Peça

•••

PEÇA PROCESSUAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVANTE: JOSINALDO FERREIRA

AGRAVADA: SUPERVIA CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO S.A.

PROCESSO Nº 0036334-67.2019.8.19.0000

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Pretensão de efetividade do direito fundamental à igualdade de pessoas em situação desigual. Portadores de deficiência ou mobilidade reduzida com necessidade de adequação da estação ferroviária de Agostinho Porto, para viabilizar o acesso ao serviço de transporte. Requerimento de concessão da tutela de urgência indeferido. Contraste com o direito fundamental de efetividade imediata para tutela da dignidade da pessoa e do acesso ao transporte, prevista nos artigos 1º, inciso III, e 6º da Constituição da República. Direito fundamental de aplicabilidade imediata, onde nem mesmo a ausência de lei impede o seu exercício, conforme o art. 5º, LXXI da Constituição da República, que determina que se concederá mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício: dos direitos e liberdades constitucionais (arts. 5º a 11); das prerrogativas inerentes à nacionalidade (art. 12); à soberania (popular arts. 14 a 16); à cidadania (art. 1º, II, art. 22, XIII), onde se inclui o direito à igualdade entre os desiguais, e ao transporte (art. 5º, inciso, I e art. 6º). Direito reafirmado pelas leis ordinárias federais através do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Pessoa com deficiência. *Prazo legal para implantação das adaptações não cumprido desde o ano de 2014, depois de 10 anos do termo ad quo do decreto regulamentar.* Tutela cautelar que se presta a aperfeiçoar a Democracia no Estado contemporâneo, como meio de controle de efetividade da Constituição, e deve se utilizar do mesmo princípio do mandado de injunção, fundado na equidade, para dar cumprimento a preceito constitucional de aplicabilidade imediata, até as medidas que serão impostas no

exame de mérito. Juízo adequado de equidade à situação posta em análise, para determinar que a concessionária disponibilize funcionários nas suas plataformas de embarque, de forma a auxiliar as pessoas portadoras de deficiência ou mobilidade reduzida; preste esse serviço durante todo o tempo de utilização do transporte; possibilite acesso em local diferente do ingresso dos demais passageiros; preste auxílio até o embarque no interior do vagão; seja aplicada multa diária de R\$ 10 mil reais por dia de descumprimento das medidas; fixado o prazo de 60 dias para adequação de todas as unidades de embarque ao determinado pela lei ordinária federal; comunicação ao poder concedente, de que a concessionária está desrespeitando o artigo 46 e parágrafo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, determinante da rescisão de contrato. Substituição da interlocutória por acórdão de deferimento da cautela nos termos suprarreferidos.

Egrégia Câmara,

O agravante insurge-se contra a decisão interlocutória (doc. 0000048 dos autos originários), que indeferiu o pedido de tutela de urgência em ação objetivando compelir a concessionária de transporte ferroviário a adaptar a estação de Agostinho Porto às condições de acessibilidade.

O autor sustenta, em suas razões (doc. 000002), que: (i) as fotos acostadas na exordial já comprovam que o agravante, além de ser pessoa muito humilde, suporta na estação em comento situação vexatória, até porque não há qualquer tipo de acesso para portadores de deficiência ou de mobilidade reduzida, havendo, sim, verdadeira escadaria para acesso às plataformas; (ii) existe falha na prestação de serviço que, como concessão regulada pela Lei nº 8.987/95, pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme as normas pertinentes e o respectivo contrato; (iii) como se trata de responsabilidade objetiva, desnecessária a prova da culpa, bastando o dano e o nexo de causalidade, para que exsurja o dever de indenizar, visível nas fotos anexadas aos autos; (iv) não há como não imaginar a ocorrência de lesões de ordem psíquica pelo fato de o agravante enfrentar verdadeira *via crucis* para acessar as composições férreas da agravada, toda vez que necessita se locomover; (v) não foi considerada a situação vexatória que vem repercutindo na honra e na dignidade da parte autora, violando seu direito de ir e vir, cabendo ainda ressaltar que, considerando o objeto da presente ação, é necessária a urgência na concessão da medida para coibir a prática abusiva da empresa agravada e assegurar, com brevidade, o direito social do agravante e de todos os usuários do serviço de transporte público, como mecanismo de inclusão social e forma de lhes assegurar o desempenho de suas atividades com independência; (vi) foi demonstrada toda a humilhação sofrida pelas pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida através das fotos que evidenciam a dificuldade de obterem acesso à plataforma para embarque

