

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

FILIPPE FARIAS CORREIA

**A NECESSIDADE DE MAIOR PRESENÇA ESTATAL NA PRESTAÇÃO DO
SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO: A análise da mobilidade
no Loteamento de Todos Os Santos**

São Luis,
2016

FILIFE FARIAS CORREIA

**A NECESSIDADE DE MAIOR PRESENÇA ESTATAL NA PRESTAÇÃO DO
SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO: A análise da mobilidade
no Loteamento de Todos Os Santos**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do
Maranhão, para obtenção do grau
Bacharel em Direito.

Orientador: Profº Drº Joaquim Shiraishi
Neto

São Luís,

2016

Correia, Filipe Farias.

A necessidade de maior presença estatal na prestação do serviço de transporte público coletivo: a análise da mobilidade no Loteamento de Todos os Santos / Filipe Farias Correia. — São Luís, 2016.

64 f.

Orientador: Joaquim Shiraishi Neto.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2016.

1. Direito fundamentais. 2. Direito ao transporte. 3. Serviço de transporte público coletivo – Prestação. 4. Concessão de serviço público. 5. Espaço urbano. I. Título.

CDU 342.6:656.132

FILIPPE FARIAS CORREIA

**A NECESSIDADE DE MAIOR PRESENÇA ESTATAL NA PRESTAÇÃO DO
SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO: A análise da mobilidade
no Loteamento de Todos Os Santos**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Universidade Federal do
Maranhão, para obtenção do grau
Bacharel em Direito.

Aprovada em ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof^(a). Dr^(a). Nome do professor (Orientador(a))

Nome da Instituição

Prof^(a). Dr^(a). Nome do(a) professor(a)

Nome da Instituição

Prof^(a). Dr^(a). Nome do(a) professor(a)

Nome da Instituição

“A leitura do mundo precede a leitura da palavra, daí que a posterior leitura desta não possa prescindir da continuidade da leitura daquele. Linguagem e realidade se prendem dinamicamente. A compreensão do texto a ser alcançada por sua leitura crítica implica a percepção das relações entre o texto e o contexto.” (Paulo Freire)

AGRADECIMENTOS

A importância do ato de agradecer surge de uma constatação interna que só, nada podemos fazer, mesmo sendo protagonista dos nossos feitos cada pessoa que transpassa por nós imprime uma visão e perspectiva de mundo, e assim aos poucos vamos construindo quem somos.

Primeiramente, gostaria de agradecer às pessoas que me possibilitaram chegar onde estou, que são as que possuem confiança inabalável, os meus pais, Dulcimar Farias Correia, Júlio César de Sousa Correia e a minha Irmã Luisa Farias Correia. Nada disso seria possível sem o amor diário e os conselhos que contribuíram para a formação do meu caráter. Também, não menos importante agradeço a toda minha família, que acompanha meu crescimento profissional e humano, sempre possibilitando meu avanço e reconhecendo as minhas conquistas.

Aos meus amigos da Escola São Vicente de Paulo, Ana Paula Paixão Júlia Rodrigues, Jéssica Wan Lume, Wellington e em especial Júlio César, Joaquim e Danilo, que foram as pessoas que se tornaram inseparáveis da minha vida e demonstraram o real significado da amizade, esta cada vez mais fortalecida pelo tempo.

Aos amigos da Universidade Federal do Maranhão, e em destaque para Ivo Massuete, Igor Ruggeri, Leonardo Coelho, Gian Paolo, Ilanna Soeiro, Carol Mariz, Dandara Miranda, Arthur Ramos, Luana Viegas Matheus/Mathias, Matheus Aurélio, Allisson Guimarães, Aline Cavalcante, que me possibilitaram desfrutar cinco anos de forma construtiva ao lado de boas risadas.

Ao Najup- Negro Cosme, que foi um divisor de águas na minha vida, possibilitando minha desconstrução e continua construção em uma pessoa voltado aos valores da justiça social, atuando sempre ao lado dos oprimidos para a mudança da realidade, em especial aos antigos Mônica Teresa, Márcia Mileni, Carlos Everton, Nathália Castro, Mariana Viana, Rodrigo Viana, Carol Rios, Jennifer Almeida, James, Ana Amélia, Nilson Carlos e Amanda Pierrelevée, Maycon Rangel e aos novos Larissa Furtado, Elton Joney, Marina, Igor Ruggeri, Thuane Torres, Marcelo Soares, Brenda Abreu, Vitória Lima, Nicole, Nicolas, Henrique, Ana Catarina, Victor, Laura, Leo “Broder”, Isadora, Gabi, Fernanda, Bia, Drissana, Vanessa e Luís Paulo.

Aos companheiros do coletivo “Os Lírios Não Nascem da Lei”, por me permitir vivenciar o movimento estudantil, e presenciar as contradições de uma educação descomprometida com a realidade e reforçadora de uma sociedade excludente,

com carinho a Márcia Mileni, Carlos Everton, Nathália Castro, Mariana Viana, Carol Rios, Jennifer Almeida, James, Ariane, Mayco, Maycon, Dayana Coelho, Alex Bruno, Glenda Moreira e Brunna Renata.

A Comunidade de Todos os Santos e ao grupo REVOAR, em especial a Dona Carmosina, Nora e Martins, por terem me ensinado que não devemos nos resignar por nada, mesmo que as condições sejam as mais adversas possíveis.

Aos meus parceiros de trabalho, em especial a Ingrid, Arnaldo, Paulo César Arthur Garrido, Luenna, Eva, Cris, Deise, Gustavo, Aécio, Maricy, Apoenna e tanto outros que passaram durante a melhor experiência técnica que tive, estagiando no Macieira, Nunes e Zagallo.

Ao meu orientador Joaquim Shiraishi, que me mostrou que é possível realizar pesquisa fora de forma crítica e construtiva, que foi essencial para a elaboração deste trabalho acadêmico.

Por fim, agradeço a todas as pessoas que cruzaram meu caminho durante este período universitário.

RESUMO

O trabalho visa analisar o papel do Estado na prestação do serviço público de transporte coletivo, com o intuito de checar se o atual paradigma consegue satisfazer a totalidade da sociedade. Partindo disso, analisa-se a formação da cidade na atual conjuntura histórica, a questão da intervenção no espaço urbano e o processo de exclusão que está acontecendo. Diante dessa questão, decorrem respostas como movimentações sociais que visam democratizar e publicizar o espaço urbano apropriado pelos interesses privados. Destaca-se o papel do direito ao transporte como direito fundamental, e as implicações desse *status* no contexto social. Pois, este funciona com instrumento para a concretização mobilidade, e conseqüentemente do direito à cidade, que é inerente a todos. Como exemplo da exclusão gerada pela especulação imobiliária urbana, surge o Loteamento de Todos os Santos, que constantemente se vê sem a prestação de qualquer tipo de transporte coletivo, isso afetando diretamente a qualidade de vida destes moradores que se vêm sem possibilidade de acesso aos produtos decorrentes da vida em sociedade e sem possibilidade de atuação política, pois geograficamente excluídos, ficam distantes das grandes pautas e grandes mobilizações.

Palavras- Chaves: Espaço Urbano, Direitos Fundamentais, Transporte, Concessão de Serviço Público, Estado. Todos os Santos.

ABSTRACT

The work aims to analyze the role of the state in the provision of public transport public service in order to check whether the current paradigm can satisfy the whole society. From this, it analyzes the formation of the city in the current historical juncture, the question of intervention in the urban space and the deletion process that is going on. Faced with this question, answers arise as social movements that seek to democratize and publicize the urban space appropriated by private interests. Noteworthy and the role of the right to transport as a fundamental right, and the implications of this status in the social context. For this it works with instrument to achieve mobility, and consequently the right to the city, which is inherent in all. As an example of exclusion generated by urban real estate speculation, comes the Allotment of All Saints, which constantly finds himself without the provision of any kind of public transportation, this directly affects the quality of life of residents who have no possibility of access to products arising out of social life without the possibility of political action, because geographically excluded, they are far from big scores and big mobilizations.

Keywords: Urban Space, Fundamental Rights, Transportation, Concession Public Service State. Todos os Santos

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	A Construção da Cidade e do Caos Urbano	14
2.1	Conceitos Preliminares.....	14
2.1.1	A Cidade	14
2.1.2	Urbanização/Urbanificação/ Urbanismo	17
2.2	Do Planejamento Urbano	18
2.2.1	Da Matriz Modernista/Funcionalista.....	18
2.2.2	Da Matriz do Planejamento Estratégico.....	19
2.3	Da Exclusão Urbana e a Negação aos Direitos Fundamentais	21
3	Uma Breve Teoria dos Direitos Fundamentais	26
3.1	Questões Iniciais.....	26
3.1.1	O que são Direitos Fundamentais?	26
3.1.2	Da Dupla Perspectiva dos Direitos Fundamentais.....	27
3.1.3	As Características dos Direitos Fundamentais	28
3.2	A Construção Histórica dos Direitos Fundamentais	30
3.2.1	Direitos do Homem vs Direitos Humanos vs Direitos fundamentais: uma análise terminológica.....	30
3.2.2	Das Dimensões dos Direitos Fundamentais	32
3.3	Direitos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira.....	34
3.3.1	Disposição dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1998.....	34
3.3.2	Dos Titulares dos Direitos Fundamentais.....	36
3.3.3	Da Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais	38
4	O Papel do Estado na Prestação do Serviço Público de Transporte Público Coletivo.....	41
4.1	Das disposições Prévias	41
4.1.1	Serviços Públicos.....	41
4.1.2	Da Prestação do Serviço Público no Ordenamento Pátrio	44
4.2	A Relação do Estado e do Transporte Público Coletivo	46
4.2.1	Da Importância do Transporte Público como Direito Fundamental.....	46

4.2.2	Da Prestação do Serviço de Transporte Coletivo	47
4.2.3	A Necessidade da Presença do Estado na Prestação do Serviço de Transporte Coletivo.....	50
4.3	Estudo de Caso: O Loteamento de Todos Os Santos, uma comunidade de Lutas.....	52
5	CONCLUSÃO.....	56
	REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

Este estudo surge de uma experiência deste presente pesquisador, tanto pessoalmente, quanto na observação das experiências realizadas por terceiros. O primeiro como usuário de transporte coletivo urbano, e o segundo como membro do Núcleo de Assessoria Jurídica Popular (NAJUP)- Negro Cosme, que possuía um projeto de atuação com o Loteamento de Todos Os Santos, que é uma comunidade localizada no município de Paço do Lumiar, decorrente da exclusão urbana, muito devido à especulação imobiliária. Este *status* de ilegal conferido a este local de habitação infere em uma negação de todos os serviços públicos garantidos como direitos fundamentais, sendo exemplo, a educação, a saúde, o lazer, entre outros. E além desta negação de direitos em seu local de moradia, há precariedade da possibilidade de mobilidade reforça essa negação, pois, o transporte poderia ser a “ponte” que ligaria estas pessoas aos serviços oferecidos em outros locais e possibilitaria a interação entre estes habitantes aos centros de confluência política.

O presente trabalho foi dividido em três momentos, o primeiro é a análise do espaço que nos rodeia, sendo *a priori* conceituado o que seria a cidade, o espaço urbano, urbanismo, sendo o espaço em que reproduzimos nossas relações sociais deve ser analisada para além de um espaço estático, mas sim ambiente nos quais diversas forças interagem para se apropriarem do espaço urbano e imprimir seu anseios neste local. Posteriormente, parte-se a análise da intervenção no espaço, principalmente liderado pelo Poder Público, por meio do planejamento, o seu discurso e os reais fins intentados, que atingem mais a fins privados do que ao interesse público. Por fim neste primeiro capítulo, elenca-se o processo de exclusão urbana decorrente dessa apropriação do espaço público por alguns setores privados, e as diversas mobilizações que surgem deste processo de exclusão, como forma de luta pela conquista da democratização do espaço urbano e como a questão do transporte ganhou destaque nestas reivindicações pelo seu papel central no cotidiano dos indivíduos.

No segundo momento, aborda-se a construção dogmática acerca dos direitos fundamentais, com o intuito de entender a importância de se declarar ao direito ao transporte o *status* de fundamental. Inicialmente, busca-se elaborar um conceito do que seriam os direitos fundamentais e no que estes se diferenciariam dos outros direitos, dessa forma chega-se às características que estão muito presentes nas maiorias dos direitos fundamentais, não se podendo em falar em conceito e característica rígidas, pela constante mutabilidade dessa percepção, muito em decorrência do caráter histórico presente nestes direitos. Aborda-se também a questão destes direitos no ordenamento pátrio, dando ênfase aos seus titulares. Não

se esgota a temática da teoria dos direitos fundamentais, mas o presente trabalho apenas elenca os tópicos basilares, que destacam a importância desses direitos para fazer a correlação no próximo capítulo com o direito ao transporte, que apesar de doutrinariamente já ser destacada a sua importância, apenas em 2015 ganha expressão em âmbito constitucional.

O terceiro capítulo trata da questão central do trabalho, que irá se utilizar das concepções elencadas nos dois capítulos anteriores para fazer uma conexão com a questão dos transportes públicos coletivos urbanos. Analisa-se, primeiramente, o ponto da construção doutrinária acerca do que seria serviço público, as divergências doutrinárias da amplitude do que poderia ser considerado serviço público, para uma eventual diferenciação dos outros tipos de serviços que o Poder Público pode estar envolvido. Concluído esta definição, parte-se para a análise de forma genérica da questão das concessões dos serviços públicos, destacando principalmente a parte legislativa que rege esta matéria, que é didaticamente inserida no âmbito do direito administrativo. Passado isso, aponta-se a questão do transporte como direito social e o transporte coletivo como serviço público, sendo destacada a importância do transporte na sociedade, e a sua relação com os outros direitos fundamentais, e como aquele contribui para a efetivação destes. Neste ponto, ressalta-se, que se deve ir além da leitura do transporte como mero concretizador de outros direitos fundamentais, claro que não negando este aspecto, mas destacando a sua importância como possibilidade de produzir forças políticas, decorrente da sua função de deslocar as pessoas por dentro da cidade, levando assim, estas a poderem se inserir no contexto político de grandes proporções e da grandes pautas, que geralmente apenas se manifesta na “cidade legal”¹, resultado da sua força atrativa, como exposto no primeiro capítulo.

Ainda no terceiro capítulo, aponta-se a questão da concessão do serviço público, mas especificadamente abordado a questão do transporte público, fazendo uma reconstrução histórica da intervenção estatal, e relatando os moldes atuais de prestação do serviço de transporte coletivo urbano, e o papel do Estado neste. Finda estas análises, chega-se momento de apontar uma solução encontrada pelo autor acerca dos problemas decorrentes na prestação deste serviço, que possui uma mudança na forma de atuação do Estado, indo além de mera obediência aos preceitos legais, mas analisar os aspectos econômicos, que levam a uma deturpação do papel do Estado, de total afastamento, neste tipo de serviço.

Por fim, relata-se a experiência deste pesquisador com o Loteamento de Todos Os Santos, sendo o principal objeto: as implicações da exclusão urbana perante essa comunidade.

¹ Termo cunhado pela professora Ermínia Maricato

Dando ênfase ao ponto que gerou este trabalho, a questão do transporte público coletivo, e as consequências resultantes de uma atuação estatal precária, que desloca todo o centro de decisões acerca da prestação do serviço ao âmbito privado.

2 A CONSTRUÇÃO DA CIDADE E O CAOS URBANO

Para se constatar o papel desempenhado pelo transporte público coletivo e a sua importância adquirida durante o decorrer da história, já que há cada vez maior necessidade de deslocamento, devendo-se analisar o espaço no qual as pessoas realizam suas atividades cotidianas, pois devido à complexidade deste espaço que a mobilidade/transporte passa a ser direito fundamental, de um modo instrumental na concretização de outros direitos fundamentais que são imprescindíveis para uma vida digna.

2.1 Conceitos preliminares

Como o foco deste trabalho é analisar o papel do Estado na prestação do transporte público coletivo, ou seja, analisar o *modus operandi* da concessão deste serviço público, deve haver uma delimitação no espaço que se está referindo, que no caso em tela é a cidade urbana.

