

O direito social ao transporte: mobilidade urbana e meio de promoção de direitos fundamentais*¹

Ivanildo Geremias da Silva Junior²

Tauã Lima Verdan Rangel³

Sumário: Introdução. **1.** Da Teoria dos Direitos Fundamentais. **2.** Programatismo dos direitos sociais: Teoria da reserva do possível versus materialização dos Direitos Fundamentais. **3.** O direito ao transporte como direito fundamental: barreiras para sua efetivação. – Conclusão. – Conclusão.

Resumo: É fato que o contemporâneo avanço da perspectiva analítica sobre os direitos fundamentais passam a reconhecer um leque extenso e imprescindível para a afirmação da dignidade da pessoa humana, na condição de núcleo basilar do ordenamento jurídico nacional. Neste sentido, o escopo do presente artigo cuida em se debruçar sobre o direito social ao transporte, incluso no rol do artigo 6º do Texto Constitucional. Ora, aludido direito, conquanto compartilhe aspectos comuns com os demais direitos

* Recibido: 28 febrero 2019 | Aceptado: 15 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- ¹ Trabalho vinculado ao Grupo de Pesquisa “Fases e Interfaces do Direito: Sociedade, Cultura e Interdisciplinaridade no Direito”
- ² Graduando do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana.
ivanildo.jr10@hotmail.com
- ³ Professor orientador. Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Especialista em Práticas Processuais – Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Professor do Curso de Direito da Faculdade Metropolitana São Carlos (FAMESC) – Unidade Bom Jesus do Itabapoana.
taua_verdan2@hotmail.com

daquele artigo, guarda peculiaridade na condição de direito-meio, ou seja, instrumento imprescindível para a concreção de uma gama de outros direitos. Há, ainda, que se sublinhar que a materialização do direito social ao transporte encontra obstáculos robustos, sobretudo no que atina à teoria da reserva do possível e a disponibilidade, por parte do Poder Público, de verbas para a implementação e erradicação das barreiras. A metodologia empregada na construção do presente pautou-se na utilização do método dedutivo e, como técnica de pesquisa, pesquisa bibliográfica e revisão de literatura sistemática.

Palavras-chave: Direito Social ao Transporte. Mobilidade Urbana. Direitos Fundamentais.

Abstract: It is a fact that the contemporary advance of the analytical perspective on fundamental rights begins to recognize an extensive and indispensable range for the affirmation of the dignity of the human person, in the condition of basic nucleus of the national juridical order. In this sense, the scope of this article is concerned with the social right to transport, included in the role of Article 6 of the Constitutional Text. Now, alluded to as a right, although it shares common aspects with the other rights of that article, it has a peculiarity in the condition of right-means, that is, an indispensable instrument for the realization of a range of other rights. It should also be stressed that the materialization of the social right to transport encounters robust obstacles, especially in what concerns the theory of the reserve of the possible and the availability by the Government of funds for the implementation and eradication of barriers. The methodology used in the construction of the present was based on the use of the deductive method and as a research technique, bibliographical research and systematic literature review.

Keywords: Social Law to Transportation. Urban mobility. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Com o advento da Revolução Industrial, houve um grande fenômeno mundial que foi o êxodo rural, os trabalhadores da zona rural foram para as cidades produzindo um inchaço urbano, as cidades começaram a crescer e, conseqüentemente, a ter um maior povoamento (CIDADE; LEÃO JÚNIOR; 2016, p.200). Igualmente, em decorrência do avanço proporcionado pela Revolução Industrial e o fortalecimento, via de consequência, do modelo capitalista que encontrava na aferição do lucro seu principal sustentáculo, a exploração da classe trabalhadora passou a ser aspecto caracterizador, submetidos à condição insalubre, carga horária extenuante e remuneração insuficiente para o custeio de necessidades basilares.

Denota-se, portanto, que a postura negativa, antes adotada pelo Estado, não mais se justificava; ao reverso, com o escopo de salvaguardar a classe trabalhadora, especialmente explorada em tal conjuntura, fez-se carecida a adoção de um modelo positivo. Ora, o Estado passa a desempenhar especial função como assegurador dos direitos dos trabalhadores. Desta feita, a Revolução Industrial é considerada o nascedouro do denominado “Estado de Bem-Estar Social”, também nominada de Estado Positivo, Estado de Previdência ou *Welfare State*, cujo escopo está alicerçado em promover direitos imprescindíveis ao desenvolvimento humano, a exemplo da saúde, educação, cultura, previdência social, trabalho, dentre outros. Como aspecto comum, tal leque de direito passa a reclamar uma postura programática do Estado, devendo, pois, custear a concretização.