na estação em comento, necessitando da ajuda de terceiros, evidenciando a *via crucis* suportada e, ainda assim, foi indeferida a tutela de urgência, sob o fundamento de que não estão presentes os requisitos ensejadores da concessão da medida e, ainda, de que as alegações da parte autora não estão revestidas de verossimilhança; (vii) pugna, então, pela concessão do efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento do recurso para ser concedida a tutela de urgência.

Decisão indeferindo a concessão do efeito suspensivo (doc. 000014).

Contrarrazões da parte ré (doc. 000020), rogando pelo desprovimento do recurso e, conseqüentemente, pela manutenção da decisão agravada.

Vejamos a quem assiste razão.

PRELIMINARMENTE

A própria natureza do direito fundamental de igualdade aos desiguais, em que nem mesmo a ausência de lei impede sua efetividade, afasta qualquer esforço em restringir sua legitimação para tutela.

Nesse sentido, a lei ordinária federal, através do Código de Defesa do Consumidor, reafirma sua importância ao conferir legitimação às suas vítimas nas situações de consumo, onde não seja observada a igualdade aos usuários portadores de deficiência ou mobilidade reduzida nos serviços de transporte e, com mais forte razão, quando efetuados por concessionárias de transporte público.

Nesse sentido o art. 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em *juízo individualmente*, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

(...)

III – interesses ou *direitos individuais homogêneos*, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Tratando-se de direito fundamental de efetividade imediata, qualquer restrição à sua efetividade contrasta com os comandos da Constituição da República.

Nesse sentido, cabe lembrar que a forma é exigida por razões de segurança e não pode legitimar a insegurança da ineficácia de um direito fundamental, pois processo é meio, não fim em si mesmo!

A omissão do Poder Público é causa geradora de obrigações de sua parte, devendo fornecer condições de vida digna aos cidadãos.

Se a pretensão deduzida pelo agravante apresenta a circunstância fática de, uma vez atendida, favorecer a dezenas, centenas de outros moradores da mesma região, revelando interesse homogêneo ou coletivo, *tal fato não retira a legitimidade e o interesse do particular na demanda, pelo contrário, o reafirma.*

Não se deve esquecer que o transporte acessível é condição para a própria dignidade da pessoa humana, fonte primeira de todos os demais direitos fundamentais garantidos pela Constituição da República (art. 1º, II e III).

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

Desta forma, salta aos olhos a legitimidade ativa do agravante e seu interesse em acionar a concessionária de transporte ferroviário para que preste serviço de qualidade e adequado ao fim a que se destina.

NO MÉRITO

Em outras palavras estamos tratando de direito social fundamental de efetividade imediata, onde a correlação hipotética entre o direito e o titular que o pretende em juízo é adequada, não se devendo confundir efeitos de *fato* da sentença de mérito, com os limites *subjativos* da *coisa julgada*.

No Direito Romano “a coisa julgada entre uns não prejudicava outros” (*Res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciunt*) (1 D.44.22). Além desta passagem de Ulpiano, há uma resposta de Paulo que merece ser considerada a esse propósito: Lúcio Tício agiu criminalmente contra Gaio Seio por esse havê-lo injuriado. O Prefeito pretório sentenciou não ter havido qualquer injúria. Perguntou-se então se as testemunhas falazes deviam ser tidas por infames. Respondeu Paulo: “Não convém que a sentença, justa ou injusta, pronunciada contra um prejudique outro” (*non oportet ex sententia, sive iusta sive iniusta, pro alio habita alium pregravari*) (21 D.3.2).¹

Já no Direito germânico a sentença poderia atingir quem quer que dela tivesse notícia e, por isso mesmo, são vários ali os meios de intervenção de terceiros.²

Da fusão dessas duas tendências, provém, no Direito comum, de um lado, a limitação dos efeitos do julgado aos litigantes e, do outro, a possibilidade de terceiros intervirem na causa.