Cabe distinguir o significado das dicotomias existentes de cidade-campo e urbano-rural, para compreender a opção deste trabalho, que conforme Whitacker (2010, p. 191):

Esta distinção é necessária porque cidade e campo se caracterizam por representar concentração e dispersão (...). Urbano e rural se distinguem por serem atributos e constituintes, condições e condicionantes. Enfim, cidade e campo são formas espaciais. Urbano e rural possuem, (...) uma dimensão processual, são conteúdo e contingente.

Logo, a opção pela cidade urbana retrata o fato de que nesta a concentração de pessoas e a intensidade de quantidade das relações sociais eleva o transporte como instrumento fundamental do cotidiano, sendo um fator direto na qualidade de vida das pessoas. Assim, passa-se a analisar os conceitos do que seriam cidade e conceitos correlatos com a categoria “urbano”, servindo de base para compreender futuramente a importância dos transportes neste espaço.

2.1.1 A cidade

Cotidianamente, a palavra Cidade é pronunciada pelos mais diversos meios de comunicações em massa e individuais, mas seria que o sentido proferido por todos é igual? O que seria cidade?

Certamente, a elaboração de um conceito a respeito de Cidade é importante para compreender a real dimensão acerca deste termo, analisando-se pormenorizadamente os fatores que a compõe e a modificam.

Raquel Rolnik (2012) tenta elencar algumas características que seriam inerentes a qualquer tipo de cidade no decorrer da história, e chega a conclusão que a cidade teria características de um imã, seria um tipo de escrita, possuiria uma esfera política e seria um lugar da expressão do mercado.

Como imã a cidade seria o espaço de concentração dos homens, nos quais a partir de uma sedentarização, logo, fixa-se em um determinado território, ou seja, “[...] implica definir o espaço vital de forma mais permanente” (ROLNIK, 2012, p. 13). Como forma de escrita, está a forma de expressão visual da relação do homem com a natureza, modificando-a, sendo:

O desenho das ruas e das casas, das praças e dos templos, além de conter a experiência daqueles que os construíram, denota o seu mundo. É por isto que as formas e tipologias arquitetônicas, desde quando se definiram enquanto hábitat permanente, podem ser lidas e decifradas, como se lê e decifra um texto. (ROLNIK, 2012, p. 18)

Outra característica apontada pela autora é a do âmbito político inerente a qualquer cidade, já que “[...] construir e morar em cidades implica necessariamente viver de forma coletiva” (ROLNIK, 2012, p. 20), assim, essa organização coletiva necessita de tomada de decisões, na qual há a expressão, tanto de forma positiva (uma atuação), quanto de forma negativa (submissão), de todos os habitantes. Como atesta Rolnik (2012, p. 23):

A relação morador da cidade/ poder urbano pode variar infinitamente em cada caso, mas o certo é que desde sua origem cidade significa, ao mesmo tempo, uma maneira de organizar o território e uma relação política. Assim, ser habitante de cidade significa participar de alguma forma da vida pública, mesmo que em muitos casos esta participação seja apenas a submissão a regras e regulamentos.

A última faceta apontada pela autora seria a de cidade como mercado, que decorre da intensificação das relações sociais dentro de um mesmo território, o que permite que surja uma divisão de tarefas e conseqüentemente uma esfera de trocas, para eu todos tenham acesso ao produzido por todos, isso é chamado de mercado. Aduz Rolnik (2012, p. 27):

Tudo isto se refere a um tipo de espaço que, ao concentrar e aglomerar as pessoas, intensifica as possibilidades de troca e colaboração entre os homens, potencializando sua capacidade produtiva. Isto ocorre através da divisão do trabalho. Isolado, cada indivíduo deve produzir tudo aquilo que necessita para sobreviver; quando há a possibilidade de obter parte dos produtos necessários à sobrevivência através da troca, configura-se a especialização do trabalho e instaura-se um mercado.

Após este primeiro momento, em que o mercado surge apenas de modo local, no interior da cidade, acontece uma expansão deste mercado, ocasionando “[...] uma divisão de trabalho entre as cidades” (ROLNIK, 2012, p. 28), isso se denominou economia urbana que compreende “[...] uma organização da produção baseada na de trabalho entre campo e cidade e entre cidades” (ROLNIK 2012, p. 29).

José Afonso da Silva (2012, p. 24) analisando a vasta literatura da Sociologia Urbana acerca da concepção de cidade, aponta que “[...] três concepções podem ser destacadas relativamente ao conceito de “cidade”: (a) a concepção demográfica; (b) a concepção econômica; (c) a concepção de subsistemas.”. Sendo que a demográfica está atrelada diretamente ao aspecto quantitativo, pois, apenas analisa o total de habitantes de determinado território. Já a concepção econômica trabalha na perspectiva de produção interna e sua capacidade relacional com outras localidades, de modo a extrair a sua subsistência. E por último a concepção de subsistemas, como preconiza a cidade “[...] como um conjunto de subsistemas administrativos, comerciais, industriais e socioculturais no sistema nacional geral” (SILVA, 2012, p. 25), sendo cada um desses responsáveis por um determinado espectro da sociedade e em conjunto eles dariam a feição final.

Além dos aspectos objetivos acerca da cidade, cabe relacionar as implicações da formação desta inserida no sistema capitalista, pois “a existência das cidades precede o capitalismo” (MARICATO, 2015, p. 17). Acerca dos outros tipos de cidade, aduz Lefebvre (2011, p. 11):

Houve a cidade oriental (ligada ao modo de produção asiático), a cidade arcaica (grega ou romana, ligada à posse de escravos), depois a cidade medieval (numa situação complexa: inserida em relações feudais mas em luta contra a feudalidade da terra). A cidade oriental e arcaica foi essencialmente política: a cidade medieval, sem perder o caráter político, foi principalmente comercial, artesal, bancária. Ela integrou os mercadores quase nômades, relegados para fora da cidade.

O marco do surgimento da cidade-capital é a crise do sistema feudal, que teve início com o fortalecimento das cidades medievais, decorrente de uma “[...] prospera economia mercantil, impulsionada, sobretudo pelo comércio de longa distância” (ROLNIK, 2012, p. 37), “[...] acrescido da ocorrência de pestes e pela inelasticidade da oferta de terras” (ROLNIK, 2012, p. 38). Assim, ocorreu a migração dos servos em direção à cidade, já que “[...] enquanto aumentavam as pressões senhoriais cresciam a revolta dos servos e sua migração para as cidades.” (ROLNIK, 2012, p. 38), muito também decorrente do crescimento de oportunidades na cidade.

Por fim, nesta transição, Raquel Rolnik (2012) aponta que há mudanças profundas na forma de organização da cidade, passando a ter duas características distintas, que são a mercantilização do espaço e a divisão da sociedade em classes.

A partir disso, conclui-se que nas cidades, os mais diversos atores estão envolvidos, sendo esta erguida perante uma condição de “estruturador das relações sociais” (MARICATO, 2015, p. 19).

2.1.2 *Urbanização/ Urbanificação/ Urbanismo*

Depois de expostos os elementos que são inerentes a uma concepção de cidade, busca-se analisar o conceito de urbanização, pois, cidade, urbanização urbanismo não são objetos idênticos, mas ambos são necessários para entender a complexidade das relações sociais sobre determinado espaço que o ser humano habita.

Para compreender os fenômenos da urbanização e do urbanismo, deve-se questionar o que seria considerado espaço urbano. Max Weber (1969, p.938 e ss) elenca alguns requisitos, para que determinado espaço seja considerado urbano, como: (1) Densidade Demográfica específica; (2) profissões urbanas como comércio e manufaturas, com suficiente diversificação; (3) economia urbana permanente, com relações especiais com o meio rural; (4) existência de camada urbana com produção, consumo e direitos próprios. Logo, segundo este autor, atendida a estes requisitos um determinado espaço poderia ser considerado urbano.

Silva (2012) aduz que urbanização seria um maior crescimento populacional na área urbana do que na área rural, o que acarretaria um caos urbano devido a não capacidade de satisfação dos serviços públicos, decorrente do grande contingente populacional. E Segundo ele, a urbanificação, seria o “[...] processo deliberado de correção da urbanização, consistente na renovação urbana” (SILVA, 2012, p. 27). O urbanismo já recairia na parte científica da urbanificação, com as elaborações teóricas, sendo “[...] uma ciência, uma técnica e uma arte ao mesmo tempo, cujo objetivo é a organização do espaço urbano visando ao bem-estar coletivo...” (BALTAR, 1947, p. 136).

A urbanização brasileira surge como uma consequência da evolução de um país que notadamente possuía relações fracas entre os meios de produção agrícolas para um que se baseava na expansão da “agricultura comercial e a exploração mineral” (SANTOS, 2008, p. 22). Isso decorre de reflexo da mudança de postura do homem frente ao espaço que habita, partindo de um antes, do homem que se adapta aos recursos oferecidos pela natureza, e condiciona suas necessidades a esta, para um período de que predomina o “meio técnico-científico” (SANTOS, 2008, p. 37), que o homem modela o espaço, por meio da ciência e da técnica, para que este atenda a suas necessidades e criando novas necessidades.

Esse processo de urbanização não se deu de forma linear perante todo o território nacional, muito devido às particularidades de cada porção do âmbito nacional. No século XIX as taxas de urbanização tem certa elevação, mas é no século XX que elas tomam proporções consideráveis a ponto de mudar a formação das relações sociais. Muito por causas dessas peculiaridades, a variação das taxas pode dificultar uma análise baseando-se apenas em estatísticas. A análise da urbanização brasileira deve abordar como ela se expressa dentro das

idades, qual é a sua finalidade e quais são as consequências do modelo de urbanização aplicada nos mais diversos âmbitos da cidade, como preconiza Maricato (2013, p. 122), “[...] o urbanismo brasileiro (entendido aqui como planejamento e regulação urbanística) não tem comprometimento com a realidade concreta, mas com uma ordem que diz respeito a uma parte da cidade, apenas”.

Assim, posteriormente, analisam-se os mais diversos discursos de intervenção no espaço urbano sobre o nome de planejamento.

2.2 Do planejamento urbano

O ser humano possui como uma de suas características notáveis a capacidade de si projetar futuramente, de modo que sua atuação no presente é pautada por fatores pretéritos e por seus desejos de mudança em um momento futuro, concretizando assim, uma capacidade construtiva do seu próprio ser, das suas relações sociais e qualquer atividade. Quando realizada de forma sistemática, com uma determinação de métodos é nomeado de planejamento.

O dicionário Aurélio nos traz uma definição de planejamento, corroborando o dito:

S.m 1Ato ou efeito de planejar. 2. Trabalho de preparação para qualquer empreendimento, segundo roteiro e métodos determinados; planificação: o planejamento de um livro, de uma comemoração. 3.*Bras.* Elaboração por etapas, com bases técnicas(especialmente no campo sócio-econômico), de planos e programas com objetivos definidos; planificação (FERREIRA, 1993, p. 1342)

Neste trabalho, o tipo de planejamento em análise, é o referente à esfera espacial do homem, do espaço que o cerca e como este o modifica para atender os seus interesses mais diversos. Sendo então analisadas duas matrizes presentes no século XX e no século XXI, não que o planejamento urbano tenha começado nessa época, mas porque estas duas matrizes são a fonte direta da formação da cidade contemporânea.

2.2.1 Da Matriz Modernista/Funcionalista

Com o avanço das décadas no século XX, o ideário modernista de planejamento “[...] que deve suas raízes ao iluminismo, ganhou especificidades durante os anos de *welfare state*- 1945 a 1975” (MARICATO,2013,p.125), assim, afirma-se que surge uma matriz teórica que guia toda a projeção dos desdobramentos das forças atuantes na cidade, com forte influência do keynesianismo e fordismo, nomeada de matriz modernista e/ou funcionalista, nos explica Maricato (2013,p.126):

[...] A matriz teórica que alimentava o planejamento nos países capitalistas, mas não só nestes, como também nos países socialistas, e que embasou o ensino e a prática

do planejamento urbano e regional na América Latina, atribuía ao Estado o papel de portador da racionalidade, que evitaria as disfunções do mercado, como o desemprego (regulamentando o trabalho, promovendo políticas sociais), bem como asseguraria o desenvolvimento econômico e social (com incentivos, subsídios, produção da infra-estrutura, regulando preços, produzindo diretamente insumos básicos para a produção, etc).

Logo, o Estado ganha o papel de protagonista conforme esta matriz, sendo então o principal articulador das modificações espaciais da cidade, com uma centralidade exacerbada.

Nas cidades brasileiras, que fazem parte de um país periférico, a ideia de planejamento urbano toma maiores proporções em meados de 1930², com o protagonismo quase que total do Estado, que atuava com o intuito de reproduzir um modelo de sociedade de valores burgueses, isso sendo muito resultado da Revolução de 30, como aduz Ianni (1977, p. 13): “A revolução de 1930 cria condições para o desenvolvimento do Estado como um sistema que engloba instituições políticas e econômicas, bem como padrões e valores sociais e culturais de tipo propriamente burgueses”.

Com o estabelecimento da Matriz Modernista como ideologia a ser aplicada, o Brasil o implantou, contudo sem as garantias democráticas e as conquistas sociais que foram realizadas no Estado de Bem Estar Social, sendo esta matriz aplicada sem levar em consideração as peculiaridades nacionais.

Decorrente disso ocorreu o aprofundamento de uma problemática que já sofria a questão do planejamento brasileiro, que é o Plano Discurso. Este procura deixar ocultas as reais finalidades dos projetos elaborados, é o plano que “[...] esconde ao invés de mostrar. Esconde a direção tomada pelas obras e pelos investimentos que obedecem a um plano não explícito. A elite brasileira não era suficientemente hegemônica para divulgar e impor seu plano” (MARICATO, 2013, p.138).

2.2.2 Da matriz do planejamento estratégico

A maioria das cidades contemporâneas está vivenciando o resultado do modelo da Matriz Modernista/ Funcionalista e conhecendo seus resultados, assim para além dela, surgiu outra matriz, que visa principalmente superar as crises que estão afetando as cidades contemporâneas, sobretudo com técnicas que trazem conceitos da gestão empresarial para gestão espacial, social e econômica da cidade e como proposta principal busca a articulação entre a sociedade civil, o âmbito estatal e a iniciativa privada. É a Matriz do Planejamento Estratégico. Souza (2004, p. 53) analisa este momento:

Nos anos 1980 e 1990 assiste-se a um enfraquecimento do antigo planejamento urbano regulatório, baseado em norma, leis e ações criadas pelo estado para regular

² Destaca-se a Revolução de 30

e normatizar os diferentes usos do espaço da cidade. Em meio à onda neoliberal emerge um planejamento “mercadófilo”. O que conta nesse tipo de planejamento é a capacidade da cidade de atrair investimentos: do oferecimento generoso de infraestrutura para megaempreendimentos empresariais até incentivos fiscais, passando pelo marketing urbano. Propala-se a idéia de que esse esforço do contribuinte vale a pena, pois gera empregos e aquece a economia local.

Vainer (2013, p. 76) aponta que “[...] o planejamento estratégico, segundo seus defensores, deve ser adotado pelos governos locais em razão de estarem as cidades submetidas às mesmas condições e desafios que as empresas”. Percebe-se um deslocamento nas temáticas abordadas quando se trata das questões urbanas, indo de abordagens acerca do solo, habitação, produção para a chamada competitividade urbana.

Se durante largo período o debate acerca da questão urbana remetia, entre outros, a temas como crescimento desordenado, reprodução da força de trabalho, equipamentos de consumo coletivo, movimentos sociais urbanos racionalização do uso do solo, a nova questão urbana teria, agora, como nexos central a problemática da competitividade urbana (VAINER, 2013, p. 76)

A respeito desta matriz ganha destaque com as incursões teóricas feitas por Jordi Borja e Manuel Castells, estes foram responsáveis principalmente pelo trabalho de sistematização desta matriz, usando como exemplo principal a cidade de Barcelona. Trabalha-se na perspectiva da cidade se torna atrativa para que investidores ou turistas possam tê-la como referência, assim, inserindo-a no espaço econômico mundial.

As grandes cidades devem responder a cinco tipos de objetivos: nova base econômica, infra-estrutura urbana, qualidade de vida, integração social e governabilidade. Somente gerando uma capacidade de resposta a estes propósitos poderão, por um lado, ser competitivas para o exterior e inserir-se nos espaços econômicos globais, por outro, dar garantias a sua população de um mínimo de bem-estar para que a convivência democrática possa se consolidar (BORJA; CASTELLS; 1996, p. 155).

