

A INTERVENÇÃO ESTATAL NA LIVRE INICIATIVA EM PROL DA INCLUSÃO DE MINORIAS: ANOTAÇÕES SOBRE A ADI N. 2.649/DF

Diego Nassif*, Mestre, UENP, PR
Fernando Rodrigues Bortolatto**, Graduando, UENP, PR

Resumo

Objetiva compreender melhor a maneira como o judiciário vem tratando choque entre a autonomia privada e as políticas públicas à luz da ordem econômica encartada na Constituição Brasileira, especificamente no diz respeito à possibilidade de intervenção do Estado no domínio privado. Para tanto, questiona se, diante do princípio da livre iniciativa, seria possível ao Estado criar obrigações aos particulares, no intuito de incluir pessoas à margem do convívio social, sem dar compensações. O estudo utiliza como suporte metodológico a ADI n. 2.649/DF, proposta contra a lei que instituiu o passe livre à pessoa com deficiência no transporte coletivo interestadual (Lei n. 8.899/94), e se desenvolve entremeio temas afetos cujas problemáticas dominam o cenário jurídico brasileiro. Conclui que o Estado deverá intervir que no âmbito privado, ainda que sem compensações, desde que para assegurar o respeito aos direitos fundamentais e harmonizar o choque de interesses, os quais, como no caso em tela (livre iniciativa e a justiça social), devem sempre trabalhar em prol da construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Palavras-chave: Livre iniciativa. Ordem econômica. Intervenção estatal. Minorias. Inclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico, surgido dos acalorados debates promovidos pelo Grupo de Pesquisa *Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil*, liderado pelo Prof. Dr. Vladimir Brega Filho na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), debruça-se sobre a seguinte questão: diante do princípio da livre iniciativa, é possível o Estado criar obrigações ao particular a fim de incluir grupos sociais sem lhe dar compensações?

A hipótese assim colocada, apesar de se mostrar evidentemente problemática, guarda uma série de questões subjacentes e que necessariamente precisam ser enfrentadas. Para respondê-las, optou-se, pois, por adotar como suporte metodológico e paradigma teórico-jurisprudencial a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.649-6/DF, que, além de ser relativamente recente, representa um marco nos estudos afetos à temática.

No primeiro item aborda-se a necessária delimitação do princípio da livre iniciativa dentro do sistema jurídico-político constitucional, passando-se em seguida a versar sobre a inclusão social

* Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná; graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná; diego_nassif@yahoo.com.br

** Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná; fernando.bortolatto@yahoo.com.br

de grupos sociais, notadamente minorias e grupos vulneráveis, por meio de políticas públicas. Um terceiro passo há de ser dado no sentido de se problematizar a legitimidade da intervenção estatal, ponto no qual uma breve análise da ADI n. 2.649-6/DF põe-se como imprescindível. Inescusável, então, neste contexto, uma exposição sobre a eficácia dos direitos fundamentais – o que é feito no item 4 – evoluindo a discussão para a ponderação dos princípios envolvidos. Por fim, ventila-se a possibilidade do particular exigir do ente estatal compensações às intervenções sofridas.

Em suma, tem-se um importante debate sobre as possibilidades jurídicas à disposição do ente estatal para a criação de políticas públicas de inclusão de minorias, um tema que ganha cada vez mais importância e que a cada dia apresenta novos desdobramentos.

2 O PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA

Conforme a Constituição de 5 de outubro de 1988 (CR/88) dispõe, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, elencados em seu artigo 1º, estão os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (IV). Trata-se do único inciso composto por dois núcleos – o trabalho e a livre iniciativa – assim considerados enquanto “valores sociais”.

Esse dualismo externa, sobretudo, o desejo do constituinte de ver harmonizado dois valores sociais muitas vezes vistos como contrapostos e inconciliáveis, principalmente quando vinculados a opções político-ideológicas. A Constituição, assim, pretendia ser, até certo ponto, um retrato de uma realidade que já superava o dualismo político-econômico.

Se de um lado o valor social do trabalho mostra-se algo evidente, à medida em que o trabalho representa uma forma de reprodução do homem, por meio de suas obras, a livre iniciativa é um constructo cujos fundamentos ideológicos atuais são historicamente recentes.

De fato, o renascimento da noção de propriedade privada em moldes muito aproximados àqueles praticados na antiguidade grega e romana, mesmo após séculos de aristocracia agrária fundada na vassalagem feudal, há de ter um motivo muito forte. Crê-se que este motivo foi o recrudescimento da apropriação originária propiciada pela Cruzadas em contraposição à apropriação por sucessão, predominante na Idade Média. A Revolução Comercial nesta linha histórica, mostra-se como resultado final de fatores tais como mercantilismo, metalismo, expansionismo nacional e da formação de mercados nacionais – todos, de forma direta ou indireta, ligados à ‘reconquista’ do Oriente.

