

1 INTRODUÇÃO

Ao se propor analisar institutos oriundos da Teoria dos Direitos Fundamentais, evidencia-se, por premissa, haver uma convergência evolutiva desses direitos para com as constantes transformações e aprimoramentos do Estado. Este como eixo de ordem no homem vivente em sociedade, especialmente após a Revolução Industrial, fomenta anseios e materializa aspirações de uma nação, compondo a partir das relações sociais a legitimidade de direitos e os instrumentos necessários a salvaguarda destes direitos, especialmente os que estabelecem como fundamental a garantia de uma vida digna.

É, portanto, indubitável, que o Estado amolde-se às expectativas da evolução humana e de suas interações em sociedade, tendo em dado momento histórico valorado e tutelado com maior primazia aos direitos individuais, em cuja máxima consagrava o direito de propriedade, e, hoje, vê-se compelido a fomentar vias assecuratórias dos Direitos Sociais.

Em outras palavras, impulsionado pelas relações sociais contemporâneas, especialmente aquelas emergentes da Década de 1970, o ente Estatal assumiu a responsabilidade pela preservação dos direitos chamados de terceira dimensão, dos quais se destacam os direitos sociais, dentre eles, o direito ao transporte.

Nesta seara evolutiva, especialmente após a Era do Carvão, tornou-se efetiva e contumaz a cobrança social por um Estado com políticas de ação que priorizem o bem estar do cidadão, a partir do viés de sua locomoção, sendo o direito ao transporte essencial à qualidade de vida e a sua ampliação a um número crescente de pessoas, fator imprescindível na construção de uma sociedade preocupada com a dignidade do ser humano, enquanto ser coletivo. Por conseguinte, torna-se evidente que o papel do Estado, como um fomentador destas aspirações, robusteça os direitos sociais de modo a não permitir que a altivez dos mecanismos da economia capitalista dominante subjugu o ser humano e ignore a relevância do transporte na vida em sociedade e na própria efetivação de outros direitos fundamentais.

Sensível a esta alteração das expectativas sociais e da própria postura do Estado diante de questões sociais, que tangenciam a dignidade da pessoa humana, o Direito ao Transporte deve ser debatido não apenas como política pública, mas como um direito fundamental formal e material, especialmente diante das demandas judiciais que pleiteiam a gratuidade das tarifas e dos contratos de concessão dos Aeroportos a iniciativa Privada. Especialmente quando se considera a

necessidade de se efetivar o Direito Fundamental ao transporte, este inserido na Constituição Federal Brasileira após a aprovação da Emenda Constitucional nº 90/2015, a qual atestou como Direito Social essencial à garantia da dignidade da pessoa humana, o direito de mobilidade em todas as suas vertentes, sendo permissiva a inclusão da locomoção aérea, por meio de seus terminais aeroportuários, os quais garantem a acessibilidade do cidadão/passageiro ao veículo de transporte e aos lugares de partida e destino.

Por este norte e a partir do estudo do papel do Estado perante o Direito Fundamental ao transporte, independentemente do modelo escolhido de prestação do serviço público, se diretamente ou por meio da concessão a iniciativa privada, é certo que o momento anseia pela apresentação de uma sólida plataforma teórica, pautada em premissas capazes de auxiliarem na caracterização do direito efetivo ao transporte, em particular do modal aéreo, como um direito fundamental explícito, apregoado na Constituição da República, formal e materialmente, após a Emenda referida, buscando comprovar a partir de resultados empíricos de pesquisa àquela atividade estatal, a sua plena adequação ao Ordenamento Jurídico, mas se subsidiado ou não pelo Estado, se condicionado ou não a outros direitos e em todas as suas arestas.

