

A CIDADE, O DEVER CONSTITUCIONAL DE INCLUSÃO SOCIAL E A ACESSIBILIDADE

THE CITY, THE CONSTITUTIONAL DUTY TO INCLUSION AND ACCESSIBILITY

Luiz Alberto David Araujo¹Maurício Maia²**Resumo**

O presente artigo tem como objetivo apresentar a conformação da acessibilidade no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, demonstrando sua necessária observância na formatação do meio ambiente urbano, inclusive como forma de efetivação do princípio da igualdade e do dever de inclusão presente no texto constitucional. Mediante a análise dos dispositivos constantes da Constituição brasileira, especialmente após sua alteração pela Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, bem como com a identificação dos dispositivos legais que regulam a acessibilidade, recentemente incrementados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, afirma-se que a acessibilidade é parte integrante do meio ambiente urbano constitucional, sendo possível concluir que sua inobservância gera a responsabilização do agente por ato de improbidade administrativa, independentemente da ocorrência de lesão ao erário.

Palavras-chave: Meio ambiente urbano. Pessoas com mobilidade reduzida. Igualdade. Inclusão. Acessibilidade.

Abstract

This article aims to present the conformation of the accessibility in the Brazilian constitutional law, demonstrating its required compliance in shaping the urban environment, even as a form of effectuation of the principle of equality and the duty to include that exists in the Brazilian Constitution. By analyzing the provisions of the Brazilian Constitution, especially after its amendment by the UN's Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and with the identification of legal provisions that regulate accessibility, recently enhanced by the Statute of People with Disabilities, we can say that accessibility is a part of the constitutional urban environment, and it is possible to conclude that the failure to observe its provisions allows to blame the agent by an act of misconduct of office, independently of the occurrence of injury to the public treasury.

Keywords: Urban environment. Handicapped People. Equality. Inclusion. Accessibility.

¹ Doutor e Livre Docente em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador Regional da República aposentado. E-mail: lada10@terra.com.br

² Doutorando em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro efetivo da Comissão de Direito Administrativo da OAB/SP. Professor Assistente do Curso de Especialização em Direito Administrativo da PUC/SP - COGEAE. Procurador Federal. E-mail: mauriciomaia@uol.com.br

INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira garante a todos o direito de viver com dignidade. Se a cidade segue disciplinada pelo texto constitucional, com normas de Direito Urbanístico, inegável que ela será o ambiente onde a inclusão social deve estar presente.

No entanto, para que os comandos da igualdade, do respeito à dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade, todos comandos constitucionais, sejam de fato implementados, é necessária a criação de condições para que todos possam efetivamente ser incluídos na sociedade. A Constituição garante o direito de todos à inclusão, cabendo ao Estado implementá-lo, sendo que a cidade é o espaço onde essa inclusão deve ocorrer, especialmente diante do processo de urbanização pelo qual o Brasil vem passando³.

Quase um quarto da população nacional apresenta alguma deficiência⁴. Todas essas pessoas têm o mesmo direito à inclusão do que as que não apresentam deficiência. As pessoas com deficiência são parte da diversidade humana e, dessa forma, a sociedade deve estar preparada para acolhê-las.

O sistema constitucional brasileiro, como forma de proteção da igualdade e da dignidade humana, oferece instrumentos para que as pessoas com deficiência possam ser incluídas na sociedade, sendo um deles a garantia do direito à acessibilidade. A cidade não pode deixar de incluir esse grupo. Ela, cidade, é a vitrine da inclusão/exclusão.

A legislação infraconstitucional, dando cumprimento ao disposto na Lei Maior, tratou de estabelecer normas de acessibilidade, bem como instrumentos para garantir que esta seja de fato implementada, inclusive sob pena de responsabilização pessoal dos agentes estatais que deixarem de observar seus preceitos. Esses comandos constitucionais, que determinam a inclusão social, especialmente desse grupo vulnerável, têm sido obedecidos nas cidades? Pode-se falar em uma cidade inclusiva? Que consequências a não acessibilidade pode trazer ao administrador público, ao particular? Esses pontos serão analisados pelo presente trabalho.

³ De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, segundo dados do Censo de 2010, 84,36% da população brasileira vive nas cidades. Ainda segundo o IBGE, Na década de 1980 esse percentual era de 67,70%. Dados disponíveis em: < <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao.html>>

⁴ Dados do Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, disponíveis em: < http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>.

ACESSIBILIDADE E INCLUSÃO

Todas as pessoas têm o direito de participar da vida em sociedade, de conviver com as outras pessoas e de adequadamente desenvolverem suas atividades cotidianas, plenamente incluídas na comunidade em que vivem, conforme, inclusive, consta do artigo 3, “c”, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU⁵. A vida social deve se desenvolver sem barreiras e sem impedimentos, permitindo a todos, pessoas com mobilidade reduzida, pessoas com deficiência, sua fruição. Se a propriedade deve atender a sua função social, nos termos do artigo quinto, inciso XXIII, essa função social, certamente, passará por uma verificação da acessibilidade de seus imóveis e construções. Um imóvel de uso coletivo que não tem acessibilidade cumpre a sua função social? As pessoas têm direito a um ambiente acessível, havendo o contraposto dever do Estado de promover a acessibilidade para que todos possam ser verdadeiramente incluídos na sociedade. Assim, particulares e o Estado são sujeitos passivos dessa obrigação. O cidadão é o titular desse direito. Direito destinado, especialmente, às pessoas com deficiência e com mobilidade reduzida, tudo nos termos da referida Convenção da ONU.