Com a nascente burguesia, teóricos como Locke foram essenciais para providenciar uma releitura da legitimidade da propriedade privada e, assim, lançar as bases para o liberalismo político e econômico. Curiosamente, para Locke a origem e fundamento do direito de propriedade é justamente o trabalho, fixando como regra que todo homem só deve possuir tanto quanto possa utilizar – a qual, segundo o próprio, valeria até hoje se a invenção do dinheiro e o tácito acordo dos homens em atribuir valor monetário à terra, não tivesse permitido a existência de maiores posses que o direito a elas (LOCKE, 2005, p. 42-48).

Adam Smith lança as bases do capitalismo clássico em 1776, mesmo ano em que a Revolução Americana dava início à série de revoluções liberais, as quais, em suas típicas declara-

ções de direitos, traziam a propriedade privada como direito natural inalienável a ser garantido pelo Estado ao indivíduo. Pautado sob este individualismo liberal e é que o Código Civil napoleônico, em 1806, além da propriedade privada, já contemplava os chamados “atos de comércio” – utilizados como base para o Código Comercial brasileiro de 1850, revogado somente com o advento do Código Civil de 2002, que adotou a teoria da empresa.

Feita esta breve retrospectiva, percebe-se a livre iniciativa como uma variante da chamada liberdade de iniciativa econômica ou, juridicamente, da autonomia privada voltada à liberdade de contrato, de comércio, de indústria correspondendo à velha liberdade de apropriação, de troca e de venda, ou, hodiernamente, na liberdade do empresário de explorar a atividade econômica – todas constitucionalmente asseguradas, inclusive como expressão da adoção da propriedade privada e do sistema capitalista de produção como regra.

Essa liberdade, a exemplo do que já esboçava Locke, não é absoluta ou ilimitada, como o liberalismo chegou a defender. É que diferentes teorias políticas, econômicas e ideológicas surgiram ao longo da história, atacando ou reformulando os fundamentos da propriedade privada. Documentos históricos como a Encíclica *Rerum Novarum* reafirmaram que “[...] não pode haver capital sem trabalho, nem trabalho sem capital” (VATICANO, 1891), revalorizando a propriedade privada como expressão do trabalho e atribuindo-lhe um fim social.

Bem por isso, de igual modo ao art. 1º da Constituição, no art. 170 da CR/88, está explícito que a ordem econômica está fundada nestes mesmos dois pilares – na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa – tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, a propriedade privada, a função social da propriedade, a função social da empresa, dentre outros.

Assim, embora a livre iniciativa seja princípio fundamental em um país com propriedade privada e economia de mercado, estando calcada em um valor caríssimo que é a liberdade em seu sentido mais *lato*, não se trata de fator, em si, determinante, absoluto.

Portanto, se livre iniciativa “[...] presta-se, em sua extensão mais plena, à garantia de liberdade empresarial para atividades desta natureza” (BRASIL, 2008, p. 12), há necessidade de compreendê-la no contexto de uma sociedade preocupada com a Justiça e com o bem-estar coletivo, tornando-se legítima quando destinada a assegurar a todos, dentro do sistema constitucional, a vida digna.

3 INCLUSÃO DE GRUPOS SOCIAIS: MINORIAS

A noção de inclusão social corresponde a diversas e variadas medidas sociais e estatais que visam evitar ou combater o fato de que pessoas, notadamente pertencentes a determinados grupos sociais, estão postas à margem da sociedade e, com isso, apartadas dos seus direitos enquanto cidadão e pessoa humana.

A exclusão social possui várias facetas e inúmeras causas. Ocorre que, por vezes, esses excluídos guardam uma identidade ou um vínculo essencial entre si, configurando grupos chamados de “minorias”. Apesar de serem assim considerados por uma contraposição conceitual

com a ideia de “massa”, as minorias não são necessariamente uma minoria numérica, mas grupos sociais cuja efetivação de direitos e consequente inclusão na sociedade estão aquém daqueles que formam o grupo socialmente dominante – ainda que numericamente inferior – por razões essencialmente ligadas a estigmas sociais.

Essas minorias não podem ser confundidas com os chamados “grupos vulneráveis”, assim entendidos grupos como os consumidores, os pacientes do sistema público de saúde, os empregados, as crianças e adolescentes, os idosos – que não trazem consigo um sentimento de autoidentificação (solidariedade/pertença) ou estigma que caracterizam as minorias, senão uma condição específica e delimitada de hipossuficiência em dado aspecto objetivo da vida social a ser tutelado pelo direito.

Destaque-se, afinal, que esta conceituação, não é ponto pacífico mesmo entre os estudiosos da temática¹, devendo-se deixar claro que a grande problemática das minorias está na sua diferença (em relação à massa de “normais”) – por si uma noção que desnatura qualquer elemento a ser delimitado, conceituado.²

Ressalte-se, ademais, que a inclusão social pode ser feita pela garantia de direitos mínimos (e.g. SUS, ensino público) a toda a população, sem distinções, ou por medidas que discriminação positiva de minorias, no intuito de compensar/reverter desvantagens criadas ou agravadas pela sociedade. Ou seja, existe um tratamento legal favorecido em função de uma situação social de desfavorecimento, um estigma construído pela sociedade na qual se vive.

