

TRANSPORTE PÚBLICO INTERESTADUAL GRATUITO PARA JOVENS DE BAIXA RENDA – A INCONSTITUCIONALIDADE DA TRANSFERÊNCIA DE CUSTOS PARA A INICIATIVA PRIVADA**FREE INTERSTATE PUBLIC TRANSPORT FOR LOW-INCOME YOUTH – THE UNCONSTITUTIONALITY OF TRANSFERRING COSTS TO PRIVATE ENTERPRISE****Ricardo Bazzaneze¹****Oksandro Osdival Gonçalves²****Resumo**

Este artigo aborda os direitos sociais, especialmente o transporte e a transferência das obrigações positivas do Estado para a iniciativa privada. Na prática, os direitos sociais não são efetivamente garantidos pelo Estado em razão da ineficiência na gestão pública dos recursos arrecadados. Sem alternativas, o Estado busca socorro junto à iniciativa privada, tal como ocorre com o Estatuto da Juventude (Lei 12.825/2013), que garantiu aos jovens de baixa renda (renda familiar de até 2 salários mínimos) com idade de 15 a 29 anos o direito de acesso ao território e à mobilidade a partir de 2 passagens gratuitas e 2 com 50% de desconto. Assim, a partir do método dedutivo, analisa-se o dever prestacional do Estado com relação aos direitos sociais garantidos pela Constituição e, por meio de consulta à doutrina e à jurisprudência do STF, investiga-se a constitucionalidade da transferência do dever prestacional à iniciativa privada. Por fim, o resultado da pesquisa demonstra a inconstitucionalidade da transferência dos direitos sociais exclusivamente para a iniciativa privada sem nenhuma contrapartida financeira, de modo que se sugere a reflexão sobre a má gestão do Estado com os recursos públicos o que vem sendo camuflado pela transferência desses custos para a iniciativa privada.

Palavras-chave: Transporte Público Gratuito; Jovens De Baixa Renda; Transferência De Custos; Direitos Sociais; Iniciativa Privada.

¹ Doutorando em Direito pela PUC-PR (2022). E-mail: ricardo@bazzaneze.adv.br

² Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor titular de Direito Comercial da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Conselho Editorial da Editora Fórum. Coordenador da Revista de Direito Empresarial. Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. E-mail: oksandro@oksandro.adv.br

Abstract

This article addresses social rights, especially transport, and the transfer of the positive obligations of the state to the private sector. In reality what one can see is that social rights are not in fact guaranteed by the state due to the ineffective public management of resources collected. Without alternatives, the state seeks help from the private sector, as in the case of *Estatuto da Juventude* ('Youth Statute') (Law 12.825/2013), which guaranteed the right of access to territory and mobility to young people from low-income families (family income of up to 2 minimum wages) aged 15 to 29. It hence determined that they were ensured 2 free slots in the interstate transportation system and 2 (two) slots at a 50% discount. So, using the deductive method, this article analyzes the state's rendering duty in relation to the social rights guaranteed by the Constitution and, by resorting to the doctrine and the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court, it investigates the constitutionality of the transfer of the rendering duty to the private enterprise. Finally, the research result demonstrates the unconstitutionality of the transfer of social rights solely to the private enterprise without any incentive. It thus invites to the careful examination of the state's poor management of public resources, which ends up being concealed by the transfer of costs to the private enterprise.

Keywords: Free Public Transport; Low-Income Youth; Transfer Of Costs; Social Rights; Private Enterprise

INTRODUÇÃO

Para construir uma sociedade livre, justa e solidária, a Constituição Federal encartou os direitos sociais que são fundamentos do Estado Democrático de Direito, constituindo-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória pelo Estado para a promoção de melhoria nas condições de vida dos cidadãos.

Por meio de prestações positivas em busca de uma igualdade social, o Estado fica obrigado a proporcionar serviços de garantia fundamental em prol de uma igualdade material, por exemplo, saúde, educação, cultura e o direito ao transporte, recentemente incluso por meio da Emenda Constitucional n. 90/2015.

Estas normas possuem aplicabilidade imediata; portanto, uma vez inseridas na Constituição, devem ser obrigatoriamente observadas e cumpridas pelo Estado, Poder Público, e, subsidiariamente, particulares.

A implementação dos direitos fundamentais impõe um custo financeiro ao Estado, que se utiliza de políticas públicas a partir da arrecadação tributária para efetivar o acesso dos menos favorecidos aos direitos fundamentais de cunho social. No entanto, em que pese a obrigatoriedade e responsabilidade direta do Estado de prestar os serviços públicos fundamentais, a escassez de recursos, decorrente principalmente da ineficiência administrativa ou da falta de arrecadação, relega os direitos sociais ao segundo plano ou, sem alternativas, delega a promoção integral dos serviços públicos para a iniciativa privada.

O transporte público no Brasil, por força do arts. 21 e 22 da Constituição Federal, é explorado diretamente pela União, porém, é permitida a autorização, permissão ou concessão à iniciativa privada (Lei n. 8.987/95). O controle das outorgas, delegação e a fiscalização dos serviços ficam sob a responsabilidade da Agência Nacional de Transportes Terrestres (Decreto n. 2.521/1998), a quem cumpre estabelecer, com base em estudo técnico, o valor da tarifa e sua revisão para fins da prestação do serviço público.

Apesar da justa tarifa previamente pactuada, a Lei n. 12.825/2013 instituiu o Estado da Juventude, considerando que são jovens aqueles com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos, garantindo que eles recebam a promoção da autonomia, emancipação e bem-estar.

Dentre os direitos dos jovens, encontra-se o território e a mobilidade. Para atender ao comando legal, determinou-se que o sistema de transporte coletivo interestadual deverá reservar 2 (duas) vagas gratuitas para jovens de baixa renda e, se estas se esgotarem, outras 2 (duas) vagas com desconto de no mínimo 50% (cinquenta por cento).

Sem qualquer ajuste tarifário ou incentivo/contrapartida para a iniciativa privada, o transporte público interestadual gratuito para jovens de baixa renda foi, assim, transferido integralmente à iniciativa privada. E, mesmo se houvesse reajuste tarifário, em última instância, o custo desta gratuidade seria suportado pelos demais usuários. A problemática que se insere nesta transferência integral dos custos à iniciativa privada se apresenta relevante, pois representa um (i) afastamento do Estado de sua responsabilidade principal de prestar os serviços atrelados aos direitos sociais fundamentais e, ainda, (ii) a obrigação da iniciativa privada de suportar, sem contrapartida, a responsabilidade de transportar 2 (dois) passageiros de forma gratuita e, esgotados os assentos, oferecer mais 2 (dois) lugares com desconto de no mínimo 50% (cinquenta por cento).

Assim, este artigo se propõe a analisar a garantia e a prestação dos direitos sociais pelo Estado no que concerne ao transporte público dos jovens de baixa renda e a respectiva transferência desta obrigação para a iniciativa privada, o que pode estar por camuflar ainda mais o descontrole do Estado com os gastos públicos e a não-efetivação de direitos fundamentais.

Para enfrentar a problematização, utiliza-se do método dedutivo, expondo-se o conceito de direitos sociais e o dever prestacional do Estado a partir das disposições constitucionais reverberadas na legislação, doutrina e jurisprudência acerca do assunto.