¹ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. p.478. vol. I.

² CHIOVENDA. *Instituições*. p. 572. vol. I.

Isso não significa que a sentença não seja sentença para os não contendores. Ao contrário: ela é FATO jurídico que a ninguém é dado desprezar: todos, partes ou terceiros, estão diante de um fato histórico, relevante para o Direito e que não pode ser apagado da realidade. Apenas esse FATO não pode trazer prejuízo para os que não estiverem em litígio, ou melhor, para os que não estiveram no processo.

Isso não significa que DE FATO não possa advir da sentença um prejuízo para terceiro. Chiovenda figura a hipótese da sentença que diminuiu o patrimônio de alguém e que, DE FATO, lhe prejudica o herdeiro; e da que reconhece novos débitos de um indivíduo e, DE FATO, lhe prejudica os credores. Haveria prejuízos DE DIREITO, se essas sentenças negassem o direito de sucessão e o de crédito, respectivamente.

A sentença, portanto, pode alterar a situação DE FATO de terceiros, mas não a situação jurídica. O fato de uma sentença afirmar que Tício é herdeiro de Caio não impede que também Cícero o seja. Pode é, DE FATO e por via de consequência, diminuir o quinhão de Cícero. Ou, melhor: não diminui, propriamente, mas impede que Cícero receba o que, de direito, deve pertencer a Tício.

A coisa julgada, portanto, opera de *iure, inter partes*, mas de fato, *erga omnes*. A doutrina fala aqui dos efeitos reflexos da coisa julgada, caso particular da teoria de Lhering sobre os efeitos reflexos dos fatos jurídicos.³

Nas questões relativas ao estado civil das pessoas a coisa julgada opera *adversus omnes*: a sentença declara ou constitui situação de Direito material que não varia. Se, por exemplo, o juiz anula um casamento, as partes voltam a ser solteiras, não apenas uma perante a outra, mas diante de todos.⁴

No nosso caso específico, a sentença como fato beneficiará todos os demais usuários com necessidades especiais que estão privados do acesso adequado à estação ferroviária de Agostinho Porto.

Portanto, é importante sempre repetir que, para que se possa invocar a coisa julgada, é preciso que a mesma coisa (*eadem res*) seja novamente pedida pelo mesmo autor contra o mesmo réu (*eadem personae*) e sob o mesmo fundamento de fato (*eadem causa petendi*).

Assim, quando se fala em limites objetivos da coisa julgada, se está referindo aos parâmetros do que foi pedido em juízo, ou seja, da pretensão do autor, objeto do processo. Quando se refere a limites subjetivos, se fala em partes da relação jurídico-processual, ou seja, os atores processuais que têm correlação hipotética entre o direito pretendido em juízo e a titularidade para a sua defesa.

³ Sobre a extensão da coisa julgada a terceiros: ALLORIO, *La Cosa Giudicata rispetto ai Terzi*: HOFMANN, *Über das Wesen die subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, p. 37 e ss.; NOSEK, *Die Rechtswirkungen des Urteils gegen dritte Personen*. ROSENBERG, *Lehrbuch*, par. 152, p. 514, par. 157, p. 532 e ss.; LIEBMAN. *Eficácia e Autoridade da Sentença*, p. 73 e ss., que contesta a possibilidade de conciliar a teoria dos efeitos reflexos com a natureza atributiva que ele empresta à coisa julgada. Tornaghi sustenta que este não tem razão, pois a coisa julgada, mesmo de acordo com a concepção de Liebman, torna imutável a decisão e o problema está em saber se ela é inalterável apenas para as partes ou também para terceiros. *Instituições*, vol. I, p. 479.