A discriminação positiva, em oposição à discriminação (negativa), é apenas uma parte do rol de medidas englobadas pela noção de ações afirmativas, que pode englobar desde simples manifestações de autoafirmação (e.g. parada do orgulho gay), até mesmo a ações de desobediência civil. A discriminação positiva por parte do ente estatal, em regra, se faz por meio de políticas públicas específicas, tais como: cotas em empresas e universidades, reserva de vagas de garagem, isenções fiscais, dentre diversas outras previstas.

Contudo, observe-se que uma atitude é abrir as portas da sociedade para todas as pessoas, de maneira universal (igual consideração e respeito – e.g. igualdade de tratamento sem distinção de qualquer natureza (etnia, cor de pele, gênero, sexualidade, adaptação de ambientes e métodos, etc.); outra é utilizar mecanismos que favoreçam a transposição dessas portas para determinados grupos (igualdade de oportunidades – e.g. cotas, etc.).

O problema é que se existe um favorecimento em prol de determinado grupo social rompe-se o princípio de igualdade em alguma(s) de suas várias acepções, a “igualdade” de tratamento. Nesse diapasão, as palavras de Silva (2005, p. 214), servem como ponderação:

Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busques realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos acaba por gerar mais desigualdades e propiciar injustiça, daí porque o legislador, sob o impulso das forças criadoras dos direitos [...] teve progressivamente de publicar leis setoriais para poder levar em conta diferenças nas formações e nos grupos sociais.

Esse é um dos temas mais discutidos na atualidade: o direito à diferença no seio dos direitos das minorias a reclamar medidas estatais (ou não) muitas vezes “desigualitárias”³ em

prol de uma maior justiça social e, por conseguinte – segundo aduzem tais teorias –, uma maior inclusão social destes grupos marginalizados, dentre os quais, aduz a relatora da ADI 2.649-6, incluem-se as pessoas com deficiência (BRASIL, 2008, p. 15).

4 A LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO ESTATAL: A ADI N. 2.649-6/DF

Conforme viu-se no item anterior, existe, de maneira direta ou indireta, uma intervenção estatal nas relações sociais, sendo possível que tais políticas públicas⁴ venham a influir decisivamente sobre certos direitos e liberdades de outros grupos sociais. Então se questionar a legitimidade – e, por via oblíqua, o fundamento – da intervenção estatal perante estes indivíduos, a princípio, supostamente lesados em sua esfera de direitos.

Neste âmbito, deve-se então questionar: pode o particular ser obrigado pelo Estado por força destas políticas públicas? Depende, é a resposta mais adequada, porém, menos reveladora. É que, como se sabe, não existem direitos absolutos – quando muito, uns tidos mais fundamentais do que outros.⁵ A ADI n. 2.649-6/DF, nesse sentido, é reveladora da ordem jurídica e do pensamento dos ministros do STF sobre a matéria ora em estudo, servindo como eixo metodológico para o estudo.

A Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros (ABRATI) ajuizou a ADI n. 2.649-6/DF contra a Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994, a qual “[...] concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual.” (BRASIL, 1994). Reza a norma questionada:

Art. 1º É concedido passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual.

Art. 2º O Poder Executivo regulamentará esta lei no prazo de noventa dias a contar de sua publicação.

Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário. (BRASIL, 1994).

A alegação da requerente parte do entendimento de que a referida legislação caracterizaria uma “ação de assistência social”, conforme art. 203 da Constituição Federal, e que dessa forma impõe a indicação da correspondente fonte de custeio, na forma do § 5º do art. 195, também da Carta Magna. Nesse esteio, a ABRATI ainda alega que a referida legislação afronta os princípios constitucionais da ordem econômica, da igualdade, da livre iniciativa e ao direito de propriedade.

Segundo o Congresso Nacional, há regulamentação pelo Decreto n. 3.691/2000, que fixou o limite de dois lugares por veículo,⁶ e pela Portaria n. 1, de 9 de janeiro de 2001, do Ministério dos Transportes⁷ que versa sobre a matéria de maneira bastante extensiva.⁸

Anota-se, por defesa, que o passe livre é um compromisso com o respeito e a dignidade das pessoas portadoras de deficiência tratando-se de um instrumento de realização de justiça social. Afirma que o art. 195, § 5º da CR/88 refere-se a benefícios com ônus direto a ser suportado pelos cofres públicos. Pondera que o transporte rodoviário interestadual de passageiros é

serviço público explorado diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão da União (art. 21, XII, “e” c/c art. 175 da CR/88).

5 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ora, a questão versa sobre liberdade econômica e justiça social, que notadamente figuram como direitos fundamentais, assim compreendidos “[...] os interesses jurídicos previstos na Constituição que o Estado deve respeitar e proporcionar às pessoas a fim de que elas tenha uma vida digna”, sendo “[...] compostos de uma série de direitos os quais foram sendo construídos paulatinamente” (BREGA FILHO, 2002, p. 67).

Feita esta conceituação, é necessário problematizar a vinculação do poder público e das entidades particulares aos direitos fundamentais. Quanto a isso:

[...] a nossa Lei Fundamental, neste particular, quedou silente na formulação do seu art. 5º, § 1º, limitando-se a proclamar a imediata aplicabilidade das normas de direitos fundamentais. (SARLET, 2008, p. 385).