Estes mesmos autores elencam os fatores necessários para que um projeto que permita a administração da cidade analogicamente a uma empresa possa ser realizado:

- a) A sensação de crise aguda pela conscientização da globalização da economia
- b) A negociação entre atores urbanos, públicos e privados, e a geração de liderança local (política e cívica)
- c) A vontade conjunta e o consenso público para que a cidade dê um salto adiante, tanto do ponto de vista físico como econômico, social, cultural. (BORJA; CASTELLS; 1996, p. 156)

Tanto esta matriz, quanto a matriz modernista/funcionalista não contempla os aspectos de uma sociedade democrática que preconiza a participação de todos os cidadãos, independente de condição econômica e prestígio social. Mas sim reforça uma exclusão espacial, que conseqüentemente impede a concretização dos direitos fundamentais para os mais amplos setores da sociedade, como se irá constatar a seguir.

2.3 Da exclusão urbana e a negação dos Direitos Fundamentais

Analisa-se a partir de agora o processo de exclusão urbana decorrente principalmente da Matriz Modernista/Funcionalista e também da Matriz do Planejamento Estratégico.

A incidência desta primeira matriz teórica teve efeitos diferentes entre os países capitalistas centrais e os países capitalistas periféricos, e não poderia tomar outra forma, pois, são formações sociais e econômicas distintas. Os países periféricos não passaram pela construção de um Estado de Bem- Estar Social, que resguardou nos países centrais os setores minoritários, para que estes não sofressem abusos perante a forte intervenção na construção do espaço. O que aconteceu nos países periféricos foi à criação do que se pode chamar de cidades dentro da cidade, de tão dispares que setores de uma mesma cidade podem se tornar. Cria-se a cidade formal e a cidade ilegal.

Processo este, que se agrava como o início do desmonte da ideologia do Estado de Bem- Estar Social e início do protagonismo da ideologia do neoliberalismo, que se iniciou em meados da década 80 e 90 e trouxe uma mudança radical nas relações principalmente econômicas, como atesta Maricato (2013,p.129):

A vitória da chamada ideologia neoliberal, nos anos 1980 e 1990 é incontestável: argumenta-se que a desregulamentação deve assegurar liberdade às forças do mercado, pois daí decorre o equilíbrio. Aparentemente, de acordo com o ideário neoliberal, é o fim do intervencionismo, da burocratização, da ineficácia, do autoritarismo, das certezas e das receitas.

Ocorreu o aprofundamento de uma problemática que já sofria a questão do planejamento brasileiro, que é o Plano Discursivo. Este procura deixar ocultas as reais finalidades dos projetos elaborados, é o plano que “[...] esconde ao invés de mostrar. Esconde a direção tomada pelas obras e pelos investimentos que obedecem a um plano não explícito. A elite brasileira não era suficientemente hegemônica para divulgar e impor seu plano” (MARICATO, 2013, p. 138).

Decorrente destes fatores a cidade brasileira é composta de duas áreas no seu perímetro, a da “cidade legal e a da cidade ilegal” (MARICATO, 2013, p. 121). A parte legal é a compreendida como a cidade em que as relações acontecem sobre um manto de legitimidade garantido pela presença do Estado, assim a própria atuação do Estado com finalidade de melhorar a vida das pessoas age somente sobre esta parte, pois somente esta é entendida como existente. A parte ilegal é a parte marginalizada da cidade que compreende a gama do excluídos sociais, é o lugar onde os direitos humanos básicos não são garantidos. Assim, o pobre é pobre ao quadrado, pois possui pouca renda e ainda tem que suprir as

péssimas condições de vida, mas não se falando de lazer e sim de condições básicas para se viver e tentar interagir com o resto da cidade. Entretanto, não pode afirmar que o surgimento dessa cidade ilegal é uma fatalidade do modelo imposto, mas sim que a própria existência dessa cidade ilegal é o objetivo direto do modelo imposto. Maricato (2013, p. 123) explica muito bem a funcionalidade de existirem essas áreas, e também a sua disfuncionalidade:

[...] A ilegalidade é, portanto funcional – para as relações políticas arcaicas, para um mercado imobiliário restrito e especulativo, para a aplicação arbitrária da lei, de acordo com a relação de favor. Dependendo do ponto de vista, no entanto, ele é muito disfuncional: para a sustentabilidade ambiental, para as relações democráticas e mais igualitárias, para a qualidade de vida urbana, para a ampliação da cidadania. A segregação territorial e todos os corolários que a acompanham-falta de saneamento ambiental, riscos de desmoronamento, risco de enchentes, violência – estão a ele vinculados.

Os grupos que se aproveitam dessa situação, como os especuladores imobiliários, propagam um discurso de que a situação está desse modo, pois a cidade está sem planejamento, aí surgem medidas, por exemplo, uma rediscussão de Plano Diretor, que visa coibir qualquer surgimento de insatisfação a respeito a atual conjuntura da cidade. Assim, os projetos urbanísticos ficam apenas no plano do discurso e não entrando em prática, mas claro que isso na cidade ilegal, pois na cidade legal o planejamento existe. Ainda sobre os projetos, planos ou outra denominação que se possa usar, cabe ressaltar o caráter desvinculado que estes possuíam com a realidade a que o plano visava influenciar, visto que “[...] a maior parte desses planos foi elaborada por especialistas pouco engajados na realidade sociocultural local. A população não foi ouvida e, frequentemente, nem mesmo os técnicos municipais” (MARICATO, 2013, p. 139).

Surgem textos legais que visam coibir o crescimento da cidade de modo predatório, contudo a aplicabilidade da lei dentro do território não atende apenas aos pressupostos previstos no ordenamento jurídico, mas de forma imperiosa precisam atender os clamores da lógica da exclusão territorial. Assim, a flexibilidade na aplicação da lei é uma premissa que Maricato (2013, p. 123) aponta como necessária para essa lógica:

A ilegalidade na provisão de grande parte das moradias urbanas (expedientes de subsistência e não mercadoria capitalista) é funcional para a manutenção do baixo custo de reprodução da força de trabalho, como também para um mercado imobiliário especulativo (ao qual correspondem relações de trabalho atrasadas na construção), que se sustenta sobre a estrutura fundiária arcaica.

O mercado especulativo faz com que as áreas das cidades não tenham uma utilidade que venha atender as demandas de toda a sociedade criando assim, lacunas dentro do território. O setor que mais sofre com essa especulação é o da habitação, resultando no

deslocamento de pessoas para as partes periféricas da cidade, estas não em sua totalidade, mas grande parte virá a se torna uma parte da supracitada cidade ilegal.

E assim as cidades brasileiras continuam a reforçar as desigualdades sociais, incrementando mais um fator que é a exclusão territorial. Esta é de forma tão marcante que muitas das vezes as pessoas inseridas nas cidades legais desconhecem até os hábitos e costumes da outra parte da cidade, quando não muitas vezes inferiorizam-nas ou até criminalizam-nas, criando uma cidade de oposições e não de integrações, assim a cidade passa a ter um viés de democracia desconfigurada, pois só aparece para alguns, os ditos inseridos na cidade legal.

Com esses problemas surge uma nova matriz como já dito, que busca suprir os déficits da modernista/funcionalista, comparando a cidade com uma empresa no modelo de gestão, que continua reforçando o processo de exclusão espacial. Vainer (2013, p. 77) realizou uma crítica substancial a este modelo de planejamento aponta que “[...] o seu discurso se estrutura basicamente sobre a paradoxal articulação de três analogias constitutivas: a cidade é uma mercadoria, a cidade é uma empresa, a cidade é uma pátria”.

Como mercadoria, a cidade é trabalhada sobre um forte marketing urbano, sendo elencado as suas características principais para serem oferecidas a um determinado público, não a todos, mas a um público bem previamente delimitado. Entretanto são os próprios compradores que determinam quais são as mercadorias que determinada cidade tem a oferecer. E quem seriam estes compradores?

Como este modelo de planejamento surge no momento do auge da política neoliberal, a preferência é notadamente por investidores externos, sob a escusa de projeção da cidade a nível mundial, contudo há um recorte, não tendo abertura a todos, mas sim aos usuários solventes e principalmente ao capital internacional.

Em síntese, pode-se afirmar que, transformada em coisa a ser vendida e comprada, tal como a constrói o discurso do planejamento estratégico, a cidade não é apenas uma mercadoria mas também, e sobretudo, uma mercadoria de luxo, destinada a uma grupo de elite de potenciais compradores: capital internacional, visitantes e usuários solventes (VAINER, 2013, p. 83)

Logo, conclui-se que neste modelo de cidade, aprofunda-se a exclusão daqueles que não possuem certa condição financeira para serem considerados “usuários solventes”, e acelera a sua apropriação pelo grande capital.

Analisando a cidade agora como empresa, que “[...] saiu da forma passiva de objeto e assumiu a forma ativa de sujeito” (VAINER, 2013, p. 83), percebe-se uma tentativa de neutralizar as mais diversas forças presentes dentro do espaço da cidade, para promulgar

uma suposta coesão, sob a justificativa de fortalecimento, que conseqüentemente levaria ao desenvolvimento. E sob um discurso de não intervenção estatal, a tomada de decisões é deslocada diretamente para os setores que utilizam o mercado como parâmetro, passando o Estado a intervir apenas para concretizar os interesses do mercado. Fala-se assim, de uma parceria público-privada, com um viés de superação da dicotomia tradicional entre público e privado, ou seja, ambas coadunam na materialização dos objetivos do Mercado, esquecendo-se totalmente dos problemas sociais atinentes ao contexto da cidade, pois isso enfraqueceria o posicionamento da cidade como um ator em conquista pela participação na economia global.

O que nos parece central extrair destas leituras é que a analogia cidade-empresa não se esgota numa proposta simplesmente administrativa ou, como muitas vezes pretendem apresentar seus defensores, meramente gerencial ou operacional. Na verdade, é o conjunto da cidade e do poder local que está sendo redefinido. O conceito de cidade, e com ele os conceitos de poder público e de governo da cidade são investidos de novos significados, numa operação que tem como um dos esteios a transformação da cidade em sujeito/ator econômico... e, mais especificadamente, num sujeito /ator cuja natureza mercantil e empresarial instaura o poder de uma nova lógica, com o qual se pretende legitimar a apropriação direta dos instrumentos de poder público por grupos empresariais privados (VAINER, 2013, p. 89)

Todos esses elementos conduzem a uma despolitização da cidade, já que a velocidade do mercado impõe uma postura mais pragmática e direta, com o mínimo de reflexão democrática, levando a uma democracia direta da burguesia³ e para que essa concepção de cidade seja concretizada é imprescindível o consenso, que inicialmente surge por meio da propagação de alguma suposta crise, que inevitavelmente apenas será superada se obedecido aos postulados impostos por esse modelo de planejamento, como esse sentimento de crise é passageiro, converte-se então, posteriormente, em um patriotismo, pois este já ganha um *status* de duradouro.

A definição de um Projeto de Futuro só será eficaz se mobilizar, desde o seu momento inicial, os atores urbanos públicos e privados e concretizar-se em ações e medidas que possam começar a implementar-se de imediato. Somente assim, verificar-se-á a viabilidade do plano, gerar-se-á confiança entre os agentes que o promovem e poder-se-á a construir um consenso público que derive numa cultura cívica e num patriotismo da cidade. Esta será a principal força de uma plano estratégico (BORJA; CASTELLS, 1996, p. 158).

Insta salientar que a crise propagada não necessariamente precisa ser real, mas sim, a sua percepção pelos mais diversos setores da sociedade. Já o patriotismo é muito estimulado através de uma arquitetura que enaltece a cidade, despertando o sentimento patriótico.

Os monumentos e as esculturas (pelo que representam e pelo prestígio de seus autores), a beleza plástica e a originalidade do desenho de infraestruturas e equipamentos ou o cuidadoso perfil de praças e jardins proporcionam dignidade à

³ Expressão cunhada pelo professor Vainer

cidadania, fazem a cidade mais visível e reforçam a identidade, incluído o patriotismo cívico de sua gente (MARICATO apud BORJA, 2013, p. 95).

Se a Matriz Modernista/Funcionalista acabava por aniquilar as forças contrapostas existentes dentro do espaço urbano, com a força destruidora de um Estado intervencionista que apenas reproduzia as desigualdades já existentes, a Matriz do Plano Estratégico “[...] e seu patriotismo de cidade desembocam claramente num projeto de eliminação da esfera política local, transformada em espaço do exercício de um projeto empresarial” (VAINER, 2013, p. 98), ou seja, nenhuma contempla os aspectos de uma sociedade democrática que preconiza a participação de todos os cidadãos, independente de condição econômica e prestígio social.

Essa exclusão urbana como já dito não possui um efeito meramente espacial, mas, além disso, afeta todo um feixe de relações sociais, sendo que criação da cidade ilegal, em muito gerada pela Matriz Modernista/Funcionalista e a exclusão, principalmente, política da matriz do planejamento estratégico, acarretam uma negação na concretização dos direitos fundamentais à pessoa humana, sendo estes efetivados apenas a parcela da sociedade, deixando o outro lado com nada ou migalhas, assim, constata-se que os serviços públicos, que possuem correlação direta com os direitos fundamentais, que são alocados de forma a satisfazer apenas alguns grupos da sociedade.

Entretanto, as pessoas continuam precisando satisfazer as suas necessidades básicas, então a mobilidade urbana vira um fator de relevância na vida das milhares de pessoas, pois, o transporte permite a estas fluírem aos mais diversos setores da cidade, tendo acesso aos mais diversos tipos de serviços públicos, mesmo que inicialmente não fossem projetos para estes setores da sociedade.

Com destaque recente, aponta-se as jornadas de junho de 2013, que mobilizaram grande parte da sociedade acerca de inúmeros temas, mas principalmente a respeito da questão do transporte público coletivo, sua precariedade e sua tarifa abusiva. Diante disso, apesar do transporte já ser considerado de extrema importância no plano social, passa a ser importante do viés jurídico, pois em 2015 ganha *status* de direito fundamental.

Com esse status de fundamental e a sua finalidade principalmente de concretização de outros direitos fundamentais, há necessidade imperiosa deste trabalho elaborar uma breve teoria dos direitos fundamentais para real compreensão do que este aditivo na Constituição pátria implicará.

3 UMA BREVE TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicia-se uma breve explanação acerca dos direitos fundamentais, buscando elucidar questões basilares acerca da sua existência, indo desde as suas características à sua construção histórica e a sua importância e aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe ressaltar, que não se busca esgotar o tema, mas apenas criar mínimas condições de apontar a sua importância, como forma de dar destaque ao direito ao transporte e a necessidade da sua concretização no espaço urbano.

3.1 Considerações gerais

Neste momento, busca-se tratar dos elementos introdutórios acerca dos direitos fundamentais, é a primeira indagação que surge na mente, quando se aborda essa temática, que é a sua conceituação, e neste tópico, a questão da dupla perspectiva e das suas características não poderia ser deixada de fora, pois, guardam relação direta com a tentativa de compreender o que são direitos fundamentais.

3.1.1 O que são direitos fundamentais?

A busca de um conceito sobre o que seriam os direitos fundamentais é uma tarefa árdua, que alguns autores⁴ declaram que a maioria das tentativas de conceituação acaba de uma forma vazia, com atesta Fernandes (2015, p. 309):

[...] estabelecer um conceito para os direitos fundamentais não é uma tarefa simples, e isso deve ficar claro bem de início. Diversos manuais traçam propostas de conceituações, mas, no geral, como alerta Virgílio Afonso da Silva, o pressuposto teórico que fica no pano de fundo de quem se compromete nessa empreitada fica sem elucidação. A consequência direta disso é que o conceito acaba ficando preenchido de uma imprecisão dogmática ou, na pior das hipóteses, temos uma repetição estéril de características sem que saibamos o porquê de suas existências.

Apesar desta tarefa hercúlea, isso não afronta doutrinadores que tentam conceituar tais direitos, como aponta Dimoulis e Martins (2009, p. 46), que estes “[...] são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. Também, com a finalidade de uma conceituação e não indo muito além daquele autor, propõe Bulos (2011, p. 515), que:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social.