Como evidência da relevância do assunto à sociedade brasileira, e em específico do recorte explorado no estudo, quanto ao dever da Estatal em efetivar ou mesmo em não criar óbices, ao pleno exercício do direito fundamental em epigrafe, cumpre defender a pauta do presente exame de caso, uma vez que o lucro não poderá ser objetivo primordial do Estado, pondo em questão as concessões efetivadas e as relações societárias estabelecidas com a iniciativa privada para a construção e a gestão de terminais aeroportuários, estes mantidos também por tarifas de embarque e desembarque, da mesma forma em que se põe em pauta o modo de prestação deste serviço pelo Estado, se diretamente ou indiretamente, a fim de que inserida em suas políticas públicas, garanta a plena eficácia do direito constitucional ao transporte.

Quanto aos limites do recente direito fundamental ao transporte, cumpre por oportuno, atestar o indeterminismo jurídico de seus conceitos, oriundo de um dinamismo desenfreado da sociedade e de uma ansiedade na composição de um quadro cada vez mais largo de direitos fundamentais, vinculados à garantia da dignidade da pessoa humana. No caso em apreço, o transporte aéreo passando a usufruir de um status de essencialidade para efetivação das relações sociais na modernidade e do gozo de direitos, a ponto de ser elevado a um direito fundamental,

torna imperioso seu exame a partir do Direito Comparado, especialmente em Ordenamentos Jurídicos de países com a mesma linha de desenvolvimento econômico, como os dos BRICS, recorde-se China, Rússia, Índia e o Brasil.

Sob esta ótica, certo dos pilares do Direito Constitucional sobre os quais se fundam o direito Fundamental ao Transporte, constitui este para a Ciência Social um instrumento de integração entre os deveres Estatais e as expectativas constitucionais, pois assim como o direito à saúde e à educação, ao alcance do usufruto de todo cidadão, o transporte aéreo, deverá ser visto sem entraves e livre de qualquer espécie de condição restritiva do Estado, tornando por relevante o fornecimento de uma infraestrutura aeroportuária, cuja medida de eficiência, não se dará apenas pela prestação de um serviço de qualidade, mas essencialmente pela garantia de acesso a todo cidadão.

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito ao estabelecer o transporte como direito fundamental constitui uma realidade inevitável, á luz da Constituição Federal de 1988 e das vertentes que indicam a pós-modernidade, segundo a Teoria do Estado, sendo, por conseguinte, um dever, urgente, do aplicador do direito a concretização da correta hermenêutica jurídica, face a atual liquidez conceitual deste direito e a necessidade de se perpetuar a segurança jurídica.

Da mesma forma, sendo incontestes a natureza constitucional do Direito Fundamental ao Transporte e a relevância em se oferecer uma infraestrutura aeroportuária eficiente, como um instrumento para se efetivar o direito social de ir e vir, não se poderá renegar a um segundo plano a gama de contratos comerciais subscritos com a iniciativa privada sob o tema e que poderão ansiar por uma profunda revisão, a fim de recepcionar direitos e deveres associados ao transporte, agora que este fora inserto no rol dos direitos fundamentais que compõem o mínimo existencial.

Assim, o presente trabalho se propõe em servir como uma referência atualizada do Direito ao Transporte, haja vista sua recente natureza constitucional e as expectativas relacionadas aos direitos fundamentais de terceira geração, especialmente se consideramos que o instituto em epigrafe figura como um instrumento de integração entre o exercício de outros direitos fundamentais, tais como o do trabalho, a da saúde e o da educação, demonstrando em sua essência aspirações e pretensões relacionadas sempre a efetivação dos direitos sociais.

2 DA EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO AO ACOLHIMENTO DO DIREITO

FUNDAMENTAL AO TRANSPORTE

No reconhecimento a notoriedade alcançada pelo direito fundamental ao transporte, seja como um direito social em si, ou mesmo como uma garantia essencial a efetividade de outros preceitos, cumpre preceder a qualquer análise mais aprofundada da matéria, a necessidade de compreensão de que tudo isto se insere num movimento de renovação normativa da própria ordem constitucional, cujo início perpassa fases anteriores a configuração jurídica do Estado de Direito, caracterizada pela centralidade do poder político na figura do monarca.

É certo que o Estado, enquanto confundido com a própria figura do governante, ao agir distanciava-se de qualquer crítica ou repreensão, pois cada indivíduo representado pelo monarca, era autor da ação executada por aquele, seja para o bem ou para o mal, estando por este viés limitado às necessidades e aspirações do Soberano.