Para estruturar a proposta de pesquisa, este artigo foi organizado em quatro seções. Na primeira, dividida em dois tópicos, apresenta-se a regulamentação do transporte público no Brasil, a forma de disponibilização deste serviço à sociedade por meio de autorização, permissão ou concessão, a regulamentação pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a forma de fixação da tarifa, que é a remuneração do serviço. Em seguida, apresenta-se a Lei n. 12.825/2013, que instituiu o Estado da Juventude e previu a gratuidade no transporte público para jovens de baixa renda.

Na segunda seção, são apresentados os direitos sociais com o dever de garantia e prestação primária do Estado para lhes dar eficácia imediata. Discorre-se também sobre os custos dos direitos sociais com as conseqüentes dificuldades de gestão, em decorrência das

quais o Estado acaba encontrando uma solução alternativa, que é a transferência integral à iniciativa privada.

A terceira seção aborda a competência exclusiva do Estado em realizar políticas públicas com o intuito de implementar os direitos fundamentais, reforçando o papel Constitucional do Estado de arcar com os custos dos direitos sociais e não interferir no mercado e na seara de outros direitos fundamentais como a livre iniciativa e a livre concorrência,

Constrói-se, desta forma, arcabouço suficiente para concluir que a delegação dos serviços públicos aos particulares, inclusive do transporte gratuito para jovens de baixa renda, representa ofensa à Ordem Constitucional e permite o questionamento judicial da legislação infraconstitucional para afastá-la completamente ou então para se obter o reequilíbrio econômico financeiro nas tarifas praticadas para o transporte público interestadual.

O TRANSPORTE PÚBLICO NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 ampliou a preocupação com os transportes e estabeleceu ser da competência da União explorar, diretamente ou por meio de autorização, permissão ou concessão, os serviços de transporte interestadual e internacional de passageiros (art. 21, XII, “e”) e, ainda, ser da competência privativa da União legislar sobre as diretrizes da política nacional de transportes (art. 22, XI da CF).

Pretendeu, dessa forma, reforçar a necessidade de planejamento do setor de transportes e de integração dos diversos modais. Inovou, ainda, quando determinou que a prestação dos serviços públicos deveria ocorrer, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre precedida de licitação (art. 175 da CF).

A este respeito, o Decreto n. 90.072/1990 estabeleceu a licitação, a ser feita na modalidade concorrência, para a concessão e permissão de serviços públicos de transporte. Posteriormente, adveio o Decreto n. 952/1993, que fixou o prazo de 15 (quinze) anos para as permissões, prorrogável no máximo por igual período.

A Lei n. 8.987/95, contudo, em seus artigos 42 e 43, considerou válidas as concessões de serviço público formalizadas antes da vigência da CF/1988, ainda que não precedidas de licitação, pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga.

Com fundamento na referida lei, foi editado o Decreto n. 2.521/1998, cujo artigo 98 retirou a possibilidade da prorrogação franqueada pelo decreto anterior, mantendo-se o prazo

improrrogável de 15 (quinze) anos, contados do Decreto n. 952/1993, para as concessões e permissões efetivadas por força de disposições legais e regulamentares anteriores.

O Decreto n. 2.521/1998 dispõe ser da União o direito de explorar, diretamente ou por permissão, o transporte público de passageiros interestadual. Assim, o controle das outorgas, a delegação e a fiscalização dos serviços de que trata este Decreto caberão à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (Art. 2º - A), que deverá regular a concessão, a permissão e a autorização do serviço público de transporte público interestadual:

o poder concedente exerce nesses tipos de contratos ou atos de delegação: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatário, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar ato unilateral de outorga de autorização, definir o valor da tarifa e da sua revisão ou reajuste, controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, encampar, decretar a caducidade, intervir, fazer a rescisão amigável, fazer a reversão de bens ao término da concessão, exercer o papel de ouvidor de denúncias e reclamações dos usuários, enfim exercer todas as prerrogativas que a lei outorga ao Poder Público na concessão, permissão e autorização (DI PIETRO, 2009, p. 470-471).

Ainda conforme o Decreto n. 2.521/1998, os serviços de transporte interestadual são delegados mediante permissão sempre precedida de licitação (art. 6º, inc. I), que, dentre outros critérios técnicos, levará em consideração a conjugação dos critérios de (i) menor valor da tarifa dos serviços públicos prestados e (ii) melhor oferta e pagamento pela outorga (art. 16).

Declarado o vencedor, será formalizado contrato por adesão e, nada obstante, é mantida a prerrogativa da ANTT de alterar unilateralmente os seus termos e modificar a prestação de serviços para melhor adequar aos interesses públicos (art. 19). No contrato de adesão, serão cláusulas essenciais, dentre outras, as relativas à tarifa contratual e aos critérios e procedimentos para o seu reajuste (art. 20, inc. VII).

Relativamente à tarifa a ser cobrada, para as linhas de transporte interestadual, sua fixação é definida mediante estudo técnico da ANTT em que se aferirão os custos da prestação e da manutenção da qualidade dos serviços sem previsão de reajuste, salvo se forem criados, alterados ou extintos tributos ou encargos legais ou sobrevierem disposições legais, após a data de apresentação da proposta, de comprovada repercussão na tarifa constante do contrato ou se houver modificação do contrato que altere os encargos da transportadora (art. 28). Esta mesma disposição se aplica ao transporte público concessionado.

O transporte gratuito para jovens de baixa renda

O debate contemporâneo acerca da noção de interesse público impõe reavivar uma distinção fundamental e pouco explorada, que é a divisão entre primário e secundário. O interesse público *primário* é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social, ou seja, são os interesses de toda a sociedade. O interesse público *secundário* é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica (...). Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas (BARROSO, 2011, p. 92).

Com o desenvolvimento das cidades e a urbanização, o transporte se tornou indispensável para a realização das diversas atividades diárias do homem, como trabalho, estudo, lazer, entre outras. Assim, o direito fundamental ao transporte foi inserido no artigo 6º da Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional n. 90/2015, sendo de interesse público primário, portanto, que deve ser desenvolvido pelo Estado.

Nesse diapasão, a problemática que se estabelece é justamente a realização da norma. Em que medida os direitos sociais são exigíveis ao Poder Público e quem deve prestá-los? Nos termos do parágrafo 1º. do art. 5º da Constituição da República, "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata", ou seja, "as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente (...)" (SILVA, 2014, p. 182).

Para implementação dos direitos fundamentais na área dos transportes públicos, o Estado intervém na livre iniciativa para promover uma política pública, notadamente, o transporte interestadual gratuito para jovens estudantes de baixa renda, a exemplo do que ocorre com os direitos fundamentais da Educação, implementados pela Cultura (meia-entrada, transporte público gratuito de idosos e PROUNI).

No que se refere ao transporte público para jovens de baixa renda, estes foram incluídos pela Lei n. 12.825/2013, que instituiu o Estado da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e as diretrizes das políticas públicas da juventude e o Sistema Nacional de Juventude. Para os efeitos desta lei, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) a 29 (vinte e nove) anos de idade.

Pela referida lei, as políticas públicas da juventude têm por princípio, dentre outros, a promoção da autonomia e emancipação dos jovens e a promoção do bem-estar, da experimentação e do desenvolvimento integral do jovem" (art. 2º.). Para isto, os agentes

públicos ou privados devem observar, dentre outras, as seguintes diretrizes: desenvolver a intersectorialidade das políticas estruturais, programas e ações, incentivar a ampla participação juvenil em sua formulação, implementação e avaliação; garantir meios e equipamentos públicos que promovam o acesso à produção cultural, à prática esportiva, à mobilidade territorial e à fruição do tempo livre. (art. 3º.)