A acessibilidade consiste, assim, na possibilidade de que todas as pessoas, quer sejam crianças, quer sejam gestantes, quer sejam pessoas com mobilidade reduzida, quer sejam pessoas com deficiência, tenham condições de utilizar, com autonomia e segurança, os equipamentos e mobiliário urbanos, as edificações, os meios de transporte, as tecnologias e sistemas de informação disponíveis, bem como os serviços públicos ou abertos ao público.

O ambiente social deve ser acessível a todos, propiciando a todas as pessoas as mesmas condições de inclusão, a mesma possibilidade de desenvolverem atividades para sua vida com dignidade.

O dever de inclusão na constituição federal

A Constituição brasileira de 1988 tem como seus principais vetores de interpretação e aplicação a dignidade da pessoa humana e a igualdade.

A dignidade da pessoa humana foi alçada à condição de fundamento da República brasileira, conforme expressa redação do artigo 1º, III, da Lei Maior⁶. Ademais, a Constituição

⁵ A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência tem hierarquia normativa de uma emenda constitucional, e, portanto, deve ser entendida como se fosse uma norma constitucional, nos termos do parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal.

⁶ Constituição Federal, art. 1º:

brasileira estabelece amplo sistema de proteção e garantia de direitos fundamentais, que são instrumentos de preservação da dignidade humana em todas as suas dimensões, protegendo o ser humano quanto à sua liberdade e garantindo condições de que desenvolva sua vida com um mínimo de inclusão, ou seja, de participação nas coisas da “polis”.

A igualdade, por outro lado, é um valor extremamente prestigiado pelo constituinte, e não apenas em seu aspecto meramente formal, que indica que todos devem ser tratados uniformemente diante de um dado comando legal, mas, sobretudo, em seu aspecto material, que impõe que o ordenamento jurídico deve identificar aqueles que se encontram em situação desigual e lhes oferecer tratamento diferenciado, de forma proporcional à desigualdade constatada. Cabe, ao legislador, identificar as pessoas ou situações que são diferentes entre si e atribuir-lhes tratamentos jurídicos diferenciados, de forma a promover a igualdade; a igualdade, assim, não é apenas um comando dirigido ao aplicador da lei, mas também, e principalmente, ao legislador, como bem ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, p. 9). A efetivação da igualdade pressupõe o reconhecimento da diferença, atribuindo àquelas pessoas ou situações que sejam desiguais entre si tratamentos jurídicos adequados à desigualdade existente, de forma a minimizar ou eliminar eventuais desvantagens, propiciando a todos as mesmas oportunidades. Tratar a todos da mesma forma teria o condão apenas de perpetuar as desigualdades existentes.

O artigo 3º⁷, I, da Constituição Federal, coloca como um dos objetivos fundamentais da República brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, ao passo que também constitui objetivo fundamental da República, segundo o mesmo artigo 3º, mas em seu inciso IV, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer natureza. Também a redução das

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I. A soberania;
- II. A cidadania;
- III. A dignidade da pessoa humana;
- IV. Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V. O pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

⁷ Constituição Federal, art. 3º:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I. Construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II. Garantir o desenvolvimento nacional;
- III. Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV. Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

desigualdades sociais e regionais é um dos objetivos fundamentais da nossa República, segundo o artigo 3º, III, *in fine*. Dessa forma, temos que no estabelecimento dos objetivos republicanos, a Constituição claramente prestigiou a efetivação da dignidade humana e da igualdade, em seu aspecto material, o que dá a dimensão desses dois valores em nosso sistema constitucional. Os objetivos fundamentais da República não são meras exortações ou aconselhamentos, mas são normas constitucionais, cogentes e da mais alta hierarquia em nosso sistema jurídico, sendo dever do legislador, do intérprete e do aplicador do Direito promover sua efetividade da maior forma possível.

Ainda em relação à igualdade, esta foi expressamente colocada como um direito fundamental, consagrado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal⁸.

Como afirmamos anteriormente, porém, a busca da efetivação da igualdade material pressupõe o reconhecimento da diferença, ou seja, é necessário identificar aqueles que estão em situações distintas, para conferir-lhes um tratamento jurídico diferenciado, de forma a eliminar, ou, ao menos, minimizar, eventuais desvantagens enfrentadas por um grupo de pessoas em relação aos demais. Nossa Constituição determina, como vimos da conjugação dos dispositivos citados, que todos tenham iguais oportunidades de participação plena e efetiva na sociedade, que todos possam desenvolver plenamente suas potencialidades, suas personalidades, efetivando a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, podemos afirmar que a Constituição aponta para o direito, e para o contraposto dever, de inclusão dos grupos vulneráveis na sociedade.

