

51.º CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DOS ESTADOS E DO
DISTRITO FEDERAL

A ATIVIDADE CONSULTIVA DOS ADVOGADOS PÚBLICOS EM DEFESA DAS MEDIDAS
DE ACESSIBILIDADE

Salvador

2025

A ATIVIDADE CONSULTIVA DOS ADVOGADOS PÚBLICOS EM DEFESA DAS MEDIDAS DE ACESSIBILIDADE

RESUMO: Este trabalho objetiva apontar como a reforma da Lei nº 8.429, de 02.06.1992 pela Lei 14.230, de 25.10.2021, particularmente na revogação do inc. IX do seu Art. 11, atribuiu mais relevo a atividade consultiva dos Advogados Públicos na efetividade das políticas de acessibilidade.

Palavras-Chaves: Acessibilidade; Dignidade Da Pessoa Humana; Vedação Ao Retrocesso Social; Preceito Fundamental; Erradicação De Toda Forma De Discriminação; Compromissos Internacionais; Inconstitucionalidade E Inconvencionalidade Da Lei 14.230, De 25.10.2021; Atividade Consultiva Da Advocacia Pública.

SUMÁRIO:1. INTRODUÇÃO:2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.3. ACESSIBILIDADE: UMA POLÍTICA PÚBLICA TUTELADA PELO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL.4. ACESSIBILIDADE E O INTERESSE PÚBLICO.5. A INCONVENCIONALIDADE E/OU INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI nº 14.230, de 25.10.2021. 6. A PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UM PRECEITO FUNDAMENTAL.7. A IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE CONSULTIVA DA ADVOCACIA PÚBLICA PARA A PRESERVAÇÃO DAS MEDIDAS DE ACESSIBILIDADE.CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO:

O Brasil é signatário da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas Com Deficiência, incorporado ao Ordenamento Jurídico Pátrio através do Dec. 6.949/2009. Em seu art. 4º, a citada Convenção estabeleceu como uma das obrigações dos Estados signatários a adoção de medidas, inclusive legislativas, para assegurar aos portadores de deficiência o exercício pleno dos direitos ali previstos, sem qualquer tipo de discriminação, até mesmo entre as espécies de deficiência. Vale registrar que, nos termos do § 3º do Art. 5º da Constituição Federal, os tratados internacionais integram o Ordenamento Jurídico com força de Emenda Constitucional.

Cumprindo este compromisso internacional o Brasil vinha editando uma legislação direta ou indiretamente voltada para o segmento das pessoas com deficiência. Em 24 de outubro de 1989 foi editada a Lei nº 7.853, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, criou a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplinou a atuação do Ministério Público, definiu crimes, e dava outras providências. A Lei nº 10.048, de 08.11.2000, que assegura prioridade de tratamento as pessoas que especifica, dentre as quais as com deficiência. A Lei nº 10.098, de 19.12.2000, que sistematiza as medidas de acessibilidade. O ápice do tratamento legislativo para esse segmento foi a Lei nº 13.146, de 06.07.2015 (LBI). Dentre os Diplomas que indiretamente contemplam as pessoas com deficiência estão a Lei nº 8.112, de 11.12.1990 (Estatuto do Servidor Público Federal), cujo § 2º do seu Art. 5º, reserva cotas de vagas nos concursos públicos para tais pessoas, a Lei nº 8.213, de 24.07.1991 (Lei dos benefícios Previdenciários), que possui inúmeros dispositivos para este segmento, inclusive para cotas de empregos nas empresas privadas e a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei das Licitações e Dos Contratos Públicos), que prescreve a observância da acessibilidade desde o anteprojeto (Art. 6º), até a contratação (Art. 45).