Desta maneira, como desdobramento contemporâneo dos direitos daquele período, é possível aludir ao direito ao transporte que, na Constituição Federal, é positivado no rol do artigo 6º, ou seja, incluído dentre os típicos direitos sociais. Para tanto, ao se conceber o novel direito fundamental, os municípios precisam ter um sistema de circulação e transporte que atenda bem a demanda do deslocamento de pessoas, pois, as pessoas precisam ter acesso aos locais de trabalho, bem como as instituições de ensino, locais de saúde, entre outros serviços essenciais.

O presente artigo visa trazer a discussão sobre a mobilidade urbana, isto é, o direito ao transporte como um direito fundamental, portanto, possui algumas prerrogativas, e que Estado por meio de políticas públicas tem o dever de promover esse direito. Porém, também serão analisadas algumas barreiras que impedem tal exercício. A metodologia empregada na construção do

presente pautou-se na utilização do método dedutivo e, como técnica de pesquisa, pesquisa bibliográfica e revisão de literatura sistemática.

1 DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em uma ordem jurídica, os direitos fundamentais atuam com um papel proeminente, pois esses direitos têm em seu ideário o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo essencial de um indivíduo. Confirmando esse entendimento, Marmelstein diz que:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas a ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação de poder, positivada no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo ordenamento jurídico. (MARMELSTEIN, 2008, p.20)

Salientando uma definição formal para direitos fundamentais, o professor João Trindade Cavalcante Filho diz que:

[...] poderíamos definir os direitos fundamentais como os direitos considerados básicos para qualquer ser humano, independentemente de condições pessoais específicas. São direitos que compõem um núcleo intangível de direitos dos seres humanos submetidos a uma determinada ordem jurídica.” (CAVALCANTE FILHO, s.d, s.p)

Vale ressaltar, que por conta dessas premissas, os direitos fundamentais possuem valores básicos para uma vida digna em sociedade. Respeitando assim, o direito a vida, a integridade física da pessoa e a moral do ser humano, garantindo um mínimo existencial. Observa-se também, que não são quaisquer direitos reconhecidos como fundamentais. Somente aqueles que foram positivados dentro de um ordenamento jurídico constitucional enquadrado nesta categoria. Nessa esteira, podemos verificar que não existe direito fundamental decorrente de lei. O surgimento desse direito se dá pela constituição de um país. Marmelstein (2008, p. 20) afirma que a lei, quando muito, irá desinfiar, ou seja, regular o exercício do direito fundamental, mas jamais criar primariamente. Fazendo assim, que esses direitos tenham uma força jurídica potencializada.

A República Federativa do Brasil na criação de sua constituição em 1988 positivou os direitos e garantias fundamentais em seu texto, onde em seu segundo título “Dos direitos e Garantias fundamentais” (BRASIL, 1988), verifica-se a vontade deste Estado constituído em proteger a dignidade da pessoa humana, que são inerentes a esses direitos e garantias. Além disso, a constituição subdividiu este título em cinco capítulos, classificando os direitos fundamentais da seguinte forma: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direito de nacionalidade, direitos políticos e direitos

relacionados à existência, organização e participação dos partidos políticos. Como mostra Moraes:

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu Título II os *direitos e garantias fundamentais*, subdividindo-os em cinco capítulos: *direitos individuais e coletivos; direitos sociais; nacionalidade; direitos políticos e partidos políticos*. Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero *direitos e garantias fundamentais*: direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. (MORAES, 2016, s.p)

Os direitos individuais correspondem aos direitos da pessoa humana, estão ligados à personalidade do ser humano, como por exemplo, direito à vida, liberdade e igualdade, não necessitando da ação positiva do Estado para sua efetivação, apenas garantindo que aquele não seja violado. Por sua vez, os direitos sociais exigem essa atuação estatal para o cumprimento desse direito. O poder público, por meio de políticas públicas, efetiva ações visando o bem-estar social. Já os direitos de nacionalidade zelam do vínculo jurídico-político que liga uma pessoa de um determinado Estado, submetendo ao cumprimento de determinados deveres.