Observa-se que a omissão do Constituinte não significa que os poderes públicos e também os particulares não estejam vinculados pelos direitos fundamentais. Isso se explica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, “[...] o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia” (SARLET, 2008, p. 385), ou seja, os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais e com a maior eficácia possível.

A teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais diz respeito à aplicabilidade dos direitos fundamentais como limites à atuação dos governantes em favor dos governados, em uma relação “vertical” entre Estado e indivíduo como forma de proteção das liberdades individuais e de impedir interferência estatal na vida privada, além de obrigado a não agredir os direitos fundamentais, o Estado ainda tem a missão de fazê-los respeitar pelos particulares.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre o poder público e o particular não se discute. Por exemplo, certamente, em um concurso público deverá ser obedecido o princípio da isonomia (eficácia vertical), por outro lado, será que nas relações privadas deve o princípio da isonomia ser obedecido?

Além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia também no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Esta temática, por sua vez, tem sido versada principalmente sob os títulos eficácia privada, eficácia externa (ou eficácia em relação à terceiros) ou horizontal dos direitos fundamentais.

A teoria da eficácia horizontal se desdobra na teoria da eficácia indireta ou mediata, que se consubstancia na impossibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque esta incidência acabaria por exterminar a autonomia da vontade ao outorgar um poder desmesurado ao Judiciário, tendo em vista o grande grau de abstração das normas constitucionais, e na teoria da eficácia direta ou imediata, dominante no cenário brasi-

leiro, que não nega a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos, mas impõem que a liberdade individual seja sopesada na análise de cada situação concreta.

É com base na teoria da eficácia horizontal que reconhecemos a possibilidade de efetivar os direitos fundamentais mesmo em face de particulares. E tomando o ponto de partida para este reconhecimento a constatação de que no Estado social de Direito com a pulverização e democratização do exercício do poder, a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os particulares mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nessa esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas.

Em suma, vale dizer que é possível efetivar os direitos fundamentais nas relações entre particulares pelo princípio da unidade do ordenamento jurídico que aplica os direitos fundamentais a toda a ordem jurídica, inclusive privada; bem como a necessidade de se proteger os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais praticados por outros indivíduos ou entidades particulares.

Considerando, pois, que o direito de propriedade e a liberdade econômica, tanto quando os direitos sociais são, além de direitos fundamentais, princípios que instruem a ordem jurídica nacional, cumpre observar a relação entre eles existente enquanto tal.

6 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS: O DIFÍCIL EQUILÍBRIO ENTRE A LIVRE INICIATIVA E A JUSTIÇA SOCIAL

Antes de adentrar na reflexão objeto do presente item, é necessário abordar um aspecto importante na interpretação constitucional que é a distinção das normas jurídicas entre princípios e regras. Há aqueles que distinguem ambos pelo seu grau de importância, enquanto outros sustentam que a distinção a partir do grau de abstração e generalidade, sendo os princípios mais abstratos e gerais que as regras.

Numa primeira acepção, mais clássica, os princípios expressam valores fundamentais do ordenamento jurídico, orientando, fundamentando, integrando as demais normas, pelo que podemos dizer que os princípios são hierarquicamente superiores às regras. Formalmente são dotados de vagueza, são mais amplos, considerados verdadeiras cláusulas abertas que permitem ao intérprete uma maior maleabilidade na sua aplicação, permitindo que a Constituição possa ser adequada a outros momentos, evitando que a todo tempo tenha que ser modificada; enquanto, as regras são dotadas de uma maior especificidade.

Principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é dizer que as regras, garantem direitos (ou impõe deveres) definitivos, ao passo que princípios garantem direitos (ou impõe deveres) *prima facie*.

Sob uma acepção estrutural, as regras disciplinam uma determinada situação, cuja ocorrência deflagra a sua incidência; se não há ocorrência, a norma não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada. Quando há antinomia entre duas normas, fala-se em

“conflito”; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra, no todo ou em parte). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc., enfim critérios hierárquico, cronológico e da especialidade.

Já no caso das normas-princípio, vale lembrar que em uma democracia pluralista existem valores muito diferentes, até antagônicos, ocupando um mesmo espaço geográfico, ensejando certos conflitos. Uma constituição pluralista que acomoda todos esses valores em um mesmo sistema jurídico de proteção, com a pretensão de unidade e coerência há de observar, por vezes, algumas colisões entre normas-princípios.

Nesse caso, a doutrina nos ensina que se devem harmonizar os princípios em colisão, parte-se para um sopesamento por meio de uma técnica da ponderação. Influencia nesta as informações fornecidas pelo caso concreto, as argumentações apresentadas pelas partes do processo judicial e a percepção ética do juiz.

Os princípios possuem, assim, além das dimensões de vigência e validade, a dimensão de peso. Conforme Alexy (2008), são mandamentos de otimização, ou seja, normas que visam que um valor seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Entre eles pode haver “colisão”, não conflito. Quando colidem, não se excluem. Sempre podem ter incidência em casos concretos.

Observe-se, ademais, a explicação de Silva (2010, p. 45):

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos princípios são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*. Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. [...] No caso dos princípios não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente.