⁴ Entre eles Virgílio Afonso da Silva (2005) no seu livro a constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares

Adicionando um caráter histórico, Ingo Sarlet (2006, p. 38) aduz que direitos fundamentais,

[...] constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Apesar das diversas tentativas de conceituação, que não estão erradas, reduzir a compreensão dos direitos fundamentais a uma assertiva explicativa, não parece conseguir traduzir toda real importância destes direitos, não transparece a sua construção e o seu papel nas relações entre os seres humanos e entre os seres humanos e as suas instituições. Por isso, deve-se pormenorizar os mais diversos elementos dos direitos fundamentais, desde as suas características, sua construção, a suas implicações no ordenamento pátrio, etc, para se compreender com toda plenitude o seu papel central na concretização da dignidade da pessoa humana.

3.1.2 Dupla perspectiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais atualmente são observados sob duas perspectivas, a perspectiva jurídico-subjetiva e a perspectiva jurídico-objetiva (SARLET, 2006), que correspondem a diversas esferas de incidência dos direitos fundamentais.

A perspectiva subjetiva é a mais antiga e trata do conteúdo clássico dos direitos fundamentais, que “[...] importa na faculdade de impor uma atuação negativa ou positiva aos titulares do Poder Público” (FERNANDES, 2015, p. 312), ou seja, a figura do indivíduo é marcante e bem em destaque.

Acerca da perspectiva jurídica-objetiva, primeiramente, cabe apontar que esta não compreende o oposto da perspectiva jurídica-objetiva, que se poderia pensar, e nem é “[...] uma referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja” (SARLET, 2006, p. 168). Mas possui um conteúdo autônomo, que a figura da sociedade passa a ser a central, como atesta Ingo Sarlet (2006, p. 170):

Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da ideia de que estes incorporam e expressão determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.

Logo, esta perspectiva da um caráter “irradiante” aos direitos fundamentais, pois, estes perpassam por todo o ordenamento jurídico, servindo como fonte de validade (FERNANDES, 2015).

3.1.3 As características dos direitos fundamentais

Apesar da doutrina não ser uníssona no sentido de elencar características que seriam inerentes a todo tipo de direito considerado fundamental, a tarefa possui a sua relevância, pois guarda relação direta com a elaboração de um conceito acerca do que necessitaria um direito para ser considerado fundamental.

As características mais elencadas são da Relatividade, Imprescritibilidade, Inalienabilidade, Indisponibilidade, Inviolabilidade, Universalidade, Complementaridade e Historicidade (FERNANDES, 2015).

A relatividade guarda relação com o fato de que determinado direito fundamental não pode ser aplicado de forma discricionária, mas possui seus limites na concretização de outros direitos fundamentais, como atesta Fernandes (2015, p. 332),

Para a maioria da doutrina (de viés axiológico), os direitos fundamentais se caracterizam pela relatividade (por serem “direitos relativos”), ou seja, eles não podem ser entendidos como absolutos (ilimitados). Nesses termos, é comum em vários estudos sobre o tema (não sem críticas!) a afirmação de que não podemos nos esconder sob o véu (ou atrás) de um direito fundamental para a prática de atividades ilícitas. Assim sendo, não haveria possibilidade de absolutização de um direito fundamental (“ilimitação” de seu manuseio), pois encontraria limites em outros direitos tão fundamentais quanto ele.

Cabe mencionar o posicionamento de Bobbio (1992), que assevera a existência de dois direitos que possuem a característica de absolutos, que é o direito de não ser escravizado e o direito de não ser torturado.

Já a característica da imprescritibilidade compreende a esfera da exigibilidade de tal direito,

[...] pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se não sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição (SILVA, 2012, p.181).

A inalienabilidade decorre da impossibilidade do ser humano transferir a titularidade da sua condição humana a outro, ou seja, “[...] não se admite que o seu titular o torne impossível de ser exercido para si mesmo, física ou juridicamente” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 164). Também analisado por um prisma parecido, tem-se a característica da indisponibilidade que:

Se funda na dignidade humana e esta se vincula à potencialidade do homem de se autodeterminar e de ser livre, nem todos os direitos fundamentais possuiriam tal característica. Apenas os que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar deveriam ser considerados indisponíveis. Indisponíveis, portanto, seriam os direitos que visam resguardar a vida biológica – sem a qual não há substrato físico para o conceito de dignidade- ou que intentem preservar as condições normais de saúde física e mental bem como a liberdade de tomar decisões sem coerção externa. (MENDES; BRANCO, 2011, p. 165).

Existem autores, como Mendes e Branco (2011) e Canotilho (1986), que apontam a possibilidade de exceções a estas características, de forma que um direito fundamental pode ser restringido para que a ordem constitucional seja concretizada.

A inviolabilidade é característica decorrente do fato que os direitos fundamentais possuem “[...] observância obrigatória de seus preceitos. Portanto, não podem ser violados por atos do Poder Público, sob pena de nulidade dos mesmos por particulares na ótica da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas” (FERNANDES, 2015, p. 334).

A universalidade dos direitos fundamentais compreende o fato de estes tentam abranger a maior parcela da coletividade possível, já que existem direitos fundamentais específicos, por exemplo, os direitos trabalhistas que se referem apenas aos trabalhadores (FERNANDES, 2015). O termo “universalidade” trata mais do aspecto de que indivíduos que estão em situações jurídicas iguais, sofrem a incidência dos mesmos direitos fundamentais.

A complementaridade e interdependência dos direitos fundamentais decorrem do fato que estes não podem ser analisados de forma isolada, e sim como um todo, “[...] por exemplo, o direito à liberdade de locomoção se conecta à garantia do habeas corpus, bem como ao devido processo legal. Entendemos também nesses termos que não há como se falar em direito à liberdade ou à igualdade desconectando-os de direitos como saúde e educação” (FERNANDES, 2015, p. 335).

Por fim, historicidade dos direitos fundamentais, já que estes “[...] são um conjunto de faculdades e instituições que somente fazem sentido num determinado contexto histórico” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 163). Essa característica aduz que:

Os direitos possam ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos- já que os direitos fundamentais costumam ir-se afirmando gradualmente- e em face das novas feições assumidas pelo poder. (MENDES; BRANCO, 2011, p. 163)

Apesar de todas as características serem de suma importância, ganha destaque algumas lições doutrinárias sobre aspectos que guardam relação com a historicidade dos direitos fundamentais, próximo tópico abordará algumas delas.

3.2 A construção histórica dos direitos fundamentais

Aprofundando acerca de tal característica, que é a historicidade, aponta-se a questão da terminológica, que guarda relação direta com linha histórica deste tipo de direito e as questões das dimensões, que são fruto da criatividade doutrinária, com intuito de demarcar o lapso temporal que blocos de direitos foram afirmados com *status* de fundamentais

3.2.1 *Direitos do Homem vs Direitos Humanos vs Direitos Fundamentais: uma análise terminológica*

Há uma confusão terminológica entre as expressões Direitos do Homem, Direitos humanos e Direitos Fundamentais, sendo às vezes abordadas de forma diferenciadas, ou como sinônimas, por isso é de suma importância uma análise sob os mais diversos aspectos acerca de tais termos, para uma correta aplicabilidade em seu real contexto. Bonavides (2012, p. 578) aponta até uma diferenciação geográfica a respeito do uso de tais expressões:

Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.

Primeiramente, aponta-se que tais palavras não podem ser consideradas como sinônimas, muito devido à sua construção histórica e seu “[...] grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradores dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional)” (SARLET, 2006, p. 40). Então, parte-se para a análise individualidade de cada expressão.⁵

A expressão Direito do Homem é atrelada a um viés jusnaturalista, no qual este não possui positividade tanto em sede de direito positivo interno, quanto no âmbito do Direito Internacional, ou seja, são os “[...] considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela a sua mera condição humana-, mas neste caso, de direitos não positivados” (SARLET, 2006, p.36). Sendo a sua principal distinção dos direitos humanos, a sua não positividade em qualquer esfera do Direito.

Sarlet (2006, p. 37) aponta também a importância da existência destas expressões para uma contextualização histórica da linha de construção de uma teoria dos direitos fundamentais:

⁵ Constata-se que existem outras expressões que fazem conexão com esta temática como: direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos humanos fundamentais, garantias individuais, liberdades individuais, entre outras.

A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, inobstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré- história” dos direitos fundamentais.

O termo “Direitos Humanos” talvez seja o mais conhecido e provavelmente o mais utilizado, e assim, como os “Direitos do Homem”, pretendem ter a maior amplitude possível de proteção, Fernandes (2015, p. 310) aduz que “[...] os direitos humanos se relacionariam com um discurso com pretensão normativa de universalidade, abrangendo, desse modo, qualquer pessoa numa perspectiva extraestatal (internacional)”, ou seja, a grande diferença entre os Direitos do Homem e os Direitos Humanos é que estes são positivados em âmbito internacional e aqueles não.

Por fim destas expressões, tem-se o termo “Direitos Fundamentais”, que “[...] se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecimentos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (SARLET, 2006, p. 36), logo, a diferença deste para as expressões “Direitos do Homem” e “Direitos Humanos” é o plano de positivação, já que os Direitos fundamentais são normas jurídicas exigíveis, no contexto interno do Estado e os Direitos Humanos são no Âmbito do Direito Internacional.

Cabe ressaltar que estas expressões não adquirem umas com as outras características de exclusão, nem de oponibilidade, mas sim um caráter de integração, como aduz Sarlet (2006, p. 41):

Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões “direitos humanos (ou direitos humanos fundamentais) e” direitos fundamentais”, reconhecendo, ainda uma vez que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas consequenciais práticas não podem ser desconsideradas.

Contudo, apesar de toda a análise desta problemática terminológica, um grande jusfilósofo italiano ressalta que se precisa ir além do discurso, além da questão da linguagem, ou seja, concretizar o que realmente se proclama, assim aduz Bobbio (1992, p. 10):

A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos “ sem direitos”. Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato(ainda que sejam solene e repetidamente proclamados).

Sanada esta questão terminológica, parte-se para a análise da construção histórica do surgimento dos direitos considerados essenciais ao ser humano.

3.2.2 *Das dimensões⁶ dos direitos fundamentais*

As percepções das demandas essenciais ao ser humano não ocorreram totalmente de forma simultânea, e nem poderia, pois, as necessidades mudam conforme o próprio contexto social em que o ser humano está inserido muda. Assim, a afirmação de direitos considerados fundamentais foi realizada no transcorrer da história do ser humano, isto é, a historicidade é característica marcante dos direitos fundamentais e a sua importante é destaque na obra de Sarlet (2006, p. 43):

É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas, principalmente, pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que dar razão aos que puderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder.

Tradicionalmente, a doutrina pátria clássica essa historicidade em três momentos, a primeira, segunda e terceira dimensão dos direitos fundamentais. Entretanto, alguns autores, e entre eles Paulo Bonavides (2012), já elencam outras dimensões, como a quarta, que atenderiam aos novos anseios perante a mutação social ocorrida.

A primeira dimensão dos direitos fundamentais é marcada pela positivação dos direitos que prescrevem uma abstenção por parte do Estado, corroborando assim, uma esfera indisponível do indivíduo, e,

[...] são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente (BONAVIDES, 2012, p. 581).

Cabe afirmar que conforme as modificações da sociedade estes direitos ganham uma nova percepção, não sendo estanques, parados no tempo, pois,

[...] são, posteriormente, contemplados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação, etc.) e pelos direitos de participação política, tais, como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, relevando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia (SARLET, 2006, p. 56).

⁶ Utiliza-se a expressão “dimensão” e não geração, pois se adota aqui o mesmo posicionamento de Bonavides (2012, p.590) no sentido de “o vocábulo dimensão, substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo geração, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”.

Ainda acerca desta dimensão é de suma importância destacar o momento histórico do seu surgimento, que compreende o ideário liberal-burguês do século XVII (SARLET, 2006), influenciada, principalmente, pela Declaração Francesa de 1789, pela Declaração de Direitos do povo da Virgínia de 1776 e pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (Ibidem).

Um constitucionalista contemporâneo explica de forma sintética, mas completa, acerca do que compreenderia esta dimensão dos direitos fundamentais,

[...] os direitos de primeira geração (ou dimensão para alguns) seriam chamados também de direitos de liberdade: direitos civis e políticos, que inaugurariam o constitucionalismo do Ocidente, no final do século XVIII e início do século XIX. Seu titular é, então, o indivíduo, ao passo que encontra no Estado o dever de abstenção. [...] Afirmam-se, portanto, com uma natureza negativa, como quer Jellinek, de modo a isolar juridicamente Sociedade e Estado, já que acabam por supervalorizar o homem singular. (FERNANDES, 2015, p. 315).

Os direitos de segunda dimensão são aqueles concretizam uma atuação positiva por parte do Estado, que surge em decorrência da insuficiência dos direitos de primeira dimensão em atender aos anseios sociais, que surgem devidos aos problemas econômicos-sociais que decorreram da industrialização do século XIX (SARLET, 2006, p.56). Estes direitos são os chamados sociais, econômicos e culturais. Bonavides (2012, p. 582) aponta sobre esta dimensão:

São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois, fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Fernandes (2015, p. 315) dá lições acerca desta segunda dimensão:

No curso do século XX, tem-se o surgimento dos direitos de segunda geração (dimensão). São eles: direitos sociais, culturais e econômicos. Os mesmos são chamados de sociais não pela perspectiva coletiva, mas sim pela busca da realização de prestações sociais. Sua introdução acabou por acontecer no desenvolvimento do Estado Social, como resposta aos movimentos e ideias antiliberais. Supostamente, abraçariam a noção de igualdade dos indivíduos que compõem uma dada sociedade, recebendo previsão normativa nas Constituições marxistas e no Constitucionalismo da República de Weimar, após o segundo pós-guerra.

Em um período mais recente, aproximadamente no fim do século XX, surgem os chamados direitos da terceira dimensão, que “[...] trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem- indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva” (SARLET, 2006, p. 58). Podem ser exemplificados como o “[...] direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito

de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação” (BONAVIDES, 2012, p. 588).

Aduz Fernandes (2015, p. 316) acerca destes direitos:

No final do século XX, um resgate do teor humanístico oriundo da tomada de consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas teria sido um elemento importante para o pensar de uma nova geração de direitos fundamentais, uma terceira geração de direitos (dimensão). Em uma leitura mais expandida, enxerga como destinatário todo o gênero humano (presente e futuro), como um todo conectado, de modo que se fundamentaria no princípio da fraternidade (ou segundo alguns, no da solidariedade).

Indo além da divisão em três dimensões⁷, surgiu na doutrina uma quarta dimensão, decorrente da atual conjuntura da “[...] globalização do neoliberalismo, extraída da globalização econômica” (BONAVIDES, 2012, p. 588). Assim, “[...] diz-se que tais direitos alicerçam o futuro da cidadania e da liberdade de todos os povos em uma era de globalização político-econômica.” (FERNANDES, 2015, p. 316).

Os direitos dessa dimensão dão uma nova atualização aos direitos das outras dimensões de forma que o concretizam em sua inteira, conforme a conjunta política atual, deste modo preceitua Bonavides (2012, p. 590):

Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem- sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevive, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Estas foram às dimensões dos direitos fundamentais e o que cada uma preconiza, analisa-se a partir desses estudos os direitos fundamentais no ordenamento pátrio.

3.3 Direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira

Como este trabalho possui como base o ordenamento jurídico brasileiro é de suma importância destacar as peculiaridades dos direitos fundamentais inseridos neste sistema jurídico.