⁴ ALLORIO, *ob. cit.*, LIEBMAN. A coisa julgada nas questões de Estado. Artigo publicado na *Revista La Ley*, Buenos Aires, 1939. Publicado na *Revista Forense*, p. 272 e ss. vol. 82.

Nesse sentido, estabelece a Constituição da República como direito fundamental de natureza social e dever do Estado de efetividade imediata, o acesso ao transporte, que está sendo negado pelas condições a que está sendo submetido o autor, que depende do serviço de transporte ferroviário.

Art. 6º – São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Os Direitos sociais têm aplicação imediata e não estão submetidos à instância administrativa ou mesmo à existência de lei para sua efetividade, como demonstra o mandado de injunção, possível sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais, que englobam, nesse caso, os Direitos expressos dos arts. 5º ao 11 da Carta da República, onde se inclui o Direito ao transporte (art. 6º).

Essa efetividade é reafirmada e regulamentada pela lei de acessibilidade (Lei nº 10.098/2000), que determina que os edifícios públicos ou de uso coletivo devem ser acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, a fim de viabilizá-lhes a utilização do serviço com autonomia, ou seja, sem o auxílio de terceiros.

Art. 1º – Esta Lei estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.

Art. 2º – Para os fins desta Lei são estabelecidas as seguintes definições:

I – acessibilidade: *possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;*

II – barreiras: *qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso*

à informação, à compreensão, à *circulação com segurança*, entre outros, classificadas em:

a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias e nos espaços públicos e privados abertos ao público ou de uso coletivo;

(...)

c) barreiras nos transportes: as existentes nos sistemas e meios de transportes;

(...)

Registre-se que a lei de acessibilidade foi regulamentada pelo Decreto nº 5.296/04, que determinou um prazo de *cento e vinte meses para readequação do transporte ferroviário às normas de acessibilidade*.

Art. 43 – Os serviços de transporte coletivo metroferroviário e ferroviário existentes deverão estar totalmente acessíveis no *prazo máximo de cento e vinte meses a contar da data de publicação deste Decreto*.

§1º – *As empresas concessionárias e permissionárias dos serviços de transporte coletivo metroferroviário e ferroviário deverão apresentar plano de adaptação dos sistemas existentes, prevendo ações saneadoras de, no mínimo, oito por cento ao ano, sobre os elementos não acessíveis que compõem o sistema*.

§2º – *O plano de que trata o §1º deve ser apresentado em até seis meses a contar da data de publicação deste Decreto*;

Portanto, o prazo para adaptação das estações ferroviárias no sentido da efetividade do direito fundamental da acessibilidade ao transporte das pessoas com deficiência foi *finalizado em 2014, após período de espera de 10 anos, tempo suficiente para que fosse elaborado o plano de adaptação previsto no art. 43, §1º, do Decreto nº 5.296/04, bem como atendido o disposto na legislação pertinente*.

O mesmo regulamento define como barreira de acessibilidade qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso e a liberdade de movimento, bem como a circulação com segurança, dispondo ainda, que os desníveis das áreas de circulação, internas ou externas, serão transpostos por meio de rampa ou equipamento eletromecânico de deslocamento vertical.

Art. 8º – Para os fins de acessibilidade, considera-se:

I – *acessibilidade: condição para utilização, com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços, mobiliários e*

equipamentos urbanos, das edificações, *dos serviços de transporte e dos dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;*

Art. 20 – Na ampliação ou reforma das edificações de uso público ou de uso coletivo, os desníveis das áreas de circulação internas ou externas *serão transpostos por meio de rampa ou equipamento eletromecânico de deslocamento vertical, quando não for possível outro acesso mais cômodo para pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida, conforme estabelecido nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT.*

Da mesma forma, a lei ordinária federal, mais uma vez, reafirma a necessidade da efetividade de acessibilidade ao serviço público em questão, quando trata dos direitos da pessoa com deficiência (Lei nº 13.146/2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Art. 46 – *O direito ao transporte e à mobilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida será assegurado em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, por meio de identificação e de eliminação de todos os obstáculos e barreiras ao seu acesso.*

§1º – Para fins de acessibilidade aos serviços de transporte coletivo terrestre, aquaviário e aéreo, em todas as jurisdições, *consideram-se como integrantes desses serviços os veículos, os terminais, as estações, os pontos de parada, o sistema viário e a prestação do serviço.*

Chegando mesmo a condicionar a concessão do serviço ao cumprimento da lei, como se constata pelo parágrafo segundo do artigo.