Em contraposição a tal forma de Organização política-jurídica da sociedade, foram apresentados os Estados Lockeano e Rousseauiano, tendo assegurado o primeiro que a vontade humana individual é o elemento de calibre da atuação estatal, uma vez criado este exclusivamente para proteção da propriedade privada. No tocante ao Estado de Rousseau alicerçado no estado de natureza, na sociedade civil e política, enalteceu limites ao próprio Estado a partir da ideia de igualdade formal.

Sobre tais fundamentos teóricos, o direito ao transporte, bem como toda gama de direitos sociais pairavam inertes, sem qualquer relevância na condução da sociedade, enquanto se via o constitucionalismo liberal avançar, chegando ao Século XIX destacado por premissas incontestes a separação dos poderes e os direitos de liberdade, especificadamente para justificar a propriedade privada, perante um Estado Fiscal Clássico limitado a participação nas guerras e a uma mínima interferência econômica e social, tratando por indiferença os abusos econômicos e os Direitos Fundamentais Sociais, na composição do que Marshall (1967) denominou de *indigentes*:

Os indigentes formavam um grupo à parte de cidadãos de segunda classe privados dos direitos mais importantes da cidadania. O funcionário mais graduado da divisão da Lei dos Pobres do Conselho Governamental Local, depondo perante a Comissão Real de 1905-1909, afirmou que o status da indigência implicava 'primeiro, a perda da reputação pessoal (que é entendida como estigma da indigência); segundo, a perda da liberdade

pessoal que é assegurada pela detenção no asilo; e, terceiro, a perda da liberdade pessoal pela cassação do direito de voto'. O indigente, acrescentou, tem, na prática um direito à Assistência, mas 'seu direito não é um direito completo, pois [...] ele não pode mover uma ação para assegurar sua assistência [...]

Contudo, a partir do século XX, o constitucionalismo agregou as suas normas e princípios a proteção dos direitos sociais, figurando as Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919, como marcos precursores do abandono ao Estado minimalista das normas constitucionais e a ascensão de Estados Dirigentes, estes avançados para com a proteção de direitos de liberdade e do ser humano em todas as suas arestas, de forma a atuar sempre para efetivar direitos fundamentais.

Na contemporaneidade sobrevivem as constituições dirigentes, pois, obcecadas em executar políticas públicas vinculadas ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana, anseiam por concretizar os direitos fundamentais sociais, em todas as suas acepções, seja em ambientes meramente formais e/ou materialmente democráticos, assumindo por desafio oposição as teses, também vigentes relacionadas ao espectro do neoliberalismo, o qual propõe a desregulamentação do mercado e a redução dos direitos sociais.

Portanto, sendo a Constituição o instrumento de unidade política, alicerçada sobre princípios e diretrizes capazes de ordenar a conduta do Estado, de forma inclusive dirigente, competiu à precedência do texto normativo constitucional, reconhecer a natureza de direito fundamental social ao direito do transporte, vinculado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse cenário, desde o direito à vida e a qualquer outro direito fundamental, o direito ao transporte apresenta-se como instrumento de garantia constitucional, capaz de se efetivar e proporcionar efetividade a outros direitos fundamentais. Todavia, esta natureza instrumental, exige do Estado de Direito uma atuação de forma intervencionista, caracterizando-o e reconhecendo-o como um serviço eminentemente público, vinculado a concretização de valores relacionados a dignidade pessoa humana, para somente a partir daí propor sua concessão a iniciativa privada.

