade de oportunidades com as demais pessoas</u>**, ao meio físico, **<u>ao transporte</u>**, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a: a) Edifícios, rodovias, **meios de**

transporte, e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho (...)" (artigo 9° do Decreto Federal n° 6.949/09 – g. n.).

Conforme dispõe o § 3° do art. 5° da Constituição Federal, esse tratado de direitos humanos teve ingresso no ordenamento jurídico nacional com *status* normativo de emenda constitucional, uma vez que versa sobre direitos humanos. Por ser posterior à legislação estadual, ele não se afigura útil como parâmetro de controle de sua constitucionalidade, mas, serve para demonstração da intensa e sensível relevância da questão.

A Constituição Estadual garante o acesso da pessoa com deficiência ao transporte coletivo, lastreada na **premissa basilar** de igualdade de oportunidades com as demais pessoas, o que redunda, no mais das vezes, em medidas para assegurar a acessibilidade ao meio de transporte e, no particular, na gratuidade do mesmo serviço, justificável diante da **carência ou vulnerabilidade econômica do beneficiário.**

A Constituição Paulista diz competir ao Poder Público assegurar a esse importante segmento social os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (art. 277, *caput*) e promover programas especiais de integração social de portadores de deficiências, mediante treinamento para o trabalho, convivência e facilitação do acesso aos bens e **serviços coletivos** (art. 278, IV), **inclusive o transporte** (art. 280).

Como explica a literatura, "os deficientes, em geral, buscam, na verdade, oportunidades iguais de trabalho; noutras palavras, condições de exercer a sua cidadania, especialmente através da adaptação dos logradouros, edifícios e veículos de transporte coletivo. Quando, no entanto, a despeito dessas oportunidades, não puderem prover a própria subsistência, caminho outro não lhes restará senão o socorrido estatal" (Paulo Bonavides, Jorge Miranda e Walber de

Moura Agra, *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 2215).

Essa conclusão ajusta-se à paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal (**ADI 2.649/DF**) sobre a Lei Federal nº 8.899/94, que concede "passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual". Eis a ementa desse precedente:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS - ABRATI. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994, QUE CONCEDE PASSE LIVRE ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA E DO DIREITO DE PROPRIEDADE, ALÉM DE AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FONTE DE CUSTEIO (ARTS. 1°, INC. IV, 5°, INC. XXII, E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPROCEDÊNCIA.
>
> 1. A Autora, associação de associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.153, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 9.9.2005.
>
> 2. Pertinência temática entre as finalidades da Autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida.
>
> 3. Em 30.3.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado.

> 4. **A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados.**
>
> 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente (STF, ADI 2.649/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, 08-05-2008, DJe 17-10-2008, RTJ 207/583).

A lei federal foi tida como constitucional, cumprindo registrar que, no voto vencedor do ilustre Ministro Carlos Britto, ficou consignado verdadeiro elogio à iniciativa, inclusive pelo aspecto relativo à exigência de constatação da carência econômica do beneficiário. Confira-se:

> "E aqui a lei acrescenta a essa condição de portador de deficiência a condição de carência econômica. Essa lei é um ponto de confluência muito interessante entre ação distributivista e ação afirmativa. Vale dizer, a lei promove ao mesmo tempo inclusão social, quando fala do carente econômico, e integração social ou comunitária, quando fala do portador de deficiência, sabido que são, hoje, objetivos constitucionais diferentes. A inclusão social é uma coisa, a integração comunitária é outra coisa. Aliás, a Constituição fala de integração social comunitária três vezes, exatamente a propósito do idoso e dos portadores de deficiência".

Da análise do sistema vigente, assim como acontece com a União, o Estado de São Paulo tem o dever de proporcionar a **total integração** da pessoa com deficiência, **sem limitações que não se mostram razoáveis.** É um dever subjetivo público.

O direito à acessibilidade, advindo de norma constitucional, apresenta-se no ordenamento jurídico interno como norma cogente, com *status* qualificado.

A pessoa com deficiência que tenha capacidade laboral comprometida, atualmente, tem o direito de **utilizar-se gratuitamente** do transporte **interestadual** (segundo o que dispõe a normatização federal) e pode ainda **utilizar-se da mesma maneira no Estado de São Paulo apenas do transporte metropolitano**.