Nesta linha, dentre os direitos dos jovens, temos o direito ao território e à mobilidade, o que inclui a promoção de políticas públicas de moradia, circulação e equipamentos públicos (art. 31). Para atender este dispositivo, no que tange à mobilidade e circulação no território, o sistema de transporte coletivo interestadual deverá reservar 02 (duas) vagas gratuitas para jovens de baixa renda e, se estas esgotarem, outras 02 (duas) vagas deverão ser oferecidas com desconto de 50% (cinquenta por cento) no mínimo (art. 32).

A lei foi regulamentada pelo Decreto Presidencial n. 8.537/2015, que estabeleceu procedimentos e critérios nos veículos do sistema de transporte coletivo interestadual.

FORMAS DE PARTICIPAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

A Constituição declara que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social. Neste particular, a ordem social se harmoniza com a ordem econômica, já que esta se funda também na valorização do trabalho e tem como objetivo assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social. Pelos princípios do Estado de bem-estar social, todo indivíduo tem direito inalienável, desde seu nascimento até sua morte, a um conjunto de bens e prestação de serviços que deveriam ter seu fornecimento garantido, seja diretamente por meio do Estado ou indiretamente mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil.

A participação do Estado na economia é uma necessidade, enquanto o sistema capitalista condiciona a ordem econômica ao cumprimento de seu objetivo, que é assegurar a existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social e por imperativo de segurança nacional. Para tanto, deve observar os princípios indicados no art. 170, que, em essência, consubstanciam uma ordem capitalista. No entanto, a declaração de que a ordem econômica tem por fim assegurar a existência digna por si só não tem significado substancial, já que a análise dos princípios que informam essa mesma ordem não garante a efetividade daquele fim (SILVA, 2014, p. 788).

Assim, a Ordem Econômica assume duas vertentes conceituais, uma ampla e outra estrita: a) ampla: parcela da ordem de fato, inerente ao mundo do ser. Isto é, o tratamento jurídico dispensado para disciplinar as relações jurídicas decorrentes do exercício de atividades econômicas. É a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia; b) estrita: parcela da ordem de direito, inerente ao mundo do dever-ser. Isto é, o tratamento jurídico dispensado para disciplinar o comportamento dos agentes econômicos no mercado. É a regulação jurídica do ciclo econômico (produção, circulação e consumo) (GRAU, 2015).

A Constituição reconhece duas formas de participação do Estado na economia: a participação e a intervenção. Ambas constituem instrumentos pelos quais o Poder Público, ordena, coordena e atua a observância dos princípios da ordem econômica tendo em vista a realização de seus fundamentos e de seu fim. A atuação pela participação, prevista nos artigos 173 a 177 da Constituição Federal, caracteriza o Estado administrador de atividades econômicas; a atuação pela intervenção, prevista no art. 174, tem o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, que compreende as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, caracterizando o Estado regulador, o Estado promotor e o Estado planejador da atividade econômica (SILVA, 2014, p. 804).

É no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, com o Estado em condições de realizar as intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas uma arbitragem, precisa influir efetivamente e com eficiência na realidade social.

A lei, fundamental expressão do direito positivo, exerce função transformadora da sociedade impondo mudanças sociais democráticas, ainda que possa continuar a desempenhar uma função conservadora, garantindo a sobrevivência de valores socialmente aceitos (SILVA, 2014, p. 121-122).

O Estado intervencionista social que é representado pela forma de intervenção na atividade econômica tem por fim garantir que sejam efetivadas políticas de caráter assistencialista na sociedade para prover os notadamente hipossuficientes em suas necessidades básicas (VIZEU, 2015, p. 55).

Nesse modelo econômico, o Estado é o agente regulamentador de ações sociais e econômicas da nação, atuando diretamente ou por meio de parcerias com sindicatos e empresas privadas, ainda que em diferentes níveis e graus de ingerência, para a implementação

de políticas sociais e econômicas. Desta forma, o Estado tem legitimidade para mitigar e, em certos casos, afastar a livre-iniciativa de determinados setores de sua ordem econômica.

No entanto, este modelo não consegue subsistir, pois o Estado assume responsabilidades sociais crescentes em caráter de prestações positivas como a previdência, habitação, saúde, transporte e educação. Diante desta falibilidade do Estado de bem-estar social, tornou-se necessário repensar as formas pelas quais o Estado interfere no processo de geração de riquezas e na realização de políticas públicas de inclusão social e de repartição de rendas (MELO, 2010, p. 227).

Surge, assim, o Estado regulador, que abandona a planificação econômica socialista e a crescente assunção de responsabilidades coletivas do modelo social, sem, todavia, voltar ao liberalismo puro. Este modelo “caracteriza-se numa nova concepção para a presença do Estado na economia como ente garantidor e regulador da atividade econômica que volta a se basear na livre iniciativa e na liberdade de mercado, bem como na desestatização das atividades econômicas e redução sistemática dos encargos sociais, com o fito de se garantir equilíbrio nas contas públicas” (VIZEU, 2015, p. 54).

Este “novo” modelo apregoa que, para a manutenção da Ordem Econômica, necessário se faz que o Estado fomente a livre concorrência por meio de políticas que assegurem a participação e a permanência de todos os agentes concorrentes entre si em seus respectivos mercados, evitando a concentração de poder econômico e seu uso abusivo.

A transferência aos setores privados da gestão dos serviços públicos que antes as empresas estatais prestavam gerou a necessidade de regulação destas atividades para proteção dos interesses da comunidade. Desta forma, os direitos sociais positivados não são abandonados: o Estado assume a obrigação de promoção do bem-estar da coletividade, porém agora o faz com auxílio da iniciativa privada (MELO, 2010, p. 227).

Na Ordem Econômica, por sua vez, a intervenção direta pelo Estado só ocorrerá de forma subsidiária e desde que seja para regularizar a livre iniciativa e a livre concorrência, harmonizando a ordem econômica aos princípios do art. 170 da Constituição Federal (GONÇALVES; RIBEIRO, 2007, p. 151). Portanto, a intervenção terá o intuito de direcionar as atividades de acordo com o interesse público para garantir a universalização, a qualidade e o preço justo dos serviços prestados (ARAGÃO, 2005, p. 25).

Por conseguinte, no Estado regulador permanece o dever de promoção e realização de políticas públicas necessárias à consecução dos fins dispostos na Constituição de 1988, *in caso*, os direitos sociais. No entanto, no que tange à ordem econômica, a intervenção só poderá

ocorrer de forma subsidiária, fomentando a livre concorrência e a livre iniciativa e regulando-as para evitar comportamentos abusivos.

Assim, dadas as circunstâncias que permeiam a efetivação do modelo regulatório brasileiro, é inevitável o surgimento de conflitos entre os diversos interesses contrapostos, quais sejam: os interesses privados dos entes regulados, os interesses sociais da população e os interesses políticos do Estado, tornando-se necessária a harmonização e a solução para a satisfação de todos os envolvidos (MELO, 2010, p. 231).

A GARANTIA E A PRESTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS PELO ESTADO – A EXISTÊNCIA DE CUSTOS

Durante o século XX, o Estado teve uma trajetória de experimentos e descobrimentos. No início do século, o Estado começou liberal, com funções mínimas, em uma era de afirmação dos direitos políticos e individuais. Tornou-se social após o primeiro quarto, assumindo encargos na superação das desigualdades e na promoção dos direitos sociais. Na virada do século, estava neoliberal, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica direta, em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas (BARROSO, 2011, p. 91-92).

