

# A tipificação do descumprimento do dever de acessibilidade como ato de improbidade administrativa

**Nuno R. Coelho Pio**

Aluno do curso de Mestrado da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo com bolsa CAPES-PROSUP. Advogado em São Paulo.

---

**Resumo:** O artigo aborda a nova tipificação, inserida no rol do artigo 11 da lei de improbidade administrativa pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. O estudo apresenta o conteúdo jurídico da referida tipificação, nos seus contornos objetivos e subjetivos. Oferece um panorama do dever de acessibilidade exigido por toda a legislação pertinente e estabelece critérios para configuração do descumprimento desses deveres como ato de improbidade administrativa.

**Palavras-chave:** Improbidade administrativa. Pessoa com deficiência. Igualdade. Acessibilidade. Artigo 11. Bem jurídico protegido. Dolo.

**Sumário:** Introdução – **1** Dever de acessibilidade – **1.1** Tratamento constitucional de pessoa com deficiência: mudança de paradigmas sob vetores de interpretação – **1.2** Inclusão, acolhimento e derrubada de barreiras: acessibilidade – **1.3** Exigências e requisitos de acessibilidade previstos na legislação – **1.3.1** Elementos comuns a todos – **1.3.2** Edificações – **1.3.3** Transporte – **1.3.4** Comunicação e informação – **1.3.5** Cidade – **2** Tipificações do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa – **2.1** Ato de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública – **2.2** Tipificação material – **2.3** Elemento subjetivo – **3** A figura típica de “deixar de cumprir a exigência de acessibilidade previstos na legislação” – **3.1** Elemento objetivo – Contornos do tipo – **3.2** Elemento subjetivo – Critérios – **3.3** Falha de fiscalização e terceiro beneficiário – **4** Conclusão – Referências

---

## Introdução

No dia dois de janeiro de 2016 entrou em vigor, em todo o território nacional, o Estatuto das Pessoas com Deficiência.<sup>1</sup> Entre diversos dispositivos destinados a “assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”, o Estatuto tipifica crimes, promove uma revolução no regime da capacidade civil e traz uma nova modalidade de improbidade administrativa.

Inserido no rol do artigo 11 da lei de improbidade administrativa está agora o dever de acessibilidade cujo descumprimento acarretará pesadas sanções como a suspensão dos direitos políticos, perda do cargo, multa, etc.

---

<sup>1</sup> Ao longo deste trabalho, citado apenas como Estatuto.

Em que pese reconhecer o valor e o calibre desse necessário e útil instrumento na luta das pessoas com deficiência pela realização dos seus direitos mais básicos, a tipificação, tal qual descrita pelo legislador, enseja dúvidas que devem ser solucionadas.

Eis que a tipificação adotada sanciona o descumprir dos deveres de acessibilidade apostos na legislação. Com toda a força da lei de improbidade voltada a garantir o cumprimento de deveres, infelizmente, ainda tão legados ao segundo plano, é imperioso esclarecer e traçar um panorama completo quais sejam esses deveres.

Ainda, colocada no rol do artigo 11, há de se inserir essa tipificação na longa discussão que busca afastar a confusão entre ilegalidade e improbidade para responder se todo e qualquer descumprimento da lei acarretará *ipso facto* um ato de improbidade administrativa.

Em suma, é preciso debruçar-se sobre a nova tipificação, traçando-lhe os contornos objetivos e subjetivos a fim de garantir a plena e correta aplicação desse instrumento tão importante para a garantia de direitos há muito esperados pelas pessoas com deficiência.

Para tanto, será necessário mergulhar na incrível mudança de paradigma que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência<sup>2</sup> e o Estatuto – produzido sob a sua égide – trouxeram ao tema. Ademais, será necessário esmiuçar toda a discussão e construção trabalhada desde 1992 sobre os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública. Assim, sobre estas sólidas bases, uma compreensão correta acerca da nova tipificação poderá ser erigida dando-se assim a devida compreensão, consistente e séria, a esse instituto como garantidor do cumprimento dos deveres constitucionais de acessibilidade.

## 1 Dever de acessibilidade

O ex-Ministro Eros Grau<sup>3</sup> já advertia que o Direito não se interpreta em fatias qual fosse um bolo de confeito. A tipificação do desrespeito ao dever de acessibilidade como um ilícito no rol da lei de improbidade não é uma prescrição solitária brotada da cabeça do legislador qual Minerva da cabeça de Júpiter. Tal disposição é fruto de toda uma construção histórica, teórica e jurídica, sem o conhecimento da qual, qualquer esforço em buscar o conteúdo jurídico da referida tipificação será

<sup>2</sup> A Convenção Internacional de Proteção das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo foram assinados e ratificados pelo Brasil, ingressando no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009. Tais documentos internacionais foram internalizados na forma do art. 5º, §3º da Constituição, possuindo assim, entre nós, o *status* de Emenda à Constituição. Ao longo deste trabalho, será citada apenas como Convenção.

<sup>3</sup> STF, AG. REG. NO INQUÉRITO nº 3.387/CE, rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma.

perigosamente incompleto e tendente ao equívoco. Por essa razão, faz-se mister inaugurar o presente estudo com algumas considerações a respeito do contexto, do conjunto, do sistema<sup>4</sup> de que é parte essa tipificação.

## 1.1 Tratamento constitucional de pessoa com deficiência: mudança de paradigmas sob vetores de interpretação

A Constituição de 1988 é um marco para diversas áreas e temas do Direito, tratados nesse diploma constitucional sob disciplina invulgar, diferente do que registram em toda a histórica constitucional brasileira. Não é raro encontrar institutos que foram completamente reformulados no texto promulgado da Constituição Cidadã.

A Constituição é – e deve ser – o ponto de partida de qualquer investigação jurídica-positiva.<sup>5</sup> Todos os institutos jurídicos devem ser interpretados e lidos sob a inspiração da opção política fundamental insculpida no Texto Supremo que espriça seus comandos sob todo o ordenamento jurídico, sobretudo aqueles comandos atinentes a pedras de toque, elementos estruturantes, norte, fim último e inspiração do Estado que, por meio de tal documento, se constitui.

É exatamente essa exortação de valores fundamentais – e principalmente a escolha de quais sejam esses valores, colhidos e positivados no texto constitucional como normas cogentes e imperativas – que faz a marca distintiva da Constituição de 1988.<sup>6</sup> É da mudança de paradigma fundamental que decorrem as mudanças sentidas em diversas áreas do Direito.

Essa propalada mudança de paradigma fundamental se revela na adoção de vetores de interpretação de igualdade e da dignidade da pessoa humana.

A alocação da dignidade da pessoa humana no âmago do sistema constitucional reflete um movimento vivido em todo o mundo diante dos horrores testemunhados na II Grande Guerra. Desde o fim do malsinado conflito, e após a consagração

<sup>4</sup> “A nosso ver, a teoria da instituição teve o grande mérito de pôr em relevo o fato de que se pode falar em Direito somente onde haja um complexo de normas formando um ordenamento, e que, portanto, o Direito não é norma, mas um conjunto coordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica não se encontra jamais só, mas está ligada a outras normas com as quais forma um sistema normativo” BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. TRAD. Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2003, p. 21.