A inclusão de todos, assim, é um dever atribuído ao Estado e à sociedade pela Constituição, corolário da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

A acessibilidade como pressuposto para a inclusão

Fixado que a Constituição anota um claro dever do Estado de promover a inclusão de todos na sociedade, bem como que a igualdade pressupõe o reconhecimento da diferença, possibilitando a atribuição de um tratamento jurídico adequado para a desigualdade existente, compensando eventuais desvantagens que possa um grupo vulnerável enfrentar, voltemos nossa atenção especificamente ao grupo vulnerável das pessoas com deficiência.

⁸ Constituição Federal, art. 5º, *caput*:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ”

Tal grupo foi diretamente identificado pela Constituição como um grupo de pessoas que precisam de um especial tratamento do ordenamento jurídico para que possam efetivamente incluírem-se na sociedade, participando dela de forma plena e efetiva, em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas.

Não bastassem os dizeres constitucionais, o Brasil assinou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, como dito acima, que foi internalizada, no ano de 2009, na forma prevista no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal⁹, e, portanto, com equivalência de emenda à Constituição. Assim, ao lado dos ditames constitucionais, temos que mencionar os ditames convencionais, que hoje já estão incorporados como se fossem uma emenda à Constituição, quer dizer, de mesmo valor, em uma simplificação de sentido.

De acordo com a Convenção mencionada (artigo1) e, pois, com a Constituição brasileira¹⁰:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Esse grupo vulnerável, agora identificado na Constituição, mediante o dispositivo constante da Convenção da ONU, deve ser incluído na sociedade, deve dela poder participar de forma plena e efetiva, em igualdade de condições para com as demais pessoas. E um dos pressupostos necessários à inclusão é a acessibilidade, que foi colocada como um dos princípios gerais da Convenção e foi detalhada em seu artigo 9, como adiante demonstraremos.

De fato, sem acessibilidade as pessoas com deficiência (e outros grupos, como as pessoas com mobilidade reduzida) ficariam, se não impedidas, seriamente prejudicadas no exercício de praticamente todos os seus direitos fundamentais, ficando alijadas da participação social. Como gozar do direito ao trabalho sem que se garanta um ambiente de trabalho que possa receber a pessoa com deficiência, permitindo-lhe o acesso a todos os seus espaços? Como gozar do direito à

⁹ Constituição Federal, art. 5º, §3º:

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”

¹⁰ Além da nova definição do grupo vulnerável, a Convenção trata de diversos outros assuntos, esmiuçando a proteção conferida pelo ordenamento jurídico a tal grupo. A Convenção trata, assim, dentre outras, de questões como a igualdade e a não discriminação das pessoas com deficiência, a acessibilidade, o direito à vida, o acesso à Justiça, o direito à vida independente e inclusão na comunidade, o direito à mobilidade pessoal, o direito à liberdade de expressão, à liberdade de opinião, o direito de acesso à informação, o direito à educação, o direito à saúde, o direito ao trabalho e emprego, o direito à proteção social adequada, o direito à participação na vida política e pública, e o direito à participação na vida cultural.

educação se não houver a possibilidade de que a pessoa com deficiência passa transitar no ambiente escolar? Mais ainda, como exercer qualquer dos seus direitos se as cidades e os meios de transporte coletivos não estiverem preparados para acolherem as pessoas com deficiência?

No caso das pessoas com deficiência, não se pode pensar em cidadania sem acessibilidade, não haveria igualdade se não lhes fosse garantida a acessibilidade, que é, além de um direito em si mesma, um pressuposto necessário à fruição de todos os direitos fundamentais pelas pessoas com deficiência. Somente haverá de fato inclusão se for garantida a acessibilidade.

Notemos que as pessoas com deficiência são parte da diversidade humana, sendo de rigor que a sociedade esteja preparada para acolhê-las, como deve acolher todas as demais pessoas. Conforme se verifica da definição de pessoas com deficiência trazida pela Convenção, acima transcrita, a deficiência não é algo inerente à pessoa, mas está na sociedade, que apresenta diversas barreiras que impedem que as pessoas com deficiência participem da sociedade de forma plena e efetiva, em igualdade de condições para com as demais pessoas; é a sociedade que não está preparada para adequadamente acolher esse grupo de pessoas, e, assim, podemos dizer que a deficiência está na sociedade, e não nas pessoas. No caso das pessoas com deficiência, esse acolhimento pela sociedade somente será possível se implementada a acessibilidade, possibilitando que essas pessoas exerçam todos os direitos que lhes são conferidos pelo ordenamento jurídico. A acessibilidade, assim, é um pressuposto necessário à inclusão.

ACESSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro, desde a redação original da Constituição Federal de 1988, com vistas à inclusão das pessoas com deficiência e da efetivação da igualdade em seu aspecto material, traz disposições referentes à acessibilidade, impondo ao Estado, e à sociedade, o dever de sua implementação, e, conseqüentemente, atribuindo o direito a uma sociedade acessível às pessoas com deficiência.