Nas lições de Patrícia B. Barbado:

La naturaleza de la relación que vincula al operador r con el usuario del transporte es

contractual y el objeto del contrato consiste en una prestación de servicio público que debe ser cumplida en la forma prevista por la normativa que busca proteger al usuario y garantizar sus derechos, tales como a la protección de su salud, la seguridad y los intereses económicos, el derecho a la información veraz y adecuada por parte quienes poseen bienes y servicios; el derecho a la libertad de elección y el derecho a condiciones de trato equitativo y digno. En coincidencia con esta línea de pensamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que la prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, lo cual es una de las finalidades de los Estados

Em outras palavras, a avaliação das estratégias de desenvolvimento social e políticas públicas para o transporte de passageiros deve estar voltada para a valoração das próprias pessoas, sendo inadmissível que o direito fundamental ao transporte, por natureza intermediário, isto é, derivado da necessidade de uso de outros direitos, seja impedido em seu acesso devido a falta de oferta ou incapacidade de pagar, tolhendo ao cidadão participar plenamente da sociedade e conseqüentemente o incapacitando de realizar a maioria de suas atividades econômicas e sociais. Por conseguinte, é indubitável e inaceitável, que o acesso aos meios de transporte, dentre os seus modais o aéreo, seja negado ou deixe de ser fomentado pelo Estado de Direito, gerando impacto direto nas famílias, servindo como um limitador ao crescimento e ao bem-estar social, quando fora reconhecido pelo Legislador Constituinte como um direito fundamental social.

Desse modo, o acesso ao transporte guarda sintonia com a efetivação de outros direitos, como bem aponta Sarlet (2015, online):

Que a inserção de um direito ao transporte guarda sintonia com o objetivo de assegurar a todos uma efetiva fruição de direitos (fundamentais ou não), mediante a garantia do acesso ao local de trabalho, bem como aos estabelecimentos de ensino (ainda mais no contexto da proteção das crianças e adolescentes e formação dos jovens), serviços de saúde e outros serviços essenciais, assim como ao lazer e mesmo ao exercício dos direitos políticos, sem falar na especial consideração das pessoas com deficiência (objeto de previsão específica no artigo 227, § 2º, CF) e dos idosos, resulta evidente e insere o transporte no rol dos direitos e deveres associados ao mínimo existencial, no sentido das condições materiais indispensáveis à fruição de uma vida com dignidade. Quanto à sua fundamentalidade substancial, portanto, poucos provavelmente levantarão suas vozes contra a inclusão no texto da Constituição desse “novo” direito.

É a inserção do direito ao transporte no rol dos direitos fundamentais que surge o dever ao mínimo existencial assegurado pelo Estado, ou seja, a garantia de condições materiais indispensáveis à fruição de uma vida com dignidade. O mínimo existencial relaciona-se aos direitos fundamentais e à democracia, demonstrando a incorporação desses direitos de maneira gradual no ordenamento jurídico. Neste sentido, explica Lênio Streck:

Mais do que uma classificação ou forma de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo material das constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança do status quo da sociedade. Por isso, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-compromissário valorativo-principlológico. (...) Desse modo, a teoria da Constituição deve conter um núcleo (básico) que albergue as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado, como já se viu à sociedade, no binômio democracia e direitos humanos fundamentais. Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente (STRECK, maio/ago. 2003, p. 261).

A conquista dos direitos fundamentais relaciona-se com o momento histórico e, nesse panorama, os direitos sociais, alcançados ao ápice da pirâmide normativa, enquanto normas constitucionais, protegem o indivíduo das ingerências dos governantes em seus anseios mais essenciais. Aliada a esta conquista, a dignidade humana, juridicizada na forma de princípio, é valor-fonte da Constituição Federal, que pauta a democracia contemporânea brasileira na busca pela proteção da cidadania.

2.1 Do direito fundamental social ao transporte aéreo como garantia constitucional

brasileira

Ao se constatar que o desenvolvimento de uma sociedade se traduz num processo, de justiça social, com características distributivas, toma-se por enfoque as necessidades humanas básicas, não se podendo mensurar o bem estar unicamente pela renda e bens acumulados ou disponíveis ao cidadão. Nesse sentido, a ausência de acessibilidade ao serviço de transporte tem por consequência a privação do acesso a outros serviços e direitos sociais, como a saúde, a educação, a moradia, propiciando a segregação até a definitiva exclusão social.