<sup>5</sup> “As normas infraconstitucionais devem ser interpretadas a partir da Constituição, com base nela, mas não o contrário”. BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 13.

<sup>6</sup> Ensina Ingo Sarlet que a Constituição de 1988, “como manifesta reação ao regime autoritário precedente”, à semelhança das Constituições oriundas de semelhante inspiração na Alemanha, Portugal e Espanha, “foi a primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos princípios fundamentais, situado, em manifesta homenagem ao especial significado e função destes, na parte inaugural do texto, logo após o preâmbulo e antes dos direitos fundamentais. (...) Mediante tal expediente, o Constituinte deixou transparecer de forma clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional.” SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 61.

da ideia de dignidade humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, diversos instrumentos normativos de *status* constitucional ou supranacional<sup>7</sup> expressamente assinalaram a dignidade humana como base essencial de qualquer ordem jurídica.

Trata-se, pois, de ver na Constituição de 1988 a adoção de uma tendência de considerar que todo o ordenamento jurídico, inclusive os próprios comandos constitucionais, deve guiar-se exatamente no sentido da máxima realização da dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Ingo Sarlet:

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.<sup>8</sup>

Com semelhante densidade normativa, se coloca o princípio da igualdade. Presente nos objetivos fundamentais de reduzir as desigualdades (art. 3º, III, CF) e combater as discriminações preconceituosas (art. 3º, IV, CF), bem como no *caput* e no inciso I do art. 5º<sup>9</sup> e em toda uma enunciação de direitos de igualdade<sup>10</sup> no art. 6º.

Nas palavras de Canotilho:<sup>11</sup> “O princípio da igualdade, além das inequívocas dimensões subjectivas já assinaladas, é também um princípio com dimensão objectiva, isto é, vale como princípio jurídico informador de toda a ordem jurídico-constitucional”.

Essa intensa mudança axiológica positivada na Constituição de 1988 entre os seus princípios fundamentais demanda que todos os institutos jurídicos sejam interpretados segundo esses vetores, sob a orientação desses valores. É por essa

<sup>7</sup> Por exemplo, as Constituições da Itália, 1947, art. 3º; Alemanha, 1949, art. 1º, I; Grécia, 1974, art. 2º, I; Portugal, 1974, art. 1º; Cuba, 1976, art. 8º; Espanha, 1978, preâmbulo e art. 10.1; Colômbia, 1991, art. 1º; Cabo Verde, 1992, art. 1º; Paraguai, 1992, preâmbulo; África do Sul, 1997, art. 1º; Convenção Europeia de Direitos Humanos, 2000, art. 1º.

<sup>8</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 65.

<sup>9</sup> “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:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

<sup>10</sup> Os direitos de igualdade ou direitos de segunda dimensão são aqueles destinados a promover a igualdade material oferecendo condições para que os menos favorecidos se coloquem em condições de igualdade em relação aos mais abastados. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 636.

<sup>11</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 432.

razão que, em diversas áreas do Direito, se tem a Constituição de 1988 como um marco cujos reflexos alteraram a compreensão de diversos conceitos jurídicos. Eis que passaram – tais conceitos – a ser formatados pelas raias da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Os exemplos desse movimento são frequentes. A noção do menor, regida pelo binômio “carência-delinquência”, dá lugar à doutrina da proteção integral da criança e do adolescente.<sup>12</sup> A ideia utilitarista de meio ambiente cede passo à noção da proteção, da precaução e da conservação do meio ambiente equilibrado inclusive para as futuras gerações.<sup>13</sup> A propriedade deixa de ter caráter absoluto e passa a contar, em sua conceituação essencial, com a figura da função social.<sup>14</sup>

O tratamento jurídico dado às pessoas com deficiência não deixou de receber os raios luminosos que promanam dos citados vetores. Deveras, o conteúdo jurídico dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana atingem em cheio tal tema, cambiando, inclusive o próprio conceito do que é pessoa com deficiência.

Luiz Alberto David Araujo chega a afirmar que o patrimônio jurídico das pessoas com deficiência se resume no cumprimento do direito à dignidade e à igualdade. Tal afirmação é assim detalhada:

A proteção, em nosso caso, das pessoas com deficiência, nada mais é do que uma forma de proteger a cidadania e a dignidade da pessoa humana, eliminando as desigualdades sociais. Percebeu o constituinte que o grupo necessitaria, por sua própria condição, de uma proteção específica, indispensável para que pudesse integrar-se socialmente, ou seja, participar da sociedade em condições de igualdade.<sup>15</sup>

O que se nota é, portanto, a garantia da dignidade por condições que assegurem a igualdade, seja evitando discriminações indevidas, seja atuando em nome da igualdade material. Esse duplo enfoque é o que a doutrina chama por igualdade material e igualdade formal, uma distinção que merece atenção.

A igualdade formal é marcada pela igualdade perante a lei, o tratar igualmente os iguais na famosa máxima aristotélica. A compreensão dessa faceta da igualdade

<sup>12</sup> “O legislador situou neste artigo 18 do referido Estatuto da Criança e do Adolescente o ponto fulcral da doutrina da proteção integral, cujo fundamento está precisamente nessa “dignidade inerente” que as pessoas em desenvolvimento partilham com todas as demais pessoas humanas.” CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio García. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 83.

<sup>13</sup> Cf. YOSHIDA, Consuelo Moromizato. A proteção do meio ambiente e dos direitos fundamentais correlatos no sistema constitucional brasileiro. In: STEIGLEIDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado (Org.) *O Direito Ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público*. Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental, 2009, p. 76-78.

<sup>14</sup> “A propriedade, todavia, na forma como foi concebida pelo Código Civil, simplesmente desapareceu do sistema constitucional brasileiro, a partir da Constituição de 1988” TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. *Revista de Direito Comparado*, v. 12, n. 2, p. 251, mar. 1998.

<sup>15</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011, p. 88.

é simples: abomina os privilégios e perseguições, determinando o tratamento igual e sem distinções. Essa noção, contudo, não é completa sem a igualdade material, a igualdade de tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Essa segunda faceta da igualdade é mais tormentosa, pois sob ela se permite distinguir, se permite discriminar licitamente, permitindo, sobretudo, a correção das desigualdades em vista de bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

O problema de identificar e distinguir as discriminações odientas daquelas discriminações permitidas, e até mesmo necessárias e bem-vindas, é acuradamente solucionado pela proposta apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello.<sup>16</sup> A sistemática, por ele apresentada, envolve um processo trifásico de aferição. Para que a desequiparação seja acolhida pelo referido princípio é preciso analisar: (i) o elemento tomado como fato de desigualação; (ii) a correlação lógica e abstrata entre o fator de discriminação (*discrímen*) e a disparidade realizada e (iii) a consonância desta relação lógica com os ditames constitucionais.