Justificando o que acima foi dito de ser a Lei 13.146, de 06.07.2015, o ápice do tratamento jurídico voltado para a tutela das pessoas com deficiência, destacamos que para muito além de abordar todos os aspectos da individualidade dessas pessoas, como sua autonomia de vontade e direitos reprodutivos, e de sua integração social, a partir do convívio familiar, passando por educação, saúde, trabalho, habitação, lazer, informação, meios de transporte, tecnologias assistivas, etc, chegando aos seus direitos políticos, compreendeu o Legislador que para dar efetividade aos direitos ali previstos era necessário alterar diversos outros Diplomas Legais. Dentre tais Diplomas merece destaque para este Estudo a Lei nº 8.429, de 02.06.1992, a Lei das Improbidades Administrativas. O Art. 103 da LBI acresceu o inc IX ao Art. 11 da LIA, cuja redação era a seguinte: “IX - deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.” “.

E por que o Legislador de 2015 entendeu por bem introduzir aquele inciso no Art. 11 da LIA, Encontramos a resposta na redação do seu “caput” então vigente a época da edição da LBI, que era a seguinte: “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:”. A locução “notadamente” dava aos incisos um caráter exemplificativo das condutas, o que veio a ser alterado.

Percebe-se que, diferentemente dos Art. 9º e 10 da LIA, a caracterização da improbidade por parte do agente público para aquele dispositivo não reclamava o seu enriquecimento direto ou prejuízo ao erário, mas sim o descumprimento dos deveres da Administração Pública.

O desafio deste estudo é demonstrar que a revogação do multicitado inc. IX do Art. 11 da LIA pela LFIA não desconstitucionalizou as medidas de acessibilidade e que o papel da atividade consultiva da Advocacia Pública, neste novo cenário Legislativo, adquiriu grande relevância para o fundamento constitucional da erradicação de toda forma de discriminação. E, para tanto, começamos por invocar o magistério de um Autor que não censurou aquela alteração específica, mas traz importante contribuição acerca do aparente conflito de interesses. Trata-se de Justen Filho, que anota: “Mais ainda, nenhum princípio incide de modo isolado. Os princípios se conjugam e, em muitos casos, a sua aplicação concomitante produz situações conflitantes. Aliás e justamente por isso, é indispensável a existência de regras. Em muitos casos, a regra consiste na determinação legislativa da solução para conflitos potenciais.” É justamente esses supostos conflitos de princípios, que será chamado para não menos supostos conflitos entre interesses da Administração e de certos segmentos, que serão o objeto deste estudo, indicando o relevante papel da atividade consultiva da Advocacia Pública.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Constituição Federal, em seu preâmbulo, reconheceu que a igualdade e a justiça são valores supremos da Nação. Assim, o inc. II do seu Art. 23 afetou a União, aos Estados Membros, ao Distrito Federal e aos Municípios zelar pela proteção das pessoas com deficiência. Mais adiante, ao enumerar as competências legislativas concorrentes de todos os Entes da Federação, em seu inc. XIV incluiu a de legislar sobre a inclusão social de tais pessoas. Mas não ficou só por aí.

No Art. 7º, inc. XXXI acha-se a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. Também, o inc. VIII do Art. 37 diz que a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

O Art. 40, § 4º veda a adoção de critérios específicos para aposentadoria aos servidores públicos, mas excepciona alguns casos, sendo que o § 1º-B cuida justamente daqueles que sejam pessoas com deficiência. Idêntica regra é prevista para este segmento no Art. 201, para os seus membros que sejam segurados do Regime Geral da Previdência.

Ao tratar da forma de quitação das dívidas judiciais das Fazendas Públicas, o Art. 100 instituiu o Precatório e a Requisição Judicial das Obrigações de Pequeno Valor, prevendo o seu pagamento pela ordem cronológica de sua apresentação. Em relação as PCDs, o Constituinte, tanto o original quanto o reformador, atribuíram o caráter preferencial aos seus créditos.

No campo da assistência social, o Art. 203 trata da habilitação e reabilitação profissional da pessoa com deficiência.

Ao disciplinar o direito a educação, o Art. 208, inc. III prevê atendimento especializado para as PCDs, preferencialmente nas redes regulares de ensino.