Excluída foi de transportar-se gratuitamente de Município a Município não integrantes da mesma metrópole.

Há **lacuna legislativa** no Estado e que, no entanto, **pode ser suprida por interpretação de regra já existente**, em conformidade com as normas constitucionais que buscam a concretização da garantia de integração da pessoa com deficiência.

A interpretação a ser dada é de que à expressão normativa "transporte coletivo urbano de responsabilidade do Estado" e às demais normas excludentes (que indicam apenas o transporte metropolitano intermunicipal), seja **incluída a gratuidade não apenas para as regiões metropolitanas, mas para todo o transporte intermunicipal de responsabilidade do Estado de São Paulo**, sem exceção.

IV – A TÉCNICA DE DECISÃO CONSTRUTIVA OU MANIPULATIVA ADITIVA NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O quadro colocado admite que, por via judicial, a omissão parcial verificada seja suprida por decisão que acrescente comando à norma legal estadual, mediante a adição de regra de aplicabilidade que exclua qualquer dúvida a respeito.

Como dito, as pessoas com deficiência no Estado de São Paulo podem, atualmente, apenas usufruir da isenção da tarifa de transporte intermunicipal nas

regiões metropolitanas, porém tal normatização limitada não atende ao comando da Constituição Paulista.

Independentemente da região do Estado, a Carta Estadual impõe ao Poder Público assegurar ao portador de deficiência os direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (art. 277, *caput*) e promover programas especiais de integração social de portadores de deficiências, mediante treinamento para o trabalho, convivência e facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos (art. 278, IV), sem se descurar do acesso adequado aos veículos de transporte coletivo (art. 280).

Nesta ordem de ideias, não poderia o legislador infraconstitucional estabelecer limite (espacial ou regional) à aplicação da isenção da tarifa, pena de restar desfigurado o comando maior.

A atual normativa estadual ofende o princípio da igualdade: estabelece nítida distinção entre os iguais, eis que, a pessoa com deficiência que reside na Capital e adjacências, ou em outra região metropolitana, tem o direito a usufruir da isenção de tarifa no transporte intermunicipal (metropolitano), ao passo que as demais pessoas na mesma situação pelo restante do Estado, ou mesmo aquelas que fazem uso do transporte intermunicipal da região metropolitana para o Interior ou o Litoral, não têm o mesmo direito.

Trata-se de discriminação ofensiva não só à igualdade senão ainda à razoabilidade, princípios acolhidos no art. 111 da Constituição Paulista.

Para resolver-se tal situação, e levando-se em conta que as informações obtidas dão conta de morosidade na tramitação de Projeto de Lei que viria a disciplinar o assunto, é de valia que a interpretação a ser dada à expressão "transporte coletivo urbano de responsabilidade do Estado" constante do art. 1°, *caput*, da Lei Complementar n° 666, de 26 de novembro de 1991, e dos arts. 1°, caput, e 4°, *caput*, do Decreto n° 34.753, de 1° de abril de 1992, e à expressão

"transporte coletivo regular em região metropolitana" dos arts. 1°, 4° e 12 da Resolução Conjunta SS/STM n° 3, de 9 de junho de 2004, **faça incidir a gratuidade não apenas para as regiões metropolitanas, mas para todo o transporte intermunicipal de responsabilidade do Estado de São Paulo**.

Trata-se da técnica adotada nas chamadas decisões construtivas ou manipulativas aditivas nas ações diretas de inconstitucionalidade.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso ao discorrer sobre a matéria ensina que a técnica, de origem europeia, consiste na introdução de novos conteúdos nas leis que não seriam extraídos de sua interpretação comum, a fim de compatibilizá-la com a Constituição. E explica:

> "Decisões manipulativas aditivas: Trata-se de técnica de decisão que procura adequar à Constituição um diploma normativo que se considera inconstitucional por omissão parcial, ou seja, que se tem por inconstitucional pelo que deixou de incluir em seu programa normativo, buscando-se ampliar o âmbito de incidência da norma. Essa foi a técnica utiliza pelo Supremo Tribunal Federal para autorizar a interrupção da gestação de fetos anencefálicos. A Corte adicionou às excludentes de ilicitude previstas para o tipo de aborto no Código Penal uma nova excludente de ilicitude, que, a seu ver, decorria diretamente do princípio da dignidade humana, do direito à autonomia e à privacidade da mulher (CP, art. 128).
>
> A doutrina alude a múltiplas subcategorias de decisões aditivas. Fala-se na existência de decisões *aditivas de garantia,* que promoveriam a ampliação dos destinatários de um direito de liberdade ou poder; em decisões *aditivas de prestação,* aludindo-se a julgados que estendem prestações a um grupo ilegitimamente excluído. Há, igualmente, referências às decisões *aditivas de princípio,*