Vejamos como cada faceta do princípio da igualdade colhe o tema das pessoas com deficiência. A primeira ideia, de igualdade formal, veda o tratamento desigual aos iguais. Tem-se, então, que, salvo quando haja uma correlação lógica entre o *discrímen* e a disparidade realizada, em consonância com os ditames constitucionais – ou seja, salvo quando haja uma situação de desigualdade – as pessoas com deficiência não podem receber tratamento diferente daquelas pessoas sem deficiências.

É nesse sentido que se coloca, por exemplo, a previsão expressa no art. 7º, XXXI, vedando a discriminação no tocante a salário e critérios de admissão. É certo que a pessoa com deficiência pode não estar apta para todo tipo de função, de sorte que o que se busca com o referido dispositivo que assegurar que “não pode haver qualquer discriminação, desde que não haja correlação lógica entre a situação discriminada e o bem protegido”.<sup>17</sup> Se a pessoa está habilitada para determinada função, a discriminação entre ela e uma pessoa que não tenha deficiência será injustificada e, assim, proibida.<sup>18</sup>

A questão fulcral para o tema, contudo, está na segunda faceta da igualdade, na igualdade material. Isso porque a deficiência se coloca como uma desigualdade que deve ser objeto de uma proteção especial a valer-se de “discriminações positivas”.

<sup>16</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2004.

<sup>17</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. *Op. cit.* p. 86.

<sup>18</sup> Outro exemplo é a seguinte disposição da Lei nº 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência: “Art. 4º Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação.

§1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas”.

Deve-se tratar desigualmente os desiguais a fim de que eles possam – apesar de sua desigualdade – equiparar-se em igualdade de condições no seio da sociedade. E o esforço para tanto se dará na forma da inclusão, do acolhimento e da derrubada de barreiras, para que a deficiência seja superada e a pessoa com deficiência, com as suas necessidades especiais atendidas, coloque-se como igual em meio à sociedade.

## 1.2 Inclusão, acolhimento e derrubada de barreiras: acessibilidade

A mudança de paradigma constitucional, que passa a ter como vetores de interpretação a dignidade e a igualdade, acena com uma mudança de paradigma para o tratamento até então reservado às pessoas com deficiência.

Abandona-se uma ideia de segregação ou mera incorporação dessas pessoas e passa-se a adotar um paradigma de inclusão. Uma noção nascida na década de 1980 que se mostra claramente na mudança do conceito de pessoa com deficiência, cambiando uma leitura exclusivamente médico-biológica por uma perspectiva que também inclui o elemento social.<sup>19</sup>

Nesses termos é que se elabora o conceito atual do que se entende por pessoa com deficiência, expresso tanto no Estatuto como na Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência:<sup>20</sup>

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

O que se tem, portanto, é a consubstanciação desse ideal inclusivo em uma mudança de paradigma. Não se define mais a pessoa com deficiência ignorando-se o ambiente que a cerca. Há aqui uma clara mudança de premissa: não é a deficiência que incapacita. O que incapacita a pessoa com deficiência para a sua plena inclusão na sociedade em igualdade com as demais pessoas são barreiras. Barreiras que vêm definidas na lei<sup>21</sup> como: “qualquer entrave, obstáculo, atitude ou comportamento que limite ou impeça a participação social da pessoa, bem como

<sup>19</sup> IKAWA, Daniela. Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. In: *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ, 2008, p. 1364.

<sup>20</sup> No texto da convenção o conceito expresso no art. 1º é o seguinte: “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 igualdades de condições com as demais pessoas”.

<sup>21</sup> Art. 3º, IV, da Lei nº 13.146/2015 – Estatuto da Pessoa com Deficiência.

o gozo, a fruição e o exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, entre outros”.<sup>22</sup>

Uma pessoa com deficiência tem agora reconhecida a mesma capacidade que qualquer outra pessoa. De modo que a sua não inclusão, a sua não participação na sociedade em igualdade de condições com as outras pessoas, decorre apenas da existência de barreiras. Corolário disto é o óbvio: tais barreiras devem ser derrubadas, permitindo assim à pessoa com deficiência a sua completa e efetiva inclusão.

Essa será a atitude em busca da igualdade material. A nova lei, em compasso com a Convenção, reconhece que, superadas as barreiras, a pessoa com deficiência se encontrará em iguais condições com as demais. Atendidas às suas necessidades especiais, ela estará em patamar de igualdade com as demais.

Deveras, é esse traço da igualdade a viga mestra da nova compreensão. Do ponto de vista da igualdade material, a pessoa com deficiência demanda uma atuação pró-ativa do Estado para a derrubada das barreiras que impedem a sua efetiva inclusão.

O tratamento desigual, por meio de “discriminações positivas” objetivando assegurar a igualdade material das pessoas com deficiência em relação às demais, garantindo-lhes uma vida em igualdade de condições e oportunidades, em plena inclusão na sociedade, consubstancia-se nessa quebra de barreiras. E é exatamente para a quebra de todas as barreiras que a legislação – a Constituição, a Convenção, o Estatuto – converge e volta todos os seus esforços.

A leitura do texto do Estatuto da Pessoa com Deficiência revela uma afirmação legislativa pela derrubada das mais diversas barreiras e atenção às necessidades especiais para assegurar a igualdade material. Esse traço se coloca firme no dever de o Poder Público implementar serviços de habilitação e reabilitação profissional (art. 36, Estatuto), assistência social (art. 39, Estatuto), etc.

Todavia, a preocupação maior é com a acessibilidade. Direito de cunho instrumental, necessário para a fruição dos mais básicos direitos. Afinal, como gozar do direito de ir e vir quando os meios de transporte e as vias públicas são repletos de barreiras? Como gozar do direito à saúde, educação e cultura se os equipamentos públicos destinados a esses serviços não são acessíveis? Como gozar do direito à informação se as informações não existem em qualquer meio possível de ser captadas e compreendidas?<sup>23</sup>

<sup>22</sup> A noção de barreiras para a legislação não se resume a barreiras físicas arquitetônicas, mas adquire um sentido mais amplo como qualquer objeto ou atitude que impeça que a pessoa com deficiência seja incluída na sociedade em igualdade de condições.

<sup>23</sup> Nesse mesmo sentido, Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. A cidade, o dever constitucional de inclusão e a acessibilidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 08, n. 1, p. 230, jan. 2016. Ademais, é de se observar a preocupação que o Estatuto dirigiu ao assunto reconhecendo que os direitos à saúde, educação,

Não é por menos que a legislação dedica-se com tamanho afincamento à superação das barreiras que impedem a acessibilidade.

### 1.3 Exigências e requisitos de acessibilidade previstos na legislação

A preocupação com esse tema é sentida em toda a legislação a tratar do tema da pessoa com deficiência. As duas disposições no texto constitucional que tratam do assunto se dedicam exatamente a garantir a acessibilidade. A Convenção dedica um parágrafo de seu preâmbulo para afirmar “a importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais”. No Estatuto, a palavra “acessibilidade” é mencionada não menos que cento e cinquenta e duas vezes. O descumprimento dos deveres de acessibilidade foi tachado com a marca da improbidade administrativa.