Diante da colisão de princípios, assim, há a solução pela técnica da ponderação ou, mais especificamente no modelo alemão, da regra da proporcionalidade, que se traduz em três sub-regras:

- a) adequação (meio-fim: se o meio é apto para alcançar ou fomentar o objetivo visado);
- b) necessidade (menos gravoso: se a realização do objetivo perseguido não pode ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido);
- c) proporcionalidade em sentido estrito (“razoabilidade”/custo-benefício: sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que fundamenta a medida restritiva).

No caso da ADI n. 2.649-6/DF, não é diferente, já que observamos que a sua essência não só uma colisão de direitos fundamentais, mas também uma colisão de princípios, quais sejam o princípio da livre iniciativa vs. princípio da justiça social.

A concessão legal de passe livre às pessoas com deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual, ancora-se em duas premissas: a carência social (exclusão) e o estigma da deficiência (minoria).

Quanto a esta última, o Brasil recebeu em seu ordenamento jurídico interno a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada na sede da ONU em 30 de março de 2007, utilizando o rito do art. 5º, § 3º da CR/88, conferindo-lhe força de emenda constitucional. Nela, reconhece-se sua exclusão social pela imposição ou agravamento de barreiras sociais. Estatísticas constataam que boa parte dessa minoria encontra-se nos extratos mais carente das sociedades, ensejando, por isso, inclusive medidas de discriminação positiva.

Lembrando, assim, que o princípio constitucional da solidariedade não obriga apenas o Estado, mas a toda a sociedade (art. 3º, II, III e IV da CR/88) e que a finalidade da ordem econômica é assegurar a todos exigência digna (art. 170 da CR/88), conforme os ditames da justiça social, merece destaque o fato de que a legitimidade da livre iniciativa – e, porque não dizê-lo, da propriedade privada – é balizada pelos seus fins sociais. Então as ponderações da Ministra Carmen Lúcia no julgamento da ADI n. 2.649-6/DF:

Por isso é que a leitura do texto constitucional põe em realce a preocupação do constituinte com a busca de cuidados específicos com a pessoa portadora de deficiência: arts. 7º, inc. XXI, 23, inc. II, 24, inc. XIV, 37, inc. VIII, 203, incs. IV e V, 208, 227, § 1º, inc. II e § 2º, 244, todos da Constituição. (BRASIL, 2008, p. 15).

A Relatora ressalta também que o transporte interestadual de passageiros é serviço público concedido, permitido ou autorizado pela União, sujeitando-se, assim, mais ao interesse público do que ao interesse particular. Destaca, inclusive, que seu regime não seria da livre iniciativa, mas de iniciativa regulada. Revela que, conforme art. 175, § 1º, II da CR/88, cabe ao Estado dispor sobre os direitos dos usuários, e que, no caso, está-se a tratar de uma espécie diferenciada de usuário.

No que toca o princípio da igualdade, afirma que o ato normativo então impugnado:

“[...] cuidou de dar forma justa ao direito do usuário que, pela sua diferença, haverá de ser tratado nesta condição desigual para se igualar nas oportunidades de ter acesso ao serviço público de transporte coletivo rodoviário interestadual.” de tal maneira que, com ela o que se busca é exatamente “[...] a igualdade de direitos e oportunidades, além de contribuir para reduzir desigualdades sociais, especialmente porque grande parte das deficiências atingem em maior escala a população mais pobre.” (BRASIL, 2008, p. 21).

A relatora, inclusive, destaca argumento utilizado no RMS n. 13.084/CE:

A participação ativa do Estado no sentido de oferecer aos deficientes físicos melhores condições de vida compatibiliza-se perfeitamente com os princípios do Estado Democrático de Direito, que se caracteriza por intervir socioeconomicamente para assegurar a dignidade da pessoa humana. Procura-se justamente compensar as reconhecidas dificuldades que tais pessoas enfrentam, tais como o preconceito, a discriminação, a

comiseração exagerada, as objeções ouvidas da busca de um emprego, os obstáculos físicos, as barreiras para o acesso à cultura, à saúde e à educação. (BRASIL, 2008, p. 15).

Na ADI todos acompanharam o voto da Relatora Ministra Carmen Lúcia pela improcedência da ação, destoando apenas o Ministro Marco Aurélio sob o argumento de que a norma encerra espécie de assistência social, devendo ser arcada diretamente pelo Estado, afinal, “[...] não cabe ao Estado cumprimentar com chapéu alheio.” (BRASIL, 2008).

Oportuno dizer que não se pode questionar a legitimidade do Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade, ainda que incidente sobre políticas públicas específicas, como no caso em tela. Isso porque, da mesma forma que as minorias fazem jus a medidas de discriminação positiva para obterem iguais oportunidades, deve-se lembrar que isso se faz em função de uma concepção atual de igualdade (ou justiça) e democracia – ou seja, não é uma medida antidemocrática, ainda que contra majoritária.⁹

Disso, necessário se colocar ao lado daqueles que entendem que o controle judicial de política públicas encerra numa interpretação mais concreta e atual do próprio princípio democrático – apontado por muito como “calcanhar de Aquiles” do Judiciário, o qual, por não ter seus membros eleitos pelo povo, não gozaria de legitimidade democrática necessária para cercear a liberdade do Legislativo e do Executivo.