Finalmente o art. 227 compromete conjuntamente a família, a Sociedade e o Poder Público com a integração e promoção da pessoa com deficiência. Ao fazê-lo, o Texto Maior constitucionaliza o princípio da solidariedade, de que ela própria trata em seu preâmbulo e que está presente em diversos outros Diplomas, inclusive internacionais. Nos próximos tópicos trazemos as razões axiológicas para o tratamento dispensado a este segmento.

3. ACESSIBILIDADE: UMA POLÍTICA PÚBLICA TUTELADA PELO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Antes de avançarmos neste Estudo, convém visitar o conceito legal da acessibilidade para se chegar na sua relação com a possibilidade de responsabilização de gestores públicos por não adotarem em suas esferas de jurisdição as medidas de inclusão, independentemente da revogação do inc. IX da LIA pela Lei que a reformou. Tanto o Art. 2º da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro 2000 e Art. 3º da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, em seus respectivo inc. I trazem a seguinte definição: “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;”

Ao iniciar aquela definição com o emprego da “possibilidade”, o Legislador dá grande relevo a autonomia de vontade das PCDs, que é uma das grandes inovações da LBI. Na sequência o Texto Legal fala em “condição de alcance para utilização com segurança e autonomia”, significando dizer o reconhecimento da vulnerabilidade daquelas pessoas e que, ao utilizar os equipamentos a seguir discriminados, devem fazê-lo com segurança e autonomia. Passa então a enumerar equipamentos e serviços que são do cotidiano de todos os indivíduos, dando o caráter universal deles empregando a expressão “abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo”, não fazendo distinção entre bens e serviços públicos e os privados de uso público. É neste ponto específico da definição da acessibilidade que se destaca o seu caráter de política pública.

É que a acessibilidade reclama a existência de dois outros institutos, a saber: o desenho universal e a adaptação razoável. Os mesmos estão previstos no Art. 3º da LBI e os seus conceitos são, respectivamente : “II - desenho universal: concepção de produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva; e “VI - adaptações razoáveis: adaptações, modificações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais;”. Diante de tais definições, intui-se que tanto um quanto o outro demandam a intervenção estatal, seja no seu papel regulador, seja na função fiscalizadora, ou ainda, como agente executor de medidas de acessibilidade. Quanto a função de executor de medidas de acessibilidade, é de suma relevância para o objetivo deste estudo trazer a luz o dever estatal de preservar a efetividade do princípio da dignidade humana enquanto um dos fundamentos da Nação Brasileira, para o que invocamos o magistério de Moraes: “A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação

consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar,”.

Atuando o Estado em suas diversas expressões nas medidas de acessibilidade, é evidente que um questionamento se apresenta: por que não enquadrá-la no rol das políticas públicas? Entendemos que não há como não fazê-lo. E aqui invocando o magistério de Chrispino, 2016, que, após acusar as divergências doutrinárias acerca do que venha a ser uma “política pública”, anota: “Se entendermos que o grau de complexidades e as inúmeras variáveis que se combinam, no espaço nucleados das políticas públicas, tornam extremamente difícil sua definição pelos canais da delimitação de seu campo de ação e delimitação de atributos, podemos optar pela construção do conceito possível estudando as partes que compõem a expressão: política e pública./Como política, vamos entender a arte de governar ou de decidir os conflitos que caracterizam os agrupamentos sociais./Como pública, vamos entender aquilo que pertence a um povo, algo relativo às coletividades.” E assim aquele Autor arremata: “Logo, poderemos deduzir que política pública em um metaconceito seria a ação intencional de governo que vise atender à necessidade da coletividade. A este metaconceito simplificante iremos agregar variáveis, instituir valores, perceber arranjos de forças, identificar processos e metas, propor avaliações.”. Por essas palavras é fácil verificar que acerta quem afirma ser a acessibilidade uma política pública.