Nos dias atuais, podemos considerar que o Estado Democrático de Direito deixou sua neutralidade de lado para transformar-se em um Estado Democrático de Direito Material, que adota o viés da justiça social e atua em busca da sua realização, com o desafio de compatibilizar em uma só ideia “o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*” (SILVA, 2014, p. 115).

Os direitos sociais foram apresentados por T.H. Marshall em 1949, quando os conceituou como o último momento de um processo de transformação da sociedade na conquista de direitos de cidadania. Marshall atribui a cada século um avanço na formação dos direitos de cidadania, embora reconheça que há sobreposições: no século XVIII são conquistados os direitos civis; no século XIX, os direitos políticos e no século XX seriam conquistados os direitos sociais (PRADO, 2012, p. 315). Os direitos sociais, típicos do século XX, incluem “o direito a um mínimo de bem-estar econômico e de segurança, o direito de participar, por completo, da herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que se estabelecem na sociedade” (MARSHAL, 1967, p. 1113).

Portanto, aos direitos sociais e fundamentais deve ser atrelado um novo elemento, que é a cidadania, ou seja, a ação do Estado se dará por meio do direito como instrumento de cidadania. Desta forma, atrelando-se o conceito de *Welfare State* ao de cidadania, tem-se um novo status do indivíduo perante a sociedade. A introdução da cidadania como direito dentro do Estado democrático de bem-estar social se constitui como ideia fundamental de um *Welfare State* (AZEVEDO, 2013):

Tal é a hipótese sociológica latente no ensaio de Marshall. Postula que há uma espécie de igualdade humana básica associada com o conceito de participação integral na comunidade – ou, como eu diria, de cidadania – o qual não é inconsistente com as desigualdades que diferenciam os vários níveis econômicos na sociedade. Em outras palavras, a desigualdade do sistema de classes sociais pode ser aceitável desde que a igualdade de cidadania seja reconhecida. Marshall não identificou a vida de um cavalheiro com o status de cidadania. Se assim o fizesse, estaria expressando seu ideal em termos de direitos legais aos quais todos os homens têm direito (MARSHALL, 1967, p. 62).

Destarte, a partir do momento em que a cidadania passa a ser estabelecida por meio de direitos legais-sociais, ocorre uma mudança na esfera social e tais direitos passam a ser garantidos pelo Estado, que se torna seu principal provedor. Para garantir sua implementação e manutenção, o Estado deve ser autônomo (MARSHALL, 1967, p. 62).

Com este espírito em seu bojo, a Constituição de 1988 foi promulgada determinando que, dentre outros, os objetivos fundamentais da República seriam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º), sendo considerado um regime de justiça social aquele em que cada um poderá dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política, rechaçando as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria (SILVA, 2014, p. 788-789).

Desta forma, os direitos sociais são consagrados como fundamentos do Estado democrático (art. 1º, IV, da Constituição Federal) e se constituem como direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, com a finalidade de melhorar as condições de vida dos hipossuficientes e concretizar a igualdade social (MORAES, 2016, p. 2010).

Os direitos fundamentais do homem são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente e enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos. Estes direitos tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais, ligando-se ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, uma vez que criam condições materiais mais propícias para se

atingir a igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2014, p. 286-287).

Outrossim, os direitos sociais não se esgotam nas obrigações positivas: o Estado tem a obrigação de abster-se de comportamentos que os afetem. Por exemplo, o Estado afeta o direito à saúde ou de habilitação à educação quando ilegalmente priva seus titulares de fruí-los. Todos os direitos, então, exigem obrigações positivas e negativas para a sua eficácia.

É possível discernir quatro “níveis” de obrigações do Estado com relação aos direitos sociais: respeitá-los, protegê-los, garanti-los e promovê-los. As obrigações de respeitar são definidas pelo dever do Estado de não ingerir, obstruir ou impedir o acesso ao gozo dos bens que constituem o objeto do direito. As obrigações de proteger consistem em impedir que terceiros interfiram, impedindo o acesso a esses bens. As obrigações de garantir pressupõem que o titular do direito tem acesso à propriedade quando não pode fazê-lo sozinho. As obrigações de promover são caracterizadas pelo dever de desenvolver condições para que os titulares possam atingir os bens. Nenhum desses níveis pode ser caracterizado apenas por meio de distinções entre obrigações positivas/negativas ou obrigações de meio/resultado, mas certamente a obrigação de respeitar está fundamentalmente ligada à obrigação negativa ou de abstenção, e a obrigação de proteger demanda um maior ativismo estatal e, portanto, maior número de obrigações positivas ou comportamentais. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2005).

Deste modo, dispõe o art. 5º, §1º da Constituição, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata” (SARLET, 2015, p. 278), inclusive os órgãos públicos e particulares se encontram vinculados a cumpri-los. Da mesma forma, “o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando sua plena eficácia” (SARLET, 2015, p. 278).

Os direitos sociais protegidos de forma obrigatória pelo Estado Social encontram-se dispostos no art. 6º da Constituição Federal³. Os direitos sociais prestacionais têm por objeto precípuo uma conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma) que consiste numa prestação de natureza fática, em uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social, e que objetiva a realização da igualdade material, ou seja, deve garantir a

³ 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.

participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais (SARLET, 2015, p. 278).

A este respeito, afirma T. H. Marshal que os “os direitos sociais voltados a atenuar desigualdades reais entre os cidadãos só podem ser patrocinados pelo Estado, pois este possui funções reguladoras para incidir na questão do status formal de cidadão vs. situação real de classe” (MARSHAL, 1965). Assim, os direitos fundamentais de cunho prestacional são efetivados principalmente por meio de políticas públicas que abrangem as ações e programas determinados por comandos gerais do Estado.

Para tanto, a tutela e a prestação dos direitos fundamentais implicam em um custo que pode ser compreendido tanto em sentido amplo, abrangendo os custos ligados à própria existência e sobrevivência do Estado, como em sentido estrito, abrangendo os custos financeiros públicos de todos os direitos (FONTE, 2009). “Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento a protecção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros” (NABAIS, José Casalta, 2007, p. 12).

Consequentemente, os custos da implementação dos direitos sociais serão financiados pelos impostos pagos pela sociedade civil. A proteção da liberdade individual, e em específico dos direitos sociais, somente pode ser efetivada pelo estabelecimento de impostos, que são uma forma de cooperação institucionalizada, ou seja, não há meio de se efetivarem direitos sem o respectivo custo (SUSTEIN; HOLMES, 1999, p. 43-44, 224). Em outras palavras, as políticas públicas são financiadas pela arrecadação tributária, que serve ao objetivo de efetivar o acesso dos menos favorecidos aos direitos fundamentais de cunho social, dentre estes o transporte público (RIBEIRO, 2006, p. 135).

Os impostos são meios de arrecadação de receitas públicas, são vias pelas quais as entidades públicas encontram cobertura financeira para as despesas inerentes às atividades que desenvolvem. Destarte, a justificação econômica da tributação há de encontrar-se no equilíbrio entre dois valores: de um lado, a constatação de que existe um domínio de intervenção pública indispensável ao funcionamento saudável da economia e que é preciso financiar; de outro, a verificação das perdas de eficiência que tal intervenção e o respectivo suporte tributário necessariamente acarretam. (ARAUJO, 2017, p. 520-521).