7 O CHAPÉU ALHEIO: A POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO AO PARTICULAR

Um dos principais pontos do mencionado julgado, contudo, muitas vezes deixa de ser mencionado. É que o voto da Relatora Ministra Carmen Lúcia acabou dando contornos ao que se pode entender por assistência social em sentido próprio, segundo a Constituição:

Conforme acentuado pelo Advogado-Geral da União e também pelo Procurador-Geral da República, o dispositivo em questão [art. 195, § 5º da Constituição] ‘refere-se a benefícios ou serviços que oneram os cofres públicos, com impacto no orçamento, o que não ocorre na espécie’ (fls. 300). A norma do art. 195, § 5º, da Constituição, refere-se à criação de benefício do sistema estatal de seguridade social ou a serviço de seguridade social.

[...] O benefício ou serviço de que cuida o § 5º do art. 195, da Constituição, é o da seguridade social, vale dizer, aquele que compõe o conjunto integrado de ações de iniciativa e prática dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. [...]. Tem ele cobertura universal e é financiado de forma direta por recursos provenientes do orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (BRASIL, 2008, p. 17).

Ou seja, compreende-se juridicamente como assistência social apenas aquelas ações governamentais financiadas direta ou indiretamente pelo Poder Público, excluindo-se, e.g. medidas que se utilizem apenas do poder normativo do Estado.

Assim, quanto a alegação de confisco, vale lembrar a lei da oferta e da procura que faz a autorregulação dos mercados, de modo que as empresas não assumirão os custos, pois serão repassados aos usuários pagantes. No caso de contratos de concessão, autorização ou

permissão com o Estado, havendo prova que a lei (fato do príncipe) levou ao desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato firmado, haverá mera ilegalidade a ser resolvida em instância própria.

Ocorre que na época do julgado pouquíssimos associados da ABRATI (cerca de 2%) mantinham regularmente contrato de concessão, permissão ou autorização junto à União (art. 21, XII, “e” da CR/88) – argumento este, aliás, usado no julgamento do MS 27.516/DF, no qual a ABRATI impugnou o “Decreto de 16 de julho de 2008”, que incluiu linhas do serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros no Programa Nacional de Desestatização (PND) (Lei n. 9.491/97). Com isso, pouquíssimos empresários puderam recorrer ao argumento do desequilíbrio econômico-financeiro na época.

Este fato, porém, levanta um problema: se todos aqueles que recorreram ao Judiciário contra a lei que, concretizando política pública de inclusão de pessoas com deficiência comprovadamente carentes, instituiu passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual mediante reserva de vagas em ônibus, são, ao final, autorizatárias, permissionárias ou concessionárias de serviço público, não exercendo exploração de atividade econômica nos exatos termos do parágrafo único do art. 170 da CR/88, mas sim uma prestação de serviço público (art. 175 da CR/88), não se está de fato diante de um paradigma faticamente válido para resolvermos a questão a que este estudo se propôs.

Em outras palavras: se ao explorar o serviço de transporte interestadual os associados da ABRATI não estão explorando atividade econômica, mas sim prestando um serviço público, não se está plenamente satisfeito um requisito essencial para responder à questão outrora proposta, qual seja: diante do princípio da livre iniciativa, é possível o Estado criar obrigações ao particular a fim de incluir grupos sociais sem lhe dar compensações. Isso porque não se aplica aí plenamente o princípio da livre iniciativa, mas o do interesse público.

Contudo, embora tudo isso seja verdade, não se pode negar que muitas decisões dos tribunais acabam se notabilizando muito mais pela argumentação reveladora da sua postura do que efetivamente pelo caso prático que procura pacificar. No caso da ADI n. 2.649/DF, esta se destaca não só por consubstanciar o controle judicial de uma ampla política pública voltada para a inclusão social de uma minoria na sociedade brasileira, como também por enfrentar de maneira muito clara uma possibilidade que, ao final, não era a hipótese dos Autos:

O princípio constitucional da solidariedade tem, pois, no sistema brasileiro, expressão inegável e efeitos definidos, a obrigar não apenas o Estado, mas toda a sociedade. Já não se pensa ou age segundo o ditame de ‘a cada um o que é seu’, mas ‘a cada um segundo a sua necessidade’. E a responsabilidade pela produção destes efeitos sociais não é exclusiva do Estado, senão que de toda a sociedade. (BRASIL, 2008, p. 8).

Assim, é tomando essas conclusões, que se passa a externar, em tópico conclusivo, as convicções formadas.

8 CONCLUSÃO

Diante do princípio da livre iniciativa, é possível o Estado criar obrigações ao particular a fim de incluir grupos sociais sem lhe dar compensações? – foi a pergunta que se propôs, nas discussões do Grupo de Pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais no Brasil e neste estudo, a trabalhar.