Na mesma conclusão se chega acerca de ser a acessibilidade uma política pública quando se toma em conta a definição dada por Bucci (2006, pág. 252) dessa espécie de política: “A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução em relação a ideia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *government by men*, anterior ao constitucionalismo. E é por isto que se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente as políticas públicas. “. Ora, é sabido que as três esferas de Poder são detentoras do poder regulador e do poder fiscalizador. Através do primeiro, tem o Poder Público a possibilidade de editar normas infralegais que vão dar efetividade aos enunciados genéricos das leis. Já o segundo, o de polícia, lhe dota de prerrogativas de autorizar o funcionamento de espaços, a distribuição de produtos e de serviços, bem assim, de fiscalizar ao longo do tempo a obediência das normas de vigência, podendo aplicar advertências, multas, suspensões e até interdições ou cassações. Um exemplo bastante esclarecedor é o Ministério do Trabalho e Emprego em relação as cotas nas empresas privadas para PCDs: ora ele normatiza a reserva dessas cotas, ora fiscaliza o seu cumprimento.

Partindo dessas premissas, podemos afirmar de forma incontestável ser a acessibilidade uma política pública. Esse enquadramento como política pública e não como uma liberalidade, uma medida assistencial, é de suma importância na medida que insere em sua base o valor da dignidade humana. Estando a acessibilidade vinculada aos direitos sociais, goza da proteção a vedação do retrocesso social. Isto porque a proteção a dignidade humana das PCDs é cláusula pétrea da Constituição Federal, a teor do § 4º, IV, do Art. 64, pois o dever de cuidar desse segmento, previsto no Art. 23, tem relação direta com os valores e princípios eleitos pelo Constituinte.

Sobre o princípio da vedação ao retrocesso social, FILETI (p.02, 2009), anota que “possui indubitável natureza principiológica, haja vista exibir um elemento finalístico, traduzido na garantia do nível de concretização dos direitos fundamentais sociais e a permanente imposição constitucional de desenvolvimento dessa concretização.” Portanto, é estreme de dúvidas que não se admite retrocessos jurídicos neste campo, como ocorreu com a revogação do inc. IX do Art. 11 da LIA.

4. ACESSIBILIDADE E O INTERESSE PÚBLICO.

A Constituição Federal declarou-se a serviço de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Seu propósito é instituir um Estado Democrático, garantidor do exercício dos direitos sociais e individuais, içados a condição de valores supremos de nossa sociedade. Dito isto, está mais do que justificado o fato de a dignidade da pessoa humana ser um dos fundamentos do Estado Brasileiro.

A propósito da dignidade da pessoa humana, Nery Junior e Ney (2014, p. 89) anotam que “Dignidade humana constitui norma fundamental do estado, porém é mais do que isso: ela fundamenta também a sociedade constituída e eventualmente a ser constituída. Ela gera uma força protetiva pluridimensional, de acordo com a situação de perigo que ameaça os bens jurídicos de estrutura constitucional.”

Esse seu sentido axiológico explica o porquê a Carta Magna destina, em diversos tópicos, tratamento específico ao segmento social das pessoas com deficiência. Prescreve a Constituição em seu art. 3º que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Não é por outro motivo que a doutrina, tratando da dignidade da pessoa humana, di-la uma “força motriz” a serviços de uma “sociedade constituída e eventualmente a ser constituída...”. Nesse passo, reconhece a dialética deste instituto.

Portanto, a acessibilidade não deve ser encarada como de interesse específico e isolado das PCDs, mas sim uma questão de interesse público. A propósito, traz-se aqui mais uma vez o magistério de Junsten Filho: “Recolocando o problema em outros termos, o interesse é público por ser indisponível, e não os inversos. Por isso, é incorreto afirmar que, algum interesse, por ser público, é indisponível. A indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse – é justamente o contrário. O interesse é reconhecido como público porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado.

5. A INCONVENCIONALIDADE E/OU INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI nº 14.230, de 25.10.2021

Os Acordos Internacionais têm força de Emenda Constitucional em nosso Ordenamento Jurídico Pátrio, segundo o § 3º do art. 5º daquela Carta. Lembramos também que a Constituição em seu artigo 24, prescreve competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) IV – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;”. Logo o poder legisferante dos Entes Federativos há que ser exercido em consonância com os objetivos e princípios elencados no Preâmbulo da Magna Carta, sob pena de incorrer em vícios da

inconveniência e/ou de inconstitucionalidade, está por ação ou omissão (descumprimento de preceito fundamental).