Acessibilidade na constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988, buscando a efetivação da igualdade, da dignidade humana e da inclusão das pessoas com deficiência, desde logo determinou a observância de regras de acessibilidade.

De acordo com o disposto no artigo 227, §2º, da Lei Maior, todos os logradouros e edifícios de uso público a serem construídos deveriam, nos termos da lei, observar normas para a garantia de acesso adequado pelas pessoas com deficiência, o mesmo valendo para os veículos de transporte coletivo a serem fabricados.

No tocante aos logradouros, edifícios de uso público e aos veículos de uso público então existentes, a Constituição determinou a sua adaptação a fim de garantir o acesso adequado pelas pessoas com deficiência, conforme dispusesse a lei, nos termos do artigo 244 da Lei Maior.

Dessa forma, a Constituição estabeleceu o dever de observância de normas de acessibilidade para os logradouros, edifícios de uso público e veículos de transporte coletivo já existentes, bem como para aqueles que viessem a partir de então a serem construídos ou fabricados, instituindo um verdadeiro dever de promoção da acessibilidade para o Estado e para a sociedade, assim como o contraposto direito das pessoas com deficiência à acessibilidade. Não é difícil constatar a falta de operatividade do dispositivo em questão.

A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência da ONU

No ano de 2009, como acima apontamos, o Brasil internalizou, na forma do disposto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, tendo sido promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009). Em razão da forma escolhida para a internalização da referida Convenção, seu texto passou a integrar a Constituição brasileira, já que foi recebido com equivalência de emenda constitucional.

Tal Convenção inovou significativamente o sistema de proteção das pessoas com deficiência estabelecido no direito brasileiro, trazendo a especificação de direitos que, embora já pudéssemos extrair da Constituição Federal, mediante a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, em seu sentido material, constituem-se em importantíssima norma de reforço, com equivalência constitucional, da proteção destinada às pessoas com deficiência, com vistas à sua inclusão plena e efetiva na sociedade, dela participando em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas. A Convenção, ademais, instituiu nova definição de pessoas com deficiência no Direito brasileiro, conforme acima citado, o que alterou a composição do grupo vulnerável; o critério para identificação das pessoas com deficiência, agora, é social, e não mais exclusivamente médico, como o que anteriormente vigorava.

Apontando a Convenção para a deficiência como uma característica da sociedade, e não das pessoas, é de se entender que a questão da eliminação das barreiras sociais e ambientais ganha maior relevo, e, dessa forma, a acessibilidade passa a ser questão central da proteção das pessoas com deficiência. A cidade deve ser acessível, livre de barreiras, para acolher todas as pessoas.

No que toca especificamente à acessibilidade, além de ser esta um princípio geral da Convenção (artigo 3, “f”), o artigo 9 da Convenção estabelece o dever de que os Estados-Partes assegurem às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas, ao meio físico, aos sistemas de transporte, acesso à informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na zona rural.

A Convenção aponta que as medidas destinadas à implementação da acessibilidade deverão incluir a identificação e eliminação de obstáculos e barreiras, expressamente determinando o dever de observância de normas de acessibilidade em edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho. Também se exige a acessibilidade no que diz respeito a informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência.

Não é apenas o Estado o destinatário do dever de acessibilidade. De acordo com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, e, pois, de acordo com a Constituição brasileira, o Estado deverá adotar medidas para garantir que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade (artigo 9, item 2, alínea “b”, da Convenção).

A acessibilidade na legislação ordinária

Como acima apontado, a Constituição de 1988, desde sua promulgação, trouxe o dever de observância da acessibilidade, pelo Estado e pela sociedade, seja no que diz respeito aos logradouros, prédios públicos ou privados de uso coletivo, e veículos de transporte coletivo já existentes ou a serem construídos ou fabricados. No entanto, a efetivação dependia de lei. A legislação infraconstitucional exigida veio com a publicação da Lei nº 10.098/2000. A citada Lei estabeleceu normas de acessibilidade, que foi definida como sendo a “possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa

portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida” (artigo 2º, I, da Lei nº 10.098/2000). Foram estabelecidas normas gerais de acessibilidade para observância no mobiliário urbano, nos edifícios públicos e nos privados de uso coletivo, assim como nos veículos de transporte coletivo.

O Decreto regulamentador de tal legislação, de forma a possibilitar sua efetiva aplicação, foi editado no ano de 2004, o Decreto nº 5.296/2004. Nesse Decreto são fixadas condições que possibilitam a implementação daquilo que foi disposto na lei, em obediência à Constituição, inclusive com a fixação de prazo para a adaptação das edificações e dos veículos de transporte coletivo então existentes¹¹.

Todos os prazos para adaptação de veículos e edificações às normas de acessibilidade previstos na legislação e na sua regulamentação já estão vencidos, não havendo qualquer justificativa para que qualquer um, seja o Estado, seja algum particular, procure se eximir de tal dever. As cidades e seus equipamentos, seus imóveis de uso público já deveriam ser acessíveis.