Não é preciso dizer mais. A importância do tema e cuidado dispensado a ele pela legislação salta aos olhos. A pergunta que se deve formular então é: que é a acessibilidade? E, mais ainda, quais são os deveres jurídicos de acessibilidade? É sob essas questões que passa a correr a nossa investigação.

O ponto de partida é o texto da Convenção, dotado – nunca é demais lembrar – de *status* constitucional. Tal texto, em seu artigo 9 define acessibilidade nos seguintes termos:

#### Artigo 9 – Acessibilidade

1.A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade, serão aplicadas, entre outros, a:

- a) Edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho;
- b) Informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência

---

etc., só poderão ser plenamente assegurados às pessoas com deficiência por meio da acessibilidade (arts. 25, 28, XVI, 32, III, 34, §1º, 42, I, II e §2º, 43, II, 48, 63).

Ainda em nível normativo hierárquico constitucional, temos que a Constituição Federal dedica seus artigos 227, §2º, e 244 ao tema da acessibilidade exigindo que a construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e a fabricação de veículos de transporte coletivo seja feita observando o acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, ao passo que aqueles veículos, logradouros e edifícios já existentes devem ser adaptados para garantir esse acesso.

Todavia, o texto da Convenção sinaliza uma obrigação internacional sem cogência,<sup>24</sup> ao passo que a dicção constitucional enuncia normas de eficácia limitada,<sup>25</sup> fazendo necessária a integração legislativa. O que veio a ocorrer somente no ano 2000 com a entrada em vigor da Lei federal nº 10.098/2000, regulamentada pelo Decreto nº 5.296/04.<sup>26</sup> Em 2015, a lei foi bastante alterada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, permanecendo, contudo, como lei especial a reger o tema da acessibilidade à luz do marco normativo estabelecido no Estatuto.

São esses – a Lei nº 10.098/2000, o Decreto nº 5.296/04 e, mais recentemente, o Estatuto – que instrumentalizam o dever de acessibilidade, em que pese sua previsão anteriormente fixada na Convenção e no texto constitucional. A interpretação sistemática dessas produções legislativas é que dará o contorno normativo desse dever de acessibilidade segundo o nosso direito positivo. É na interação coordenada dessas três fontes que deve ser buscado o dever que recai sobre os agentes públicos cujo descumprimento pode colocar-lhes sob as pesadas penas da improbidade.

O Estatuto é que altera a lei de improbidade e enuncia o dever de acessibilidade. Isto é, essa tipificação, embora inserida no rol da Lei nº 8.429/92 por meio de alteração legislativa, vem descrita no seio do Estatuto. E o estatuto, seguindo uma técnica legislativa moderna e comum e às legislações mais recentes, logo nos seus artigos inaugurais enuncia uma série de definições. Entre elas, vem a definição do que é acessibilidade para fins de interpretação dessa lei.

Assim, todas as vezes que o termo “acessibilidade” é empregado no Estatuto – inclusive quando o faz para incluir nova tipificação na lei de improbidade – ele deve ser lido segundo a seguinte definição:

I – acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos

<sup>24</sup> Muito embora as normas jurídicas contidas na Convenção sejam, como normas, dotadas de caráter obrigatório; não há, no plano internacional, meios de coerção aptos a constranger determinado Estado – que haja ratificado a Convenção – a cumprir seus ditames. Igualmente, não há a previsão de sanções – pecuniárias, políticas, etc. – para tais descumprimentos.

<sup>25</sup> Normas constitucionais de eficácia limitada, na conhecida definição de José Afonso da Silva, são aquelas que demandam integração legislativa para realizarem a totalidade dos seus efeitos.

<sup>26</sup> Maurício Maia e Luiz Alberto David Araujo alertam para o fato de que a lei foi editada doze anos após a promulgação da Constituição e o decreto, dezesseis anos após esta data. Observam ainda que o decreto trazia prazos de adequação de até dez anos – todos já esgotados – de modo que as pessoas com deficiência tiveram de esperar vinte e seis anos para verem assegurados os seus direitos de acessibilidade. Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. *Op. cit.*, p. 234.

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;

Como se nota, a acessibilidade cuida do alcance e utilização com segurança e autonomia de: (i) edificações (ii) espaços, mobiliários e equipamentos urbanos; (iii) transportes; e (iv) comunicação e informação. O que se vai verificar, segundo essa definição, é que os deveres de acessibilidade estão organizados dentro de cada um desses três feixes. Por essa razão, o panorama dos deveres de acessibilidade a serem cumpridos pelo Poder Público é melhor compreendido segundo essa estruturação.

### 1.3.1 Elementos comuns a todos

A legislação estabelece uma regra geral que todos os feixes supracitados devem obedecer em termos de acessibilidade. A regra é simples: todas as edificações, espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, transportes e serviços de comunicação e informação que forem construídos ou instituídos a partir do ano 2000 devem observar as regras de acessibilidade. Aqueles anteriores ao ano 2000 teriam os prazos fixados no decreto de 2004 para adequar-se – todos já vencidos. Disto já se extrai a primeira observação relevante: todas as edificações, serviços e etc. devem ser acessíveis, pouco importando se presentes, passados ou futuros.<sup>27</sup>

Definido isso, como atingir a acessibilidade? E o Estatuto dá a resposta, aceitando com dois caminhos: Manda o Estatuto que todas essas edificações, serviços, etc. observem o desenho universal.<sup>28</sup>

A noção de desenho universal é definida pela lei como a “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”.<sup>29</sup>

Significa, portanto, que as edificações, serviços, etc. sejam, por sua própria conformação, acessíveis, passíveis de utilização pelas pessoas com deficiência em igualdade de condições com as demais. Contudo, nem sempre será possível a adoção do desenho universal, sobretudo para edificações e serviços já existentes. Um exemplo claro dessa impossibilidade são edifícios tombados por seu valor histórico.

<sup>27</sup> Art. 57, Estatuto.

<sup>28</sup> Art. 55, Estatuto.

<sup>29</sup> Art. 3º, II, Estatuto.

Nesse caso, a resposta da lei para quando se mostre impossível a adoção do desenho universal é a observação da adaptação razoável,<sup>30</sup> cuja definição também é dada no texto do Estatuto:

Art. 3º, 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;

A definição dos caracteres específicos do que deve conter, tanto o desenho universal quanto a adaptação razoável para garantir a acessibilidade (p.e., rampas, piso tátil, etc.), é delegada pela legislação às normas técnicas de acessibilidade da ABNT, que devem ser observadas a fim de considerar-se acessível determinada edificação, serviço, etc.<sup>31</sup> É dizer: se não for observada a regulamentação da ABNT, não se estará cumprindo o dever de acessibilidade.

Para além dessas regras gerais, cada um dos feixes de acessibilidade foi contemplado pela legislação nas suas peculiaridades. Nessa análise ficará mais claro e direto o modo de atender a acessibilidade em cada uma das situações, o que passamos a estudar agora.