Neste contexto, afirma Amartya Sen, economista indiano, que um País é tanto mais desenvolvido quanto mais se promove a expansão do horizonte de liberdade dos seus cidadãos, o que significa que eles têm capacidades crescentes de ser e de fazer aquilo que valorizam e que têm razões para valorizar. Assim como o desenvolvimento das liberdades está relacionado também com a garantia dos direitos sociais, pois há uma promoção recíproca, isto é, garantir os direitos de liberdade promove os direitos sociais, ao mesmo tempo em que garantir os direitos sociais cria condições para a ampliação dos direitos de liberdade.

A recente promulgação da Emenda Constitucional nº 90/2015, encartou entre os Direitos Sociais do art. 6ª da Constituição Federal de 1988, para fins de incidência do regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, o direito ao transporte, impulsionando estudos desde então, tal como o presente se propõe, na identificação das consequências de inserção daquele no rol dos direitos que primam pela igualdade e que gozam de uma eficácia imediata, por constarem inseridos no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição.

Exatamente por este motivo, no intuito de garantir a eficácia do direito, emerge a necessidade de se estabelecer balizas satisfatórias a obtenção de uma segurança jurídica, seja na hipótese do enfrentamento do tema nas contendas judiciais, seja na aplicabilidade do preceito perante normas infraconstitucionais já existentes com referencia a matéria, além dos contratos administrativos vigentes e aqueles a serem propostos que venham a regular e fomentar a mobilidade do cidadão, retratando desta forma, a perspectiva de um Estado Democrático de Direito em construção.

Por premissa destas circunstâncias Sarlet (2015) aponta que:

Tendo em conta que os elementos centrais da assim chamada fundamentalidade em sentido formal, que se soma ao viés material, residem na aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais e na proteção privilegiada contra intervenções por parte do poder público, mas também se consubstancia no fato de que os direitos fundamentais assumem a condição de limites materiais ao poder de reforma constitucional, resta avaliar como isso poderá se aplicar ao direito ao transporte, evitando, portanto, que o mesmo se transforme em mais uma promessa constitucional carente em grande medida de efetividade.

De particular relevo neste contexto é a discussão em torno da viabilidade de se assegurar, de modo individual e/ou transindividual, ao cidadão um direito subjetivo originário ao transporte gratuito, mesmo sem regulamentação legal ou política pública promovida pelo Poder Executivo, ou apenas limitar tal direito, na condição de posição subjetiva e exigível pela via jurisdicional, a um direito derivado a prestações, no sentido de um direito de igual acesso ao sistema de transporte já disponibilizado ou mesmo um direito a promoção pelo poder público de políticas de inclusão em matéria de transporte público, seja mediante subsídios alcançados a empresas públicas de transporte coletivo, em ambos os casos com tarifas diferenciadas e mesmo em caráter gratuito para determinados segmentos, a exemplo do que já se passa em sede do assim chamado “passe livre” para idosos e pessoas com deficiência etc.

Nesta seara de inovação proposta com o direito ao transporte, asseverada sua natureza constitucional e a inscrição entre os direitos fundamentais, não se vislumbra restrição ou preferência à espécie de modal, exigindo-se apenas que seja público, isto é de acesso isonômico, cabendo por fidelidade hermenêutica extrair do Voto do Relator da Emenda Constitucional nº 90, Deputado Federal Beto Albuquerque, o que se propôs à época:

Por fim, cabe lembrar que a aprovação da proposição sob exame se relaciona aos mais diversos direitos que são assegurados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos e pela própria Constituição Federal de 1988. O direito ao transporte é chamado de direito-meio porque ele influencia e condiciona o acesso aos demais direitos, se constituindo em um elemento de vital importância para assegurar as condições necessárias para uma vida digna. Para um cidadão ter acesso à rede pública de saúde, por exemplo, ele precisará utilizar algum meio de transporte. O mesmo se aplica ao acesso à educação, centros

culturais e de lazer, liberdade de ir e vir, local de trabalho, e tantos outros direitos que necessitam de deslocamento para serem exercidos e usufruídos.