Os direitos políticos tratam das regulamentações que envolvem as formas de atuação da soberania popular, dando oportunidade ao indivíduo exercer a sua cidadania, participando dos negócios políticos do Estado. Os direitos à existência, organização e participação em partidos políticos disciplinam os partidos políticos como meio necessário à preservação do Estado Democrático de Direito. (PAULO; ALEXANDRINO, 2017, p.107)

Modernamente a doutrina classifica os direitos fundamentais em três dimensões, por meio do ideário da Revolução Francesa que tinha como premissas: a liberdade, igualdade e fraternidade. Os direitos de primeira dimensão são alusivos à liberdade, onde pressupõe um Estado negativo, ou seja, um dever de não fazer (*non facere*), salvo zelar para que as liberdades do homem não sejam infringidas (DIÓGNES JÚNIOR, 2012). Os direitos de segunda dimensão referem-se aos direitos sociais, econômicos e culturais. Estão firmados na compreensão de igualdade, em que o Estado é exigido sua atuação, para que possa garantir uma igualdade existencial, dando oportunidade à todos de ter o direito à saúde, educação e moradia, por exemplo (DIÓGNES JÚNIOR, 2012).

Os direitos de terceira dimensão consagram os princípios da solidariedade e fraternidade, visando os direitos para todos, e não para um indivíduo isoladamente, tornando-se um direito difuso, como por exemplo: direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente e o direito à paz

(DIÓGNES JÚNIOR, 2012). Existem ainda os direitos de quarta e até quinta dimensão segundo alguns doutrinadores, porém, não há um consenso entre eles. Luciano Meneguetti Pereira explica esse entendimento:

Há quem afirme atualmente a existência de uma 4ª e ainda uma 5ª dimensão desses direitos. Sob a perspectiva de Norberto Bobbio, os direitos de 4ª dimensão decorreria dos avanços na seara da engenharia genética, pois a exploração do patrimônio genético põe em risco a própria existência humana (1992, p.6). Para Paulo Bonavides (2000, p. 524), os direitos de 4ª dimensão correspondem ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo, ao passo que o direito de 5ª dimensão corresponderia ao direito à paz. Apesar desse entendimento, afirma-se que essas dimensões de direitos fundamentais ainda aguardam sua consolidação e consagração na esfera do direito internacional e pelas ordens constitucionais internas, o que já se começa a verificar nos limiares do século XXI. (PEREIRA, s.d, s.p)

Verifica-se a divergência entre os doutrinadores no que tange ao direito de quarta dimensão. Noberto Bobbio (ano) relaciona ao direito à engenharia genética. Por outro lado, Paulo Bonavides (ano) diz que corresponde ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo e o direito de quinta geração faz referência ao direito à paz.

De acordo com a doutrina abalizada os direitos fundamentais possuem algumas características como: Universalidade, historicidade, Irrenunciabilidade, Inalienabilidade, Imprescritibilidade, Limitabilidade e Concorrência. Nesta linha, a universalidade revela que esses direitos destinam-se a todos os indivíduos, sem distinção. Por sua vez, a historicidade mostra que os direitos fundamentais são fruto de uma evolução e desenvolvimento histórico. Já a irrenunciabilidade diz que o titular desses direitos não pode abrir mão de tê-los, mas pode não utilizá-los. A dita inalienabilidade reforça que não pode transferir esses direitos comercializar esses direitos a outros. Imprescritibilidade define que tais direitos não se perdem com o tempo, não prescrevem, tendo o seu exercício garantido a todo o momento.

No que atina à limitabilidade ou relatividade, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo assim haver o questionamento quando existirem conflitos ou confrontos. Por derradeiro, na concorrência esses direitos podem ser exercidos cumulativamente, como por exemplo, um jornalista transmite uma notícia (direito à informação) e, ao mesmo tempo, emite uma opinião (direito à opinião) (LENZA, 2016, p.1060-1061).

2 PROGRAMATISMO DOS DIREITOS SOCIAIS: TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL *VERSUS* MATERIALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos sociais estão presentes na constituição federal brasileira de 1988, no qual, é classificado como direito fundamental. Buscando uma igualdade material, que é tratar o igual de forma igual e o desigual de forma desigual, o Estado brasileiro através de prestações positivas positivou esses direitos no art.6º do seu texto constitucional. Contudo, para que esses direitos possam ser efetivados é necessária uma atuação estatal fornecendo bens e serviços para a promoção da educação, saúde, moradia, dentre outros direitos, e para isso demanda grande disponibilidade financeira. Logo, a concretização desse direito, que é fundamental, entra em choque com a disponibilidade orçamentaria estatal. (CHINELLATO, s.d.).