### 1.3.2 Edificações

O primeiro dever de acessibilidade – e que talvez seja o primeiro a ocorrer à mente quando se pensa no tema – é a acessibilidade física a edificações e equipamentos públicos. Deveras, a acessibilidade de edificações deve ser observada por edificações de uso público ou privadas de uso coletivo.<sup>32</sup> Em relação às primeiras, o dever de acessibilidade recai diretamente sobre o Poder Público, ao passo que em relação às segundas, há um dever indireto na forma de fiscalização. É do dever direto de acessibilidade que trataremos agora.

<sup>30</sup> Art. 55, §2º, Estatuto.

<sup>31</sup> Diversos artigos da Lei nº 10.098/2000 fazem expressa referência às normas da ABNT. Além disso, na doutrina, essa obrigatoriedade é identificada por ARAUJO, Luiz Alberto David. *Barrados: pessoas com deficiência sem acessibilidade: como cobrar, o que cobrar e de quem cobrar*. São Paulo: KBR, 2011, p. 29. As normas técnicas pertinentes são NBR 9050:2004, NBR 15250:2005 e NBR 14021:2006.

<sup>32</sup> A classificação estabelecida pela legislação é a seguinte – VI – edificações de uso público: aquelas administradas por entidades da administração pública, direta e indireta, ou por empresas prestadoras de serviços públicos e destinadas ao público em geral; VII – edificações de uso coletivo: aquelas destinadas às atividades de natureza comercial, hoteleira, cultural, esportiva, financeira, turística, recreativa, social, religiosa, educacional, industrial e de saúde, inclusive as edificações de prestação de serviços de atividades da mesma natureza; VIII – edificações de uso privado: aquelas destinadas à habitação, que podem ser classificadas como unifamiliar ou multifamiliar; art. 8º do Decreto nº 5.296/2004.

Tratando das edificações, a legislação fez menção especial à reserva de vagas em estacionamento,<sup>33</sup> a que ao menos um dos acessos seja livre de barreiras arquitetônicas e obstáculos (p.e., degraus, catracas, etc.),<sup>34</sup> que ao menos um itinerário horizontal e vertical que comunique todas as dependências e serviços da edificação seja livre de barreiras e obstáculos.<sup>35</sup>

Além disso, estabelece a legislação disposições específicas para banheiros acessíveis,<sup>36</sup> balcões de atendimento,<sup>37</sup> a exigência de rampas e elevadores<sup>38</sup> e a exigência de espaços reservados para cadeiras de rodas em salas de aula, auditórios e etc.<sup>39</sup>

### 1.3.3 Transporte

A acessibilidade nos transportes está ligada, essencialmente à “disponibilização de pontos de parada, estações e terminais acessíveis de transporte coletivo de passageiros e garantia de segurança no embarque e no desembarque”.<sup>40</sup>

Além da acessibilidade das edificações que compõem os sistemas de transporte público, a legislação demanda ainda que toda a frota de veículos, na sua integralidade, seja acessível na forma das normas técnicas expedidas pela ABNT.<sup>41</sup>

### 1.3.4 Comunicação e informação

Ao lado do dever de acessibilidade ligado à remoção de barreiras físicas em edificações e meios de transporte, a legislação cuida também da acessibilidade das comunicações e informações. A acessibilidade nesse aspecto já se reveste de

<sup>33</sup> Lei nº 10.098/2000, art. 11, parágrafo único, “I – nas áreas externas ou internas da edificação, destinadas a garagem e a estacionamento de uso público, deverão ser reservadas vagas próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoas portadoras de deficiência com dificuldade de locomoção permanente”.

<sup>34</sup> Lei nº 10.098/2000, art. 11, parágrafo único, “II – pelo menos um dos acessos ao interior da edificação deverá estar livre de barreiras arquitetônicas e de obstáculos que impeçam ou dificultem a acessibilidade de pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida”.

<sup>35</sup> Lei nº 10.098/2000, art. 11, parágrafo único, “III – pelo menos um dos itinerários que comuniquem horizontal e verticalmente todas as dependências e serviços do edifício, entre si e com o exterior, deverá cumprir os requisitos de acessibilidade de que trata esta Lei”.

<sup>36</sup> Lei nº 10.098/2000, art. 11, parágrafo único, “IV – os edifícios deverão dispor, pelo menos, de um banheiro acessível, distribuindo-se seus equipamentos e acessórios de maneira que possam ser utilizados por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida”. Também art. 22, Decreto nº 5.296/2004.

<sup>37</sup> Art., 21, Decreto nº 5.296/2004.

<sup>38</sup> Art. 20, Decreto nº 5.296/2004.

<sup>39</sup> Lei nº 10.098/2000, “Art. 12. Os locais de espetáculos, conferências, aulas e outros de natureza similar deverão dispor de espaços reservados para pessoas que utilizam cadeira de rodas, e de lugares específicos para pessoas com deficiência auditiva e visual, inclusive acompanhante, de acordo com a ABNT, de modo a facilitar-lhes as condições de acesso, circulação e comunicação”.

<sup>40</sup> Arts. 9º, IV, e 46, §1º, Estatuto.

<sup>41</sup> Lei nº 10.098/2000, “Art. 16. Os veículos de transporte coletivo deverão cumprir os requisitos de acessibilidade estabelecidos nas normas técnicas específicas”.

grande importância quando se tem foco sobre as atividades particulares, todavia ganham ainda maior relevo quando se tem por objeto atividades de natureza pública. Isso porque, nestas atividades, a comunicação e a informação consubstanciam o princípio constitucional da publicidade (art. 37, *caput* e 1º) e o direito constitucional à informação (art. 5º, XXXIII).

Estabelecem tal princípio e direito fundamental, o conteúdo jurídico de que o Estado não se faz *dominus*, mas curador e administrador de algo que não lhe pertence em vistas de interesse alheio:<sup>42</sup> do interesse público que na democracia é titularizado pelo povo a quem deve prestar contas do exercício de tal administração. E quando se diz “povo”, se quer dizer *todo* o povo, sem exclusão das pessoas com deficiência. Não podem elas ser excluídas dessa prestação de contas, e, por conseguinte, da participação social na condução dos negócios da coletividade.

Por essa razão, com ainda mais força, as comunicações e informações atinentes às atividades públicas devem ser acessíveis.

A legislação, quando trata da acessibilidade de comunicações e informações, faz expressa menção e estabelece requisitos para os sítios mantidos na internet,<sup>43</sup> para os serviços de radiodifusão<sup>44</sup> e telecentros.<sup>45</sup>

### 1.3.5 Cidade

Por fim, a legislação dedica especial atenção à cidade.<sup>46</sup> Isso porque de nada adiantaria contar com edificações e transportes acessíveis se, da porta destes para fora, o quadro fosse o de uma cidade hostil à pessoa com deficiência. Assim, estabelece a legislação que devem observar as normas técnicas de acessibilidade de mobiliário e espaços urbano, bem como o passeio público.

<sup>42</sup> Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Civitas: Madri, 2001, p. 124 e 127 e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2012, p. 45.

<sup>43</sup> Estatuto: “Art. 63. É obrigatória a acessibilidade nos sítios da internet mantidos por empresas com sede ou representação comercial no País ou por órgãos de governo, para uso da pessoa com deficiência, garantindo-lhe acesso às informações disponíveis, conforme as melhores práticas e diretrizes de acessibilidade adotadas internacionalmente.