> quando o Tribunal apenas estabelece diretrizes a serem observadas pelo legislador, na produção de normas, e pelas demais instâncias judiciais, no julgamento dos casos. Entretanto, o mais relevante, quanto ponto, é a operação decisória em si, e não propriamente o tipo de conteúdo que se acrescenta. Vale dizer, a técnica corresponde a uma atuação do STF como *legislador positivo,* por meio da qual se acrescenta conteúdo à norma a fim de suprir uma omissão violadora da Constituição." (*Controle Concentrado de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Saraiva, 8ª edição, pp. 111-112).

Observando-se a omissão do texto de lei, permite-se ao Tribunal extrair do comando constitucional normas hábeis a serem acrescentadas à lei declarada inconstitucional.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, estudioso das técnicas de interpretação da Constituição, também ensina acerca da possibilidade de decisões construtivas ou manipulativas aditivas:

> "(...) o recurso a técnicas inovadoras de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral tem sido cada vez mais comum na realidade do direito comparado, na qual os tribunais não estão mais afeitos às soluções ortodoxas da declaração de nulidade total ou de mera decisão de improcedência da ação com a consequente declaração de constitucionalidade.
>
> Além das conhecidas técnicas de interpretação conforme à Constituição, da declaração de nulidade parcial sem redução de texto, da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, da aferição da 'lei ainda constitucional' e do apelo ao legislador, são também muito utilizadas técnicas de limitação ou restrição de efeitos da decisão, o que possibilita a declaração de

inconstitucionalidade com efeitos pro futuro a partir da decisão ou de outro momento que venha a ser determinado pelo tribunal.

(...)

O Supremo Tribunal Federal, quase sempre imbuído do dogma kelseniano do legislador negativo, costuma adotar uma posição de self-restraint ao se deparar com situações em que a interpretação conforme possa descambar para uma decisão interpretativa corretiva da lei.

Ao se analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a decisão interpretativa modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador.

No julgamento conjunto das ADIs 1.105 e 1.127, ambas de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Tribunal, ao conferir interpretação conforme à Constituição a vários dispositivos do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), **acabou adicionando-lhes novo conteúdo normativo, convolando a decisão em verdadeira interpretação corretiva da lei**.

(...)

Em outros vários casos mais antigos, também é possível verificar que o Tribunal, a pretexto de dar interpretação conforme à Constituição a determinados dispositivos, acabou proferindo o que a doutrina constitucional, amparada na prática da Corte Constitucional italiana, tem denominado de decisões manipulativas de efeitos aditivos.

(...)

> Convém observar que, não obstante manifeste-se de forma singular em cada sistema de jurisdição constitucional, a crescente utilização das decisões manipulativas de efeitos aditivos responde a necessidades comuns (...).
>
> Interessante notar que a complexidade de nosso sistema de controle de constitucionalidade emprestou linhas singulares ao fenômeno das decisões manipulativas de efeitos aditivos. O Supremo Tribunal pôde chegar ao resultado aditivo, inovando o ordenamento jurídico, por meio das ações do sistema concentrado de controle, como nas ações diretas decididas com uso de interpretação conforme com efeitos aditivos, mas também mediante decisões prolatadas em julgamentos de ações do sistema de remédios constitucionais individuais, sendo numerosos os casos em que, por exemplo, o veículo da pretensão aditiva foi o mandado de injunção" (*Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO - comentários à Lei n. 9.868/99*, Saraiva, 2012, pp. 534-539).

Além disso, esclarece que:

> "Ulterior esforço analítico termina por distinguir as manipulativas de efeitos aditivos das manipulativas com efeito substitutivo. A primeira espécie, mais comum, verifica-se quando a Corte Constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência. As manipulativas com efeitos substitutivos, por sua vez, são aquelas em que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra, substituindo a disciplina advinda do poder legislativo por outra consentânea com o parâmetro constitucional" (*op. cit.*, p. 542).