3.3.1 Disposição dos Direitos Fundamentais na Constituição da República de 1988

Dia cinco de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição que fundamenta todo o sistema jurídico pátrio, sendo resultado de diversas transformações sociais, econômicas,

⁷ Há ainda orientações no sentido de quinta geração, entretanto, não há uma sistematização de ideias de forma substancial acerca disso, logo, foi deixada a parte na análise realizada neste trabalho.

políticas e históricas da segunda metade do século XX no Brasil, como “Diretas Já”, o regime ditatorial entre outros. Acerca destes eventos destaca Fernandes (2015, p. 274):

A história prévia da nossa Constituição de 1988 é dotada de várias passagens marcantes, até o seu advento. Dentre elas, a distensão lenta e gradual (embora com idas e vindas) do regime ditatorial militar que se iniciou com o Presidente Geisel e teve continuidade com o Presidente Figueiredo (que teve a anistia como um momento importante, permitindo a volta de inúmeras pessoas exiladas que estavam fora do país). Além disso, vamos observar o desenvolvimento de um combativo e organizado movimento sindicalista, bem como a volta do pluripartidarismo e das eleições diretas para o cargo de Governador em 1982 (essas eleições, fruto da Emenda Constitucional nº15/80). Tivemos, também, o importante movimento das “diretas já”, de 1983-84, que produziu intensa mobilização nacional em grandes comércios pelo país explicitando a cara de uma sociedade civil que clamava por mudanças. E, por último, a eleição indireta de Tancredo de Almeida Neves para o cargo de Presidente do Brasil, em 1985, fruto de uma aliança do PMDB com dissidentes do PDS (que formaram a “frente liberal”). Fato é que Tancredo Neves, então Presidente eleito, por motivos de saúde, não chegou a tomar posse e pouco tempo depois veio a falecer. Com isso, o Vice- Presidente eleito, José Sarney, se tornou Presidente e cumpriu promessa da época de campanha enviando ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional prevendo a instauração de uma nova Assembleia Constituinte no Brasil. Nesse sentido, posteriormente, foi promulgada a Emenda Constitucional n 76, em 27 de novembro de 1985. Nessa, foi estabelecida a previsão de que os membros do Congresso Nacional reunir-se-iam unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1 de fevereiro de 1987.

Essa nova ordem constitucional restaura a importância dos direitos individuais, e prescreve vários direitos sociais, sendo que merece destaque o posicionamento dado ao Título dos Direitos Fundamentais, que antecede o Título de organização do Estado (MENDES; BRANCO, 2011), assim, ganha destaque a relevância dada ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que este matriz dos direitos fundamentais.

Acerca dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, inicialmente, Silva (2012b, p. 182) elabora uma classificação “[...] com base no critério de seu conteúdo, que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e do objeto de tutela”. Logo, este autor chega à uma conclusão primária de classificação, que tem as fontes como parâmetro, que diz que há “[...] três fontes dos direitos e garantias: (a) os expressos (art.5, I a LXXVIII); (b) os decorrentes dos princípios e regime adotados pela Constituição; (c) os decorrentes de tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil” (SILVA, 2012b, p. 182).⁸

Com base no critério do conteúdo Silva (2012b, p. 183) elabora outra classificação que serve de base para uma futura classificação final e sintética:

(a) Direitos fundamentais do homem- indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado, por isso são

⁸ O Art. 5º § 3º preceitua “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL,

reconhecidos como direitos individuais, como é de tradição do Direito Constitucional brasileiro (art.5º), e ainda por liberdades civis e liberdades-autonomia (liberdade, igualdade, segurança, propriedade); (b) direitos fundamentais do homem-nacional, que são os que têm por conteúdo e objeto a definição de nacionalidade e suas faculdades; (c) direitos fundamentais do homem-cidadão, que são os direitos políticos (art. 14, direito de eleger e ser eleito), chamados também direitos democráticos ou direitos de participação política e, ainda, inadequadamente, liberdades políticas (ou liberdades-participação, pois estas constituem apenas aspectos dos direitos políticos) (d) direitos fundamentais do homem-social, que constituem os direitos assegurados ao homem em suas relações sociais e culturais (art. 6: saúde, educação, seguridade social etc); (e) direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade, que a CF adotou como direitos coletivos (art. 5); (f) uma nova classe que se forma é a dos direitos fundamentais ditos de terceira geração, direitos fundamentais do homem-solidário, ou direitos fundamentais do gênero humano (direito à paz, ao desenvolvimento, comunicação, meio ambiente, patrimônio comum da humanidade).

Sob a conjugação desses dois aspectos Silva (2012b, p. 184) chegou a uma classificação final que de forma sintética conseguiria expressar de forma genérica todos os direitos fundamentais propostos:

- (1) Direitos individuais (art.5º),
- (2) Direitos à nacionalidade (art. 12)
- (3) Direitos políticos (arts. 14 a 17)
- (4) Direitos sociais (art. 6º e 193e ss)
- (5) Direitos coletivos (art.5º)
- (6) Direitos solidários (art.3º e 225)

No entanto esta classificação é sujeita a certas críticas, sendo que uma delas atesta ao fato de que uma classificação dessa forma ignora outras partes do texto constitucional que possuem status de direitos fundamentais, como preleciona Fernandes (2015, p. 314),

[...] tal classificação é por demais míope para perceber a existência de direitos fundamentais consagrados em outras partes do texto constitucional. Nesses termos, a classificação “ não leva a sério” o sistema de direitos fundamentais previsto na Constituição, que vai muito além do Título II explicitado no diploma Constitucional. Como exemplo, podemos citar: direitos econômicos (art.170), direitos ambientais (art. 225), direitos à educação (art.205), direitos à saúde (art. 196), entre outros.

Contudo, o autor José Afonso da Silva (2012b, p. 184) já aduz em sua obra que essa classificação possui um caráter meramente didático, que “[...] não esgota o tema, mas simplesmente apresenta o agrupamento geral”. Apesar das críticas esta classificação é a usualmente utilizada, pois é de fácil entendimento e muito aceita ainda entre os doutrinadores.

3.3.2 *Dos titulares dos direitos fundamentais*

Quando se trata de Direitos fundamentais, surge o questionamento: quem seriam os titulares desses direitos tal proclamados?

A constituição no caput de seu art5º preceitua:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, (BRASIL,1998)

Conforme este dispositivo é dado um cara amplo a incidência dos direitos fundamentais, atingindo a todos os brasileiros, tantos os natos, quantos os naturalizados. Contudo, quando se trata acerca dos estrangeiros o dispositivo constitucional, na sua perspectiva literal, aponta uma distinção, pois menciona o termo “residentes”, o que *a priori*, significaria que os não residentes não seriam titulares de direitos fundamentais no ordenamento pátrio. Entretanto, não é esse o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, que “[...] em sua jurisprudência, já no início dos anos 90, reconheceu aos estrangeiros, mesmos que não residentes no país, a condição de titulares- não de todos- mas de alguns dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988.” (FERNANDES, 2015, p. 337).

Como exemplo segue julgado do *Habeas Corpus* nº 102041, do STF, que garante a estrangeiro, que não possui domicílio no Brasil, a possibilidade de impetração de *Habeas Corpus*, garantindo assim a integralidade do direito de defesa:

'HABEAS CORPUS' (...) ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS - PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQÜÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE - NECESSIDADE DE RESPEITO, PELO PODER PÚBLICO, ÀS PRERROGATIVAS JURÍDICAS QUE COMPÕEM O PRÓPRIO ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE DEFESA (...). O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" E A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS". - O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. - A condição jurídica de não-nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. - Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.”.

Cabe ressaltar que esta primeira análise acerca dos titulares dos direitos fundamentais leva em conta um aspecto geral, englobando os direitos fundamentais como um todo, entretanto, os mais diversos direitos fundamentais não são extensíveis a todos, mas a determinados grupos, como atesta Dimoulis e Martins (2010, p. 70):

Do ponto de vista da dogmática, essa impressão é altamente enganosa. Com poucas exceções, a Constituição Federal garante os direitos fundamentais a determinadas categorias de pessoas, excluindo implicitamente os demais, isto é, não lhes oferecendo proteção em nível constitucional. Além disso, depara-se aqui com uma situação complexa, já que cada categoria de direitos possui titulares diferentes.

Assim, há direitos apenas atinentes aos trabalhadores, aos desamparados, apenas aos brasileiros, etc.

Apesar da figura central do ser humano no contexto de direitos fundamentais, é garantindo às pessoas jurídicas a titularidade de direitos fundamentais, já que “[...] não há, em princípio, impedimento insuperável a que pessoas jurídicas venham, também, a ser consideradas titulares de direitos fundamentais, não obstante estes, originalmente, terem por referência a pessoa física” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 195), mas desde que compatíveis, com o seu tipo de pessoa, que é uma ficção jurídica, assim:

Não se pode pensar que uma pessoa jurídica venha a exigir a proteção da sua integridade corporal ou pedir pagamento de um salário mínimo e oferecimento de oportunidade de lazer. Mas não há óbice para que a pessoa jurídica possa exercer o direito de propriedade ou reivindicar o sigilo de sua correspondência. (DIMOULIS; MARTINS, 2010, p.84).

Logo, conforme Bulos (2011) basta que sejam atendidos os requisitos da: licitude de propósitos, capacidade jurídica e organização de pessoas ou patrimônios, para que determinado sujeito seja apto a adquirir direitos e contrair obrigações.

3.3.3 Da aplicabilidade imediata dos Direitos Fundamentais

Conforme preceitua o art. 5º § 1º, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1998), isso resulta a intenção de realmente concretizar esses direitos, não os tornando meramente discurso simbólico, como atesta Mendes e Branco (2011, p. 173):

Verifica-se marcado zelo nos sistemas jurídicos democráticos em evitar posições afirmadas como essenciais da pessoa quedem como letra morta ou que só ganhem eficácia a partir da atuação do legislador. Essa preocupação liga-se à necessidade de superar, em definitivo, a concepção do Estado de Direito formal, em que os direitos fundamentais somente ganham expressão quando regulados por lei, com o que expõem ao esvaziamento de conteúdo pela atuação ou inação do legislador.

[...]

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei- com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não lo contrário. Os direitos fundamentais não são meramente norma matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladores de relações jurídicas.

Assim, tais direitos vinculam de plano as atividades legislativas, executiva e judiciária exercidas pelo Estado (BULOS, 2011), e geram “[...] direitos subjetivos, concretos e definitivos” (MENDES; BRANCO, 2011, p. 175) a todos os seus titulares.

Cabe destacar que não se pode confundir a não concretização de determinado direito fundamental com a sua imediata aplicabilidade, já que o direito fundamental, pode não ser contemplado, por exemplo, pela atividade executiva, mas, sempre carregará o mínimo de aplicabilidade decorrente de seu caráter vinculativo à função legislativa, que impede que sejam criados dispositivos legais contrários aos direitos fundamentais preceituados. “É nesse contexto que surge o princípio da proibição de retrocesso, pelo qual o legislador não pode reverter as conquistas alcançadas e sedimentadas por meio de lei ou ato normativo” (BULOS, 2011, p. 538).

Sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais ganha importância a questão da sua eficácia, pois como exposto acima “[...] tradicionalmente, os direitos e garantias fundamentais são aplicados nas relações travadas entre o particular e o Poder Público.” (BULOS, 2011, p. 530), entretanto, a essa concepção se mostrava insuficiente para proteger todas as esferas relativas aos direitos fundamentais do ser humano, tendo em vista que:

[...] não é somente o Estado que pode ameaçar esses direitos, mas também outros cidadãos nas relações horizontais entre si. O Estado, portanto, se obriga não apenas a observar os direitos fundamentais, em face das investidas do Poder Público, como também a garanti-los contra agressões de terceiros (CARVALHO, 2009, p. 722).

Assim, surge a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que tratam a sob a perspectiva destes direitos nas relações particulares, sendo que duas correntes⁹, em destaque a respeito do tema, a primeira que aduz “[...] uma eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais. Aqui, a proteção aos direitos fundamentais em relações privadas somente pode se dar a partir da consagração de leis infraconstitucionais voltadas para tais relações” (FERNANDES, 2015, p. 350). A segunda corrente preceitua que a eficácia desses direitos é direta e imediata, já que:

[...] Tal como previstos no texto constitucional, já trazem condições de plena aplicabilidade nas relações entre particulares, dispensando a mediação infraconstitucional, não necessitando, portanto, da atuação (sindicabilidade) do legislador e nem mesmo da interpretação da legislação infraconstitucional à luz da Constituição (FERNANDES, 2015, p. 351).

O Supremo Tribunal Federal vem aplicando a segunda corrente, a que aduz que os direitos fundamentais nas relações privadas vêm sendo aplicados de forma imediata (FERNANDES, 2015). A exemplo se tem alguns julgados, como o RE 158.215/RS, que trata

⁹ Existem outras correntes, como Fernandes (2015) aponta, a exemplo da teoria de Robert Alexy sobre o tema.

da aplicação do direito adequado de defesa e devido processo legal e RE nº 161.213/DF, que trata do princípio da isonomia, na tratativa de empregados por empresa estrangeira.

Assim, conclui-se esta breve exposição dos Direitos Fundamentais, longe de esgotar o tema, criando-se um embasamento para compreender a importância do Direito ao Transporte e as implicações da sua elevação ao status de fundamental. E por fim, conjuga-se a complexidade da cidade e o direito ao transporte para se analisar as implicações do modelo de concessão do serviço público de transporte coletivo usualmente aplicado.

4 O PAPEL DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO

No capítulo anterior foram destacadas as implicações técnicas dos direitos fundamentais de forma genérica, aqui, busca-se fazer a correlação do primeiro capítulo, que trata acerca da questão urbana, da exclusão territorial e a importância do transporte público, que passou a ser elencado no rol dos direitos sociais da Constituição, como instrumento de concretização do direito à cidade.

Passado esse ponto, aborda-se a forma da prestação desse serviço público no tocante ao papel do Estado e das pessoas privadas, dando destaque à conjuntura econômica predominante e principalmente como isso influenciou o papel do Estado e a necessidade de uma reformulação para que a prestação do serviço público de transporte público coletivo realmente concretize o direito ao transporte e este possibilite o direito à cidade de forma ampla e democrática.

4.1 Das disposições preliminares

A doutrina pátria elenca o transporte coletivo como um serviço público, por isso, inicialmente este capítulo tentará elucidar o que seriam os serviços públicos em geral, posteriormente, busca-se analisar como funciona a dinâmica da prestação desses serviços.

4.1.1 Serviços Públicos

Foi na França que primeiramente começaram a tratar da categoria de serviços públicos, no qual foi criado até a Escola do Serviço Público devido a importância de tal temática. Ainda naquela época havia a concepção que serviço público seria o prestando exclusivamente pelo Estado, que seu fim estivesse ligado ao bem do coletivo. Entretanto, com o “caminhar” da história novos elementos foram integrando ao questionamento do que seriam os serviços públicos (CARVALHO, 2015, p. 601).

Primeiramente, cabe uma distinção fundamental, que é o sentido subjetivo e o objetivo de serviço público, na qual o subjetivo trata de órgãos do Estado, relacionados às atividades que visam o bem comum e o sentido objetivo que é atividade em si (CARVALHO FILHO, 2015, p. 331). E será este último a concepção abordada.

Dentre as mais diversas definições elaboradas acerca do que seria serviço público, estas podem ser divididas em dois grandes grupos, os conceitos em sentido amplo e os conceitos em sentido restrito (DI PIETRO, 2012, p. 99).

As definições consideradas amplas adotam uma perspectiva de serviço público bem geral, abordando os mais diversos tipos de serviços com a presença do Estado, no mesmo grupo, ou seja, serviço público seria um gênero das diversas atividades. Como exemplo, tem-se a definição abordada por Cretella Júnior (1980, p. 55) que aduz que o serviço público vem a ser “[...] toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”. A partir desta definição, constata-se que este autor inclui todas as atividades do Estado, inclusive a Legislativa e Judiciária, neste conceito.

Adotando uma definição um pouco mais restrita, mas ainda considerada ampla Hely Lopes Meirelles (2009, p. 326), conceitua serviço público como “[...] todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”. Percebe-se que este conceito ainda é bem amplo, pois, não diferencia as diversas atividades relacionadas à Administração Pública, contudo, exclui do seu conceito de serviço público, a atividade Legislativa e Judiciária, pois sua definição não é correlata a Estado, mas sim Administração (DI PIETRO, 2012, p. 102).

Ainda nesta perspectiva de definição ampla têm-se Carvalho Filho (2015, p. 333) de forma sintética aduz que serviço público é “[...] toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”. E em sentido parecido Di Pietro (2012, p. 106) os classifica como “[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.

Os conceitos restritos são conforme Di Pietro (2012, p. 103) os “[...] que confinam o serviço público entre as atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativas e jurisdicional; e, além disso, o consideram como uma das atividades administrativas, perfeitamente distinta do poder de polícia do Estado.” Entre eles, têm-se o conceito elaborado por Edmir Netto de Araújo (2009, p. 101), que apesar de ser adepto ao conceito amplo, elabora um restrito também, que preceitua que:

Serviço público é todo aquele que o Estado exerce direta ou indiretamente para a realização de suas finalidades, mas somente pela Administração, com exclusão das funções legislativas e jurisdicional, sob normas e controles estatais, para satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.