§1º Os sítios devem conter símbolo de acessibilidade em destaque”.

<sup>44</sup> Estatuto: “Art. 67. Os serviços de radiodifusão de sons e imagens devem permitir o uso dos seguintes recursos, entre outros:

I – subtítuloção por meio de legenda oculta;

II – janela com intérprete da Libras;

III – audiodescrição”.

<sup>45</sup> Estatuto: “Art. 63, §2º Telecentros comunitários que receberem recursos públicos federais para seu custeio ou sua instalação e lan houses devem possuir equipamentos e instalações acessíveis.

§3º Os telecentros e as lan houses de que trata o §2º deste artigo devem garantir, no mínimo, 10% (dez por cento) de seus computadores com recursos de acessibilidade para pessoa com deficiência visual, sendo assegurado pelo menos 1 (um) equipamento, quando o resultado percentual for inferior a 1 (um)”.

<sup>46</sup> O Estatuto das Cidades prevê, ele próprio, uma tipificação de improbidade administrativa ligada ao descumprimento dos requisitos necessários para elaboração do plano diretor. Entendemos que, pela regra da especialidade, quando a acessibilidade se enquadre nesse contexto, a tipificação adequada será a do Estatuto das Cidades. Nos demais casos, será a do art. 11, IX da lei de improbidade administrativa, inserido pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência.

Ademais, estabelece a legislação que o plano diretor deve estabelecer um plano de rotas acessíveis e instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano que incluam regras de acessibilidade aos locais de uso público de forma integrada com sistema de transporte de passageiros.<sup>47</sup>

Ainda há disposição garantindo a observância das normas técnicas de acessibilidade e livre circulação nas situações de intervenção temporária em vias e espaços públicos provocada pelo Poder Público ou por concessionários ou permissionários.<sup>48</sup>

## 2 Tipificações do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa

Assim como é necessário compreender o dever de acessibilidade no contexto maior da proteção constitucional à pessoa com deficiência, inspirada pelos vetores da igualdade e da dignidade da pessoa humana, igualmente necessário é compreender o contexto no qual essa disposição se insere dentro do grande tema da improbidade administrativa. Somente sobre estas sólidas bases se poderá erigir uma compreensão correta acerca da mais nova tipificação inserida no rol da lei de improbidade administrativa.

E se o primeiro tema – a proteção constitucional da pessoa com deficiência – cuidado foi objeto do capítulo inaugural deste estudo, o segundo há de encontrar sua hora e vez exatamente neste momento.

### 2.1 Atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública

As categorias típicas da lei de improbidade administrativa carregam traços característicos tanto na sua configuração típica quanto nas sanções aplicáveis diante do cometimento das condutas descritas em seus róis.

Em se tratando da categoria dos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública, temos um elenco de condutas cuja punição almeja a proteção do bem jurídico da lealdade às instituições e da imparcialidade no trato da coisa pública.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Art. 60, I, II, III, IV, V do Estatuto.

<sup>48</sup> Art. 59 do Estatuto.

<sup>49</sup> Ensina José Roberto Pimenta Oliveira que cada categoria de tipificações na lei de improbidade tem por substrato a proteção de determinado bem jurídico. Ao lado dessa tipificação já exposta, a categoria de tipos previstos no art. 9º da lei visaria a proteger o bem jurídico da honestidade ao atacar condutas de corrupção em sentido estrito, marcadas pela promessa ou auferição de vantagens indevidas em razão da atividade administrativa. Ao passo que a categoria de tipos descrita no art. 10 visaria a proteger o zelo na gestão do erário. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 249 a 262.

Desse modo, para configurar-se a conduta típica amparada pelo artigo 11 da lei de improbidade administrativa ou por qualquer de seus incisos, não se faz necessário a ocorrência de dano ao erário ou de enriquecimento ilícito do agente.<sup>50</sup> Basta a ofensa ao bem jurídico da lealdade e da imparcialidade.<sup>51</sup>

É certo observar que a tipificação na cláusula geral do *caput* do artigo 11 e mesmo a tipificação empregada ao longo de seus incisos é marcada pelo emprego de fórmulas menos rígidas, valendo-se de conceitos fluidos.<sup>52</sup>

Ademais, é imperioso observar que tais incisos são hipóteses, em sua maioria, de tipos “em branco”,<sup>53</sup> fazendo referência à desobediência a outros textos normativos configurados, por exemplo, pelas condutas (i) de praticar ato com fim proibido em lei, em regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência; (ii) retardar ou deixar de praticar atos de ofício. (iii) revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; (iv) deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; (v) descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas; e (vi) deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação.

Todos esses dispositivos tipificam, na verdade, o descumprimento: (i) da lei que estabelece a finalidade e a regra de competência; (ii) da norma que estabelece os atos de ofício a serem praticados; (iii) da norma que estabelece quais fatos devem permanecer em segredo; (iv) da norma que estabelece quando o agente deve prestar contas; (v) das normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas de parcerias; (vi) da legislação que estabelece os requisitos de acessibilidade.

Desta técnica legislativa, poder-se-ia erroneamente extrair que basta o descumprimento de qualquer dessas normas para incorrer em uma das figuras típicas descritas nos incisos do artigo 11. Uma compreensão equivocada na medida em que confunde a ilegalidade e a improbidade entendendo que, nessas situações – ou

<sup>50</sup> Nesse sentido, FREITAS, Juarez. *Princípio da moralidade administrativa*. In: PIRES, Luis Manoel; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 198.

<sup>51</sup> Nesse sentido: “A legalidade, assim, torna-se valor ético-jurídico protegido pela norma sancionatória, não de forma isolada, mas desde que a violação dela venha acompanhada da marca e do coeficiente de reprovação originado no art. 37, §4º da Lei Fundamental” OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Op. cit.*, p. 263.

<sup>52</sup> Em relação aos conceitos fluidos ou indeterminados é pertinente trazer à baila a advertência de Eros Grau, para quem não é correto falar em conceitos indeterminados vez que estes, como “signos de predicados axiológicos” terão sempre um conteúdo determinado, havendo possível indeterminação somente nos termos que o designam. Cf. GRAU, Eros. Notas sobre os conceitos jurídicos. *Revista de Direito Público*, n. 74, p. 219.

<sup>53</sup> Rafael Munhoz de Mello ensina que as normas em branco são aquelas “disposições legais que tipificam as infrações administrativas de modo incompleto, dependendo a tipificação completa de elemento constante de outra norma jurídica. MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador*: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p.146

mesmo na desobediência genérica ao princípio da legalidade tal enunciado no *caput* –, toda a toda ilegalidade cometida seria atribuído um ato de improbidade.<sup>54</sup>

Justamente no combate dessa distorcida interpretação, é que a doutrina e a jurisprudência, desde a edição da lei de improbidade administrativa, envidam o melhor de seus esforços na tentativa de firmar requisitos e limites. Elementos que, com um mínimo de segurança jurídica, forneçam bases sólidas para definir quando uma ilegalidade se revestiria também do manto da improbidade, acarretando a aplicação das pesadas sanções que esta última desafia.