§2º – *São sujeitas ao cumprimento das disposições desta Lei, sempre que houver interação com a matéria nela regulada, a outorga, a concessão, a permissão, a autorização, a renovação ou a habilitação de linhas e de serviços de transporte coletivo.*

Corroborando esse entendimento, segue julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA. SUPERVIA. TRANSPORTE PÚBLICO. ADEQUAÇÃO DA ESTAÇÃO

PARA VIABILIZAR O ACESSO DE PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA. DECISÃO QUE INDEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA. RECURSO DO AUTOR PRETENDENDO A REFORMA DA DECISÃO DE MODO QUE SEJA DEFERIDA A TUTELA DE URGÊNCIA, QUE MERECE ACOLHIMENTO. É CEDIÇO QUE A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ESTÁ CONDICIONADA À DEMONSTRAÇÃO DA PROBABILIDADE DO DIREITO E DO FUNDADO RECEIO DE DANO GRAVE, NOS TERMOS DO ARTIGO 300 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. O AUTOR É CADEIRANTE, CONFORME COMPROVAM AS FOTOS COLACIONADAS AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE INSTALAÇÕES COM ACESSO ADEQUADO AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA NAS ESTAÇÕES FERROVIÁRIAS QUE OFENDE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 10.098/2000, REGULAMENTADA PELO DECRETO 5.296/04 QUE DETERMINOU UM PRAZO DE 120 MESES PARA READEQUAÇÃO DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO ÀS NORMAS DE ACESSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DO PRAZO ESTABELECIDO. NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO. REFORMA DA DECISÃO. PROVIMENTO DO RECURSO PARA REFORMAR A DECISÃO RECORRIDA, DETERMINANDO QUE A AGRAVADA PROMOVA AS ADEQUAÇÕES NECESSÁRIAS IMPOSTAS PELA LEI DE ACESSIBILIDADE, NO PRAZO DE 90 (NOVENTA) DIAS, NA ESTAÇÃO FÉRREA DE PACIÊNCIA. (TJRJ – 0016990 – 03.2019.8.19.0000 – AGRADO DE INSTRUMENTO – Des(a). CINTIA SANTAREM CARDINALI – Julgamento: 10/07/2019 – VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL)

Neste sentido, o relatório médico e as fotografias colacionadas aos autos originários (docs. 0000041/0000045) comprovam a dificuldade de locomoção do autor e a falta de condições de acessibilidade da estação ferroviária de Agostinho Porto.

A situação posta em análise demonstra claramente a humilhação a que pessoas portadoras de deficiência estão submetidas diuturnamente, quando necessitam utilizar o serviço público de transporte, face o descumprimento dos prazos legais impostos para adequação de um direito fundamental que a Constituição da República quer que tenha efetividade imediata.

Não é por outra razão que a nossa Constituição cidadã de 1988 assegura a efetividade desses direitos fundamentais.

Diz a Constituição da República do Brasil de 1988, no seu art. 5º, LXXI:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício:

- a) dos direitos e liberdades constitucionais (arts. 5º a 11);
- b) das prerrogativas inerentes:
 - à nacionalidade (art. 12);
 - à soberania (popular arts. 14 a 16);
 - à cidadania (art. 1º, II, art. 22, XIII).

Como consequências do preceito constitucional:

- 1º – alarga o campo da jurisdição de equidade;
- 2º – transporta para o Direito Público o remédio (*relief*) da *injunction* que, no Direito inglês e no americano, se aplica à área do Direito Privado;
- 3º – abre as portas para renovação e o ajustamento do Direito a novas realidades sociais⁵.

Ou seja, nem mesmo a ausência de lei impede a efetividade desses direitos, sendo esta imposição reafirmada no parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição da República ao determinar:

§1º – As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.