Quando a Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira da Inclusão), alterou a Lei nº 8.429/1992 (Lei das Improbidades Administrativas), introduzindo o inc. IX no seu Art. 11, caracterizando como improba a omissão nas políticas de acessibilidade, o Estado Brasileiro cumpriu um compromisso internacional.

Por seu turno, quando a Lei nº 14.230 de 2021 revogou o inc. IX da Lei nº 8.429 de 1992, violou o princípio do não retrocesso social, ante as disposições da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa Com Deficiência. Porém, ainda assim subsiste a obrigatoriedade dos gestores públicos na adoção de medidas de acessibilidade e que a sua omissão caracteriza improbidade administrativa.

6. A PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UM PRECEITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal do Brasil é um texto eminentemente principiológico. Esse perfil se mostra no artigo primeiro, quando enumera os fundamentos do Estado Brasileiro, dentre eles a cidadania (II) e a dignidade da pessoa humana (III), os quais mais que meras figuras de retórica, são a afirmação de que doravante todas as medidas terão o indivíduo como seu centro. Ao enumerar os objetivos do Estado Brasileiro, elenca a solidariedade. Ainda no mesmo Art. 3º é elencada como outro objetivo estatal erradicar a marginalização. Ora, o que é isto senão a positivação das ações afirmativas?

Como é cediço, as leis não contêm palavras inúteis. Portanto, a presença naquele dispositivo constitucional das expressões “proteção” e “integração”, notadamente a primeira, não é um mero estilo de escrita.

Aqui passamos a demonstrar a natureza de preceito fundamental da proteção e integração da pessoa com deficiência. Barroso (apud André Ramos Tavares) diz que “os preceitos fundamentais realmente diferenciam-se dos demais preceitos constitucionais por sua importância, o que se dá em virtude da imediatidade dos valores que encampam e da relevância desses mesmos valores para o desenvolvimento ulterior de todo o direito.”

Ora, apegando-se ao critério da “*imediatidade* dos valores”, poder-se-ia dizer que a competência concorrente para legislar sobre a defesa das pessoas com deficiência não é um preceito fundamental, uma vez que não se está falando dos seus direitos em si, mas de mecanismos para sua preservação.

Entretanto, prossegue Ramos (2001, p. 53) apud Barroso (2017, p. 463-464), “Os preceitos fundamentais de uma Constituição cumprem exatamente o papel de lhe conferir identidade própria. Albergam, em seu conjunto, a alma da Constituição”. Ao focar o critério “alma da Constituição”, chega-se à conclusão diversa, pois a nossa Carta Magna tem como alguns dos seus princípios a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e entre os seus objetivos a construção de uma sociedade solidária, erradicando toda forma de marginalização. Ora, de nada adianta enumerar direitos, sem assegurar mecanismos de defesa para os titulares desses direitos.

Barroso (2017, p. 463) anota que “a Constituição Federal indica um grupo de preceitos fundamentais incontestáveis por nítida relevância, embora somente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal irá casuisticamente confirmar tal disposição, são eles: Princípios Fundamentais (arts. 1º a 4º); Direitos e Garantias Fundamentais (arts. 5º a 7º); Cláusulas Pétreas (art. 60, (49)); Princípios Constitucionais Sensíveis (art. 34, VII); Princípios da Ordem Econômica (art. 170)”. Tal assertiva vem reforçar a conclusão de que a legislação sobre a proteção e a integração das pessoas com deficiência esta umbilicalmente associada a cidadania e a dignidade destas pessoas, na medida em que não lhes deixa a margem da sociedade.

Moraes (2020, p. 1462 /1463), que não chega a apresentar um conceito propriamente dito, oferece ao debate importante contribuição, observando quanto ao cabimento de uma ADPF: (...) a lei possibilita a arguição de descumprimento de preceito fundamental em três hipóteses – para evitar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;(…)”.