A teoria da reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades da sociedade, que precisam ser supridas pelo Estado (STIBORSKI, s.d.). Como mostra Fenando Borges Mânica à origem dessa teoria se da no Tribunal Constitucional da Alemanha:

No caso, a Corte alemã analisou demanda judicial proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina de Hamburgo e Munique em face da política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha em 1960. A pretensão foi fundamentada no artigo 12 da Lei Fundamental daquele Estado, segundo a qual “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir a questão o Tribunal Constitucional entendeu que o direito à prestação positiva – no caso aumento do número de vagas na universidade – encontra-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Ou seja, a argumentação adotada refere-se à razoabilidade da pretensão. Na análise de Ingo Sarlet, o Tribunal alemão entendeu que “(...) a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispendo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável”. (MÂNICA, 2011, p.11)

Nota-se que o tribunal alemão mediante ao impasse dos estudantes exigirem a vaga para o curso de medicina, com base lei fundamental: “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”, optou pelo indeferimento do pedido. Fundamentando nesta teoria da reserva do possível, em que só seria válida a prestação se fosse razoável. Verifica-se que na sua origem a teoria não se dava na inexistência de recursos financeiros. No Brasil, por meio de

jurisprudência, a teoria da reserva do possível tem sido adota no que tange a disponibilidade financeira do Estado. A decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal comprova este fato:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004, s.p)

Logo, a reserva do possível por insuficiência de recursos financeiros tem por finalidade manter o equilíbrio financeiro do Estado. Apenas nesta hipótese, de esgotamento dos recursos orçamentários públicos. Com essa decisão mostra que esta teoria já vem sendo aplicado no Brasil, sendo capaz de limitar a materialização de alguns direitos fundamentais. Contudo, Ana Paula de Barcellos vai dizer sobre esse problema, se a tendo ao mínimo existencial.

[...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao

estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível (BARCELLOS, 2002, p. 245-246).

A dignidade humana não pode ser suprimida por falta de orçamento financeiro Estatal. Por meio dessa compreensão, o Estado deve garantir pelo menos um mínimo de condições materiais para a existência, tornando-se assim prioridade dos gastos públicos. Garantindo esse mínimo existencial é razoável a aplicação da reserva do possível (BARCELLOS, 2002, p.245-246). Quanto a esta atuação judiciária, também chamado de ativismo judiciário, nas políticas públicas como na efetivação de algum direito social é questionável por alguns doutrinadores, conforme diz Daniela Pinto Holtz Moraes:

Ana Paula de Barcellos sistematiza as críticas ao controle de políticas públicas pelo Judiciário em três grupos: a) críticas relacionadas à teoria da Constituição; b) críticas de natureza filosófica e c) críticas operacionais. A crítica relacionada à teoria da Constituição, conforme a autora, questiona a possibilidade de intervenção do Judiciário em matéria tipicamente reservada à deliberação política majoritária. Argumenta-se que mesmo a dogmática dos princípios constitucionais reconhece que os princípios são compostos de uma área nuclear, que impõe determinados efeitos, e uma área não nuclear, que permite a escolha legítima pelas maiorias políticas. Além disso, as políticas públicas já estão sujeitas ao controle político-social dos grupos de oposição e da população, que se manifesta ao menos nas eleições. A intervenção do Direito no espaço do pluralismo político produziria grave desequilíbrio em prejuízo da democracia. Já as críticas filosóficas consistem no fato de que seria estabelecida uma espécie de pressuposição de que os juristas e juízes tomariam melhores decisões que os agentes públicos em matéria de políticas públicas e essa premissa, além de soar paternalista e presunçosa, poderia violar o fundamento básico dos Estados republicanos, por força do qual a opinião de todos tem o mesmo valor no cenário político. Por fim, a crítica operacional reside na circunstância de que nem juristas, nem juízes dispõem de elementos suficientes para avaliar a realidade estatal como um todo. Como o juiz preocupa-se com casos concretos, ignora outras necessidades relevantes e que demandam o gerenciamento de recursos limitados, o que pode causar distorções no sistema visto de forma global. (MORAES, 2010, s.p)