O Professor Hélio Tornaghi, em precioso estudo sobre o Mandado de Injunção, logo após o seu surgimento na Constituição da República de 1988, afirmava que “em matéria jurídica, o labor nunca está terminado. *Ex facto oritur ius*: O Direito nasce dos fatos.⁶ As leis avançam por degraus; a realidade é esteira que não para. As leis imitam os ponteiros do relógio, que pulam de quando em quando; as transformações sociais são ininterruptas. São necessários mecanismos que adaptem permanentemente o Direito à realidade e amparem os legítimos interesses que a norma legal ainda não traduziu em forma de direitos⁷. Esse tem sido o papel da equidade social, que fez a grandeza do Direito Romano e a flexibilidade do Direito inglês. E foi esse milagroso remédio que se

⁵ Para um exame mais profundo sobre as consequências no ordenamento pátrio, ver: TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. In: *Revista de Processo*, nº 5, apud FABIÃO GUASQUE, Luiz. *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*. 2ª edição. Editora Freitas Bastos, 2013. p. 133 e ss

⁶ Os antigos esclareciam terem-lhes vindo dos deuses as suas leis. Os cretenses atribuíam as suas, não a Minos, mas a Júpiter; os lacedemónios acreditavam por seu legislador, não a Licurgo, mas a Apolo. Os romanos afirmavam ter Numa escrito como lei o que uma das divindades mais poderosas da Itália antiga, a deusa Egéria, lhe ditara. Os etruscos receberam as suas leis do deus Tagés. Em todas as opiniões encontramos algo de verdadeiro. O autêntico legislador, entre os antigos, nunca esteve no homem, mas na crença religiosa de que o homem era portador. As leis ficaram sendo, durante muito tempo, coisa sagrada, COULANGES, Fustel de, *A Cidade antiga*, p. 233.

⁷ O princípio supremo em que se inspira a conduta de um Estado é o da sobrevivência, exatamente como ocorre no estado de natureza segundo a hipótese hobbesiana. Este princípio encontrou uma formulação clássica na máxima ciceroniana “*Salus populi suprema lex esto*” (*De legibus*, III, 3), que foi repetida ao longo

introduziu entre nós para a proteção “dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania (popular) e à cidadania”, sempre que a falta de norma regulamentadora lhes torne inviável o exercício (Constituição da República, art. 5º, LXXI).

Trata-se de instrumento de proteção e ao mesmo tempo, de “ferramenta forjadora de direitos”⁸.

Calamandrei, em notável estudo sobre “O Significado constitucional das jurisdições de equidade”,⁹ lembra a existência de dois sistemas de manifestação do Direito. O mais comum em nossos dias é o da formulação legislativa, decorrente da separação de poderes. Nele, a função de modelar a norma jurídica pertence ao Legislativo e a de aplicá-la, ao Judiciário. É do legislador a tarefa de interrogar a consciência coletiva e de avaliar os interesses; de ordenar os sentimentos, as tendências e as aspirações das quais nasce o Direito de um povo em certo momento de sua história. Neste sistema, a modelagem do Direito não se faz caso por caso, mas em moldes que abstraem das particularidades de cada evento.

Mas pode acontecer que a lei não regule determinado caso. Nessa hipótese, os tribunais voltam ao método primitivo, o juiz formulava a regra que, em seguida, aplicava. É o “sistema da formulação do Direito”. Mostra Calamandrei que, em sua pátria, foram até criados órgãos judiciários encarregados de julgar por equidade. Nesse caso, diz o mestre italiano: “o juiz se põe diretamente em contato com a consciência popular, na qual o Direito flutua no estado de sentimento ainda não fixado em precisas normas racionais. E dessa consciência, da qual ele próprio participa como membro da sociedade, ele retira inspiração para resolver cada caso, de acordo com princípios que ele não cria, mas encontra já existentes. (...) Nenhum obstáculo se interpõe entre o Direito e o juiz, que se encontra em permanente contato com a viva e fresca realidade social e que, assim, pode sentir-lhe as necessidades e fielmente lhe seguir a evolução”.