Para investigação do tema tratou-se de analisar o posicionamento da Suprema Corte quanto aos efeitos da inclusão de minorias por meio da intervenção do estado na livre iniciativa. Necessário, assim, foi adentrar na ordem econômica constitucional e desconstruir a noção de que a livre iniciativa é um fator em si determinante, e fixá-la, juntamente com a justiça social, igualdade e outros princípios basilares da Constituição brasileira, como faces indissociáveis da mesma moeda, enquanto valores a nortear a ordem econômica.

O Estado que outrora abandonara, hoje assume o importante papel de procurar integrar e proporcionar acesso àqueles que estão postos à margem da sociedade, mediante leis e políticas públicas que criem oportunidades para se superar a discriminação e as barreiras sociais, sejam estas barreiras físicas ou próprias de outros humanos. Assim a Lei n. 8.899/94 é de certo representativa do compromisso com o respeito e a dignidade da pessoa com deficiência, embora ainda precise de alguns ajustes, como estender o passe-livre aos acompanhantes no escopo de alcançar os direitos daqueles.

Observamos que a ADI n. 269-6/DF, apresentada como paradigma-teórico da pesquisa, configuraria uma prestação de serviço público (conforme o disposto no art. 175 da CR/88), mostrando-se aquém de elucidar a questão, inobstante, as discussões transcorridas no Tribunal Pleno da Suprema Corte sobre ela mostraram o aparato necessário para delinear fundamentado e pensamento sobre a matéria.

A intervenção no domínio econômico privado se mostrou legítima posto que a liberdade de iniciativa não deve ser interpretada isoladamente, tendo em vista a sua responsabilidade com a sociedade, já que ao mesmo tempo que os interesses econômicos lhe são vitais, também não se sustentam a parte dela.

A partir da pesquisa realizada, concluiu-se que as empresas privadas encontram-se vinculadas aos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal (como a dignidade da pessoa humana e a justiça social), o que se deve em muito aos efeitos da teoria da eficácia horizontal direta ou imediata, predominante no cenário brasileiro.

Diante das inúmeras variantes da problemática apontada, outra conclusão não resta que não analisar caso a caso, inclusive onde é possível que se venha a descaracterizar o espírito das ações afirmativas e criar uma discriminação em relação aos demais usuários do transporte coletivo, ou mesmo em face de outros grupos sociais também marginalizados (e.g idosos). Por isso o pensamento aqui não se pretende terminativo quanto às discussões sobre a matéria, mas uma plataforma para pesquisas e reflexões.

O artigo buscou focar a questão proposta sustentado pelo desejo de se chegar a uma sociedade mais livre, justa e solidária, e para a qual, conclui-se, o Estado deverá intervir que no âmbito privado, ainda que sem compensações, desde que para assegurar o respeito aos direitos

fundamentais e harmonizar o choque de interesses, os quais como no caso em tela (livre iniciativa e a justiça social) devem sempre trabalhar em prol daquele objetivo superior.

State intervention in the free enterprise on behalf of the inclusion of minorities: notes on adi n. 2.649/df

Abstract

It aims to understand how the judiciary has dealt with the clash between private autonomy and public policies in the light of the economic order into the Brazilian Constitution, specifically in regard to the possibility of state intervention in the private domain. To this end, questions whether, on the principle of free enterprise, the state could impose obligations on individuals in order to include people that are outside of the social life, without giving compensation. The study uses as a methodological support the ADI n. 2.649/DF proposed against the law which established the free pass for the disabled person in interstate transportation (Law n. 8.899/94), and is developed through themes that dominate the issues in Brazilian legal scenario. Concludes that the State should intervene in private sphere, even without compensation, since to ensure the respect for fundamental rights and to harmonize the clash of interests, which as in the case (free enterprise and social justice), should always work towards building a freer society, justice and solidarity.

Keywords: Free enterprise. Economic order. State intervention. Minorities. Inclusion.

Notas explicativas

¹ Mencione-se, a propósito, Séguin (2001) e Séguin (2002).

² “O conceito de minoria pode ser obtido de duas formas: pela afirmação do que as minorias são, ou pela afirmação do que as minorias não são que na epistemologia poderia ser designado por definição afirmativa ou negativa. Considerando que tudo foi negado às minorias, construir-se-á o seu conceito a partir daquilo que a distingue da maioria, ou das massas (Ortega y Gasset, 1987), ou seja, a diferença (conceito que deve ser tomado em sua acepção filosófica).” (ALVES, 2010, p. 21). Por sua vez, Boaventura de Sousa Santos, diz não acreditar numa sociologia que não seja fundada numa epistemologia das ausências: “Para identificar o que falta e porque razão falta, temos de recorrer a uma forma de conhecimento que não reduza a realidade àquilo que existe. Quero eu dizer, uma forma de conhecimento que aspire a uma concepção alargada de realismo, que inclua realidades suprimidas, silenciadas ou marginalizadas, bem como realidades emergentes ou imaginadas.” (SANTOS, 2002, p. 247).