A doutrinadora Ana Paula Barcellos faz a crítica relacionada a três grupos, a teoria da constituição, de natureza filosófica e operacionais. A primeira, diz respeito que as políticas públicas não podem sofrer intervenção judiciária, pois ela já faz parte de um núcleo constitucional já definido. Já a de natureza filosófica ficaria pressuposto que os magistrados tomariam melhores decisões que os agentes políticos, no que tange a políticas públicas, o que violaria o fundamento básico dos Estados Republicanos. Por sua vez, a crítica operacional é que os magistrados não possuem elementos suficientes para fazer uma avaliação da realidade geral do Estado. Nesse sentido, Luiz

Roberto Barroso, em seu escólio, também contraria o ativismo judiciário pelos riscos para a legitimidade democrática:

Os membros do Poder Judiciário – juízes, desembargadores e ministros – não são agentes públicos eleitos. Embora não tenham o batismo da vontade popular, magistrados e tribunais desempenham, inegavelmente, um poder político, inclusive o de invalidar atos dos outros dois Poderes. A possibilidade de um órgão não eletivo como o Supremo Tribunal Federal sobrepor-se a uma decisão do Presidente da República – sufragado por mais de 40 milhões de votos – ou do Congresso – cujos 513 membros foram escolhidos pela vontade popular – é identificada na teoria constitucional como dificuldade contramajoritária. Onde estaria, então, sua legitimidade para invalidar decisões daqueles que exercem mandato popular, que foram escolhidos pelo povo? Há duas justificativas: uma de natureza normativa e outra filosófica. (BARROSO, s.d, s.p)

Sendo que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, o doutrinador afirma que a constituição atribuiu legitimidade deste poder de invalidar as decisões dos que exercem mandato popular, portanto, agiriam de forma técnica e imparcial, desprovido de vontade política, apenas realizando a vontade do povo por meio da aplicação e leis e da própria carta magna. Entretanto, a doutrina também defende o ativismo judiciário, mas, na efetivação dos direitos sociais, já que esses direitos buscam reduzir a desigualdade social, fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Moraes vai ressaltar essa abordagem:

A questão foi bem abordada por Ana Paula de Barcellos que, ao analisar as críticas à atuação judicial no controle de políticas públicas, acabou por sintetizar os principais argumentos favoráveis ao ativismo judicial, os quais são a seguir expostos. Em oposição ao questionamento acerca da invasão do Judiciário em assunto reservado à deliberação política majoritária, em descompasso com a democracia, a autora levanta três questões. Em primeiro lugar, o exercício de um conjunto básico de direitos fundamentais é indispensável ao funcionamento regular da democracia e ao controle social de políticas públicas, pois, caso contrário, os indivíduos não têm condições de exercer sua liberdade e de participar do processo político, o que dá margem à corrupção, ineficiência e a clientelismo na gestão das políticas públicas. Em segundo lugar, a própria Constituição pode ter decidido conferir espaço mais amplo ao direito e maiores condicionamentos jurídicos aos poderes públicos, motivo pelo qual as decisões fundamentadas nas Constituições não podem ser ignoradas. Em terceiro lugar, não existem apenas duas opções radicais – nenhum controle ou controle absoluto das políticas públicas –, mas podem ser adotadas possibilidades intermediárias. (MORAES, 2010, s.p)

Percebe-se que o assunto da intervenção judiciária em favor da reserva do possível, como por exemplo, não é tão aceito. Todavia, Ana Paula de Barcellos vai frisar que o exercício dos direitos fundamentais é necessário para uma sociedade, e não se pode negar que a constituição pode ter decidido

conferir espaços maiores direitos e maiores condicionamentos jurídicos aos poderes político, além de que, os extremos de controle das políticas públicas, não controle ou controle total, não seriam a solução, mas sim possibilidade intermediárias. Assim, para a implementação dos direitos fundamentais, o ativismo judiciário seria razoável.