Para tanto, cumpre ao “legislador, dentro das reservas orçamentarias, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações

integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais” (CANOTILHO, 1982, p. 369). Nada obstante, vale salientar que o Estado brasileiro recebe, por meio de arrecadação tributária, recursos mais do que suficientes para criar e organizar os seus sustentáculos e, assim, cumprir com suas obrigações. Apesar da difundida garantia constitucional e do direito dos brasileiros de gozar de imediato dos citados direitos sociais, na prática, estes direitos ficam à mercê da promoção notoriamente ineficaz do Estado, titular desta responsabilidade, de modo que os direitos sociais restam sem implementação e se tornam letra morta na Constituição (ROCHA; RIBEIRO, 2015, p. 558). Também a este respeito:

The framers of the American Constitution sought to establish a strong and effective government armed with capacities that the anemic government created under the Articles of Confederation notoriously lacked. A constitution that does not organize effective and publicly supported government, capable of taxing and spending, will necessarily fail to protect rights in practice. This has been a lesson long in learning, and not only for libertarians and free-market economists, but also for some human-rights advocates who have selflessly devoted their careers to a militant campaign against brutal and over-mighty states. All-out adversaries of state power cannot be consistent defenders of individual rights, for rights are an enforced uniformity, imposed by the government and funded by the public. Equal treatment before the law cannot be secured over a vast territory without relatively effective, honest, centralized bureaucratic agencies capable of creating and enforcing rights (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., 1999, p. 58).

A ineficiência pública na condução destas políticas públicas e, portanto, a não concretização dos direitos sociais garantidos constitucionalmente é “justificada” pela insuficiência de recursos públicos decorrente da falta de arrecadação ou, simplesmente, má gestão dos recursos existentes, ou seja, os direitos sociais, inclusive ao transporte, ficam obstados em razão dos seus custos e das despesas já comprometidas do Estado. Sem alternativas, a solução do Estado para a escassez dos recursos se encontra na transferência dos custos da implementação dos direitos sociais, ao menos de forma mínima, ao setor privado (ROCHA; RIBEIRO, 2015, p. 559) ou à “comunidade”, como dispõe o art. 29 da Declaração dos Direitos do Homem⁴.

⁴ Artigo 29.

1. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade.
2. No exercício deste direito e no gozo destas liberdades, ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática.
3. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

Assim, quando o Estado, destinatário do dever de assegurar os direitos sociais e para tal detém os recursos oriundos da arrecadação tributária, transfere para a iniciativa privada os custos para a realização destes direitos, advirão consequências no sistema capitalista. Um exemplo seria o desequilíbrio da oferta e da demanda e até mesmo dos preços, o que pode ser prejudicial a outros direitos fundamentais dos cidadãos, razão pela qual é preciso questionar a constitucionalidade da transferência da obrigação do Estado em prestar serviços sociais de transporte público interestadual para jovens de baixa renda para a iniciativa privada.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA TRANSFERÊNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E SEUS CUSTOS EXCLUSIVAMENTE PARA A INICIATIVA PRIVADA – O CASO DO TRANSPORTE INTERESTADUAL GRATUITO PARA JOVENS DE BAIXA RENDA

O direito social ao transporte dos “jovens de baixa de renda” foi implementado pelo Estado por meio de lei que obrigou as empresas de transporte público interestadual a ceder gratuitamente dois lugares por ônibus/viagem. Para tanto, o Estado se utilizou da prerrogativa dos artigos 3º e 23º, inciso V, da Constituição Federal. Trata-se da legitimação de uma forma de intervenção estatal justificada pela obrigação de implementar um direito social (ROCHA; RIBEIRO, 2015, p. 559).

Em que pese à taxativa garantia constitucional do direito ao transporte aos cidadãos, na prática este direito social (transporte público interestadual) não é proporcionado pela administração pública, mas sim pelos particulares, uma vez que não recebem nenhuma contrapartida ou incentivo financeiro para a realização deste serviço.

No que se refere à dimensão positiva do direito ao mínimo existencial, o STF tem consolidado o entendimento de que nesta seara incumbe ao Estado, em primeira linha, o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo existencial (SARLET, 2017, p. 629) porque o Poder Público não pode se restringir a regular e fomentar os agentes econômicos privados, não podendo se limitar a ser um prestador subsidiário em matéria de direitos sociais. É seu dever oferecer e garantir o máximo para a população. E, para realizar o bem-estar social por meio do planejamento, o Estado deve figurar como ator principal do desenvolvimento (HACHEM, 2013, p. 139).

Destarte, na sua dimensão principal, os direitos ou prestações subjetivas às prestações fáticas sociais por parte do Estado, ou seu equivalente do lado objetivo, os deveres jurídicos ou obrigações estatais de prestação social são direitos, pretensões e deveres tanto quanto

possível, ou seja, são direitos ou deveres na medida do financeiramente possível, de realização progressiva, tendo em conta o que é razoável exigir do Estado, até porque no plano jurídico a verificação de uma eventual violação só pode ser apurada, no caso concreto, considerando as implicações e condicionantes financeiras que a reserva do possível lhe projeta. (NOVAIS, 2010, p. 101).

Assim, considerando que todos os direitos, inclusive os sociais, implicam em uma repercussão econômica, independentemente de serem positivos ou negativos, visto que sempre exigem do Estado uma atitude comissiva de proteção e/ou concreção, eles sempre devem ser analisados sob a ótica de custos, preponderando a racionalidade econômica para a busca do equilíbrio das contas públicas (GALDINO, 1995, p. 218, 299). Isto significa, portanto, que a implementação do direito pelos particulares sem contrapartida impactará seu direito fundamental de livre iniciativa e livre concorrência.

No Brasil o que se permite tão somente é uma ação concentrada entre Estado e sociedade civil em que o primeiro dirige à segunda, em algumas matérias, deveres concomitantes àqueles encomendados ao Poder Público sem conferir prioridade de atuação à iniciativa privada. Desta forma, o constituinte confere ao Estado uma inafastável competência própria e direta para gerir o processo de desenvolvimento, atribuindo à sociedade e à comunidade deveres de ação complementar (HACHEM, 2013, p. 139).

Não se afasta, aqui, a possibilidade de a iniciativa privada desempenhar um papel subsidiário e complementar para o planejamento estatal e implementação dos direitos sociais; porém, como foi dito, este papel deve ser complementar às ações do Estado, que é o ente constitucionalmente competente para realizar as políticas públicas para a implementação dos direitos fundamentais.

Desta forma, a transferência de incumbências e de custos de efetivação de políticas públicas para a realização dos direitos sociais inteiramente à iniciativa privada fere, por consectário lógico, o texto constitucional, que fortemente exalta o papel garantidor e afirmativo do Estado a este respeito (ROCHA; RIBEIRO, 2015, p. 560).

Já é recorrente a ausência do Estado na manutenção dos direitos fundamentais e tem se tornado alternativa recorrente repassar os custos desta responsabilidade para a iniciativa privada. Um exemplo é a entrada em vigência da Lei n. 12.933/2013, que dispõe sobre o benefício do pagamento da meia-entrada em espetáculos artístico-culturais para estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos comprovadamente carentes. Referida disposição legal foi objeto de ADIN n. 1.950-3, que discutiu Lei n. 7.844/92-SP, de conteúdo

semelhante, sob o argumento de afronta aos artigos 170 e 174 da Constituição Federal, uma vez que institui uma intervenção indevida do Estado no domínio econômico. No entanto, a ação foi julgada improcedente em razão do entendimento de que, na composição entre o direito à livre iniciativa e o direito à educação, à cultura e ao desporto, deve ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.