O estatuto da pessoa com deficiência e a acessibilidade

Em 06 de julho de 2015 foi editada a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei nº 13.146/2015, com entrada em vigor prevista para cento e oitenta dias após sua publicação oficial (que se deu no Diário Oficial da União de 07 de julho de 2015), Lei destinada, segundo seu artigo 1º, a assegurar e promover o exercício das liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, em condições de igualdade para com as demais pessoas, visando à sua inclusão social e cidadania. A Lei expressamente baseia-se na

¹¹ Note-se que, apesar de tratar da efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, a Lei exigida pela Constituição para efetivação da acessibilidade demorou doze anos para ser editada, advindo apenas no ano de 2000. O Decreto regulamentador levou outros quatro anos para ser elaborado pelo Poder Executivo, tendo sido editado somente em 2004.

Cumpra anotar, ainda, que mesmo tendo sido editado quatro anos após a legislação que pretendia efetivar a acessibilidade, e, dessa forma, dezesseis anos após o mandamento constitucional, o referido Decreto nº 5.296/2004 fixou longuíssimos prazos para a adaptação das edificações e dos veículos de transporte coletivo existentes, como se nota, por exemplo, de seu artigo 38, §3º, que confere o prazo de cento e vinte meses, contado da publicação do Decreto, para a adaptação dos veículos de transporte coletivo rodoviário existentes, bem como da infraestrutura desse meio de transporte. O prazo venceu-se, assim, no ano de 2014, vinte e seis anos após a promulgação da Constituição Federal; as pessoas com deficiência, dessa forma, tiveram que esperar vinte e seis anos para a efetiva garantia de seu direito de circular pelas vias públicas utilizando-se de meios de transporte coletivo; somente depois de vinte e seis anos da promulgação da Constituição, consagrando o dever de acessibilidade, que os poderes estatais efetivamente ofereceram condições de implementação da acessibilidade, direito e pressuposto para o exercício dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (artigo 1º, parágrafo único, do Estatuto).

O artigo 3º, I, do estatuto da Pessoa com Deficiência, define acessibilidade da seguinte forma:

Art. 3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

- I. Acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida;

O Título III do Livro I do Estatuto é todo destinado à acessibilidade, que, nos termos do artigo 53 da Lei é direito garantido à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida, garantindo-lhes vida independente e o exercício de seus direitos de cidadania e participação social. Referido Título é dividido em quatro capítulos, sendo o primeiro dedicado às disposições gerais, o segundo ao acesso à informação e à comunicação, o terceiro à tecnologia assistiva e o quarto ao direito à participação na vida pública e política.

O Estatuto, em seu artigo 55, determina que a concepção e a implantação de projetos que tratem do meio físico, de transporte, de informação e comunicação, inclusive de sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como de outros serviços, equipamentos e instalações abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo, seja na zona urbana ou na zona rural, deverão atender aos princípios do desenho universal, que, segundo o artigo 3º, II, da Lei, é a concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem que se faça necessária adaptação ou a elaboração de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva.

No artigo 56, o Estatuto determina que a construção, reforma, ampliação ou mudança de uso de edificações abertas ao público, de uso público ou privadas de uso coletivo, deverão ser executadas de modo a serem acessíveis, sendo que, nos termos do artigo 57, as edificações públicas e privadas de uso coletivo já existentes deverão garantir acessibilidade à pessoa com deficiência em todas as suas dependências e serviços, nos termos das normas de acessibilidade vigentes. O mesmo vale para os edifícios de uso privado multifamiliar, conforme o artigo 58 do Estatuto.

Em síntese, determina o Estatuto, à luz do que vem disposto na Constituição, especialmente com a alteração promovida pela Convenção da ONU, que a acessibilidade deverá ser observada no mobiliário urbano, nos edifícios públicos, de uso público, e privados de uso coletivo, existentes e a serem construídos, bem como nos meios de transporte coletivo. Procura o Estatuto dar efetividade ao mandamento constitucional.

O Estatuto, assim como a Convenção da ONU, não se limitou a impor o dever de implementação de acessibilidade no meio físico, mas também determinou a sua implementação no que toca ao acesso à informação, determinando, por exemplo, que os sítios de internet mantidos por empresas com sede ou representação comercial no Brasil, bem como por órgãos de governo, devam ser acessíveis às pessoas com deficiência (artigo 63 do Estatuto), tendo sido determinada a implementação da acessibilidade, também, nos serviços de radiodifusão de sons e imagens (artigo 67 do Estatuto) e estimulada a produção, edição, difusão e comercialização de livros em formatos acessíveis (artigo 68 do Estatuto).