Diante disso, é certo asseverar que o Constituinte Derivado ao abordar o transporte na Constituição como um direito social, assim o fez deixando de informar que o ônus a ser assumido será do próprio Estado, ausente especificação do ente da federação sobre o qual recairá a contrapartida pelo serviço prestado, diga-se custos de funcionamento e manutenção do transporte em si, assim como da própria infraestrutura que garante a efetividade daquele.

Neste laço, David Kennedy (2013, p. 8) recorda que os elementos da vida econômica: capital, trabalho, crédito e dinheiro também constituem premissas do direito, não apenas por serem regulados pela norma jurídica, mas, essencialmente, por participarem de sua constituição. Logo, a inserção do direito fundamental ao transporte reclama por um processo de estabilização, decorrente do fornecimento de limites, os quais devem ser compostos a partir de uma Análise Jurídica Política Econômica – AJPE.

Por assim ser, o exame do caso não se deve pautar apenas numa Análise Econômica do Direito – AED ao transporte, anote-se na forma e modo, preconizado por Posner (2010, p.47), o qual abraçando o pragmatismo, afirmava que a lucratividade de um investimento não deveria ser vista como o critério definitivo da capacidade de gerar benefícios para toda a sociedade. Por outro lado, a análise mais adequada ao direito social ao transporte partirá da ótica de uma Política Econômica, a qual deve considerar não apenas os aspectos econômicos, mas também os valores não econômicos envolvidos na promoção de determinada política pública, mensurando suas consequências não de forma isolada, mas inserida num contexto social, como um instrumento transformador da sociedade, gerador de efeitos imediatos e mediatos.

Nas palavras de Castro (2014 p.17-40), com base em Karl Polanyi, apreciando a relevância de fatores não econômicos e que anseiam por valorização para compreensão do direito em evidência, toda economia repousaria sobre um conjunto de relações que não se define apenas economicamente. Tal conjunto de relações, embora não seja fixo, é formado por pessoas e/ou coisas às quais os indivíduos destinam, em determinadas circunstâncias, uma consideração de tal modo especial que o valor delas não pode ser facilmente traduzido em um preço econômico, ou seja, em uma prestação pecuniária contratualmente estabelecida, uma vez que se prendem a noções de honra, dignidade, decência, afetividade, autoestima, reverência, etc..

E por não outra razão, Bercovici (2008, p.162) reconhece que o contraste entre a realidade social e a necessidade de superá-la, deve conduzir toda a realidade entre o Estado brasileiro e a Economia.

Nesse sentido, considerando o transporte, além de um direito social, uma atividade econômica, cumpre enquadrar tal realidade social na afirmativa de Grau (2010, p. 311-315), de que o Constituinte Pátrio estabeleceu que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, adotando, por conseguinte, um regime de Capitalismo Social, que prevê institutos de intervenção direta e indireta, dispostos nos artigos 173 e 174 da Constituição Federal.

Assim sendo, o reconhecimento do direito expresso no art.6º da Constituição Federal, sem condicionantes em regulamentações infraconstitucionais, supõe equilíbrio aos Objetivos Fundamentais da Carta Republicana de 88, especificadamente no inciso III do art. 3º, quando se propõe erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo desigualdades sociais e regionais. No entanto, a análise econômica do direito social ao transporte, se faz eminente, seja por questões de mera lucratividade, seja por preferência a algum modal em específico, por ser mais ou menos dispendioso o custo de uso e de sua manutenção, deve ser visto com aprofundamento, pois somente uma análise ampla dos setores sociais, econômicos e jurídicos garantirá a efetividade do direito ao transporte.

