

# JUSTIÇA & CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO

REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

PRESIDENTE DO TJ DE SÃO PAULO  
Dr. CELSO LIMONGI:

## O ESTADO NÃO CUMPRE AS SUAS OBRIGAÇÕES

Editorial: BUROCRACIA ESCLEROSADA



# CONFLITO ENTRE LIBERDADES

Darci Norte Rebelo  
Darci Norte Rebelo Jr.

Consultores da FETERGS



## A RÉGUA DA PROPORÇÃO

É fácil resolver conflitos entre o bem e o mal; a virtude e o vício; o amor e o ódio. Na balança da sensibilidade, seja qual for o critério dos pesos e medidas, os primeiros pesarão mais que os segundos. O problema está quando o conflito surge entre dois valores de igual hierarquia que, postos nos pratos da balança, tenham pesos iguais. Nesta hipótese, o conflito há de ser resolvido de modo que ambos os valores sejam preservados. A medida para dar a justa solução data da Ética de Nicômacos onde se aprende que a Justiça se aplica com a régua da proporção<sup>1</sup>. “O justo é o proporcional” – diz

Aristóteles a seu filho - “enquanto a injustiça se relaciona com os extremos”<sup>2</sup>. O tema foi retomado, hoje, pelo chamado neoconstitucionalismo<sup>3</sup> que consagrou a técnica da ponderação que nada mais é do que o princípio da proporção visto pela tríplice ótica da adequação ou idoneidade do meio escolhido; pela necessidade da fórmula proposta e, finalmente, pela relação entre custos e benefícios, vale dizer, entre as vantagens e as desvantagens da medida, denominada regra da proporção em sentido estrito. A isso se chama razoabilidade conforme o lado do Atlântico em que esteja o jurista<sup>4</sup>

## DIREITOS DOS USUÁRIOS DE CADEIRAS DE RODAS

A Constituição assegurou a pessoas portadoras de necessidades especiais de transporte a eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas no exercício de sua liberdade de locomoção. Nisso se inclui a acessibilidade aos meios de transporte através da adaptação dos veículos respectivos. Nenhum país do mundo, mesmo os grandes produtores de guerras, mutilados e cadeiras de rodas, porém, chegou ao extremo de adaptar a integralidade de seu transporte às necessidades especiais dessas pessoas. E ninguém o fez porque o número de destinatários dessa adaptação é muito pequeno e os custos da adaptação, elevados, além dos problemas operacionais provocados pelo manejo dos elevadores. Mas o direito vem sendo assegurado com a prudência da proporção. A administração pública brasileira, contudo, com total indiferença aos custos da medida e seus reflexos no bolso dos usuários, determinou que toda a frota de ônibus do País, começando pelos ônibus urbanos e metropolitanos - 100.000 veículos - fosse adaptada, com elevadores, num período de dez anos, através do redesenho da frota nacional para introdução de elevadores<sup>5</sup>. O INMETRO está com norma elaborada e a indústria já esta alterando a linha de produção para produzir ônibus com esse tipo de adaptação. Ônibus sem elevador, daqui para o futuro, não servirá para coisa alguma, pela perda do valor de uso e do valor de troca. Os custos e desperdícios da determinação de tal magnitude fazem duvidar da sanidade mental da solução governamental. Mas é a que está em curso.

## PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDOS

Essa solução envolve diversas questões constitucionais e legais que, até agora, pelo menos, parecem não ter sido objeto de maior reflexão para os autores do megalomaniaco projeto da adaptação de 100.000 ônibus e sucateamento de outros tantos que terão de ser abandonados como ferro-velho. Tudo o que está ocorrendo, segundo os órgãos da administração pública, deriva da própria Constituição. O Governo, humildemente, alega curvar-se ao mandado constitucional e, dezessete anos depois, resolve cumprir o comando da adaptação dos ônibus, transformando a indústria dos elevadores no mais promissor negócio das próximas décadas. As normas constitucionais que, segundo os intérpretes oficiais, autorizam a ensandecida idéia de adaptar tudo são basicamente duas, as do art. 227, parágrafo 2º e a do art. 244, estas das Disposições Constitucionais Gerais. Dizem o seguinte: Art. 227, parágrafo 2º: “A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiências”. Já a do art. 244 tinha o caráter de norma transitória ao dispor: “A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes

“ESSA SOLUÇÃO ENVOLVE DIVERSAS QUESTÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS QUE, ATÉ AGORA, PELO MENOS, PARECEM NÃO TER SIDO OBJETO DE MAIOR REFLEXÃO PARA OS AUTORES DO MEGALOMANIACO PROJETO DA ADAPTAÇÃO DE 100.000 ÔNIBUS E SUCATEAMENTO DE OUTROS TANTOS QUE TERÃO DE SER ABANDONADOS COMO FERRO-VELHO.”