O outro que elabora um conceito restrito é Celso Antonio Bandeira de Mello (2013,p.687), que aponta que serviço público é:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público- portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais-, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.

Esse conceito elaborado por Bandeira de Mello se baseia seu conteúdo em uma parte material e a outra parte formal, sendo a material consistente nesta utilidade ou comodidade material oferecida ao coletivo ou individualmente ao administrado e a parte formal é o regime jurídico de direito público que rege esta categoria (DI PIETRO, 2012).

Marçal Justen Filho (2012, p. 687) também segue a linha dos que elaboram conceitos restritos, definindo serviço público como:

[...] uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificadas legislativamente e executada sob o regime de direito público.

Analisando o direito positivo pátrio, constata-se que o sentido a serviços público ora é atribuído de forma ampla, ora de forma restrita, como exemplo os casos do art. 37, § 6º, art. 175 da Constituição da República, desse modo atesta Di Pietro (2012, p. 106):

No direito positivo, a expressão é utilizada ora em sentido amplo, ora em sentido. Por exemplo, no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que cuida da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, esta expressão aparece em seu sentido mais amplo, de modo a abranger todas as atividades do Estado, sem distinguir a administrativa, a judicial e a legislativa, e sem distinguir o serviço público em sentido estrito, da atividade de polícia, do fomento e da intervenção. Já o art. 175, que atribui ao poder pública a prestação de serviço público, mediante concessão ou permissão, a expressão aparece em seu sentido mais restrito, adotado por Celso Antônio Bandeira, porque pressupõe que se trate de fornecimento de utilidades das quais os cidadãos possam usufruir individualmente. Também no artigo 145, II, ao prever, como um dos fatos geradores da taxa, a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição, a expressão serviço público é utilizada em seu sentido mais restrito.

A definição de serviço público ainda é bastante divergente na doutrina, muito em decorrência do fato que estes possuem um conceito que “[...] é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas” (MEIRELLES, 2005, p. 326). Ou seja, sua determinação é relativa, e varia conforme diversos fatores, Edmir Netto (2009, p. 99) aponta algumas características atinentes a esse aspecto geral e ampliado de serviços públicos, como:

a) a noção de serviço público caria no tempo, de acordo com a necessidade da maior ou menor amplitude de intervenção do Estado; b) tal noção varia ainda de acordo com o regime político e as tendências na ordem social e econômica; c) o serviço, para ser considerado público, precisa obedecer a um regime jurídico peculiar, fixado pelo Estado, a cujo controle deve atender, e destinar-se ao público em geral, sem visar benefícios e interesses particulares; d) a intervenção do Estado, por meio de seus órgãos, constitui um dos elementos necessários(mas não o único) à classificação dos serviços públicos; e) não se deve confundir *serviços públicos* como serviços puramente administrativos, que se compreendem em uma esfera mais estrita

Logo, destaca-se o caráter histórico e cultural, que é nítido na análise desta atividade. Parte-se então para como estes serviços são prestados na conjuntura pátria.

4.1.2 Prestação do serviço público no ordenamento pátrio

A prestação do serviço público possui previsão constitucional no ordenamento brasileiro, expresso no art. 175(BRASIL,1988), que aduz “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Este dispositivo constata o fato que o serviço público pode ser realizado tanto pela Administração Pública, quanto pelo âmbito privado por meio de concessão ou permissão.

Muito comum é o fato de outras pessoas executarem a prestação do serviço público, e estas delegações podem ser divididas em delegações legais e delegações negociais. A legal ocorre quando outros entes da própria Administração realiza o serviço público e a negocial é quando ocorre a execução por parte da iniciativa privada e estas,

[...] São assim denominadas por conter inegável aspecto de bilateralidade nas manifestações volitivas- se consuma através de negócios jurídicos celebrados entre o Poder Público e o particular, os quais se caracterizam por receber, necessariamente, o influxo de normas de direito público, haja vista a finalidade a que se destinam: o atendimento a demandas (primárias ou secundárias) da coletividade ou do próprio Estado (CARVALHO FILHO, 2015, p. 385)

No plano infraconstitucional foi editada a lei n 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão dos serviços públicos, excluindo apenas os de rádio difusão sonora e de sons e imagens (CARVALHO FILHO, 2015, p. 387). Como aduz Carvalho Filho (2015, p. 387) vários pontos foram abordados por esta lei, que entre eles têm-se:

Os relativos à contratação, especificando-se os encargos dos concedente e do concessionário; à licitação; aos usuários; à política tarifária e, enfim, àqueles que indicam o perfil do instituto. Conquanto de forma um pouco lacônica, foi também destinada para as permissões de serviço público.

Além desta lei, outras sugeriram no ordenamento, como a lei 9.074 de 7 de julho de 1995, que é voltada ao serviços de energia elétrica e da reestruturação dos serviços

concedidos, a lei 11.079 de 30 de dezembro de 2004, que dispõe sobre as chamadas parcerias públicos- privadas (PPP's), que é uma concessão de modalidade especial (CARVALHO FILHO, 2015.p. 388). E ainda há a lei 9.637 de 15 de maio de 1998, que trata do contrato de gestão como instrumento de parceria com as chamadas organizações sociais.

Como acima exposto, a modalidade de delegação de um serviço público pode ser feita através da concessão e da permissão, sendo a licitação condição prévia, logo, cabe definir tais categorias.

A concessão, nos termos de Hely Lopes Meirelles (2005, p. 382):

É a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. Com isto se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização governamental, a regulamentação e a licitação.

Acerca deste instituto, destaca-se a natureza contratual, dando destaque que “[...] submetem-se basicamente a regime de direito público, cujas regras, como visto, estão anunciadas na Lei 8.987 de 1995. Supletivamente, porém, é admissível a incidência de normas de direito privado” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 393).

E a permissão, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (2013, p. 775),

É ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifas dos usuários . Dita outorga por licitação(art175 da Constituição Federal) e pode ser gratuita ou onerosa, isto é, exigindo-se do permissionário pagamento(s) como contraprestação.

Com a análise destes conceitos expostos, nota-se que a grande diferença entre ambos é o ponto que na permissão supostamente há uma precariedade, que “[...] significa que a Administração dispõe de poderes para, flexivelmente, estabelecer alterações ou encerrá-la, a qualquer tempo, desde que fundadas razões de interesse público, sem obrigação de indenizar o permissionário” (DE MELLO, 2013, p. 776).

Contudo, cabe mencionar que concessão e a permissão são geralmente usadas indiscriminadamente, pois, a precariedade marcante das permissões *a priori* seria incompatível com serviços que envolvem grandes investimentos, a exemplo do transporte coletivo, e ainda descaracterizando o instituto algumas vezes este o realizado com prazo determinado, o que ensejaria a indenização em caso de antecipação do seu término. E quando

não o é, esta modalidade é utilizada como forma de pressões para obtenção de desejos não correlatos ao interesse público, mas sim privados (DE MELLO, 2013).

Passado essas explicações cabe agora trabalhá-las tendo como base o transporte coletivo e o seu papel como serviço público.

4.2 A relação do Estado e do transporte público coletivo

Além da análise dos serviços públicos em geral, destaca-se a importância do transporte público como serviço público e direito social, e a necessidade do transporte possuir estes *status* devido ao papel que desempenha no cotidiano das pessoas. Por isso, faz-se uma relação das atribuições dos agentes atuantes na prestação deste serviço e surge um questionamento se nos moldes atuais de prestação do transporte público consegue concretizar o direito ao transporte de forma democrática, ou seja, para os mais diversos setores e regiões da cidade, abarcando todos os grupos sociais, inclusive os que se encontram em situação de exclusão habitacional.

Nesta análise, aponta-se também a questão do paradigma neoliberal sobre o papel do Estado nas prestações de serviços públicos, dando ênfase a questão do transporte público coletivo.

4.2.1 A importância do transporte público como Direito Fundamental

Com a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição 90 de 2011 de autoria da deputada Luiza Erundina, o art. 6º da Constituição Federal passou a ter nova redação, ampliando o rol de direitos sociais, incluindo agora o direito ao transporte.

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 (BRASIL, 1998)

Tal inclusão apenas reflete uma necessidade que surge do grau de complexidade do espaço urbano, com o “agigantamento” de algumas cidades e a crescente exclusão urbana, como exposto no primeiro capítulo deste trabalho. Contudo, como a mera declaração de direitos não necessariamente reflete a sua efetivação, mas já é um marco inicial para a sua concretização.

Como aduzido no capítulo dois, os direitos fundamentais gozam de certas características, que devem ser levadas em consideração na aplicação das políticas públicas pelos gestores. Assim, o *status* de fundamental confere ao transporte uma tratativa diferenciada, pois já surge como pauta em destaque no orçamento, mitigando pelo princípio

da reserva do possível, mas devendo ser efetivado na medida em que há possibilidade, levando em consideração os outros direitos fundamentais também.

A importância deste direito advém do fato que as pessoas estão em constante circulação na cidade, seja para realizar atividades econômicas, como compra e venda, como atividades cotidianas como ir ao trabalho, ir à escola e as atividades de mero lazer, como ir à praça ou ir à praia. Ou seja, este direito fundamental concretiza outros direitos como direito à saúde, direito à educação, direito ao lazer, entre outros.

Essa gama de direitos ao dispor do indivíduo é chamado de direito à cidade, entretanto, esse é apenas uma de suas faces, a outra é a capacidade dos indivíduos inseridos no espaço da cidade de imprimirem seus desejos e contribuírem nos direcionamentos dessa, acerca disso aduz David Harvey (2014, p. 28):

O direito à cidade é, portanto, muito mais do que um direito de acesso individual ou grupal aos recursos que a cidade incorpora: é um direito de mudar e reinventar a cidade de acordo com nossos mais profundos desejos. Além disso, é um direito mais coletivo do que individual, uma vez que reinventar a cidade depende inevitavelmente do exercício de um poder coletivo sobre o processo de urbanização. A liberdade de fazer e refazer a nós mesmos e a nossas cidades, como pretendo argumentar, é um dos nossos direitos humanos mais preciosos, ainda que um dos mais menosprezados.

Assim, o papel fundamental dos transportes públicos coletivos é criar uma rede de acesso a todos nos mais diversos âmbitos da cidade, indo além do mero acesso a serviços ofertados, não menosprezando estes, mas possibilitar condições para que se articulem e lutem pela apropriação dos espaços da cidade, imprimindo suas percepções de mundo.

4.2.2 Da prestação do serviço de transporte coletivo

Os transportes coletivos urbanos são regidos por uma interação entre os setores públicos e privados, sendo que “[...] os primeiros, responsáveis pela tutela e regulamentação dos serviços; a última, incumbida da operação dos serviços, mediante delegação” (BRASILEIRO, 2014, p. 158), muito porque se alega que a Administração Pública arcaria com uma onerosidade muito alta assumindo todo o controle da organização estrutural e de serviço dos transportes coletivos urbanos.

Ressalta-se, que conforme o art. 175 da Constituição Federal, conforme já mencionado, de que o serviço seja prestado diretamente pelo Estado ou delegado ao setor privado. Assim, atesta-se que a decisão é política, logo, outros fatores além de dispositivos legais devem ser analisados, como os históricos, sociais e econômicos. Analisar a estruturação do Estado do início da década de 30, quando este passa atuar de forma mais interventiva,

passando pelo Estado policial da ditadura militar até a reestruturação do Estado na década de 90 (OLIVEIRA, 2006).

Como destacado no primeiro capítulo, o Estado nas décadas de 20 e 30 passa ter maior atuação intervencionista, já que dele que surge a iniciativa de mudança de um paradigma de economia brasileira meramente agroexportadora para um paradigma de industrialização e urbanização, que se consolida no ano de 1933. Este panorama possui influência direta dos acontecimentos da: Crise de 1929 e da Revolução de 30 (CANO, 2012).

Outro momento marcante na história do papel do Estado ocorreu na época do Golpe militar no ano de 1964 e esta “[...] ditadura estatizou os setores mais importantes da produção numa escala e abrangência que nenhum nacionalista, do período anterior havia sonhado, mesmo as formações de esquerda” (OLIVEIRA, 2006, p. 269). Esta época foi de uma centralização quase que total, na seara política, ao Estado militar, com isso resultou em uma das épocas mais sangrentas e violadoras dos direitos humanos já preceituados, e foi resultando como forma de barrar o avanço de construções políticas feitas pelas classes elencadas como dominadas nas décadas passadas (OLIVEIRA, 1999). Acerca dessa época nefasta aduz Francisco de Oliveira (1999, p. 64):

O golpe de Estado de 1964 e toda a sua duração ao foram senão o esforço desesperado de anular a construção política que as classes dominadas haviam realizado no Brasil, pelo menos desde os anos trinta. Tortura, morte, exílio, cassação de direitos, tudo era como uma sinistra repetição da apropriação dos corpos e do seu silenciamento, do vilipêndio, da saga gilbertiana. Sindicatos mais que tutelados passaram a administrações diretamente nomeadas pelo Ministério do Trabalho, além, é claro, da regulação administrativa dos conflitos e da fixação, igualmente por via administrativa, dos salários, seus pisos e, por consequência, seus tetos, e a própria formação do mercado de força de trabalho. Uma sinistra produção de mercadorias sem equivalente, sem ilusão da liberdade, que Friedrich Pollock já havia qualificado, nos anos trinta, como o sinal mais característico do fascismo. E uma anulação da possibilidade da reivindicação da parcela dos que não têm parcela, tanto na produção quanto na distribuição do produto social.

Constata-se que o modelo de Estado policial apesar de centralizar a prestação de vários serviços públicos, não concretiza o direito fundamental ao transporte, pois a efetivação deste não estava ligada a todos os setores da sociedade, mas apenas ao que os militares e os seus apoiadores desejam. O Estado não cumpria o seu papel de ser mediador dos interesses dos mais diversos setores da sociedade.

Entrando na década de 90, inicia-se uma reestruturação do Estado decorrente do processo neoliberal. Este, pelo menos no plano do discurso, é:

uma teoria sobre práticas de política econômica que afirma que o bem-estar humano pode ser mais bem promovido por meio da maximização das liberdades empresariais dentro de um quadro institucional caracterizado por direitos de propriedade privada, liberdade individual, mercado livres e livre comércio (HARVEY, 2007, p. 2).

Esse processo surge de uma tentativa de reativar o processo de acumulação do capital, que havia dado uma “esfriada” a partir da década de 70, e com as diversas tentativas se chegou a resposta neoliberal, consolidado no Consenso de Washington (HARVEY, 2007). Esse novo paradigma alterou profundamente as mais diversas relações até então vigentes, como aduz David Harvey (2007, p. 3):

A criação desse sistema neoliberal implicou obviamente muita destruição, não somente para as estruturas e poderes institucionais (como a suposta existência prévia de uma soberania estatal sobre os assuntos políticos econômicos), mas também sobre as relações estruturais da força de trabalho, relações sociais, políticas de bem-estar social, arranjos tecnológicos, modos de vida, pertencimento à terra, hábitos afetivos, modos de pensar e outros mais.

Esse ideário de enfatizar as liberdades individuais esconde como já dito a tentativa de reativar o processo de acumulação e se utiliza da privatização da esfera pública para isso (OLIVEIRA, 1999). E como isso o espaço que deveria ser de mescla entre as mais diversas ideias e a chegada de um acordo considerando a posição de todos (ARENDRT, 2001), passa reproduzir interesses meramente de parte da sociedade, da classe dominante, daqueles que se apropriam da grande reprodução do capital (OLIVEIRA, 1999). Isso refletiu diretamente nas políticas sociais, nas prestações dos serviços públicos, principalmente o que geram lucros aos setores privados como o transporte público coletivo.

Apesar das ondas de privatizações de empresas estatais serem um fenômeno dessa época não há como reduzir todo o fenômeno da desconstituição da natureza da esfera pública e conseqüentemente do Estado a isso, pois este passa atuar como forma de efetuar os interesses privados e no caso dos transportes públicos coletivos, foi se distanciando da maior forma possível para que os delegatários retirem o maior lucro possível, sendo que as atuações nesses setores parece ser meramente um cumprimento de uma formalidade, ou seja, a atuação da área privada não é naturalmente perniciosa, mas desde que a presença do Estado seja marcante também, no seu caráter fiscalizatório e mediador das pautas elencadas pela sociedade civil acerca deste serviço, como exemplo, tem-se as tarifas, as rotas (linhas) e outros.