Neste diapasão, o estudo em tela ao relacionar Direito Econômico, ao Direito Constitucional e Administrativo, propõe utilizar a teoria do serviço público sedimentada nas aspirações finalísticas dos direitos fundamentais de segunda dimensão, para reconhecer o direito ao transporte como um direito primordial de igualdade material, efetivado a partir do oferecimento de um transporte no modal aéreo e com infraestrutura eficiente. Para Varella (2015, p.58-80), ao defender a gratuidade do transporte, o arcabouço capaz de legitimar tal entendimento tem por fonte o artigo 21, inciso IX da Constituição Federal, ao incumbir à União competência de desenvolver socialmente o País, ou mesmo o artigo 43 da Constituição que imputa ao Estado Federal o dever de executar ações capazes de reduzir as desigualdades sociais, assim como o inciso VII, do art. 170 da CF, expondo a redução das desigualdades sociais e regionais como um princípio de ordem econômica.

Inclusive, no entender do Mestre Bandeira de Mello (2008, p. 677) alguns serviços públicos de prestação não obrigatório pelo Estado, tal como a acessibilidade e a infraestrutura aeroportuária, podem ser outorgados em concessão ou permissão a iniciativa privada. No entanto, na forma do art. 175 da Constituição, a política tarifária permanece sobre o controle Estatal, assim sendo a prestação do serviço público fornecido pelo Estado ou pelo particular, em sede de outorga, põe em discussão, para fins de materialidade do direito de igualdade ao transporte, se o preço cobrado poderá servir ou não de óbice a efetividade do direito social.

Para Sarlet (2015), em conclusão ao levante de discussões a inserção de um direito fundamental ao transporte, considerando a sua condição de direito fundamental, deveria pelo menos servir de fundamento para ações judiciais impugnando toda e qualquer medida não justificada e desproporcional que tenha por escopo reduzir os níveis de acesso ao transporte.

Assim a luz do exposto, França (2010, p.128) ao tratar da eficiência como princípio, orienta que toda ação administrativa deve ser focada para concretização material da efetiva finalidade posta pela lei. Deste modo, a efetividade do direito fundamental ao transporte, a partir da garantia de acesso do cidadão ao modal aéreo, via terminais aeroportuários, para fins de registro da eficiência, perpassa atualmente, não apenas pelo desafio de se estabelecer limites ao direito subjetivo originário, mas solver a liquidez conceitual do instituto, para confirmar o papel do Estado como garantidor da mobilidade, fomentando por meio de suas Estatais o exercício livre e integral do direito social, de forma subsidiada ou não.

3 CONCLUSÃO

O Direito Fundamental ao transporte sugere, portanto, uma transição paradigmática da postura Estatal, revisando e reescrevendo as proposições jurídicas criadas, bem como as relações negociais sobre aquelas pautadas, especialmente no tocante ao modal aéreo, seja pela essencialidade de etapas e multiplicidade de atores, seja pelo arcabouço de legislações infraconstitucionais que regulam a matéria, até a efetiva locomoção do indivíduo. Entretanto, a expectativa constitucional, quanto à efetividade do direito ao transporte, paira na abstração conceitual deste direito social, especialmente se o mesmo teria materialidade suficiente para

servir como alavanca de emancipação a uma nova faceta jurídica, na qual a dignidade da pessoa humana é posta como elemento central das discussões sobre o direito social de ir e vir, no âmbito do transporte aéreo.

Neste sentido, o Direito Constitucional, ciente da relevância da matéria para uma sociedade pós-industrial, globalizada e com limites territoriais amplos, tal como a brasileira, busca esboçar ao Estado de Direito, com vistas à segurança jurídica das relações, novos conceitos ou ao menos novos limites, especialmente aqueles consubstanciados em definir o que seja o direito fundamental ao transporte, pois alçado ao patamar de direitos constitucionais como a saúde, a alimentação e a educação, aquele teve por estabelecido não apenas nova fonte legiferante, mas também os alicerces de sua efetividade. Quanto a esta será preciso em preliminar confirmar a natureza jurídica deste direito, assim como a relevância do mínimo existencial para sua materialidade, sugerindo considera-lo ou não como um direito-meio e condicionado, cuja garantia da fruição dependeria de outros direitos como o da locomoção ao ensino, ao trabalho ou ao acesso a serviço médico ou ao gozo do lazer e dos direitos políticos, todos reverberando a dignidade pessoa humana, ao passo em que subordinariam a autonomia do direito ao transporte.