É importante ser destacado que a prática já foi utilizada nesse egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo em ação direta de inconstitucionalidade (ADI 2219744-02.2019.8.26.0000). O Relator, Desembargador Doutor Geraldo Wohlers, ao estabelecer a inconstitucionalidade parcial de artigos de lei (orgânica), sem redução de texto, expressamente admite a decisão aditiva. Eis a ementa do precedente:

> "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Artigo 37, incisos I, alínea a, e II, alíneas c e d, da Lei Orgânica do Município de Araras. Restrição das incompatibilidades negocial e profissional no exercício da Vereança ao âmbito municipal e às respectivas pessoas jurídicas da Administração Pública descentralizada.
>
> Dispositivos que contrariam o modelo de incompatibilidades e proibições a membros do Poder Legislativo insculpido nas Constituições federal (artigo 54) e estadual (artigo 15), de observância compulsória pelos Municípios (artigos 29, CF, e 144, CE).
>
> Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, a fim de consignar que as incompatibilidades previstas nas mencionadas alíneas não se restringem à esfera do Município (abrangem também União, Estados-Membros e Distrito Federal) e tampouco às respectivas pessoas jurídicas da Administração Pública descentralizada.
>
> Ação parcialmente procedente."

Transcrição merece o trecho da fundamentação, explicitando a adoção da tese:

> "(...) Como se nota, as disposições normativas objeto da presente ação estão eivadas de vício, uma vez que se omitiram quanto à extensão das incompatibilidades nelas referidas às esferas federal e estadual. Inviável então a

> declaração, na inteireza, de inconstitucionalidade dos incisos impugnados porquanto esse desfecho retiraria do ordenamento municipal hipóteses de incompatibilidades no exercício da Vereança que encontram correspondência na Constituição Federal (incompatibilidades negocial e profissional no âmbito municipal).
>
> Assim, **mais sensato que se adote a técnica manipulativa de efeitos aditivos**, acima explicitada, para que se consigne que as incompatibilidades negocial e profissional enumeradas nos dispositivos vergastados não se restringem à esfera do Município (abrangem também União, Estados-Membros e Distrito Federal) e tampouco às respectivas pessoas jurídicas da Administração Pública descentralizada."

Essa opção, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, revela-se a melhor forma de fixação do direito às pessoas com deficiência que necessitam do transporte gratuito intermunicipal.

Após longos anos da promulgação da Constituição Estadual, até o momento o legislador não tomou providências para colocar a norma às claras, de modo que tal omissão – ainda que parcial – vem prejudicando o exercício de garantias e direitos fundamentais.

Impositiva a declaração da inconstitucionalidade da expressão "transporte coletivo urbano de responsabilidade do Estado" constante do **art. 1°, *caput*, da Lei Complementar n° 666, de 26 de novembro de 1991**, e por arrastamento, da mesma expressão nos **arts. 1°, *caput*, e 4°, caput, do Decreto n° 34.753, de 1° de abril de 1992, e também por arrastamento**, da expressão "transporte coletivo regular em região metropolitana" dos arts. 1°, 4° e 12 da Resolução Conjunta SS/STM n° 3, de 9 de junho de 2004, para que, **ampliando o seu alcance, faça incidir a gratuidade das tarifas não apenas para as regiões metropolitanas, mas, para todo o transporte intermunicipal de responsabilidade do Estado de São Paulo.**

V – O PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

No caso de não acolhimento da tese exposta no item anterior, é de ser reconhecida, ao menos, a inconstitucionalidade por omissão parcial e a fixação de prazo para a edição da norma, colmatando a grave e lesiva lacuna reveladora de omissão lesiva e débito insofismável ao dever de legislar.

Pelos motivos já expostos, não se olvida que o Estado de São Paulo deixou de obedecer a comando constitucional estadual e, **parcialmente**, não disciplinou direito cabível às pessoas com deficiência em situação de capacidade laborativa comprometida.

A normativa estadual vigente é limitada, não dá efetividade à garantia da integração às pessoas com deficiência. Como dito alhures, **ofende o princípio da igualdade**: estabelece nítida distinção entre os iguais, eis que a pessoa com deficiência que reside na Capital e adjacências, tem o direito a usufruir da isenção de tarifa no transporte intermunicipal (metropolitano), ao passo que as demais pessoas na mesma situação pelo restante do Estado, ou mesmo aquelas que fazem uso do transporte intermunicipal da região metropolitana para o interior ou litoral, não têm o mesmo direito.