## 2.2 Tipificação material

A primeira ideia para solucionar tal problema foi recorrer-se às noções de razoabilidade e proporcionalidade. Uma interpretação muito bem trabalhada por José Roberto Pimenta Oliveira, para quem a transmutação de uma mera ilegalidade em um ato de improbidade administrativa exigiria uma ofensa material relevante ao bem jurídico<sup>55</sup> protegido.

Haveria assim, além da tipificação formal na lei de improbidade, uma implícita tipificação material exigindo-se que a conduta ali descrita ofendesse o bem jurídico protegido por cada categoria de atos de improbidade. E mais: essa ofensa deveria ser suficientemente grave.<sup>56</sup>

Deveras, a leitura do referido dispositivo através da lente do bem jurídico tutelado é imprescindível para sua aplicação. Todas as condutas descritas nos incisos do artigo 11 são imediatamente referíveis à quebra ou da lealdade ou da imparcialidade.

Aquele que incorre em desvio de finalidade, retarda ou deixa de praticar indevidamente ato de ofício ou nega publicidade a atos oficiais marcadamente falha em seus deveres funcionais, malversa a função pública colocada em suas mãos em descompasso com o que dele era esperado. Claro caso de deslealdade à instituição que integra. Mais clara ainda se torna essa deslealdade na conduta daquele que trai o segredo funcional – associação mais comezinha à ideia de deslealdade e quebra de confiança, até mesmo entre particulares nas suas relações pessoais.

<sup>54</sup> “Como se fosse possível, de uma penada, equiparar coisas, valores e conceitos distintos. O resultado é o arbítrio. Em síntese, não pode o legislador dizer que tudo é improbidade” FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 125.

<sup>55</sup> Alguns autores e decisões judiciais mencionam que deve haver uma ofensa à moralidade administrativa para configurar-se o cometimento da improbidade. Entendemos moralidade administrativa segundo descrita por Marcio Cammarosano, para quem a moralidade congrega não o sentido moral de uma dada sociedade em dada época, mas valores morais juridicizados. Nesse sentido, enxergamos na lealdade e na imparcialidade os valores morais juridicizados que, se ofendidos, configurariam *ipso facto* uma ofensa à moralidade segundo o conceito que aqui empregados. Cf. CAMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

<sup>56</sup> Não é qualquer ofensa à probidade administrativa que justifica acionar o dever-poder punitivo cristalizado e fundamentado no artigo 37, §4º da Constituição. Por forçado princípio da proporcionalidade, somente havendo agressão em nível suficiente para abalar os bens jurídicos tutelados. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Op. cit.*, p. 281.

Aquele que frustra a licitude de um concurso público – instrumento destinado exatamente a garantir a impessoalidade para a investidura em cargos ou empregos – ou que garante informação privilegiada a terceiro acerca de medida política ou econômica, relevante para o mercado, ofende a imparcialidade. Desequilibra as condições de igualdade. Seja ao prejudicar tais condições em sede do processo de investidura de cargos ou empregos; seja ao conferir odioso privilégio para terceiros franqueando-lhes posição de vantagem em negociações por meio do conhecimento de informações antes que cheguem ao conhecimento dos demais.<sup>57</sup>

O que se tem portanto é uma tipificação que (i) nos incisos elenca condutas que ofendem a lealdade e a imparcialidade; (ii) no *caput* alberga todas as condutas não previstas nos incisos mas que também ofendem a lealdade e a imparcialidade.

Outra tentativa foi acorrer-se à ideia de má-fé. Nessa conceituação, é preciso haver má-fé, desonestidade, má intenção no cometimento da ilegalidade. Essa noção foi apresentada, pela primeira vez, pelo Ministro Fux, quando ainda julgava no Superior Tribunal de Justiça.<sup>58</sup> Nessa decisão, o caso fático tratado era bastante interessante e nos servirá como um bom exemplo a tratar do tema. No caso, o prefeito de Diadema, em razão de uma epidemia que se bateu sobre o município de Avanhandava, alienou medicamentos de propriedade de seu município para o município vizinho. Todavia, tal alienação se deu sem a devida prévia autorização legal. Entendeu o Ministro Fux que o prefeito de Diadema, em que pese ter cometido uma ilegalidade, “agiu de boa-fé na tentativa de ajudar o município vizinho de Avanhandava a solucionar um problema iminente de saúde pública”, não havendo assim a improbidade por ausência de má-fé.

Todavia, é importante observar que, ainda que tenha argumentado pela ausência de má-fé no referido caso, o que estava presente era, deveras, uma ausência de tipificação material. O que o Ministro revela ao afirmar que se faz necessário uma quebra “de um dos bens jurídicos tutelados pela norma especial”.

<sup>57</sup> A conduta de descumprir as normas relativas à celebração, fiscalização e aprovação de contas no contexto das parcerias voluntárias com entidades privadas será enquadrável em uma ou outra categoria a depender da norma descumprida. A conduta de deixar de cumprir o dever de acessibilidade será objeto de estudo específico no terceiro capítulo deste trabalho.

<sup>58</sup> “AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. 1. A Lei 8.429/92 da Ação de Improbidade Administrativa, que explicitou o cânone do art. 37, §4º da Constituição Federal, teve como escopo impor sanções aos agentes públicos incursos em atos de improbidade nos casos em que: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) que causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. 2. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma, é mister o alcance de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial. 3. No caso específico do art. 11, é necessária cautela na exegese das regras nele insertas, porquanto sua amplitude constitui risco para o intérprete induzindo-o a acoiar de ímprobos condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa” (STJ – REsp nº 480387 SP 2002/0149825-2, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 16.03.2004, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 24.05.2004 p. 163).

Quando o Ministro afirma que deve-se diferenciar as condutas ímprobadas daquelas “condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público e preservada a moralidade administrativa”, o que se observa é: condutas ímprobadas são aquelas que atingem substancialmente os bens jurídicos protegidos, condutas “meramente irregulares” são aquelas que não atingem substancialmente esses bens jurídicos. Não atacam assim a moralidade administrativa na medida em que não violam valores juridicizados. Não ocorre, nesses casos, a adequação à tipicidade material do ilícito. Isto é, ainda que se verifique a ilegalidade na conduta do Prefeito de Diadema, não há a ofensa suficientemente grave à lealdade e à imparcialidade que atraia o signo da improbidade – sob a tipificação do artigo 11 – para sua conduta. Esta será, portanto, do ponto de vista do ilícito da improbidade, atípica.<sup>59</sup>

### 2.3 Elemento subjetivo

Além dessa citada decisão, é possível encontrar diversas outras manifestações jurisdicionais do Superior Tribunal de Justiça que exigem a demonstração da má-fé para caracterização de uma ilegalidade como ato de improbidade administrativa.<sup>60</sup>

Nessas decisões, o que se chama por “má-fé” é, na verdade, o elemento subjetivo do agente. Como explica Pimenta Oliveira: “Usualmente a doutrina aponta a *má-fé* como elemento necessário à tipificação subjetiva do ato ímprobo. A utilização comum da noção é cara ao âmbito da responsabilidade civil. No *direito punitivo da improbidade*, *má-fé tem equivalência com dolo, conduta contrária à lei, com plena consciência da ilicitude*”.<sup>61</sup>

O mesmo já se observou também no Superior Tribunal de Justiça, em decisões que exigem, nomeadamente, o dolo para a caracterização da improbidade, afastando a ideia de responsabilidade objetiva.<sup>62</sup>

O dolo é estudado, sobretudo, no contexto do direito penal, *locus* em que suas potencialidades e características foram mais intensamente analisadas. É desse ramo de um mesmo uno Direito<sup>63</sup> que, portanto, buscaremos inspiração para entender o dolo exigido pela tipificação do artigo 11.