3 O DIREITO AO TRANSPORTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: BARREIRAS PARA SUA EFETIVAÇÃO

O direito ao transporte foi positivado no texto constitucional recentemente, promulgada por meio da Emenda constitucional nº 90 de 15 de setembro de 2015, como direito social, portanto, direito fundamental. Valorizando a importância da mobilidade urbana de pessoas. O art.6º da Carta Magna de 1988 diz que: “**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.” (BRASIL, 1988,) (grifo nosso). Embora esteja expressamente escrito na constituição, esse direito traz questionamento em relação a sua aplicabilidade, dado seu caráter amplo. (CIDADE; LEÃO JÚNIOR; 2016). Vale salientar, que o direito ao transporte é considerado como direito de meio. Como afirma Roberto e Teófilo:

Na visão material, o direito ao transporte se trata de direito que garante acesso aos demais direitos sociais (logo, direito meio) e se presta a assegurar o status jurídico material do cidadão, tornando acertada a inserção no rol do artigo 6º da Constituição Federal, até por ser considerado 2º como cláusula pétrea em extensão do disposto no §4º do artigo 60, do mesmo dispositivo legal. (CIDADE; LEÃO JÚNIOR, 2016; p.199)

Sendo um direito meio, o direito ao transporte ele dar acesso a outros direitos, pois, a sua finalidade principal é ser um mecanismo obtenção. Logo, não é um direito fim, no qual, o seu exercício é o objetivo principal. O direito ao transporte também está associado à mobilidade urbana (CIDADE; LEÃO JÚNIOR; 2016, p. 200). Valter Fanini, em seu escólio, vai conceituar mobilidade urbana como:

A mobilidade urbana é um atributo associado às pessoas e atores econômicos no meio urbano que, de diferentes formas, buscam atender e suprir suas necessidades de deslocamento para a realização das atividades cotidianas como: trabalho, educação, saúde, lazer, cultura etc. Para cumprir tal objetivo, os indivíduos podem empregar o seu esforço direto (deslocamento a pé), recorrer a meios de transporte não motorizados (bicicletas, carroças, cavalos) ou motorizados (coletivos e individuais). (FANINI, 2016, p.10)

Verifica-se que o direito ao transporte tem como meta garantir à possibilidade de todos terem acesso aos lugares de uma cidade, para que o

cidadão tenha condições exercer suas atividades cotidianas, que são direitos. Quando se observa a ligação de mobilidade urbana com direito ao transporte, percebe-se a utilização do direito ao transporte como direito meio.

O direito ao transporte sendo considerado como um direito social, o Estado por meio de políticas públicas deve suprir a demanda envolvendo essa temática. Todavia, havendo omissão do poder executivo e legislativo, nesse sentido, cabe ao poder judiciário agir provocando os outros poderes de modo que atuem naquilo que precisam. O direito ao transporte é classificado como um direito prestacional, ou seja, por meio do poder público são entregues aos cidadãos direta ou indiretamente o serviço ou bens materiais. Caso não haja concretização, cabe o particular ajuizar uma ação contra o Estado (CIDADE; LEÃO JÚNIOR; 2016, p.209). Sendo classificado como um direito prestacional, o direito ao transporte enfrenta mais um desafio, pois o direito prestacional “não se realizam, inteiramente, sem a prévia regulamentação, ou seja, sem a existência de uma política, de um serviço e/ou de uma rubrica orçamentária.” (CLÈVE, 2011). Com essas questões definidas, Roberto e Teófilo traz as seguintes indagações:

O particular (individualmente ou coletivamente) pode exigir a implementação de uma linha de transporte convencional em seu bairro? Cabível requerer a implementação de um sistema viário de transporte público em um município em que o serviço não é contemplado? Em caso de não preenchimento dos requisitos de acessibilidade normativamente dispostos, possível a responsabilização civil do órgão estatal? Em caso de ausência de interessados de exploração de transporte público local, fica o município obrigado a subsidiá-lo? Considerando o §1º, do artigo 3º do Decreto n. 5.934/06, e §1º, do artigo 13 do Decreto n. 8.537/15, que possuem a mesma reação 7, e consideram “transporte convencional” aqueles realizados pelos serviços rodoviários, ferroviário e marítimo, em caso justificado e de premência necessidade não seria justo a realização de sua interpretação analógica para o sistema aéreo com o objetivo de dar efetividade à norma constitucional? Possível a intervenção judicial para a revisão da política tarifária? E quem vai pagar a conta? (CIDADE; LEÃO JÚNIOR; 2016, p.209).