Restando assente a parcial lacuna legislativa, o pedido subsidiário de declaração de inconstitucionalidade por omissão é perfeitamente admissível.

Incorporando a fundamentação acima dedicada relativamente ao direito violado e a incompatibilidade com a Constituição, quando a falta de efetividade da norma constitucional se instala, frustrando a supremacia da Constituição e da disciplina das garantias fundamentais, cabe ao Judiciário suprir o déficit de legitimidade democrática da atuação dos demais Poderes.

A Constituição é composta de normas jurídicas dotadas de supralegalidade. Atributo das normas constitucionais é sua imperatividade. Descumpre-se a imperatividade de uma norma constitucional quer quando se adota uma conduta por ela vedada – em violação a uma norma proibitiva -, quer quando se deixa

de adotar uma conduta por ela determinada – em violação de uma norma preceptiva. Porque assim é, a Constituição é suscetível de violação tanto por ação como por omissão. (Luís Roberto Barroso, O *controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 279).

Na hipótese que se apresenta, a omissão normativa reclama intervenção excepcional do Judiciário para a realização da vontade constitucional.

A propósito, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que:

> "Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público." (STF, ADI 1.439-DF, Rel Min. Celso de Mello, DJ 30.05.2003)

A norma constitucional em pauta não possui eficácia plena imediata, exigindo que seja disciplina e especificada por lei, no caso a estadual. Embora existam outras classificações quanto à eficácia das normas constitucionais, no que diz à sua aptidão para produção de efeitos no mundo jurídico é convincente aquela proposta por José Afonso da Silva, que as separa em: (a) normas de eficácia plena (*self-executing* ou "autoexecutáveis"); (b) normas de eficácia contida (ou de conteúdo "restringível"); (c) normas de eficácia limitada (*not self-executing*, ou "não autoexecutáveis").

Sabe-se que as primeiras (normas de eficácia plena) produzem efeitos imediatos, independentemente de edição de normas infraconstitucionais. As da segunda categoria, por sua vez, são aquelas que produzem efeitos imediatos

mesmo sem serem regulamentadas, mas estão sujeitas a delimitação ou restrições por norma infraconstitucional. As da última categoria são esvaziadas de eficácia imediata, só concretizando a promessa constitucional nelas contida com a edição da legislação infraconstitucional pertinente ao tema (José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 63 e ss).

A ausência de iniciativa do Poder Executivo, no sentido de produzir o ato normativo em conformidade com os parâmetros constitucionais, estabelecendo a gratuidade no transporte intermunicipal (integral) às pessoas com deficiência que tenha comprometida a atividade laboral, indica de modo claro a prevalência da omissão normativa, levando a concluir que sem a intervenção jurisdicional, com o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, a lacuna infraconstitucional não encontrará solução.

A omissão para tornar efetiva norma constitucional de eficácia limitada encontra reparo por meio da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. É o que dispõe o § 4° do art. 90, da Constituição Estadual (que reproduz, com adaptações, a previsão contida no art. 103, § 2°, da CF):

O Supremo Tribunal Federal tem, há muito, reafirmado a necessidade de firme combate às omissões normativas inconstitucionais, que se revelam tanto na ausência de norma infraconstitucional como na sua insuficiência para dar concretude às diretrizes estabelecidas na Constituição Federal (ADI 1.458-MC, Rel. Min. Celso de Mello, 23-05-1996, DJ de 29-09-1996).

Esse colendo Órgão Especial contribuiu eficientemente para a superação de omissão inconstitucional em face da inexistência de percentual legal de cargos de provimento em comissão reservados a servidores de carreira (ADO 0140894-75.2013.8.26.0000, Rel. Des. Ferreira Rodrigues).

A doutrina, do mesmo modo, anota que a **ação direta de inconstitucionalidade por omissão** é instrumento de "defesa da integralidade

da vontade constitucional. É procedimento apropriado para a declaração da mora do legislador, com o consequente desencadeamento, por iniciativa do próprio órgão remisso, do processo de suprimento da omissão inconstitucional" (Clèmerson Merlin Clève, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro,* 2. ed., São Paulo, RT, 2000, pp. 339-340).