Em qualquer das três hipóteses a Lei nº 14.230/2021, no ponto em que revogou o inc. IX do Art. 11 da LIA, é passível de uma ADPF, visto que as omissões dos gestores públicos quanto as medidas de acessibilidade não mais lhes acarretarão perda de cargos, proibição de contratar com a Administração ou suspensões de direitos políticos – sanções estas que tem por escopo proteger a Administração contra aqueles que não pautam suas condutas pelos princípios elencados no Art. 37 da Constituição Federal.

Assim, desapareceu do Ordenamento Jurídico Brasileiro um importante mecanismo que, a um só tempo, prevenia e reparava a lesão a preceito fundamental; prevenia a lesão na medida em que apenas a perspectiva da responsabilização por improbidade administrativa, desestimulava o descaso com as medidas de acessibilidade; e reparava a lesão porque impunha ao gestor faltoso o afastamento da vida pública. Por fim, é indiscutível a relevância de qualquer controvérsia entorno da cidadania e da dignidade das pessoas com deficiência e de sua inclusão na vida social.

7. A IMPORTÂNCIA DA ATIVIDADE CONSULTIVA DA ADVOCACIA PÚBLICA PARA A PRESERVAÇÃO DAS MEDIDAS DE ACESSIBILIDADE

Neste último tópico demonstraremos como as alterações introduzidas na Lei nº 8.429, de 02.06.1992 pela Lei 14.230, de 25.10.2021 vulneram as políticas de acessibilidade e que a preservação das mesmas doravante demanda um olhar mais acurado dos advogados públicos no desempenho da atividade consultiva. Como já apontamos, A mais destacada daquelas alterações foi a revogação do inc. IX do Art. 11, que fora introduzido pela LBI, caracterizando como ímproba as omissões nas políticas de acessibilidade. Porém, conquanto a mais visível, a supressão do aludido inciso não é a potencialmente mais nociva para as PCDs.

Essa maior nocividade se encontra na alteração efetuada no “caput” do próprio Art. 11 da LIA. Sua redação original era a seguinte: “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:”. Com a reforma,

sua redação passou a ser: “Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: “. Percebe-se que o Legislador introduziu o dolo como elemento caracterizador da improbidade, suprimiu a menção a “instituições” e, mais grave, substituiu a locução “notadamente” pela oração: “caracterizada por uma das seguintes condutas”.

Quanto a exigência do dolo do gestor para que alguma ação ou omissão venha a ser enquadrada nas disposições da LIA, relativamente as hipóteses dos Arts. 9º e 10 daquele Diploma, entendemos desde sempre a justeza deste elemento subjetivo para que o gestor, nas ações ou omissões fosse considerado ímprobo, já não pensamos o mesmo com relação ao Art. 11, já que este, diferentemente dos anteriores, não reclama o enriquecimento direto ou a lesão ao erário, mas tão somente a violação dos deveres previstos no “caput” do Art. 37 da CF de 1988 e a ninguém é dado alegar o desconhecimento da Lei, sobretudo da maior delas. Não obstante esse nosso entendimento, forçoso é reconhecer que “in casu” o Legislador apenas seguiu a jurisprudência consolidada através do Tema 1.199do STF.

A supressão da palavra “instituições” na nova redação do dispositivo referenciado ao nosso sentir não traz maiores consequência. Em verdade a pior consequência para as medidas de acessibilidade advém da alteração da parte final daquele artigo, ou seja, da substituição de “notadamente” por “caracterizada por uma das seguintes condutas”. Abordando o efeito prático de tal alteração, Gomes Junior e Favreto (164) anotam que: “Necessário esclarecer que o caput do Art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa, deixa de ser um tipo e somente os seus incisos descrevem atos que podem ser objeto de investigação e aplicação de penas. Trilhando esse raciocínio, ante a revogação do inc. IX do multicitado Art. 11, em tese, afastaria qualquer possibilidade de o descaso com as medidas de acessibilidade ser considerada como hipótese de improbidade. E essa preocupação se robustece quando se leva em conta a justificativa apresentada por Justen Filho (124) (que aqui já foi citado), para tal opção legislativa: “O inc. IX do Art. 11 tratava da ausência de cumprimento de exigências de acessibilidade previstos na Legislação. A revogação refletiu o intento da Lei nº 14.230/2021 de diferenciar ilegalidade e improbidade. A tutela ao cumprimento dos requisitos de acessibilidade deve fazer-se por vias próprias. A improbidade não se destina a reprimir condutas dessa ordem.”