Assim, devem-se analisar as forças que regem a área privada e indagar se há possibilidade de garantir o direito à acessibilidade perante a cidade para todas as esferas da sociedade, desde os mais ricos até os marginalizados pelo sistema capitalista segregador. É de se observar que a lógica do mercado, que é a que rege a seara privada não atua sobre locais, onde o lucro não é presente, pois é este que o move e não a efetivação de direitos fundamentais. Muito por essa premissa é que o Estado deve conservar algumas tarefas para si,

pois se entende a lógica do mercado não conseguirá atender certas necessidades sociais, assim garantindo a dignidade da pessoa humana.

4.2.3 A necessidade da presença do Estado na prestação de serviço de transporte público coletivo

Como demonstrado acima, a esfera privada difere da esfera pública no âmbito social, e esta possui papel especialmente de compilar os ideais dos mais diversos do âmbito do campo privado, e surgir uma diretriz social, assim o ideal seria que todos os setores da sociedade tivessem acesso ao campo da participação, pois só assim, haveria possibilitada de serem considerados como fator do resultado final.

Primeiramente, o Estado de acordo com Hobbes é a instituição que surge, pois “[...] é capaz de conformar todas as vontades, a fim de garantir a paz em seu país, e promover a ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros” (HOBBS, 2011, p. 126). Entretanto, a essa concepção de Estado merece alguns incrementos na sua análise, como o fato de que este Estado surge em uma sociedade capitalista, e que este acaba mais servindo aos propósitos do capital global, que os desejos dos diversos grupos sociais inseridos em seu território (FARIAS, 2013). Entretanto, cabe destacar que neste Estado capitalista, apesar da força hegemônica da sua atuação ser resultado de interesses mantedores do “status quo” a pauta não consiste apenas na força hegemônica, mas da contra hegemônica também, pois, esta pauta decorre da Esfera pública (FARIA, 2008). Logo, a barreiras que o Estado deve obedecer, não cabendo dizer o que o Estado capitalista funciona estritamente em pro das classes dominantes.

No caso dos transportes públicos coletivos, o ideal neoliberal funcionou exatamente dessa forma, afastando quase que totalmente o Poder Público da prestação deste serviço público, pois, apesar do Estado servir muita das vezes a interesses privados, existem barreiras que são intransponíveis, pelo fato daquele ser concretizar dos interesses público, logo sua atuação impede a concretização total dos interesses privados em detrimento do interesse público, no caso em tela, o lucro das companhias delegatárias.

A participação do Estado na prestação do serviço de transporte público coletivo pode se dar de forma indireta ou direta. A forma indireta é exercida por meio da fiscalização, que consiste em um acompanhamento pelo Poder Público da concessão do serviço, por exemplo, a desobediência da concessionária aos termos estipulados no contrato realizado, acerca disso aduz Carvalho Filho (2015, p. 15):

Não há forma especial para que o Poder Público exerça a fiscalização sobre os concessionários. No entanto, a fiscalização só pode ter eficácia se a Administração destinar órgão centralizado específico para esse controle, agindo com zelo e severidade em tudo quanto possa proteger a coletividade beneficiária do serviço.

Frequentemente são noticiadas reclamações de usuários do serviço de transporte coletivo urbano, executado por empresas que alteram as condições estipuladas, sobretudo de manter circulando alguns ônibus em horários de menor movimento. Diminuindo os custos e aumentando os lucros à custa do sacrifício da população, tais empresas só receberiam a devida censura se fossem fiscalizadas com rigor e eficiência, o que realça a circunstância de que, mais que um poder, a fiscalização constitui um dever para a Administração responsável pela transferência do serviço.

A forma indireta também assenta no fato de o Poder Público captar modificações às necessidades da sociedade, por exemplo, a rota a ser traçada pelos transportes coletivos urbanos, o valor da tarifa, a necessidade de realização de obras para otimização da prestação do serviço e modificações contratuais para que haja interesse do âmbito privado em continuar a prestação, mas sem que isso onere de forma a prejudicar a coletividade.

A forma direta é quando o próprio Estado presta o serviço de transporte público coletivo urbano, o que nos moldes neoliberais, o que, como já demonstrado, vai contra a “cartilha” neoliberal, argumentando-se que o Estado não possui condição de prestar esse tipo de serviço, pois sua mecânica de funcionamento apenas acarretaria ônus ao orçamento público, e conseqüentemente pela ausência de verbas a precariedade do serviço seria algo inevitável. Entretanto, como também já demonstrado, isso é apenas uma questão de opção política, já que a precariedade na prestação pelo setor privado é amplamente constatada.

O quê o Estado considera essencial a ponto de tutelar a sua prestação, varia de Estado para Estado, segundo entendimento da própria sociedade, Walzer (2011, p. 111) preconiza:

A categoria das necessidades socialmente reconhecidas é aberta, pois a noção do povo daquilo que precisa não abrange somente a própria vida, mas também uma vida boa, e o próprio equilíbrio adequado entre essas duas é assunto que gera controvérsias.

Essa provisão deve estar ao lado da realidade social do momento, por exemplo, no caso dos transportes coletivos, estes veem a ser condição para que as pessoas venham a conseguir realizar tarefas específicas do cotidiano, já que o deslocamento cada vez mais precisa ser maior, muito devido à inflação das cidades, assim aumentando as suas extensões territoriais. E também porque o cidadão deve gozar das benéficas que a sociedade produz para a melhoria da qualidade de vida no ambiente urbano, Walzer (2011, p. 107):

Com o passar dos anos, os novos modos de vida em ampla escala geraram novos riscos, e o progresso científico gerou uma nova noção de perigo e uma nova percepção das possibilidades de lidar com tudo isso. Os grupos de cidadãos, então, exigiram um programa mais amplo de provisões comunitárias, explorando as novas ciências para reduzir os riscos da vida urbana.

Uma mudança de paradigma é necessária para se entender que o transporte coletivo urbano oferecido por vias privadas, sem qualquer manifestação do Poder Público,

além das formalidades licitatórias, não consegue abarcar todos os habitantes, assim apenas o transporte coletivo com o Estado atuando nas mais diversas formas, diretamente ou indiretamente, poderá realizar o feito de oferecer a acessibilidade à todos. Entretanto, pode-se indagar acerca da alta onerosidade, certamente este é um fator que se deve levar em conta, sendo que a parceria pública e privado a melhor solução para este caso. O público criando diretrizes e fazendo que no meio privado haja uma competitividade para que o transporte cada vez mais seja de uma melhor qualidade e proporcionalmente mais barato e nos locais em que o privado não demonstrar nenhum interesse o Estado atue diretamente oferecendo serviços.

4.3 Estudo de caso: o loteamento de todos os santos, uma comunidade de lutas

Este trabalho faz um recorte territorial, muita devido à área de atuação do próprio autor deste trabalho, que se da em Todos os Santos um loteamento situado no município de Paço do Lumiar, este presente na ilha de São Luís. Para se entender a realidade do loteamento deve-se fazer uma retrospectiva histórica a cerca da formação deste território e a relação dele com os municípios que ficam nas suas proximidades, como o próprio município de São Luís, da Raposa e de São José de Ribamar.

O que é hoje Paço do Lumiar atualmente possui uma população de 105.121 habitantes distribuídos em seus 123km(PAÇO DO LUMIAR,2014)mas nem sempre este contingente de habitantes esteve presente nesse território:

O município tem sua ocupação iniciada em 22 de maio de 1625, quando chegou à capital da província do Maranhão, o governador Francisco Coelho de Carvalho, o jesuíta Luís Figueira já possuía uma légua de terra no sítio chamado Anindiba que, por escritura pública, lhe fora doada por Pedro Dias e sua mulher Apolônia Bustamante (Ibidem).

Entretanto, foi no período do governador Joaquim de Melo e Póvoas, que se instituiu a povoamento por meio da concentração de algumas famílias indígenas da área que naquela época (século XVIII) encontravam-se fragmentadas (Ibidem). Na realidade hodierna, o povoamento não se da forma institucionalizada, mas ocorre de forma informal por meio das forças sociais, pois Paço do Lumiar se encontra bem próxima da capital do Estado do Maranhão, São Luís. Esta como todas as capitais do país, exerce uma força atrativa sobre as pessoas, muita devido à precariedade das cidades interioranas, assim a capital passa a ser um lugar de sonho e de realizações, Milton Santos(2008,p.10) aponta que,

O perfil urbano se torna complexo, com tendência à onipresença da metrópole, através de múltiplos fluxos de informação que se sobrepõem aos fluxos de matéria e são o novo arcabouço dos sistemas urbanos. [...] Por isso, a grande cidade, mais do que antes, é um pólo de pobreza (a periferia no pólo...), o lugar com mais força e capacidade de atrair e manter gente pobre, ainda que muitas vezes em condições sub-humanas. A grande cidade torna-se o lugar de todos os capitais e de todos os trabalhos, isto é, o teatro de numerosas atividades “marginais” do ponto de vista tecnológico, organizacional, financeiro, previdenciário e fiscal.

Também faz esse destaque o geógrafo da própria ilha, Juarez Soares Diniz (2014, p. 169):

[...] São Luís, é a cidade-pólo exercendo uma maior influência, pois desenvolve em torno de si uma expressiva rede de relações sócio-econômicas, além de oferecer um estoque considerável de equipamentos urbanos, que a torna um centro regional bastante atraente para outros centros menores [...].

Devido ao aumento populacional mais a grande incidência da especulação imobiliária, o município de São Luís não conseguiu alocar todos os habitantes em moradias dignas, sendo que alguns viraram moradores de ruas ou de locais muito impróprios. Entretanto, uma parte desses moradores que possuíam uma renda maior, mas ainda não o suficiente para a obtenção de uma casa na capital, procuraram locais afastados, mas ainda próximos o suficiente para que possam realizar as suas atividades que geram renda para as suas famílias.

Essa é a realidade do Loteamento de Todos os Santos, onde quase a totalidade das 350 famílias (número controverso)¹⁰. Todos os Santos surge através de uma ocupação em outubro de 2007 em uma área do município de Paço do Lumiar, que segundo seus moradores era “um imenso matagal que servia para a desova de corpos”, a formação da comunidade é marcada por conflitos, como a instauração da reintegração de posse pelo empresário Douglas Ferreira de Pinho¹¹, outro caso ocorreu no dia 10 de junho de 2011, quando houve uma tentativa de despejo ilegal por parte da Imobiliária MASA com intuito de construir um projeto imobiliário na região, entretanto se conseguiu evitar um dano maior, sendo que três casas e algumas plantações sofreram avarias, em decorrência deste impasse foi feito um TAC-Termo de Ajustamento de Conduta em que houve a participação do NAJUP-NEGRO COSME (Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular), CECOMA (Centro Comunitário Mulheres em Ação), Comissão de Direitos Humanos da OAB/MA, União por Moradia Popular/MA e Defensoria Pública do Estado do Maranhão (DA SILVA, 2012, p. 70). Desse TAC houve a delimitação da área e algumas benéficas para a comunidade como a instalação de uma bomba hidráulica, a construção da sede do CECOMA em alvenaria e claro a reconstrução das casas danificadas.

Apesar dessas melhorias em decorrência do TAC, a comunidade de Todos os Santos ainda vive em uma situação de total descaso por parte do poder público. Apesar de o local contar com iluminação boa em suas residências, possui uma iluminação pública precária

¹⁰Dado extraído do estudo social realizado pela Defensoria Pública do Estado.

¹¹ Processo de nº 1063/2007, 2ª Vara da Comarca de Paço do Lumiar.

nas suas 11 ruas¹². Outra questão é a total ausência de coleta de lixo, acarretando em uma grande poluição ao redor da comunidade, já que é inviável a própria comunidade, independentemente, realizar esse serviço, isso vem a projetar uma degradação na própria natureza como faz com que os moradores fiquem mais suscetíveis a contrair doenças devido que o acúmulo de lixo é um local propício para a reprodução e desenvolvimento de seres transmissores. Em relação ao lazer dos moradores, este é praticamente inexistente, pois não há praças, não há quadras poliesportivas, ou outros espaços de interação social públicos na comunidade e nem em locais próximos. O serviço de saúde e o sistema educacional são inexistentes na comunidade sendo que os moradores precisam se deslocar para as redondezas, como o centro do município de Paço do Lumiar (conjunto Roseana e conjunto Maiobão) e até para a capital São Luís.

Ou seja, as pessoas são dependentes de um sistema que permita a elas circular para fora do seu lugar de habitação, pois o Poder Público não atua, quase como se esses moradores fossem inexistentes. Caso este sistema não funcione ou não exista os moradores ficam totalmente sem como ter acesso à saúde, e muitas das vezes tentam se medicar por conta própria, ficam sem a educação formal, o que acaba gerando uma evasão muito grande da juventude, já que se torna extremamente desumano o acesso, pelas enormes distâncias, o que acaba reproduzindo um ambiente de mais pobreza, já que a atual conjuntura requer cada vez mais pessoas formalmente qualificadas.

Todas essas violações de direitos fundamentais, desde a moradia e passando pela educação a saúde, vem a criar um ambiente propício ao aumento da criminalidade dentro da comunidade, não só porque esses fatores contribuem para a inserção de jovens e adultos no mundo do crime, mas também porque esses fatores chamam grupos criminosos para dentro da comunidade, pois são sinais de que a comunidade é esquecida pelo poder público, logo, poderão realizar suas atividades sem perturbação, o que de fato é realidade. Em relação a essa realidade pode-se citar a interrupção das atividades, durante certo período, do NAJUP-NEGRO COSME dentro da comunidade, já que a líder comunitária acreditava que os estudantes poderiam ser alvos de retaliações por parte dos criminosos.

Nesta perspectiva o transporte funciona como uma “ponte” que possibilita aos moradores da comunidade alcançar outros serviços decorrentes da interação social, já que,

¹² Avenida dos Encanadores, Avenida São Luís, Avenida São Benedito, Avenida São Pedro, Rua São Cosme e Damião, Rua São Luís, Rua São Miguel, R. São Bartolomeu, R. São Mateus, R. São Paulo, R. São José.

aqueles devido a sua condição de excluídos espacialmente não possuem serviços no seu local de habitação.

Cabe destacar que quase a totalidade destes moradores estão incluídos na classe de baixa renda, assim, poucos usufruem de transporte individual, sendo o transporte público coletivo, o principal meio de circulação dos moradores do Loteamento de Todos os Santos com outros municípios.

Entretanto, este direito, que atualmente possui inclusive previsão constitucional, constantemente é vilipendiado. Pois, os prestadores do serviço de transporte coletivo frequentemente suspendem a prestação do serviço, sob a alegação que, além do local possuir um baixo fluxo de circulação de pessoas, as vias seriam precárias, quando não estão todas esburacadas, estão sem a totalidade do asfalto, o que geraria danos aos ônibus, vans, e outros veículos de transporte coletivo.

Destaca-se que tal situação é resultado da total ausência do Poder Público na prestação do serviço de transporte. Este serviço apenas pode ser prestado na sua completude, caso atenda à todos os setores da sociedade. E no caso em tela, possibilitar condições adequadas para que os delegatários preste o serviço de transporte coletivo, também fazer da concretização do direito fundamental social ao transporte.

E mesmo o serviço seja prestado por terceiro, isso não significa total afastamento do Poder Público, mas pelo contrário, por não ser este que diretamente o presta, surge uma necessidade veemente de fiscalização com o intuito de checar se o serviço esta sendo prestado em conformidade com o acordado.

Acerca da impossibilidade por parte do setor privado de atender determinada localidade, porque esta não gera rendimentos suficientes a produzir lucros, muito devido à baixa circulação de pessoas, a necessidade do Estado é imperiosa, já que este equaciona os interesses privados e os interesses da coletividade, cabendo neste caso elaborar meios contratuais de compensatórios ou caso isso se torne inviável, deve o próprio Poder Público prestar diretamente este serviço, pois, a possibilidade de delegação do serviço não exonera o titular, no caso o Poder Público, da concretização dos serviços fundamentais.