Considera-se o direito ao transporte com um direito fundamental, portanto, direito subjetivo, todas essas dúvidas não passíveis de serem analisadas pelo poder judiciário. No entanto, a obtenção de tais direitos ou não judicialmente depende da verificação de alguns aspectos: (CIDADE; LEÃO JÚNIOR; 2016, p.210). “(a) a existência de política pública; (b) a adequação de sua execução; e, a (c) compatibilidade das condicionantes de realidade na relação entre a necessidade para a manutenção da dignidade (mínimo existencial) e disponibilidade de recursos financeiros (reserva do possível).” (CIDADE; LEÃO JÚNIOR; 2016, p. 211). Isso mostra que a concretização desse direito

na prática não é algo simples, e pela sua complexidade de execução pode ser ignorado muitas vezes pelo Estado.

CONCLUSÃO

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 90 de 15 de setembro de 2015, o direito ao transporte passou se tornar um direito social, logo, um direito fundamental. Sendo assim, é um direito relacionado com o princípio da dignidade da pessoa humana, comprova-se a necessidade de tal direito por ser essencial em um indivíduo para uma vida digna em sociedade. Classificado como um direito social, o direito ao transporte é categorizado pela doutrina como um direito de segunda dimensão, portanto, existe uma necessidade de o Estado agir, por meio de políticas e serviços públicos, fazendo uma prestação social garantindo a mobilidade urbana.

No entanto, existem alguns impedimentos que limitam a concretização de fato desse direito. Um dos entendimentos que vem sendo aplicado no tribunal brasileiro é a teoria da reserva do possível, que dar margem a administração pública de deixar de assistir com alguma política pública por falta de disponibilidade financeira, o que legitima o Estado a não prestação de algum serviço ligado à mobilidade urbana, que seria um direito fundamental. Torna-se evidente do conflito de direitos, sabendo da importância de ambos, cabe ao juiz analisar e definir, em um caso concreto de algum requerimento de aplicação desse direito, a melhor escolha a ser feita.

REFERÊNCIAS

- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em:
<http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Acesso em 04 jul.2017
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:
<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 1 jul. 2017.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: Voto proferido pelo Ministro Celso de Mello em ADPF nº 45**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>> Acesso em 04 jul.2017.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos**

Fundamentais. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf> Acesso em 1 de Jul. 2017

CIDADE, Roberto Berttoni; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa.

Direito ao Transporte como Direito Fundamental Social. In: **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**, Brasília v.2, n.1, p.196-216, jan.-jun. 2016.

CHINELLATO, Thiago. **A eficácia dos direitos sociais e a reserva do possível.** Disponível em:

< <https://thiagochinellato.jusbrasil.com.br/artigos/121942681/eficacia-dos-direitos-sociais-e-reserva-do-possivel> > Acesso em 04 jul.2017

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais.**

Disponível em:

< <http://www.clemersoncleve.adv.br/wp-content/uploads/2016/06/A-efic%C3%A1cia-dos-direitos-fundamentais-sociais.pdf>> Acesso em 05 jul. 2017

DIÓGNES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou Dimensões dos direitos fundamentais?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 15, n. 100, mai. 2012. Disponível em

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em 03 jul. 2017.

FANINI, Valter. **Mobilidade Urbana.** Série de Cadernos Técnicos.

Publicações temáticas da Agenda Parlamentar do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia do Paraná – CREA-PR. 2011. Disponível em: <<http://177.92.30.55/ws/wp-content/uploads/2016/12/mobilidade-urbana.pdf>> Acesso em: 05 jul.2017

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 25, fev.-abr., 2011.

- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.
- MORAES, Daniela Pinto Holtz. Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, a. 13, n. 76, mai. 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em 04 jul. 2017.
- MORAIS, Alexandre. **Direito constitucional**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- PAULO, Vicente; MARCELO, Alexandrino. **Direito constitucional descomplicado**. 16 ed. São Paulo: GEN, 2017.
- PEREIRA, Luciano Meneguetti. **As dimensões de direitos fundamentais e necessidade de sua permanente reconstrução enquanto patrimônio de todas as gerações**. Disponível em: <<http://www.aems.edu.br/conexao/edicaoanterior/Sumario/2013/downloads/2013/3/33.pdf>> Acesso em 03 de jul.2017
- STIBORSKI, Bruno Prange. **Reserva do Possível: Origem, conceito e ordens**. Disponível em: <<https://bstiborski.jusbrasil.com.br/artigos/197458820/reserva-do-possivel-origem-conceito-e-ordens>> Acesso em 04 jul.2017