Nesta justificativa, o referido administrativista encara a situação em uma perspectiva estritamente legalista, com o que discordamos e fazemos invocando o seu próprio magistério acima transcrito. É preciso, antes de mais nada, não perder de vista que o “caput” do Art. 11 da Lei nº 8.429/1992 fala em “atentar” aos princípios da Administração Pública, previstos no “caput” do Art. 37 da CF. O próprio Autor, como acima transcrito, afirmou que “... nenhum princípio incide de modo isolado. Os princípios se conjugam e, em muitos casos, a sua aplicação concomitante produz situações conflitantes.” e que “Em muitos casos, a regra consiste na determinação legislativa da solução para conflitos potenciais.”. “Pois bem, no Ordenamento Jurídico Pátrio a regra é a da hierarquia das normas.

Como acima pontuado, o Brasil assumiu um compromisso internacional de adotar medidas legislativas para a proteção das PCDs; é dever constitucional dos Entes da Federação tais medidas

protetivas, que se constituem em preceito fundamental e a acessibilidade é de interesse público. Também foi apontado que o Brasil adotou o princípio do não retrocesso social. Disto tudo resultam a inconstitucionalidade e a inconveniência da Lei nº 14.230/2021. E estes vícios podem ser questionados tanto em controle concentrado quanto difuso. E particularmente a este último, só pode sê-lo na via judicial?

Para responder a tal indagação, recorreremos ao magistério de Madureira (Pág: 325), que a propósito da atuação consultiva do advogado público, escreve: “[...] A orientação jurídica prestada pelos seus advogados públicos aos governantes e aos demais agentes estatais não deve ser confundida, quer no âmbito interno da Advocacia Pública, quer pelo seu público-alvo (governantes e demais integrantes da Administração), quer pelos órgãos externos de fiscalização e controle (Ministério Público, Tribunais de Contas etc.), como simples atividade legitimadora de opções administrativas previamente estabelecidas pelos gestores.” Não é demais lembrar que, por força do § 3º do Art. 5º da CF/1988, a Convenção de Nova York foi incorporada ao nosso Ordenamento Jurídico com força de Emenda Constitucional e que a nossa Carta dispensa tratamento específico as pessoas com deficiência, de sorte que os interesses desse segmento não estão tutelados apenas na legislação ordinária. Dito isto, retorna-se ao Autor aqui citado, o qual, abordando a consultoria e a legalidade estrita, mais adiante escreve: “Evidentemente, esse princípio não pressupõe tão somente a vinculação do Poder Público aos enunciados prescritivos colhidos da legislação infraconstitucional, abarcando, ainda, o cumprimento das regras e princípios que compõem a Carta da República. Por isso, esses profissionais, quando exercem a atividade consultiva, devem observar não apenas o que consta das leis do país, mas também o que prescreve a sua Constituição, o que por vezes os conduz a deixar de aplicar leis infraconstitucionais, bem como a atribuir a esses diplomas legislativos interpretação compatível com o texto constitucional.”. Portanto, pode o controle difuso da constitucionalidade e/ou da convencionalidade de uma lei ser realizado no âmbito administrativo.

Este tema é de suma relevância para a sociedade e, muito particularmente, para a própria advocacia pública. É que, por força do próprio princípio da legalidade estrita, toda política pública tem que estar prevista na legislação. Ora, se determinado orçamento não traga dotação financeira para o custeio de programas de readaptação profissional; se um projeto de urbanização não preveja passeios e moradias acessíveis; se os planos educacionais não prevejam a educação assistida, e tantas outras situações do gênero, justamente porque os gestores sabem que suas omissões não lhes trará consequências no campo da improbidade administrativa, fatalmente haverá a judicialização de tais políticas, o que é prejudicial para a sociedade como um todo, pelos motivos mais óbvios possíveis.