Se na jurisdição legal o juiz submete o caso concreto à lei, ele o faz segundo seu modo de interpretar os fatos e o texto legal. Ocorre que o Direito legislado tem apenas uma parte da consciência jurídica: a outra é dada pelo costume e pela jurisprudência, pois não podemos negar que direito vivo é o que os tribunais consagram¹⁰.

O Professor Hélio Tornaghi alerta para o fato, de que não se trata de equidade individual (epiquéia), como acontecia, por exemplo, na Lei de Luvas, em que o juiz levava em conta as circunstâncias do caso concreto (art. 16); trata-se em contrário, da

dos séculos com poucas variantes (em latim original: O bem estar do povo é a lei suprema. BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*, p.293.

⁸ TORNAGHI, Hélio. *O mandado de injunção*. Revista do Ministério Público. Vol.I, p.54.

⁹ Preleção com que abriu o ano letivo do Instituto de Ciências Sociais Cesare Alfieri, depois publicada nos *Studi sul processo civile*. Vol.II, p.1 e s.

¹⁰ A equidade, enquanto justiça do caso concreto, pode ser redefinida como a justiça do homem em contraste com a justiça da lei., BOBBIO, Norberto, *O Futuro da Democracia*. p.252.

equidade social (a *equity* dos ingleses), que tem em consideração o que normalmente é justo, a fim de formular a lei, em seguida aplicada ao caso concreto¹¹.

A equidade é sempre o modo de determinar o que é justo em cada caso concreto e completa a lei e a torna mais perfeita em duas hipóteses:

1ª – a lei, que é genérica e abstrata, não prevê todas as circunstâncias particulares de cada caso concreto. A equidade a preenche e a torna mais justa ao mandar que o juiz leve em conta as peculiaridades do caso. Aí funciona como a fita métrica usada pelos operários da ilha de Lesbos (semelhantes a que utilizam os alfaiates e as costureiras de hoje), que seria o contorno das superfícies sinuosas a serem medidas. Esta é a equidade individual.

É possível a utilização da equidade nos casos em que a negação da norma atende ao seu sentido teleológico. É o exemplo da permissão de entrada de um cego acompanhado de seu cão-guia em lugares onde fosse proibida a entrada de animais: somente negando a norma é que se alcançaria a sua finalidade de melhor uso do espaço, respeitando o caráter singular de sua aplicação.¹²

2º – de outras vezes, a lei é totalmente lacunosa, não prevê a hipótese que se apresenta em concreto. Nesse caso, surge a equidade social, que manda o juiz completar a lei formulando, ele próprio, a norma aplicável. Calamandrei, no sexto parágrafo do ensaio anteriormente citado, admite até a equidade social contra *legem* e indica (na nota 26), no mesmo sentido, Geny, Miceli, Pachioni e Del Vecchio.

No presente caso, a falta de acessibilidade às pessoas com deficiência física nas estações de trem da Supervia deve ensejar medidas que atenuem o sofrimento dessas pessoas, bem como imponha as medidas necessárias à efetividade do direito fundamental.

Portanto, a natureza do direito, somada à *omissão de 15 anos* no cumprimento dos prazos para implantação das medidas necessárias à efetividade do direito fundamental, expressam os requisitos necessários à concessão da tutela de urgência.

A propósito, não se trata de tutela que expresse possibilidade de irreversibilidade do direito, nos termos do artigo 300 do CPC, uma vez que sua efetividade é imposta mesmo na ausência de lei, e com mais forte razão, quando a lei razoavelmente estipula prazo não observado pela concessionária.

Portanto, devem ser impostas medidas que aliviem o sofrimento das pessoas com deficiência e obriguem a concessionária a realizar as adaptações necessárias à adequação dos seus serviços aos preceitos das leis ordinárias que regulamentam os parâmetros de valoração do direito fundamental.