(isto é, em 5 de outubro de 1.988, há dezessete anos) a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, parágrafo 2º”. É bom dizer que os veículos existentes em 1.988 já não existem.

## COMO FORAM INTERPRETADAS ESSAS NORMAS

A quem fez uma refletida e equilibrada leitura dessas normas não ocorreu que elas contivessem um comando de adaptação de toda a frota de transporte do País. O recado constitucional, o mandado de otimização, como diria Robert Alexy, tinha como objetivo assegurar a acessibilidade de deficientes físicos aos meios de transporte e aos edifícios públicos. E foi isso que veio sendo feito no curso destes dezessete anos, desde a Carta de 88. Os Municípios e os Estados, responsáveis pelos serviços urbanos e metropolitanos, vieram aplicando a diretiva constitucional aos veículos existentes de acordo com a realidade específica de cada cidade. Há pequenas cidades do Interior em que não existe um “cadeirante” sequer e o sistema, pela escassez de recursos, não comporta efetuar adaptações para não serem usadas<sup>6</sup>. Há cidades que usam veículos de menor porte com elevadores e há até mesmo serviços agendados, todos eles gratuitos. Não é muito diferente no exterior: Nova York usa ônibus adaptados, enquanto Washington, serviços sob agenda. Não passou pela cabeça de pessoas sensatas, contudo, que toda a frota de ônibus do País devesse ser adaptada em função da minoria de usuários que as utilizam. O direito destes, não obstante, deve ser assegurado. E ninguém contesta, hoje, direitos de minorias. Já foi o tempo em que a democracia era sinônimo





Darci Norte e Darci Norte Rebelo Jr.

de maioria. As minorias têm vez. Mas em termos, de acordo com a regra da proporção.

### O INÍCIO DA PARANÓIA

A primeira lei regulamentadora das normas constitucionais acima referidas, a Lei 10.048, de 8 novembro de 2.000, determinou que os “proprietários” de veículos tinham 180 dias para adaptar sua frota e a indústria, depois de doze meses, só podia produzir veículos adaptados. Uma lei delirante, completamente alheia à realidade do País. Esse desvario durou trinta dias, pois, em dezembro, diante da absoluta e total impossibilidade de cumprimento dessa norma, o Congresso editou a Lei 10.098 e, no art. 16, sem dizer expressamente que estava revogando o inexequível art. 5º, prescreveu: “Art. 16. Os veículos de transporte coletivo deverão cumprir os requisitos de acessibilidade estabelecidos nas normas técnicas específicas”. Quatro anos depois, o Decreto 5.296, dizendo regulamentar a Lei 10.048 (a dos 180 dias...) e a 10.098, determinou que a indústria tinha vinte e quatro meses, a contar da edição das normas técnicas do INMETRO, para que todos os modelos e marcas de veículos de transporte coletivo rodoviário para utilização no País fossem fabricados acessíveis (isto é, com elevadores) e, ainda, que “a frota de veículos de transporte coletivo rodoviário e a infra-estrutura dos serviços deste transporte deverão estar totalmente acessíveis no prazo máximo de cento e vinte meses a contar da data de publicação deste Decreto”. O Decreto é de 2 de dezembro de 2.004. O prazo final, 1º de dezembro de 2.014.