A sanção das omissões no campo da acessibilidade via o enquadramento do gestor faltoso como ímprobo foi a solução encontrada pelo Legislador de 2015 para garantir a efetividade dos direitos previstos na LBI, porque a ação própria para o combate a essa espécie de antijuridicidade administrativa é a ação civil pública. A sua falta, implicaria na solução acima indicada por Justen Filho: “a via própria”. E por via própria não há como se entender outro caminho senão as ações judiciais, que congestionam o Judiciário e pulverizam a força do movimento dos PCDs.

Como aqui pontuado, a Lei nº 14.230/2021 vulnerou as políticas de acessibilidade, mas estas seguem sendo de interesse público, ou seja, direito difuso. Portanto, um dos remédios processuais

para a sua defesa é a ação civil pública (Art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/1985). Nos termos do Art. 3º da Lei nº 7.853/1989, entidades representativas dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal não teriam legitimidade para a propositura das mesmas, já que, em regra, não constam em seus objetivos estatutários a proteção dos interesses de PCDs ou com mobilidade reduzida, ainda que os tenha entre os seus associados.

O Estado em suas três esferas de Poder edita leis, planeja e executa políticas públicas. Como têm os deveres constitucionais de zelar e de legislar sobre a proteção e integração das PCDs (CF/1988, Art. 23, II, e Art. 24, XIV), e nas suas contratações devem observar critérios de acessibilidade (Lei nº 14.133/2021), este é um tema recorrente na atividade consultiva dos advogados públicos. Assim, só por serem cidadãos e, em especial, pelo cargo que exercem, cada um desses operadores do direito tem legitimidade, nos termos do Art. 6º da Lei nº 7.347/1985, para provocar o Ministério Público em caso de inobservância desse direito difuso. Por mais recomendável que o façam, atribuir-lhes de modo sistêmico fazê-lo é de duvidosa eficácia, além de agravar suas cargas de trabalho.

CONCLUSÃO

Em conclusão deste trabalho, a inconstitucionalidade da Lei nº 14.230/1921, ao revogar o inc IX do Art. 11 da LIA e o quanto isto impacta a atividade consultiva dos Advogados Públicos, deve merecer respostas institucionais destes Profissionais. Entretanto, a Lei nº 9.868, de 10/10/1999, não legitima as Associações de Procuradores para a propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, mas nada impede que representem ao Ministério Público Federal para que o faça. Por sua projeção nacional e representativa de um segmento diretamente afetado com a citada alteração legislativa, propõe-se aqui que a ANAPE adote tal iniciativa.

Como outra medida, propõe-se que o Conselho Deliberativo da ANAPE aprove indicação para que as Associações Estaduais e Distrital de Procuradores realizem assembleias no sentido que as mesmas Entidades promovam alteração em seus respectivos Estatutos para incluir, entre os seus objetivos, a defesa dos interesses dos direitos de acessibilidade, o que as tornaria legitimadas para a propositura de ações civis públicas em benefício dos seus associados que sejam PCDs ou com mobilidade reduzida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JUSTEN FILHO, Marçal. Reforma da Lei de Improbidade Administrativa: comparada e comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 114.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 7. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

CHRISPINO, Álvaro. Introdução ao estudo das políticas públicas: uma visão interdisciplinar e contextualizada. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 187.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 2015

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição de retrocesso social: breves considerações. Jus.com.br, [s.d.]. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social>. Acesso em: 24 mar. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BARROSO, Luiz Roberto. A arguição de descumprimento de preceito fundamental. Cadernos da Escola de Direito, Curitiba, v. 1, n. 8, 31 mar. 2017. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2605>. Acesso em: 6 maio 2022.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. Comentários à nova Lei de Improbidade Administrativa. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 2023

MADUREIRA, Cláudio. Advocacia pública. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.