Do citado julgamento, válido destacar os votos do julgamento: a favor da improcedência da ação e, respectivamente, da manutenção do benefício da meia-entrada, o Ministro Eros Grau, relator, pontuou que a Ordem Econômica é um sistema de normas que define institucionalmente determinado modo de produção econômica e propõe a transformação do mundo do “ser” para o “dever ser”. Com relação a isso, a Constituição Federal enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade (os fundamentos e os fins estão definidos nos artigos 1º e 3º da CF).

A intervenção do Estado na vida econômica da sociedade, por sua vez, se consubstancia como um redutor de riscos para os indivíduos e para as empresas, ou seja, um princípio de segurança e, por este motivo, ela não seria adversa à lógica do sistema. Além disto, o mercado enquanto instituição jurídica do sistema deve ser regular para permanecer sendo previsível aos agentes que nele atuam.

A liberdade-livre iniciativa, por sua vez, também é consagrada na Constituição de 1988 como fundamento da República e da Ordem Econômica e, destarte, não pode ser reduzida. Nada obstante, tal preceito deve ser interpretado conjuntamente com a totalidade do texto Constitucional, por exemplo, ao lado do trabalho humano. Sendo ambos os princípios tutelados pelo ordenamento, há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. Assim, deve ocorrer a superação da oposição entre os desígnios do lucro empresarial e o direito de acesso à cultura, o que não apresenta maiores dificuldades. Sobre isto, o Ministro Carlos Britto também ressalta que a função social da propriedade é um dos princípios regentes de toda a atividade econômica e salienta que o custo seria resolvido por um jogo do mercado que, por antecipação do subsídio cruzado, aumenta o valor dos ingressos de suas casas de espetáculo.

As afirmações dos votos vencedores vão ao encontro do mandamento constitucional no que tange à composição entre os direitos fundamentais e os objetivos/fins do Estado. Contudo, restam lacunas na matéria de fundo, qual seja a já existente arrecadação tributária para atender as finalidades sociais do Estado e sua correta distribuição, tanto que os ministros ponderam, absurdamente, que o financiamento deste direito não representará maiores “custos”, pois serão suportados pelos outros frequentadores com o aumento de preço aplicado pelos

empresários. A este respeito, destaca-se a intervenção do então presidente, Ministro Nelson Jobim:

Ministro, vamos falar claro, não há problema nenhum, porque isso tudo é descontado em relação aos que pagam inteira. Quer dizer, o cálculo da inteira é todo ele rateado, então não há problema. Ninguém está pagando nada, é uma socialização dos menores.

Em sentido contrário, o Ministro Marco Aurélio, que teve sua a posição vencida, dissertou que a norma, ao transferir custos para os particulares, conflita com outro fundamento da República, que é a livre iniciativa, o que contrasta com preceito expresso no Diploma Básico ao revelar o art. 174 da Constituição Federal. Por não haver uma contrapartida, ou seja, uma compensação pela perda para aqueles que se lançam no mercado, na vida comercial o ônus da meia-entrada acabaria sendo suportado pela sociedade, por aqueles que não gozam do benefício, uma vez que o reflexo seria o aumento do preço dos ingressos. Complementando o entendimento supra, o Ministro Cezar Peluso afirmou que a norma em debate interfere em contratos, o que desrespeita o art. 22, inciso I, da Constituição Federal:

(...) essa norma está interferindo em contratos, está tabelando prestações de contratos. Para um universo determinado de contraentes, é verdade, mas está tabelando, ao prescrever que um universo tal de contraentes paga a metade do valor dos contratos. Isso, a meu ver, com o devido respeito, ofende o art. 22, I. E encontro grande dificuldade para ajustar essa norma ao art. 23, V, ao dizer que compete ao Estado: V – proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação (...) (BRASIL, 2012, p. 68).

Para justificar a violação do art. 23, inciso V, o ministro argumenta que o Estado não está proporcionado nada, está apenas obrigando o particular a proporcionar o direito social e, sobretudo, que o precedente desta imposição pode, por analogia, levar a que seja aplicada em outras situações. Admitir tal intervenção, nas palavras do Ministro Cesar Peluso, seria admitir que o Estado pode tabelar o valor da prestação de contratos.

Em que pese discordar frontalmente da justificativa de rateio entre os usuários/sociedade, que passam a sofrer com um adicional de custos frente aos impostos que já são arrecadados para o *mister*, com relação ao Transporte Público Interestadual, a situação é ainda mais gravosa, pois a forma de remuneração é obtida por meio de tarifas reguladas por agência reguladora (ANTT) e, diferente do caso acima, é impossível repassar o custo para a sociedade, ficando exclusivamente a cargo da empresa. Portanto, “impor aos particulares tal ônus sem contrapartida que assegure a manutenção da empresa, a aquisição e manutenção dos meios de transporte, pagamento de pessoal, demais despesas incidentes, igualmente não se revela solução compatível com o ordenamento constitucional e de qualquer sorte resultaria no

abandono completo dessa via negocial, com graves consequências para a acessibilidade diuturna dos cidadãos” (SARLET, 2017, p. 671-672), por exemplo, com reflexos nos serviços prestados e/ou nas tarifas cobradas por passageiro, o que deve ser rechaçado. A lição é de Ingo Wolfgang Sarlet é:

(...) A concessão (judicial) de transporte gratuito diretamente imposta a empresas privadas para além da regulação existente, ademais de harmônica com custos previamente calculados e pactuados, deverá levar em conta – como já se sugeriu no caso de compra de vagas pelo poder público junto ao ensino privado – eventual compensação por parte do Estado, visto que, do contrário, nem mais combustível poderá ser adquirido para acionar os motores que asseguram o acesso rápido aos bens e serviços (SARLET, 2017, p. 671-672).

As tarifas sociais não devem ser compensadas por subsídios internos, mas por subsídios públicos oriundos de receitas gerais, que é a única que atende integralmente aos princípios constitucionais aplicáveis, como isonomia, equilíbrio-econômico financeiro, modicidade tarifária e universalização, sendo possível se falar em uma interpretação conforme do art. 9º, parágrafo 5º, da Lei Federal n. 12.587/2012.⁵

Nesse caso, extrair a fonte de custos das receitas gerais é o único meio de respeitar o princípio da capacidade contributiva. Por isso não são adequadas alternativas cogitáveis, como transferir o ônus ao concessionário, o subsídio público, o subsídio interno ou o cruzado, em que receita que custeia o serviço é oriunda de outros serviços, embora reconheça que, na prática, comumente são implementadas tarifas redistributivas custeadas mediante incremento das tarifas de outras categorias ou de subsídios cruzados (PEREIRA, 2006, p. 372-373).

O subsídio público pode ser obrigatório quando se trata de direitos fundamentais, conforme julgamento do Supremo Tribunal Federal na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.768-4/DF, onde o Ministro Marco Aurélio Mello proferiu voto pela constitucionalidade do art. 39 da Lei Federal n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)⁶. Asseverou, na oportunidade que, pelo dispositivo legal, é garantida a gratuidade aos maiores de 65 anos em transportes coletivos públicos urbanos, o qual praticamente repete o contido no art. 230, parágrafo 2o, da Constituição Federal, no entanto, a gratuidade não há de ser sustentada pela sociedade em si,

⁵ Lei Federal n. 12.587/2012. Art. 9º, Parágrafo. 5º. Caso o poder público opte pela adoção de subsídio tarifário, o déficit originado deverá ser coberto por receitas extratarifárias, receitas alternativas, subsídios orçamentários, subsídios cruzados intrasetoriais e intersetoriais provenientes de outras categorias de beneficiários dos serviços de transporte, dentre outras fontes, instituídos pelo poder público delegante.