¹¹ TORNAGHI, Hélio. O mandado de injunção. In: *Revista de Processo*, nº 5. p. 62. A distinção entre equidade individual e social já vinha de Aristóteles. Na Ética de Nicômaco ele ensinava que a equidade se adapta às várias contingências de cada fato, enquanto que a equidade social se aplica aos casos em que não há norma de lei e exige que o juiz estabeleça uma regra adequada ao caso que lhe é submetido, *apud* FABIÃO GUASQUE, Luiz. *O Controle de Inconstitucionalidade das Leis*, p.140, Editora Freitas Bastos, 2ª edição, 2013.

¹² FONTES, André. Jurisdição de equidade e equidade criação. In: *Revista Justiça & Cidadania* nº 34, p. 23.

Assim, usando do mesmo mecanismo de construção do direito a partir da equidade, a tutela cautelar, no caso, se presta a aperfeiçoar a Democracia no Estado contemporâneo, como meio de controle de efetividade da Constituição, e deve se utilizar do mesmo princípio do mandado de injunção, fundado na equidade, para dar cumprimento a preceito constitucional de aplicabilidade imediata.

A equidade-criação serve de fundamento ao juiz para proferir decisões não lastreadas na lei. Se ao juiz é determinada a observância da lei e do Direito em atendimento ao princípio da vinculação da jurisdição, que lhe impõe decisões *secundum legis*, excepcionalmente deverá julgar “como se fosse legislador”, criando a solução do caso e resolvendo o litígio.

Quando exerce jurisdição lastreada somente na lei, diz-se que se tem jurisdição legal. Ao contrário, quando se tem decisões lastreadas na equidade, tem-se a jurisdição de equidade, que é a forma como se revela a equidade criação.¹³

A diferença entre esses dois tipos de equidade ressalta da comparação entre o art. 4º e o art. 1º do Código Civil suíço.

O art. 4º (equidade individual) manda que o juiz leve em conta as circunstâncias do caso concreto.

O art. 1º (equidade social) ordena que, na falta de norma regulamentadora, o juiz aplique a que ele próprio formularia se fosse legislador. Nessa hipótese, a equidade é fonte formal do Direito, como o que se dá agora entre nós, com o Mandado de Injunção utilizado *ex-officio* pelo Ministério Público e reafirmado pelas manifestações da jurisdição referidas.

Nesse sentido, deve-se ter em conta, porém, que na hipótese de equidade social, a atividade do Judiciário não é criadora do Direito objetivo, genérico e abstrato. É apenas declaratória de uma norma equitativa, ou seja, norma sim, mas para ser aplicada apenas ao caso levado à apreciação do judiciário.

Assim como a lei admite, por vezes, o costume como fonte subsidiária, assim também a Constituição recorre à equidade nos casos do art. 5º, LXXI, para suprir a hipótese de falta de efetividade do Direito fundamental.

Desta forma, a tutela cautelar de urgência de efetividade de direito fundamental deve, como expressão de juízo adequado de equidade à situação posta em análise, determinar que:

1. A concessionária disponibilize funcionários nas suas plataformas de embarque, de forma a auxiliar as pessoas portadoras de deficiência ou mobilidade reduzida;
2. Esse serviço seja prestado durante todo o tempo de utilização do transporte;

¹³ FONTES, André, *idem*, p. 23.

3. Seja possibilitado acesso em local diferente do ingresso dos demais passageiros;
4. Seja prestado auxílio até o embarque no interior do vagão;
5. Seja aplicada multa diária de R\$ 10 mil reais por dia de descumprimento das medidas;
6. Seja fixado o prazo de 60 dias para adequação de todas as unidades de embarque ao determinado pela lei ordinária federal;
7. Comunicação ao poder concedente, de que a concessionária está desrespeitando o artigo 46 e parágrafo 2º do estatuto da pessoa com deficiência, determinante da rescisão de contrato.

Por estas razões, espera o Ministério Público a substituição da decisão interlocutória por acórdão, deferindo a tutela de efetividade de direito fundamental nos termos referidos.

É o que me parece.

Rio de Janeiro, 19 de julho de 2019.

LUIZ FABIÃO GUASQUE

Procurador de Justiça