### A INCONSTITUCIONALIDADE POR INVASÃO DE ATRIBUIÇÕES DO EXECUTIVO NO LEGISLATIVO

A Lei 10.098, ao regulamentar o “mandado de otimização” do art. 227, reafirmado na norma transitória do art. 244 da Carta, tão-somente estabeleceu que a adaptação far-se-ia de acordo com as normas técnicas e nada mais. Não cuidou de prazo. O Decreto, portanto, ao prescrever a regra de que todos os modelos de ônibus deverão ser adaptados no prazo de dez anos, assumiu o papel de legislador e afrontou o princípio da separação dos poderes. Criou lei para todos os níveis da Federação, sem a participação do Legislativo e sem suporte constitucional. Indiretamente, produziu uma nova modalidade de desapropriação, pois os ônibus desativados, sem elevadores, perdem o valor de troca, gerando um prejuízo incalculável à economia do País e às concessionárias de serviços públicos em particular. Aos usuários restará o encarecimento das tarifas, já que a hipótese de subsídio não passa de uma declaração de intenções dos órgãos públicos. Ademais, o subsídio teria de sair de algum lugar do orçamento. Da saúde? Da Segurança Pública? Das estradas? Despiria um santo para vestir outro. Duraria quanto tempo? No ano eleitoral? E após?

### A INCONSTITUCIONALIDADE POR VÍCIO DE COMPETÊNCIA

A Constituição dá à União competência tão somente para estabelecer diretrizes para os transportes urbanos [CF, art. 21, XX] e para os transportes em geral [CF, art. 22, IX]. A questão da adaptação dos ônibus para facilitar a acessibilidade

dos portadores de necessidades especiais de transporte é uma diretriz certamente. Mas cada município brasileiro é que vai aplicar essa “diretriz” de acordo com suas necessidades. Adaptando os ônibus necessários. Não todos. A determinação para que a totalidade da frota urbana, mais a metropolitana, intermunicipal, interestadual e internacional seja adaptada ultrapassa os limites da competência da União para editar diretrizes do transporte urbano [CF, art. 21, XX] e de transporte em geral [CF, art. 22, IX]. A inconstitucionalidade é flagrante. Cada um dos níveis da administração possui competência constitucional específica para organizar o seu serviço público de transporte coletivo: a União [CF, art. 21, XII, “e”]; os Estados e o DF [CF, art. 25, parágrafo 1º] e os Municípios, para os quais o transporte urbano recebe, da Carta, a nota máxima de essencialidade [CF, art. 30, V].

### A INCONSTITUCIONALIDADE VISTA PELO ÂNGULO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE

Mesmo quando cuida da competência legislativa para estabelecer regras de proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência, a Constituição meramente autoriza a União a estabelecer regras gerais [CF, art. 24, XIV e parágrafo 1º], sem excluir a competência suplementar dos Estados [CF, art. 24, parágrafo 2º] e a dos Municípios quando se tratar do interesse local [CF, art. 30, I e II], especialmente sobre os essenciais transportes coletivos [CF, art. 30, V]. Ao fixar que todos os poderes concedentes terão de adaptar toda a frota sob sua jurisdição, o Decreto Federal 5.296 não editou uma norma geral, mas uma determinação administrativa, como se houvesse hierarquia entre a União e os Municípios, entre a União e os Estados. Uma ordem simplesmente para ser cumprida e sem qualquer liberdade de suplementação, pela total impossibilidade de ser suplementada. Assim, adaptar tudo não é lei, não é normal geral. É norma administrativa de natureza técnica, ilegal e inconstitucional por resultar de defeituosa leitura e compreensão da Constituição, controlável pelo metro da razoabilidade.

### O CONFLITO DAS DUAS LIBERDADES

Há, ainda, nessa desastrosa solução, aberto conflito que se desenvolve no plano do direito de ir e vir, o qual envolve os deficientes físicos, que utilizam cadeiras de rodas, e os usuários comuns dos transportes públicos, os que pagam a conta dos que não pagam. O conflito se dá entre a acessibilidade física, de alguns, e a acessibilidade financeira, da maioria. Trata-se, sem dúvida, de dois respeitáveis direitos e o problema deve ser resolvido como vinha ocorrendo: na medida da necessidade e na proporção dos interesses envolvidos. Pelo Censo do IBGE de 2.000, o País possui 14,5% de deficientes, sendo 48,1% deficientes visuais; 22,8%, deficientes motores; 16,7%, deficientes auditivos; 8,3%, deficientes mentais e 4,1%, deficientes físicos<sup>7</sup>. Destes últimos, não se conhecem estatísticas de quantos, dentre eles, utilizam cadeiras de rodas. A estimativa é a de que não tenhamos mais de 1% de usuários com esse tipo de restrição<sup>8</sup>. Dir-se-ia, assim,