⁶ Lei Federal n. 10.471/2003. Do Transporte. Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

que já satisfaz, numa gradação insuplantável, os impostos e os tributos, mas deve ser arcado pelo próprio Estado.

Assim, afastando a atribuição do ônus aos concessionários e aos demais usuários do serviço público, concluiu que é dever do Estado assumir o resultado do serviço criado: eis que “ele [o Estado] não pode simplesmente cumprimentar com chapéu alheio; ele não pode transferir a terceiros ônus que haja criado”. Menciona inclusive a dificuldade que existe em se majorar a tarifa do serviço público.

Desta forma, na hipótese de a Constituição estabelecer gratuidade parcial das tarifas (como, por exemplo, o transporte para maiores de 65 anos), isso não impede a delegação. Também não padece de inconstitucionalidade: apenas é um elemento a mais que deverá ser avaliado pelo pretense concessionário quando da contratação com o Poder Público. Seria diferente, entretanto, quando houver a gratuidade total de determinado serviço, que não poderia sofrer delegação aos particulares, já que o concessionário tem por objetivo o lucro na exploração da atividade, nem mesmo se houver subsídio estatal, não só pelo fato de que a remuneração é uma das características das concessões de serviços públicos, mas também porque o usuário estaria arcando indiretamente com os custos por meio dos impostos (BATISTA, 2005, p. 45-47).

Por conseguinte, na contramão do que ficou decidido nas questões de Educação (PROUNI) e Cultura (meia-entrada), em que se definiu que não haveria inconstitucionalidade da norma pelo fato de a sociedade ter sido incluída como “corresponsável” pela garantia dos direitos sociais fundamentais, no julgamento do tema “transporte gratuito” feito por meio da ADI 3.768/DF de Relatoria da Min. Carmen Lúcia, a ministra apresentou alternativa para a questão ao justificar, ao menos para o transporte público gratuito ao idoso, a possibilidade de se buscar o reequilíbrio econômico financeiro do contrato com o ente público, ou seja, “afastou” a coparticipação da iniciativa privada na garantia do direito fundamental ao transporte.

Segundo a Ministra Carmen Lúcia, “(...) O investimento e os gastos oriundos da prestação dos serviços públicos de transporte coletivo, delegado pelo ente público ao particular, haverão de ser definidos na relação delegante-delegado, sem que tanto seja traspassado ao particular, menos ainda àquele que, por força da norma constitucional (art. 230, Parág. 2º) e infraconstitucional (art. 39 da Lei n. 10.741/2003), haverá de fruir gratuitamente do serviço” (BRASIL, 2007).

Desta forma, seria possível que, após a promulgação da lei, os particulares sopesem seus contratos e busquem o reequilíbrio dos contratos frente aos “novos” custos assumidos pela iniciativa privada.

Compete ao contratado particular comprovar perante o ente contratante a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em quanto, como e porque para que seja feito se for o caso e segundo dados específicos. A constitucionalidade da garantia não ficará comprometida, em qualquer caso, pois o idoso tem estampado na Constituição, o direito ao transporte coletivo urbano gratuito. Quem assume o ônus financeiro não é questão que se resolve pela inconstitucionalidade da norma que repete o quanto constitucionalmente garantido. (BRASIL, 2007).

No caso do transporte público gratuito para idosos, restou assinalada a possibilidade de os prestadores de serviços buscarem o reequilíbrio econômico financeiro, o que não deixa de ser um repasse cruzado aos demais usuários do serviço mencionado (tal qual ocorrido com a meia-entrada), que receberão no preço o dever de pagar pelas passagens gratuitas dos idosos. Assim, sem uma nova solução eficaz com relação aos deveres finais do Estado social, permanece a infração à ordem constitucional, uma vez que este é um dever prestacional do Estado, cumprindo aos particulares colaborar com o planejamento estatal de forma complementar (ROCHA; RIBEIRO, 2015, p. 564).

Destarte, em que pese a orientação da doutrina de que cumpre ao Estado o dever de ocupar posição principal na realização dos direitos sociais, devendo atuar na promoção destes e à sociedade cumprindo o papel complementar, na prática o que tem acontecido é o contrário (ROCHA; RIBEIRO, 2015, p. 571), com a sociedade suportando todos os ônus de obrigação Estatal, sem qualquer contrapartida.

Outrossim, não se deve esquecer de que, por mais essencial que seja o serviço público, seus custos deverão ser financiados. E o financiamento direto pelo consumidor/usuário diz respeito não só à qualidade do serviço como também à sua própria existência, pois na economia capitalista o Estado é incapaz de suprir tudo. Assim, feita a opção de que determinado serviço será remunerado diretamente pelo consumidor/usuário, não é mais possível falar-se em gratuidade, sequer em sentido figurado, ou, o que é pior, em sentido individual (GALDINO, 2005, p. 316).

A escolha por serviços gratuitos, portanto, obstaculiza a correta compreensão das escolhas públicas, pois, considerando-se a escassez de recursos estatais, a proteção de um direito social gratuito significa o desprezo por todos aqueles que não são e, como consequência, ocorre a desvalorização de tais direitos, irresponsabilidade perpétua do agente público e sua ineficiência e, por consequência, a injustiça social:

Com efeito, o discurso público em torno de tais direitos tidos por gratuitos obstaculiza a perfeita compreensão das escolhas públicas a eles subjacentes, pois, tendo em vista a escassez de recursos estatais, a opção pela proteção de um direito aparentemente ‘gratuito’ significa de modo direto e imediato o desprezo por outros (em princípio, não ‘gratuitos’). Esta opção, – fundada na desconsideração dos custos – será, só por isso, inevitavelmente trágica. (...) Tal fato, aliado, em um clima de insinceridade normativa, à multiplicação dos direitos, *rectius*: de promessas de direitos fundamentais irrealizáveis e das respectivas prestações públicas (igualmente irrealizáveis), conduz invariavelmente (i) à desvalorização dos direitos mesmos (já se disse que se tudo é direito, nada mais é direito), (ii) à malfadada irresponsabilidade dos indivíduos e (iii) à injustiça social (GALDINO, 2005, p. 325).

Por fim, também pode-se afirmar que a ponderação de custos ex ante à implementação do serviço público gratuito demonstrará a sua insustentabilidade, pois qualquer sociedade só pode dispor dos serviços – direitos sociais – que efetivamente tiver condições de suportar. Assim, a partir de um sentido subjetivo de direito subjetivo, os direitos fundamentais não podem mais ser ponderados sem uma séria consideração sobre os seus custos (GALDINO, 2005, p. 339).

A implementação de um direito fundamental só deve ocorrer a partir da aferição de possibilidades reais, e por isto entende-se orçamentárias, do Estado; mais do que isto, da inequívoca demonstração de que os benefícios justificam os custos. Só assim poder-se-á reconhecer um direito subjetivo ao direito fundamental (GALDINO, 2005, p. 342-343).