A Lei 10.257/2001, conhecida como Estatuto das Cidades, foi alterada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 3º, IV, que acresceu às competências da União dentre suas atribuições de interesse da política urbana, a necessidade de instituição de diretrizes para desenvolvimento urbano que incluam regras de acessibilidade aos locais de uso público. Mediante alteração promovida no artigo 41 da Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Pessoa com Deficiência determinou que as cidades ali contempladas estabeleçam plano de rotas acessíveis, compatível com o respectivo plano diretor, dispondo sobre os passeios públicos a serem implantados ou reformados pelo poder público, de forma a garantir a acessibilidade da pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida a todas as rotas e vias existentes, assim como aos órgãos públicos e os locais de prestação de serviços públicos e privados de saúde, educação, assistência social, esporte, cultura, correios e telégrafos, bancos entre outros, sempre que possível de forma integrada com os sistemas de transporte coletivo de passageiros.

A acessibilidade, assim, foi definitivamente entendida pelo sistema jurídico brasileiro como uma forma de implementação da inclusão das pessoas com deficiência, indispensável ao exercício de seus direitos fundamentais.

A acessibilidade como parte do meio ambiente urbano constitucional

A acessibilidade deve ser entendida como parte do meio ambiente urbano constitucional, como sendo um elemento de conformação do local onde as pessoas vivem e desenvolvem suas atividades cotidianas.

O meio ambiente constitui-se no conjunto de elementos que formam o lugar onde vive o ser humano, ou seja, é formado pelo conjunto de características naturais, artificiais e culturais que compõem o lugar onde se vive. A Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, I, traz definição de meio-ambiente:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

- I. Meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Como anota José Afonso da Silva (2013, p.20), “O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. Nesse sentido, aponta, podemos falar em meio ambiente natural (flora, solo, água, ar atmosférico etc.), meio ambiente artificial (o espaço urbano construído) e meio ambiente cultural (constituído pelo patrimônio histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, turístico). Tais esferas do meio ambiente, no entanto, não podem ser consideradas de forma estanque, mas devem ser vistos em constante interação, sempre a serviço da qualidade de vida das pessoas.

Temos, assim, que o meio ambiente é formado não apenas pelas características naturais, mas também pelos elementos artificiais e culturais, todos em interação, nos quais se desenvolve a vida.

A Constituição Federal, ao proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado, qualificando-o como bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, em seu artigo 225, o faz como forma de proteção da própria vida humana, com a dignidade que lhe é inerente. De fato, ao proteger o meio, protege a Constituição o ser humano, que nele viverá; somente é possível o desenvolvimento sadio da vida humana em ambiente que lhe seja propício, sendo de rigor que o ordenamento jurídico lhe dê a adequada proteção.

Nesse sentido, de meio ambiente como o local onde se desenvolve a vida, podemos identificar a existência de um meio ambiente urbano, já que grande parte da humanidade vive nas cidades, composto pelos elementos naturais, artificiais e culturais que as integram. A organização

dos elementos que formam o meio ambiente urbano influencia diretamente na vida das pessoas, na forma como elas desenvolvem suas atividades, na maneira como elas se relacionam entre si; a cidade, assim, deve ser organizada de forma que propicie a todos uma melhor qualidade de vida.

Evidentemente que se o meio ambiente urbano deve ser organizado de forma a que todas as pessoas possam nele viver adequadamente, a cidade deve ser inclusiva, garantindo a efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade humana. A Constituição deve ser interpretada sistematicamente, e, assim, a proteção ambiental, como forma de proteção da vida humana, não pode ser tomada sem considerarmos a igualdade e a dignidade humana, que condicionam toda a interpretação do texto constitucional. Ao garantir a proteção ambiental, a Constituição garante a proteção de um estado de organização urbana que possibilite a todas as pessoas oportunidades iguais de inclusão.

Tendo a Constituição determinado o dever de promoção da acessibilidade do mobiliário urbano, dos edifícios públicos, dos edifícios privados de uso coletivo e dos meios de transporte coletivos, determinando inclusive a adaptação daqueles já existentes, é evidente que a acessibilidade passa a integrar o meio ambiente urbano, ou seja, a organização das cidades deverá ser feita de forma a possibilitar que as pessoas com deficiência possam nelas se incluir, possam desenvolver suas atividades cotidianas em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas.

Tanto as disposições contidas nos artigos 227, §2º, e 244 da Constituição, presentes desde a promulgação de seu texto originário, assim como as disposições relativas à acessibilidade acrescentadas à Constituição pela Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU, são disposições que condicionam o meio ambiente urbano, ou seja, que fazem parte do desenho que a Constituição elaborou do meio ambiente urbano.

As cidades devem se desenvolver de forma a propiciar a inclusão de todos, sendo de rigor que todo o ordenamento infraconstitucional leve em consideração essa conformação do meio ambiente urbano constitucional, que inequivocamente prevê a implementação da acessibilidade.

Dessa forma, temos, ainda, que toda a proteção que o sistema jurídico brasileiro oferece ao meio ambiente pode ser utilizada para a proteção da acessibilidade, já que esta é parte integrante do meio ambiente urbano. Para a defesa da acessibilidade, assim, é perfeitamente cabível a utilização da ação civil pública ambiental (Constituição Federal, artigo 129, III) ou da ação popular ambiental (Constituição Federal, artigo 5º, LXXIII).

ACESSIBILIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: A NOVIDADE DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A acessibilidade, como corolário da igualdade e da dignidade humana, pressuposto para a inclusão das pessoas com deficiência, deve ser protegida pelo ordenamento jurídico, de forma a propiciar sua efetiva implementação. Assim, além da possibilidade de utilização de instrumentos ligados à proteção ambiental, que, como acima mencionado, também se prestam a proteger a acessibilidade, já que esta pode ser tida como componente do meio ambiente urbano constitucional, é de rigor que haja outros instrumentos, bastante efetivos, colocados à disposição da proteção da acessibilidade pelo ordenamento jurídico brasileiro. Um desses instrumentos é a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos pelo descumprimento do dever de implementação da acessibilidade mediante a imputação de ato de improbidade administrativa, como passamos a ver.

O dever do agente público de zelar pela acessibilidade

Vimos que o ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal, impõe ao Estado e à sociedade o dever de implementação da acessibilidade, que é indispensável para que as pessoas com deficiência possam se incluir na sociedade, bem como para que possam gozar de todos os seus direitos fundamentais. O dever de implementação da acessibilidade, assim como o contraposto direito das pessoas com deficiência de exigi-la, é medida que efetiva o princípio da igualdade, em seu aspecto material, prestigiando a dignidade da pessoa humana.

Ora, se o Estado tem o dever de implementar a acessibilidade, como expresso na Constituição e na legislação infraconstitucional, seus agentes, aqueles que atuam em nome do Estado, têm o dever de comportarem-se de acordo com tais mandamentos, sob pena de responsabilidade pessoal. O Estado desempenha suas funções diretamente por seus agentes, ou, então, mediante a contratação com particulares para o desempenho de determinadas atividades.

Assegura a Constituição, no seu artigo 37, §6º, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos causados por seus agentes, agindo nessa qualidade, a terceiros, sendo assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa.

Os funcionários que autorizarem, colaborarem (direta ou indiretamente) com a contratação (quer por locação, compra, desapropriação amigável) de um imóvel sem acessibilidade

a ser incorporado ao Poder Público deverão ser responsabilizados nos termos da lei. Como será visto adiante, o Ministério Público vai cuidar de ajuizar a respectiva ação contra os responsáveis. E, como veremos, a indenização será pessoal do funcionário ou do beneficiário, com responsabilização, inclusive, de seu patrimônio pessoal.

Mas não é só. A Lei nº 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa, qualifica como ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário, em seu artigo 10, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial ao Estado. No exemplo acima apontado, o servidor, em conduta culposa, negligente, gerou prejuízo ao Estado, que não apenas teve que despender mais recursos para adaptar o prédio recém-construído às normas de acessibilidade, mas teve que indenizar um particular que sofreu danos morais e materiais em razão da falta de acessibilidade. Assim, poderia o servidor ser responsabilizado por ato de improbidade administrativa, ficando sujeito, no caso, às penalidades previstas no artigo 12, II, da Lei de Improbidade Administrativa.

Dessa forma, o descumprimento do dever de acessibilidade pelo Estado, poderia gerar, no caso de haver prejuízo ao erário, a responsabilização do agente público por ato de improbidade administrativa.

A ALTERAÇÃO NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROMOVIDA PELO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Ocorre que, como novidade, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em seu artigo 103, promoveu importante alteração legislativa, inserindo na Lei de Improbidade Administrativa o inciso IX em seu artigo 11, passando a expressamente considerar como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública a conduta do agente de “deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação”.

Ou seja, para a responsabilização do agente por improbidade administrativa não é mais necessária a ocorrência de um prejuízo ao erário, bastando a simples negativa de cumprimento às regras de acessibilidade para sujeitar o agente às penalidades previstas no artigo 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa. No entanto, tal hipótese não se aplica para as condutas culposas, já que é amplamente majoritário na doutrina e na jurisprudência pátrias que nas condutas previstas no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa exige-se o dolo do agente para sua

configuração¹². No caso de conduta culposa, entretanto, ainda há a possibilidade de responsabilizar o agente por improbidade administrativa, sendo necessária, outrossim, a presença de dano ao erário.

Note-se que já era possível, mesmo sem a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, no caso de descumprimento do dever de acessibilidade, retirar um comportamento ímprobo do sistema legal. No entanto, a ideia foi tornar didática tal responsabilização, fazendo inserir na lei a situação bem caracterizada. Assim, o administrador público, o profissional engenheiro ou arquiteto, o responsável pela aprovação de políticas de compras, locações, aquisições, construções, enfim, os agentes públicos envolvidos em ações que devam observar a acessibilidade devem estar preparados para responder, com o patrimônio próprio, por alguma lesão decorrente dos princípios descumpridos da lei.

Podemos, assim, afirmar que caso tenha havido danos ao erário, o descumprimento do dever de observância das normas de acessibilidade pelo agente poderá levar à sua responsabilização por ato de improbidade administrativa previsto no artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa, tendo sido dolosa ou culposa sua conduta. Caso não tenha havido prejuízo ao erário, ainda assim o agente público poderá ser responsabilizado pela prática de ato de improbidade administrativa se tiver deixado de observar a legislação relativa à acessibilidade; no entanto, nesta última hipótese, o agente responderá nos termos do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que admite apenas a forma dolosa para sua configuração, sendo assim necessária a comprovação do dolo do agente em deixar de observar as normas de acessibilidade.