“O DIREITO DOS DEFICIENTES FÍSICOS DEVE SER ASSEGURADO, MAS HÁ VÁRIAS MANEIRAS DE FAZÊ-LO. SEM TRANSFORMAR O PROGRAMA CONSTITUCIONAL NUM CEMITÉRIO DE ÔNIBUS INSERVÍVEIS E NUM MONUMENTO À FALTA DE LUCIDEZ DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.”

provisoriamente, para não errar, até sabermos os números certos, que 99% dos usuários do transporte coletivo não utilizam cadeiras de rodas. Não obstante, a liberdade da minoria deve ser assegurada e não há ninguém contra. O problema está, repita-se, na proporção em que a adaptação deve ser feita a fim de preservar ambos os direitos, da maioria sacrificada pelo alto preço dos transportes e da minoria dos usuários de cadeiras de rodas. A solução dada pelo Governo – geradora de custos desnecessários e perdas irreparáveis – cria um conflito entre essas duas liberdades, constitucionalmente asseguradas, a de pessoas portadoras de necessidades especiais de transporte e a da grande maioria de pessoas portadoras de necessidades convencionais de transporte. Estas são as que vão pagar a conta, já que os deficientes a favor dos quais a medida é estabelecida, são beneficiados por gratuidades em quase todo o País, mais seus acompanhantes<sup>9</sup>. Está mais do que claro que a medida adotada não obedece aquilo que os alemães chamam de “princípio de proibição do excesso” ou da proporcionalidade e que os americanos, e nós mesmos, vemos pela ótica da razoabilidade. A fórmula – adequação (da adaptação), necessidade (da adaptação), proporção (da adaptação) – aplicada à hipótese – conduz a uma inevitável censura de inconstitucionalidade da medida que manda adaptar toda a frota do País. Como disse o Estagirita, “a injustiça está nos extremos”.

### A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS CONSTITUCIONAIS

Há, portanto, nessa medida única no mundo – a mudança do perfil de toda a frota de ônibus do País e o sucateamento dos que forem substituídos, por não poderem ser utilizados para transporte coletivo – um inequívoco sinal de alheamento da realidade, de tal grandeza, que permite imaginar a existência de um surto de esquizofrenia na administração pública<sup>10</sup>, onde a idéia teve nascedouro e cresce assustadoramente. Discursando sobre a concretização da Constituição, a prof. Anabelle Macedo Silva mostra

que a efetividade dos direitos consiste “no refinamento da relação normatividade-facticidade”<sup>11</sup> de modo que “os métodos concretistas de interpretação promovem o amalgamento da realidade e da normatividade”<sup>12</sup> em que o “texto da norma funciona como diretiva e limite da concretização possível”<sup>13</sup>. O direito é síntese, história e mediação – diz o emérito professor Clemerson Merlin Clève<sup>14</sup>. É a mediação que conduz a ações afirmativas em favor da existência de um mínimo existencial nessa dialética dos direitos constitucionais e da facticidade “necessários à sobrevivência digna”<sup>15</sup>. Assim, as políticas corretas e dignas de aplauso, de ações afirmativas em favor dos deficientes que utilizam cadeiras de rodas não podem conduzir a uma decisão desastrosa no plano econômico que, mais dia menos dia, vai afetar o bolso dos usuários que pagam. Os princípios são mandados de otimização que admitem “aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa a sua validade”<sup>16</sup>. “A Constituição é uma norma diretiva fundamental”<sup>17</sup> “que indica uma determinada direção a seguir”<sup>18</sup> “que conduz a

uma exigência de proporcionalidade que implica estabelecer um orden de preferéncia relativo al caso concreto”<sup>19</sup>.

### MENSAGEM FINAL

A adaptação da frota de ônibus do País deve ser efetuada dentro das possibilidades fácticas e jurídicas, ao critério de cada cidade, de cada poder concedente, subordinada à cláusula da “reserva do possível” e nos limites aceitáveis da realidade econômica do País. Assim é que vem ocorrendo. A adaptação total, porém, é uma determinação que oscila entre os limites de uma ilegalidade mínima e a máxima da inconstitucionalidade. Mas, mesmo sem pronunciamento judicial sobre o tema, ainda é tempo de a administração pública recuar do seu irrefletido projeto de sermos o campeão do mundo em matéria de elevadores. Há milhões de pessoas sendo alijadas do transporte coletivo em razão dos seus altos custos. O direito dos deficientes físicos deve ser assegurado, mas há várias maneiras de fazê-lo. Sem transformar o programa constitucional num cemitério de ônibus inservíveis e num monumento à falta de lucidez da administração pública.