Assim, dispondo o Estado de meios para cobrir suas despesas, não existe necessidade de ir buscar novas receitas ou, no caso, impor novas obrigações (tributárias ou “sociais”) aos cidadãos, cuja contrapartida é sempre uma retração da atividade econômica e perda de bem-estar, levando por vezes a que a extensão da perda absoluta ultrapasse em dimensão as receitas marginais provindas do agravamento fiscal, ou seja, à morte da galinha dos ovos de ouro (ARAUJO, 2017, p. 519-520).

Portanto, analisar fatos passados sem ponderar sobre uma eficiência futura representa o risco de que outros direitos sociais coexistentes, de mesma envergadura, deixem de ser atendidos satisfatoriamente. O que se cria no contexto atual é uma série de obrigações sociais que ficam longe de atingir os fins sociais do Estado e, ainda, podem comprometer outros direitos fundamentais, como o caso da livre iniciativa e livre concorrência a partir da indevida distribuição dos ônus do Estado, financiado pela arrecadação tributária, aos particulares.

CONCLUSÃO

A Constituição estabelece ser um dever primordial do Estado a garantia e a prestação de direitos sociais. No entanto, os direitos sociais só cumprem a sua função a partir do cumprimento prestacional imediato pelo Estado. Para tanto, o Estado deve fazer a previsão orçamentária dos custos efetivos para sua implementação e, por meio de arrecadação tributária, criar as citadas políticas públicas.

No atual modelo constitucional, fica assegurada a possibilidade de participação da iniciativa privada na consecução das finalidades do Estado; porém, este é um papel complementar, mantendo-se a responsabilidade principal do Estado.

Nada obstante, em razão da escassez de recursos e da má gestão pública, o Estado, avalizado pelo Poder Judiciário em casos já julgados, tem transferido sua responsabilidade para a iniciativa privada de maneira integral e, portanto, sem nenhuma contrapartida, para o arripio da Ordem Constitucional, conforme pode ser observado em áreas como transporte, saúde, cultura e educação.

O transporte público é um serviço de competência exclusiva da União que pode ser delegado à iniciativa privada mediante a regulamentação da ANTT, inclusive no que tange à remuneração do serviço por meio de tarifas fixas. Após o estudo de viabilidade econômica e definição do valor da tarifa, o Estado intervém na iniciativa privada para conceder ao jovem de baixa renda o direito social de transporte público interestadual para que, assim, goze de seus direitos de mobilidade. No entanto, este novo direito surge sem qualquer contrapartida financeira do Estado, o que impacta diretamente a livre iniciativa e livre concorrência.

Ao dispor desta forma, na verdade o custo sequer é pago pela coletividade, ao contrário: fica ao exclusivo encargo das empresas autorizadas a prestar o transporte público coletivo e isto impõe um prejuízo aos também direitos fundamentais da livre iniciativa e livre concorrência.

Como reflexo à ausência de contrapartidas, existe a possibilidade de deterioração do serviço público de transporte aos demais passageiros, pois a remuneração é controlada via tarifa previamente determinada pela administração pública. Assim, a única forma de este serviço gratuito permanecer vigente é se forem utilizados subsídios públicos para recompor os custos impostos aos particulares.

Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da gratuidade do transporte público para idoso, já alertou que as empresas que forem prejudicadas podem buscar o

reequilíbrio econômico financeiro dos seus contratos e, ocorrendo isto, o custo social será repartido com a sociedade civil.

Assim, a solução para tal imposição inconstitucional estaria na busca pelo reequilíbrio econômico financeiro no contrato de concessão com reflexo na tarifa. Caso seja indeferido o reequilíbrio, a norma legal, em que pese dar eficácia a um direito fundamental, padecerá de exigibilidade, pois a prestação positiva é dever primário do Estado, que deve fazê-lo por meio de políticas públicas servidas pelos tributos já arrecadados para esta finalidade, sem ônus para a iniciativa privada.

Por fim, além da flagrante inconstitucionalidade, é primordial que se faça uma reflexão acerca da má gestão do Estado com os recursos públicos camuflados com a transferência dos custos para a iniciativa privada. A simples edição de leis e normas transferindo o ônus social, sem qualquer avaliação do impacto tanto na gestão pública quanto na iniciativa privada, acaba por legitimar a irresponsabilidade da administração no que tange às receitas tributárias obtidas para estas finalidades primárias.

REFERÊNCIAS

ABRAMOBICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales en Gargarella, R. (coord.), Teoría y crítica del derecho constitucional, T. II, Derechos, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAUJO, Fernando. Introdução à economia. 3ª ed. 5ª. reimp. Portugal, Coimbra: Almedina, 2017.

AZEVEDO, Nilo Lima. Democracia, bem-estar social e cidadania: temas para reflexão. Revista de Estudos Jurídicos: Revista do Curso de Direito, v. 9, p. 30-44, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial, Brasília, DF, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

____Lei n. 11.096/2005, de 13 janeiro de 2005. Diário Oficial, Brasília, DF, 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11096.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

____Lei n. 12.933/2013, de 26 de dezembro de 2013. Diário Oficial, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12933.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

____Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Diário Oficial, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 fev. 2018.

____Lei n. 12.587, de 03 de janeiro de 2012. Diário Oficial, Brasília, DF, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12587.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

____Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003. Diário Oficial, Brasília, DF, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 12 mar. 2018.

____Superior Tribunal de Justiça. ADI 3330. Relator: Ministro Ayres Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 3 de maio de 2012. STF. Brasília, DF, 22/03/2013.

____Supremo Tribunal Federal. ADI 3.768/DF. Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 19/09/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 DJ 26-10-2007. Acesso em 31/08/2016.

BATISTA, Joana Paula. Remuneração dos Serviços. Temas de Direito Administrativo. Editora Malheiros, 2005.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de direito econômico. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FONTE, Felipe de Melo. A legitimidade do Poder Judiciário para o controle de políticas públicas. Revista Brasileira de Direito Público RBDP, Belo Horizonte, ano 6, n. 20, maio/jun. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-18-maio-2009-felipe-melo.pdf>>. Acesso em: 31/08/2016.

GONÇALVES, Oksandro. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Revista de Direito Empresarial. Curitiba, Juruá, n. 8, jul./dez, 2007.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: (interpretação e crítica). 17. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set.2013.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton, 1999.

MARSHALL, Thomas Humphrey. Política social. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1965.

_____. Cidadania, classe social e status. Trad. de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967.

MELO, Thiago Dellazari. Do Estado Social ao Estado Regulador. Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC, Fortaleza, v. 30, n. 1, ano 2010, p. 223-232, jan./jun.2010.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28500>>. Acesso em: 20, mai. 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão. Cadernos do desenvolvimento, Rio de Janeiro, v. 8, n. 13, pp.313-320, jul.-dez. 2013.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Educação e cultura: direito ou contrato? Revista DireitoGV, v.2, n.2, p. 117-138, jul./dez/2006.

ROCHA, Lara Bonemer Azevedo da; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Transferir custos para o setor privado a fim de realizar direitos à educação e à cultura: uma análise da posição do Supremo Tribunal Federal. Revista Espaço Jurídico, v. 16, n. 2, p. 555-578, jul./dez. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais na Constituição de 1988. Revista de Direito do Consumidor, n. 30, abr./jun. 1999, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97-124.

_____. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed., rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. Curso de Direito Constitucional. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 38ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

Trabalho enviado em 12 de março de 2018

Aceito em 02 de junho de 2018