³ Liberdade é um estado, a igualdade, uma relação. Relação esta que se traça necessariamente entre uma pluralidade de entes e que deve estabelecer um liame específico entre os mesmos. Assim, é necessário dizer quais elementos são iguais e em quê esta igualdade se estabelece. Existem diversos critérios possíveis para se traçar uma relação de igualdade. Somente depois de traçado o liame, conforme o critério eleito, é que será então possível conceber e aplicar um juízo de valor acerca da relação posta; a qual, aliás, tenderá a ser materialmente mantida ou remodelada através de uma regra de justiça ou, mais propriamente, uma teoria da justiça. Diversas são as teorias da justiça que mereceriam destaque num estudo mais aprofundado. O fato, porém, é que a igualdade, em cada uma destas teorias toma um significado e uma amplitude diferente, sendo suficiente para o presente estudo adotar a posição esposada por Celso Bandeira de Mello para quem “[...] por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desigualdades fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu a fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preconceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimosas para os atingidos.” (MELLO, 2002, p. 18).

⁴ Destaque-se: “[...] a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito. Como destaca Eros Grau: A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demar-

cada separação entre Estado e sociedade [...]. A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.” (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 47).

⁵ Norberto Bobbio entende haver dois direitos de valor absoluto para qualquer um em qualquer época ou lugar: o direito de não ser escravizado e o direito de não ser torturado (BOBBIO, 1992, p. 42).

⁶ Dispõe seu artigo 1º: As empresas permissionárias e autorizadas de transporte interestadual de passageiros reservarão dois assentos de cada veículo, destinado a serviço convencional, para ocupação das pessoas beneficiadas pelo art. 1º da Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, observado o que dispõem as Leis nos 7.853, de 24 de outubro de 1989, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 10.048, de 8 de novembro de 2000, e os Decretos nos 1.744, de 8 de dezembro de 1995, e 3.298, de 20 de dezembro de 1999. (BRASIL, 2000).

⁷ Dispõe seu artigo 1º: É concedido passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual, observada a sistemática estabelecida no art. 1º do Decreto nº 3.691, de 2000. (BRASIL, 2001).

⁸ Embora seja bastante detalhada – até de maneira inconveniente –, vale destacar que a norma não revela, por exemplo, se pessoas com deficiência que precisam de acompanhantes terão garantido igual passe livre a estes. À míngua de maior detalhamento, o Judiciário tem se mostrado reticente a reconhecer tal direito – caso do acórdão proferido pela Terceira Turma do TRF da 3ª Região nos Autos n. 2001.61.13.002400-9. Leis estaduais, municipais e outros órgãos reguladores, porém, já têm previsto esta especial circunstância, podendo-se citar como exemplo a Lei Municipal de Ipatinga n. 2.125/05, de Minas Gerais (objeto da ADI n. 1.0000.05.422379-7/000 do respectivo Tribunal de Justiça) e a Resolução n. 009, de 5 de junho de 2007, da ANAC.

⁹ Como escreve Cambi (2009, p. 205): “[...] a jurisdição constitucional representa a grande invenção contramajoritária, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia.” Appio (2008, p. 382), aliás, aduz: “[...] a proteção judicial dos direitos fundamentais e a tutela jurisdicional das minorias se constituem na base da democracia constitucional.”

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Fernando de Brito. **Margens do direito**: a nova fundamentação do direito das minorias. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Resolução n. 009**, de 5 de junho de 2007. Aprova a Norma Operacional de Aviação Civil – Noac que dispõe sobre o acesso ao transporte aéreo de passageiros que necessitam de assistência especial. Disponível em: <<http://www2.anac.gov.br/biblioteca/resolucao/resolucao09.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2011.

_____. **Decreto n. 3.691**, de 19 de dezembro de 2000. Regulamenta a Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994, que dispõe sobre o transporte de pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3691.htm>. Acesso em: 29 set. 2011.

_____. **Lei n. 8.899**, de 29 de junho de 1994. Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8899.htm>. Acesso em: 29 set. 2011.

_____. Ministério dos Transportes. **Portaria n. 1**, de 9 de janeiro de 2001. Regula concessão de passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transportes coletivo interestadual, conforme disposto no art. 1º do Decreto n. 3.691, de 19 de dezembro de 2000. (Revogada pela Portaria Interministerial n. 003, de 10 de abril de 2001). Disponível em: <<http://www2.transportes.gov.br/BaseJuridica/Detalhe.asp>>. Acesso em: 29 set. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.649-6/DF. Associação brasileira das empresas de transporte rodoviário intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros. Constitucionalidade da Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, inc. IV, 5º, inc. XXII, e 170 da Constituição da República): improcedência. Requerente: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Requerido: Presidente da República. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. 8 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Des. Fed. Rubens Calixto, Apelação Civil. Ação Civil Pública n. 3003/2011, Proc. N. 2001.61.13.002400-9, **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 2 dez. 2010. Disponível em: <http://diario.trf3.jus.br/visualiza_documento_jud_proc.php?&reload=false&processo15=200161130024009&data=14.01.2011>. Acesso em: 29 set. 2011.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SÉGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis**: uma abordagem jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Minorias. In: _____. (Coord.). **Direito das minorias**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

VATICANO. Leão XIII. **Encíclica Rerum Novarum**. 1891. Disponível em: <www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hl_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 3 set. 2006.