Satisfeitas as premissas, torna-se primordial no exame do modal aéreo considerar não apenas a eficiência na acessibilidade, mas o oferecimento de uma infraestrutura aeroportuária com qualidade, para fins de efetividade do direito social ao transporte. Cabendo a aquela última, ser imprescindível obtemperar o papel do Estado, como um instrumento de viabilidade a efetivação do direito de transporte e não mais, exclusivamente do lucro.

Logo, reconhecido o direito ao transporte como um bem primário, tal como previsto na Constituição Federal, a garantia de sua efetividade, por meio do modal aéreo, deve-se dar pela perspectiva de inclusão social, a fim de se ampliar o conjunto de possíveis escolhas ao cidadão, especialmente para gozo de outros direitos fundamentais, a partir dos quais não apenas se atende as necessidades da capacidade humana, mas se possibilita a partir da mobilidade a inclusão social do ser vivente em sociedade. Desta forma, revelada em políticas públicas o direito fundamental ao transporte, este assume o papel de expandir as liberdades reais que impulsionam o crescimento individual, dinamizam a economia e a própria sociedade, propiciando nas relações sociais e de forma universal, a partir da garantia de acessibilidade ao transporte aéreo, a materialização dos princípios da justiça, igualdade e dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BARBADO, Patrícia B. **La empresa del transporte terrestre**. In: Tratado de La empresa. Ana Piaggi (Directora). Tomo II. Buenos Aires: Adeledo Perrot, p. 78- 79.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. Revista Fundação Brasileira de Direito Econômico. Nº01. FBDE: Belo Horizonte, 2008.

CÂMARA DOS DEPUTADOS – CCJC – COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DA CIDADANIA. **Proposta de Emenda à Constituição Nº 90, de 2011**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=522343>>
Acesso em: 15 fev. 2016

CASTRO, Marcus Faro de. **Análise Jurídica da Política Econômica**. 1. Vol, nº 1. Revista de Direito da UNB. Brasília, 2014.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 21ª Ed. Perspectiva S.A.: São Paulo, 2008.

FRANÇA, Philip Gil. **O Controle da Administração Pública**. Tutela Jurisdicional. Regulação Econômica e Desenvolvimento. 2ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14ª Ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

KENNEDY, David. **Law and the Political Economy of the World**. *Leiden Journal of International Law*. Disponível em <<http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/PoliticalEconomy.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, classe social e status**. São Paulo: Zahar, 1967.

MARTINS, Gilberto de Andrade. **Estudo de Caso – Uma Estratégia de Pesquisa**. 2ª Ed. Atlas: São Paulo, 2008.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 4. Ed Brown and Company. Boston – USA, 1992.

POSNER, Richard. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. 1ª Ed. Editora Forense. Rio de

Janeiro, 2010.

SOUTO, Mario Juruena Villela Souto. **Direito Administrativo da Economia**. 3ª Ed. Lumem Juris: Rio de Janeiro. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11ª Ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direito Fundamental ao transporte traz novos desafios a velhos problemas**. Disponível em <<http://fesmpdft.org.br/conteudo.asp?id=2949>> Acesso em: 15 fev. 2016.

SARLET, Ingo. **Direitos fundamentais: direito fundamental ao transporte traz novos desafios a velhos problemas**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-25/direitos-fundamentais-direito-fundamental-transporte-traz-novos-desafios-velhos-problemas>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

SALGADO, L.H; VASSALO, Moisés; OLIVEIRA, Alessandro V. M. **Regulação, políticas setoriais, competitividade e formação de preços: considerações sobre o transporte aéreo no Brasil**. Revista de Literatura dos Transportes. Disponível em <<http://www.pesquisaemtransportes.net.br/relit/index.php/relit>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Companhia das Letras: São Paulo, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil**. In: Novos Estudos Jurídicos, Vol. 8, No 2, maio/ago. 2003

VARELLA, André de Freitas. **Mobilidade urbana, transporte e direito constitucional no Brasil: uma abordagem crítica**. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/18946>>. Acesso em: 17 fev. 2016.