### NOTAS

<sup>1</sup> Ética a Nicômacos, Edit. UNB, Brasília, 1.999, p. 96: “O justo...é uma das espécies do gênero “proporcional” [Nota 1131 b]..

<sup>2</sup> Ética a Nicômacos, Edit. UNB, Brasília, 1.999, p. 101.

<sup>3</sup> Neoconstitucionalismo y ponderación de valores, de Luís Prieto Sanchis, professor de Filosofia do Direito da Universidade de Castilla-La Mancha, in Neoconstitucionalismo, org. por Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, 2.005, p. 139.

<sup>4</sup> “O princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: [a] não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado; [b] a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado, com menor ônus a um direito individual; [c] não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo do que aquilo que se ganha” –in “A Nova Interpretação Constitucional, org. pelo prof. Luís Roberto Barroso, ed. Renovar, Rio, 2.003, p. 37.

<sup>5</sup> Nesse número não se incluem os ônibus intermunicipais e interestaduais. De momento apenas.

<sup>6</sup> Mesmo em Porto Alegre, cidade com um milhão e meio de habitantes, o uso de veículos adaptados, segundo pesquisa recente, é de 4,5% por cento, isto é, em cada cem viagens, o elevador é utilizado apenas em 4,5 % delas.

<sup>7</sup> Assis, Queiroz Olney e Pozzolik, Lafayette. Pessoa Portadora de Deficiência – Direitos e Garantias. Ed. ienDamásio de Jesus, 2ª ed. SP, 2005, p. 31.

<sup>8</sup> O número deve ser bem menor que 1% pela observação empírica colhida em várias cidades.

<sup>9</sup> A Constituição, ao contrário do que fez com os idosos de idade igual ou superior a 65 anos, não concedeu gratuidade nos transportes urbanos aos deficientes, mas assegurou, no art. 203, inciso V, uma renda social de um salário mínimo ao deficiente que não possuir meios de promover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, matéria regulada pela Lei da Assistência Social [LOAS], de modo que, em rigor, as necessidades de transporte estão previstas na renda assegurada ao deficiente. Não obstante, o custo do transporte dessas pessoas é transferido para os demais usuários com infração do disposto no art. 195, parágrafo 5º, da Carta de 88.

<sup>10</sup> O prof. Flávio Galdino, da Universidade do Rio de Janeiro, costuma advertir seus alunos sobre o “elevado grau de esquizofrenia” de certos estudos jurídicos, em que a “realidade [é] simplesmente ignorada” produzindo soluções “artifíciosas” [Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos, Lúmen Júris Ed., Rio, 2.005, p. 333. Ele mesmo lembra que Mário Henrique Simonsen utilizou a mesma imagem para referir-se “a determinadas promessas jurídicas irrealizáveis”, in Sarmento, Mário Henrique Simonsen – textos escolhidos, p. 164.

<sup>11</sup> Concretizando a Constituição, ed. Lúmen Júris, Rio, 2.005, p. XV]

<sup>12</sup> Op. cit., p. 28]

<sup>13</sup> Op. cit., p. 35].

<sup>14</sup> O Direito e os Direitos – Elementos para crítica do direito contemporâneo, ed. Max Limonad, SP, 2001, p. 212.

<sup>15</sup> Op. cit., p. 215.

<sup>16</sup> Alexy, Roberto. Teoria de los derechos fundamentales, p. 81.

<sup>17</sup> Fioravanti, Maurizio. Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones. Madrid. Trotta. 2000, p. 97].

<sup>18</sup> Barroso, Luís Roberto. A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, ed. Renovar, Rio, 2003, p.31.

<sup>19</sup> Neoconstitucionalismo y ponderación de valores, de Luís Prieto Sanchis, profesor de Filosofia do Direito da Universidade de Castilla-La Mancha, in Neoconstitucionalismo, org. por Miguel Carbonell, Editorial Trotta, Madrid, 2.005, p. 143.