Temos assim, que o descumprimento do dever de acessibilidade pode levar à responsabilização do agente pela prática de ato de improbidade administrativa, causando ou não danos ao erário.

¹² Nesse sentido as lições de Garcia e Pacheco Alves (2008, p.267-268): “Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa nesse sentido, constata-se que: a) a prática dos atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige o dolo do agente. B) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar a improbidade”.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento nesse sentido, como podemos notar de diversos julgados dentre o quais destacamos os seguintes: AgRg no AREsp 55.315/SE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 26/02/2013; REsp 1227849/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 13/04/2012; AgRg no AREsp 107.758/GO, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/12/2012.

O agente público, assim, se deixar de observar as normas de acessibilidade previstas em nosso ordenamento jurídico, está sujeito às graves penalidades impostas pela Lei de Improbidade Administrativa, como o ressarcimento dos danos causados, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa, proibição de contratar com o Poder Público, enfim, as penalidades fixadas no artigo 12 da Lei nº 8.429/1992, que denotam a extrema reprovabilidade das condutas enquadradas em tal legislação. E, de fato, a inobservância das normas de acessibilidade tenta contra valores muito caros à Constituição brasileira, como a igualdade e a dignidade da pessoa humana, impedindo a efetiva inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, para que dela possam participar em igualdade de oportunidades para com as demais pessoas.

CONCLUSÃO

A Constituição brasileira, prestigiando a igualdade e a dignidade da pessoa humana, verdadeiros vetores de interpretação e de aplicação da Lei Maior, traz um inegável dever de inclusão, um dever de que o Estado possibilite a todos a participação plena e efetiva na vida social.

A acessibilidade é um pressuposto necessário à inclusão das pessoas com deficiência, grupo vulnerável que representa quase um quarto da população nacional, que, sem a acessibilidade ficam impedidas, ou seriamente prejudicadas, no gozo de praticamente todos os seus direitos fundamentais.

O dever de implementação da acessibilidade está presente no texto constitucional brasileiro desde sua promulgação, em 1988, tendo recebido importante reforço no ano de 2009 com a internalização, com equivalência de emenda constitucional, da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU.

A legislação infraconstitucional, a despeito de uma inexplicável demora, estabeleceu as normas de acessibilidade a serem observadas, impondo, como determinado pela Constituição, os parâmetros para a adaptação do mobiliário urbano, dos edifícios públicos e dos edifícios privados de uso coletivo existentes, assim como dos veículos de transporte coletivo. Os novos prédios e veículos de transporte coletivo, a serem construídos ou fabricados, também deverão atender aos parâmetros de acessibilidade, possibilitando sua utilização pelas pessoas com deficiência.

A acessibilidade faz parte do meio ambiente urbano constitucional, ou seja, a conformação constitucional do meio ambiente urbano, do local onde se desenvolve a vida humana, necessariamente deve prestigiar a acessibilidade, propiciando a todas as pessoas a possibilidade de incluírem-se na sociedade.

Tendo em vista o dever de observância das normas de acessibilidade, que decorre da Constituição e das leis, o Estado tem o dever de agir para sua efetiva implementação, o que impõe aos seus agentes, a impossibilidade de adotarem condutas que atentem contra tal dever.

Os agentes estatais, dessa forma, têm o dever, no exercício de suas atividades, de prestigiarem a acessibilidade, sendo-lhes vedado deixar de observar suas normas, sob pena de responsabilidade pessoal. O agente público poderá responder com seu patrimônio pessoal pelos prejuízos causados ao erário pela sua conduta contrária à acessibilidade.

No caso de haver sido provocado danos ao erário em razão de inobservância das normas de acessibilidade, ainda que de forma culposa, o agente poderá ser responsabilizado nos termos da Lei de Improbidade Administrativa, conforme seu artigo 10.

Com a alteração legislativa promovida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015, a simples inobservância, dolosa, das normas de acessibilidade pelo agente estatal já pode gerar sua responsabilidade por ato de improbidade administrativa, conforme previsão do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, não havendo mais a necessidade de que sua conduta tenha gerado danos ao erário para possibilitar tal responsabilização.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4ª edição. Brasília: Corde, 2011.

_____**Barrados**. **Pessoas com deficiência sem acessibilidade: como, o que e de quem cobrar**. Petrópolis: KBR, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David. MAIA, Maurício. Meio Ambiente Urbano Constitucional e o Cumprimento das Regras de Acessibilidade. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, ano 20, vol. 79, p. 431-448, jul./set. 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição, 20ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 17ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MUKAI, Toshio. **Direito Ambiental Sistematizado**. 9ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Direito Ambiental Constitucional**. 10ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

Trabalho enviado em 30 de novembro de 2015.

Aceito em 30 de janeiro de 2016.