Esse quadro demonstra o acerto da solução da doutrina e da jurisprudência que vislumbram a possibilidade de suprimento da omissão normativa infraconstitucional pela própria decisão proferida no controle concentrado.

Dirley da Cunha Júnior (*Controle judicial das omissões do poder público*, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 547) põe a questão em destaque, observando que:

> "para além da ciência da declaração da inconstitucionalidade aos órgãos do Poder omissos, é necessário que se estipule um prazo razoável para o suprimento da omissão. Mas não é só. A depender do caso, expirado esse prazo sem que qualquer providência seja adotada, cumprirá ao Poder Judiciário, se a hipótese for de omissão de medida de índole normativa, dispor normativamente sobre a matéria constante da norma constitucional não regulamentada. Essa decisão, acentue-se, será provisória, terá efeitos gerais (erga omnes) e prevalecerá enquanto não for realizada a medida concretizadora pelo poder público omisso (...)".

No mesmo sentido é o pensamento de Luís Roberto Barroso, formulando críticas à interpretação restritiva do alcance do instituto aqui empregado (O *controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., pp. 208-214), bem como o magistério de Clèmerson Merlin Clève (*A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, cit., pp. 349-350).

Em suma, caso o pedido de declaração de inconstitucionalidade mediante decisão manipulativa aditiva não seja acolhido, será pertinente a fixação de prazo para que a lacuna seja eliminada, bem como a determinação de que, na hipótese de persistência da omissão, como decorrência da eficácia vinculante da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, seja determinado o direito à isenção de tarifa às pessoas com deficiência do transporte intermunicipal para todo o Estado de São Paulo.

VI – O PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer-se o recebimento e o processamento da presente ação declaratória, para que, ao final, seja julgada procedente, declarando-se a inconstitucionalidade **da expressão "transporte coletivo urbano de responsabilidade do Estado" constante do art. 1°, *caput*, da Lei Complementar n° 666, de 26 de novembro de 1991, e por arrastamento, da mesma expressão "transporte coletivo urbano de responsabilidade do Estado" dos arts. 1°, caput, e 4°, caput, do Decreto n° 34.753, de 1° de abril de 1992, e, também por arrastamento, da expressão "transporte coletivo regular em região metropolitana" dos arts. 1°, 4° e 12 da Resolução Conjunta SS/STM n° 3, de 9 de junho de 2004, do Estado de São Paulo**, a fim de que, ampliando o seu alcance por decisão manipulativa aditiva, **faça incidir a gratuidade do transporte** às pessoas com deficiência com capacidade laborativa comprometida **não apenas para as regiões metropolitanas, mas para todo o transporte intermunicipal de responsabilidade do Estado de São Paulo, sem exceção.**

Caso não seja acolhido pedido principal, roga-se que: **(a) se declare a existência de mora legislativa do Estado de São Paulo**, quanto à edição de norma que concede à pessoa com deficiência com capacidade laborativa comprometida, o direito à isenção de tarifa do transporte intermunicipal em todo o Estado, independentemente da região; **(b)** seja dada **ciência** ao Governador do Estado de São Paulo e ao Presidente da Assembleia Legislativa, **fixando-se prazo razoável sucessivo para o encaminhamento de proposta legislativa e**

para a edição de lei e demais normas, imprescindíveis à concretização das diretrizes constitucionais já consignadas; **(c) persistindo a omissão após o decurso desse prazo**, seja **assegurada a gratuidade nos mesmos termos em que concedida pela legislação estadual vigente** (Lei Complementar nº 666, de 26 de novembro de 1991, Decreto Estadual nº 34.753, de 1º de abril de 1992, e Resolução Conjunta SS/STM nº 3, de 9 de junho de 2004) até a edição de normativas próprias.

Requer-se, ainda, a requisição de informações à Assembleia Legislativa e ao Governador do Estado de São Paulo, e a citação da digna Procurador-Geral do Estado, protestando por nova vista, posteriormente, para manifestação final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 05 de junho de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

dfm

Protocolado SEI nº 29.0001.0085288.2019-09

Interessado: Promotoria de Justiça de Ibaté

Assunto: isenção de tarifa do transporte intermunicipal às pessoas com deficiência que tenham capacidade laborativa comprometida

1. Distribua-se a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade.

2. Oficie-se ao interessado, informando a propositura da ação, com cópia da petição inicial.

São Paulo, 05 de junho de 2020.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

dfm