5 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho é analisar a prestação do serviço público de transporte coletivo, e questionar se a forma no qual esta sendo realizado consegue concretizar o direito, que agora é fundamental, ao transporte. Dando destaque ao papel que os atores na concessão deste serviço desempenham, mas para se chegar a este ponto, primeiramente foi preciso analisar outras categorias, como a questão urbana e os direitos fundamentais, que só assim, cria-se validade para a importância desta indagação.

Primeiramente, foi analisado o espaço no qual este trabalho basearia as suas ideias, que no caso em tela foi a cidade urbana, não querendo dizer que nos outros o transporte também não seria um pauta a ser estudada ou questionada, mas sim por nesta cidade, que é a urbana, o grande contingente de pessoas e a intensidade das relações sociais criam uma certa dinâmica nesta cidade que o transporte passa a ser fundamental no dia a dia.

Com isso, elucida-se o que seria cidade e abordam-se conceitos relacionados ao urbano. Acerca da cidade, tem-se como base principalmente as ideias de Raquel Rolnik (2012), que procura estabelecer um ponto de encontro entre as mais diversas cidades, e assim, chega a conclusão que a cidade sempre funciona como um ímã, traduz significados, como uma forma de escrita, haveria nela um âmbito político e seria lugar em que ocorreria o mercado. Mas além das suas ideias, destaca-se também José Afonso da Silva, que faz uma compilação das concepções destacadas na literatura da Sociologia Urbana, apontando a concepção demográfica, a concepção econômica e a concepção de subsistemas. Ainda se aponta a influência do capitalismo nas cidades, pois estas precedem a este sistema econômico, e como este mercantilizou o espaço e dividiu a sociedade em classes. Resultado é que não há um consenso do que seria cidade, mas todos os aspectos são relevantes para a sua análise, sendo esta servindo de papel de “estruturador das relações sociais”.

Posteriormente, analisam-se os fenômenos da urbanização e urbanificação e o ponto do urbanismo, pois surgem no espaço urbano que esta sendo analisado, guardando relação com o eu será abordado futuramente. O processo de urbanização, por exemplo, apontado por Silva (2012), seria o grande aumento populacional da região urbana em decréscimo a região rural, assim, ocorre uma superlotação de algumas áreas e esvaziamento de outras, acarretando um caos na área urbana. Já a urbanificação seria a correção deste cão, adaptando-se o espaço urbano a este novo contingente. Por último, o urbanismo, que é expressão bastante conhecida, é a ciência da urbanificação. Também importante mencionar, que esses fenômenos não ocorrem da mesma forma em qualquer cidade, existem diversos fatores que influenciam nisso, como os econômicos, sociais, políticos e históricos. Assim,

destaca-se o fato que no espaço urbano, o urbanismo não retrata a realidade, para intervir, mas sim apenas em parte desta. Estes conceitos são importantes, pois são atreladas as formas de intervenção do homem no espaço das suas relações, por meio do chamado planejamento.

Analisando o planejamento como forma de intervenção no espaço, duas matrizes ganham destaque, pois são basilares para se compreender a formação da cidade contemporânea, que são a Matriz Modernista/Funcionalista e a Matriz do Planejamento Estratégico. Esta primeira, reforça uma intervenção protagonizada pelo Estado, sob escusas de textos legais, influenciada diretamente keynesianismo e do fordismo. A segunda são medidas de gestão para que a cidade se torne mais atrativa para investidores.

Como resultado da aplicação destas matrizes ocorre uma exacerbação de um processo de exclusão, que nega os mais variados direitos fundamentais às pessoas, isso decorrente da aplicação dos serviços públicos nos setores ocupados por apenas parte da sociedade, marginalizado o resto. Diante disso o transporte surge como serviço indispensável para possibilitar acesso a todos as mais diversas áreas da cidade e aos seus serviços, tanto que ganha *status* de direito fundamental, no rol dos direitos sociais. Para se compreender a importância, principalmente jurídica, é necessária a demonstração de uma breve teoria dos direitos fundamentais.

Na breve teoria explanada várias questões surgem, como o que são direitos fundamentais, a sua dupla perspectiva, que trata tanto do aspecto de uma postura jurídico-subjetiva, quanto jurídico-objetiva, sendo aquela uma imposição de atuação estatal tanto na forma positiva, quanto negativa e esta transparece o caráter irradiante dos direitos fundamentais, como fonte de validade do sistema jurídico.

Também nesta parte são apontadas as características que usualmente a doutrina aduz que são inerente aos direitos fundamentais, que são a relatividade, imprescritibilidade, inalienabilidade, indisponibilidade, inviolabilidade, universalidade, complementaridade e historicidade.

Dar-se destaque a característica da historicidade, fazendo uma conjunção desta característica com a nomenclatura usualmente utilidade para estas espécies de direitos garantidores da dignidade da pessoa humana, que são os direitos do homem, que são abordados em uma perspectiva jusnaturalista, os direitos humanos, que é expressão mais utilizada para direitos apenas previstos no âmbito internacional tendo como ponto de partida determinado ordenamento jurídico e a expressão direitos fundamentais, que são praticamente os mesmos direitos humanos só que com escopo no direito positivo pátrio.

Correlato também a característica da historicidade, a doutrina separa didaticamente os direitos fundamentais por dimensões, com o intuito de fazer o recorte do momento histórico de reconhecimento de determinado grupo de direitos ao *status* de fundamental. Tradicionalmente, a doutrina aponta três dimensões, a primeira tratando da necessidade de uma postura negativa por parte do Estado, a segunda uma postura positiva do Estado, já a terceira trata de proteções a grupos, fugindo da perspectiva individualista das dimensões anteriores. Ainda é mencionada por alguns doutrinadores uma quarta dimensão, que viria compatibilizar os direitos das dimensões anteriores à globalização neoliberal.

Devido à peculiaridade de cada ordenamento, coube analisar ainda nesta breve teoria dos direitos fundamentais, a tratativa desta no ordenamento pátrio, inicialmente abordando uma análise na estrutura das disposições constitucionais, dando enfoque à posição de destaque dada aos direitos e garantias fundamentais, pois os dispositivos que abordam essa temática são elencados logo no início do Texto Fundamental. José Afonso da Silva (2012) elabora uma classificação ainda muito utilizada, que esquematiza a questão dos direitos fundamentais expostos na Constituição, que são: direitos individuais (art. 5º), direitos à nacionalidade (art.12), direitos políticos (art. 14 a 17), direitos sociais (art. 6º e 193 e ss), direitos coletivos(art. 5º) e direitos solidários (art.3º e 225). Existem críticas, mas esta classificação ainda é muito pertinente para fins didáticos.

Por fim nesta breve teoria, analisa-se a questão dos titulares dos direitos fundamentais, que de acordo com o entendimento da corte suprema deste país, dando uma interpretação extensiva a texto da Carta Magna, garante a todos a incidência dos direitos fundamentais, tanto aos brasileiros, quanto aos estrangeiros residentes ou apenas temporariamente no Brasil, obviamente ressalvado aqueles direitos fundamentais direcionados a determinados grupos. E se destaca também a questão da aplicabilidade imediata destes direitos, pois, isto garante que eles não se tornem apenas discursos vazios, sendo pelo menos, quando não concretizados pelos gestores, parâmetros de atuação das atividades legislativas e judiciária.

Passado estas elucidacões acerca dos direitos fundamentais, que se encaixam perfeitamente ao direito ao transporte, passa-se ao ponto fulcral do trabalho que é relacionar de forma estrita o transporte como serviço público e direito social, a forma na qual o serviço de transporte público coletivo é prestado, e o destaque do papel do Estado nesta prestação, posteriormente, analisa-se um caso concreto das implicações ocorridas pela prestação do serviço de transporte público coletivo nos moldes atuais.

Inicialmente são elucidadas questões centrais como o conceito de “serviços públicos” e como ocorre atualmente a prestação destes. Acerca do conceito, cabe mencionar que ainda há muita divergência doutrinária, a respeito de tratar-se de forma ampla ou forma restrita, mas como se percebe no transcorrer da análise, apesar do questionamento ser importante, em nada influencia o fato que a doutrina pátria é incontestemente em afirmar que transporte coletivo é serviço público.

A forma que estes serviços são prestados é decisão do Poder Público, conforme atesta a Constituição Federal, no art. 175, já que esta norma é permissiva no sentido da prestação direta ou indireta do serviço público. Sendo destaque, entre as diversas leis a de nº 8.987/1995, pois esta que rege a concessão/ permissão dos serviços de transporte público coletivo, sendo o regime contratual marcante na concessão e a precariedade exclusiva da permissão. Esclarecido esta parte, foi tratado do transporte em si a sua importância e posteriormente como este serviço é predominantemente prestado.

O transporte surge como direito fundamental justamente da complexidade do espaço urbano e da crescente exclusão, pois como já dito, estes gozam de um regime jurídico diferenciado, que o conferem certas características. Assim, o transporte público coletivo, que é o principal responsável por efetivar o direito ao transporte, cumpre o papel de criar uma rede de acesso a toda população aos mais diversos serviços oferecidos, que geralmente decorrem de outros direitos fundamentais, e indo, além disso, essa rede de acessos permite criar uma maior possibilidade de contato entre as pessoas, que pode servir para articular e lutar pela apropriação da cidade.

A prestação do serviço de transporte público coletivo é, por opção política, delegada a pessoas privadas para a sua prestação, restando ao Estado a função fiscalizatória, muito isso sendo resultado da atuação política neoliberal implementada no país, que gerou uma desconstituição da esfera pública e conseqüentemente uma contínua precarização do Estado.

Assim, chega-se a conclusão que os agentes privados por si só, não podem garantir de forma democrática o direito ao transporte, pois são regidos pela dinâmica do lucro, então estes agentes devem sempre atuar de forma a maximizá-los, o que é incompatível com a efetivação de direitos fundamentais, que muitas das vezes implicam em apenas gastos. Sendo assim, o Estado não pode se afastar inteiramente da prestação do serviço de transporte público coletivo, sob a escusa que está “fiscalizando”.

O Estado como protetor do interesse público deve ou prestar esse serviço de forma de direta, ou realmente fiscalizá-lo, com uma atuação presente, que evite deturpações

por parte de interesses privados, que precarizam a prestação do serviço, o que o torna muita das vezes totalmente ineficaz ou até inexistente.

E esse foi o caso do Loteamento de Todos os Santos, que é comunidade resultado do processo de exclusão urbana, e que constantemente fica sem acesso ao transporte público coletivo, decorrente da alegação de que a área em si, apenas traz prejuízos aos prestadores do serviço. Como Todos os Santos faz parte da “cidade ilegal” não há prestação dos mais diversos tipos de serviços públicos na sua área, e para que os moradores tenham acessos a estes serviços públicos, necessitam se deslocar para outras áreas. Contudo, com a precariedade e às vezes, mesmo que temporariamente, inexistente, os moradores de Todos os Santos se veem privados dos serviços que lhe deveriam ser prestados, assim, ficam muita das vezes sem educação formal, sem atendimento hospitalar, sem possibilidade de realizar atividades recreativas, privados de articulações políticas maiores, entre outros efeitos.

Este caso é emblemático para afirmar que deve haver uma mudança no modelo de prestação do serviço de transporte público coletivo e a solução é com a mudança do papel do Estado, para que este venha concretizar fielmente o interesse público, seja indiretamente ou diretamente.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARENDT, Hanna. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BALTAR, Antônio Bezerra. **Introdução ao Planejamento Urbano**. Recife, 1947.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.
- BORJA, Jordi; CASTELLS, Manoel. **As Cidades como Atores Políticos**. Novos Estudos CEBRAP: São Paulo, nº 45, 1996.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 102041, Brasília, DF, 20 abr. 2010. Disponível em: <
<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;hc:2010-04-20;102041-3814823>> . Acesso em: 3 fev. 2016.
- BRASILEIRO, Anísio et al. Transportes públicos metropolitanos no Brasil: uma pauta para a sua reorganização. In: SANTOS, Enilson; ARAGÃO, Joaquim (Orgs). **Transportes em Tempos de Reforma**: Estudos sobre o transporte urbano. 2.ed., revista-Natal/RN: EDUFRN- Editora da UFRN, 2004
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª rev, e atual. São Paulo: Saraiva. 2011.
- CANO, Wilson. **Da Década de 1920 à 1930**: Transição rumo à Crise e à Industrialização no Brasil. Brasília (DF) : Revista Economia, v.13, n.3b, p.897- 916, set/dez 2012.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1986.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª ed. rev. amp. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. 15ª ed. Ver., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28º ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Juarez Soares. **As condições e contradições no espaço urbano de São Luís (MA): traços periféricos.** Disponível em: <http://www.nucleohumanidades.ufma.br/pastas/CHR/2007_1/juarez_diniz_v5_n1.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIA, Geraldo Majela Gaudêncio. **Configuração da Esfera Pública e Construção da Paisagem.** 2008. Disponível em: <<http://www.fau.ufal.br/posgraduacao/deha/Trabalhos%20Apresentados%20em%20Eventos/Configura...pdf>>. Acesso em : 4 fev. 2016.

FARIAS, Flávio Bezerra de. **O modo estatal global: crítica da governança planetária.** São Paulo, Xamã, 2013.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

HARVEY, David. **Cidades Rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana.** São Paulo: Martins Fontes – selo Martins, 2014.

HARVEY, David. **Neoliberalismo como Destruição Criativa.** Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente, 2006. Disponível em : <<http://www.revistas.sp.senac.br/index.php/ITF/article/viewFile/144/160>> . Acesso em: 4 fev. 2016

IANNI, Octavio. **Estado e planejamento econômico no Brasil. 1930-1970.** Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1977.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 8ª ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade.** 5ª ed. São Paulo: Centauro, 2011.

MARICATO, Ermínia. As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias. In.: ARANTES, Otília; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia. **A Cidade do Pensamento Único: Desmanchando consensos.** 3 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2013. p. 121-192.

MARICATO, Ermínia. **Para Entender a Crise Urbana.** 1ª ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 31ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 30ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ªed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Francisco de. A dominação globalizada: estrutura e dinâmica da dominação burguesa no Brasil. IN: **Neoliberalismo y sectores dominantes. Tendencias globales y experiencias nacionales**. Basualdo, Eduardo M.; Arceo, Enrique. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires. Agosto 2006. ISBN: 987-1183-56-9, 2006. Disponível em: <
<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/basua/C08DeOliveira.pdf> >. Acesso em: 4 fev. 2016.

OLIVEIRA, Francisco de. Privatização do público, destituição da fala e anulação da política: o totalitarismo neoliberal. In: Oliveira, Francisco; PAOLI, Maria Célia. **Os Sentidos da Democracia**, Vozes, 1999.

PAÇO DO LUMIAR. Prefeitura Municipal. Sítio Oficial. Disponível em: <
<http://www.pacodolumiar.ma.gov.br/index.php/2-uncategorised/75-conheca-paco-do-lumiar>>. Acesso em: 15 fev. 2016.

SANTOS, Milton. **A Urbanização Brasileira**. 5. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª.ed.rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Editora Malheiros,2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7ª ed. rev. atual.São Paulo: Editora Malheiros,2012.

SILVA, Nathália Castro da. **Exclusão urbanística e a (in)segurança jurídica da posse: reflexões a partir do estudo de caso de Todos os Santos, Paço do Lumiar, Maranhão**.2012. 121 p. Trabalho de Conclusão de Curso(Bacharelado em Direito)- Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2012.[Orientadora:Profª. Dr. Mônica Teresa Sousa].

SOUZA, M.; RODRIGUES, G. (2004). **Planejamento Urbano e Ativismos Sociais**. São Paulo: Ed. Unesp.

ROLNIK, Raquel. **O que é cidade**. 4ª ed. São Paulo:Brasiliense, 2012.

VAINER, Carlos Bernardo. **Pátria, Empresa e Mercadoria**. In.: ARANTES, Otília; VAINER, Carlos Bernardo; MARICATO, Ermínia. **A Cidade do Pensamento Único: Desmanchando consensos**. 3 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2013. p. 75-103.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes,2003.

WEBER, Max. **Economía y Sociedad. Vol II**.México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

WHITACKER, A. M. Campo e cidade. Cidades médias e pequenas. Algumas proposições para a pesquisa e o debate. In: LOPES, Diva M. L.; HENRIQUE, W. (Org.). **Cidades médias e pequenas**: teorias, conceitos e estudos de caso. Salvador: CEI, p. 187-194, 2010 (Série Estudos e Pesquisas, 87).