<sup>59</sup> O mesmo raciocínio, pela atipicidade material quando não haja violação substancial ao bem jurídico protegido, é empregado também na seara penal ao definir como atípica, por exemplo, a conduta abrangida sob o princípio da insignificância. Nesse sentido, ver STF, HC nº 98152, Rel. Min. Celso de Mello, STF, HC nº 133.984, Rel. Min. Carmen Lúcia.

<sup>60</sup> Nesse sentido: STJ – AgRg no REsp nº 1223106 RN 2010/0197048-7, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 21.10.2014, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: *DJe* 20.11.2014.

<sup>61</sup> OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Op. cit.*, p. 277.

<sup>62</sup> Cf. STJ – REsp nº 951389 SC 2007/0068020-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 09.06.2010, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: *DJe* 04.05.2011.

<sup>63</sup> Entendemos que existe uma categoria geral de Direito punitivo, que se manifesta em diversos ramos do Direito. Desse modo, o direito administrativo, recentemente ingressando cada vez mais nessa seara punitiva, tem muito a beber nas fontes do direito penal, mais antiga manifestação de Direito punitivo, que tipifica condutas e se lhas impõe sanções amparado em séculos de construção teórica e jurisprudencial.

Nelson Hungria, dos maiores penalistas brasileiros, define o dolo como “a vontade a exercer-se por causa ou apesar do previsto resultado antijurídico”.<sup>64</sup> Dessa definição se extrai uma vontade livre de autodeterminar-se, bem como a consciência de que a conduta provocará um resultado antijurídico. O agir em busca ou “por causa” desse resultado é o dolo direto. O agir “apesar” desse resultado é o chamado dolo eventual. No primeiro, a intenção do agente é de praticar deliberadamente o resultado antijurídico. No segundo caso, a intenção do agente não está diretamente ligada à produção do resultado antijurídico, mas o agente tem consciência de que ele poderá ser produzido e age mesmo assim, apesar disso. Ambas as modalidades são aptas a configurar o ato de improbidade administrativa.<sup>65</sup>

Entendemos, portanto, que os critérios necessários para a configuração do ato de improbidade administrativa são (i) a adequação da conduta à tipificação formal e material; (ii) a necessidade do dolo na ação da conduta típica, i.e. quando a conduta típica seja praticada mediante uma vontade livre e consciente de agir.

### 3 A figura típica de “deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação”

Munidos das premissas trabalhadas nos capítulos anteriores desse trabalho, podemos, enfim, tecer considerações sobre a específica figura típica de “deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação”

De início, é de observar que a aplicação do artigo 11 da lei de improbidade administrativa é de aplicação subsidiária, residual. Assim, quando o descumprimento dos deveres de acessibilidade estiver ligado a uma situação de enriquecimento ilícito ou de danos ao erário, serão atraídas as tipificações constantes nos artigos 9º e 10. Trataremos aqui, portanto, da situação em que não haja a percepção de vantagens ilícitas pelo agente público ou a produção de danos ao erário.

#### 3.1 Elemento objetivo – Contornos do tipo

Os tipos do artigo 11 da lei de improbidade administrativa, como já vimos, apresenta tanto uma tipificação formal quanto uma tipificação material. A tipificação formal consubstanciada na conduta de “deixar de cumprir a exigência de requisitos

<sup>64</sup> HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume I. Tomo II: arts. 11 ao 27, por Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 141.

<sup>65</sup> José Roberto Pimenta Oliveira dá interessante exemplo nesse sentido, tratando de ilícito previsto no rol do art. 11 da lei de improbidade administrativa: “Comporta-se com dolo direto o agente público que, com consciência e vontade, entrega gabarito de prova de concurso público para amigo, fraudando a licitude do certame. Haverá dolo eventual, todavia, quando o agente público ciente de que seu amigo está na dúvida de realizar as provas do certame, entrega para o mesmo o gabarito oficial da prova, aceitando o risco do resultado (ex vi artigo 11, V)” OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Op. cit.*, p. 273.

de acessibilidade previstos na legislação” e a tipicidade material consubstanciada no bem jurídico protegido.

Acerca da tipicidade formal, temos uma opção legislativa pela inclusão de novo inciso no rol do artigo 11. É de se observar que o *caput* de cada um dos artigos – 9º, 10 e 11 – da lei de improbidade adotam a técnica de tipificar como atos de improbidade uma categoria geral de violação a um determinado bem jurídico protegido pelo art. 37, §4º, da Constituição Federal. Tal categoria geral é detalhada em róis exemplificativos nos incisos.

Assim se tem que são tipos de improbidade (i) auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei; (ii) qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º da lei; e (iii) qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições. Todas essas três condutas se mostram, *notadamente*, nas hipóteses albergadas nos incisos de cada respectivo artigo.

Assim, por exemplo, o ato tipificado como ato de improbidade é o ato de auferir vantagem patrimonial indevida em razão do cargo, mandato, emprego, função ou atividade. Tipificação oriunda do *caput* do art. 9º da lei de improbidade administrativa. Tal conduta pode se manifestar em qualquer das hipóteses abrangidas em seus doze incisos, como, *e.g.*, incorporar ao próprio patrimônio bens pertencentes à Administração. Haverá incidência direta da tipificação contida no art. 9º, XI, e incidência indireta da tipificação contida no art. 9º, *caput*. Todavia, tal conduta pode ainda manifestar-se em hipóteses não abrangidas pelos incisos, havendo incidência direta da tipificação contida no *caput*. Podemos pensar, por exemplo, na conduta do agente público que incorpora ao seu patrimônio um bem que não pertença ao acervo patrimonial da Administração, todavia estava em sua guarda em razão do cargo. Um exemplo seria o agente penitenciário que se apropria de bem pertencente a preso. A conduta não se adapta às tipificações constantes nos incisos do artigo 9º, todavia amolda-se à perfeição ao tipo formulado na cláusula geral de *caput*.

Nesse sentido, não é insensato afirmar que o descumprimento dos deveres de acessibilidade – definidos em lei e cujos prazos para cumprimento pelo poder público já se esgotaram há muito – se amolda à figura geral do *caput* do art. 11. Tanto em sua tipificação formal – na medida em que constitui uma violação ao dever de legalidade – quanto em sua tipificação material – na medida em que acena com uma violação potencialmente substancial aos bens jurídicos protegidos por essa tipificação.

Entendemos que, respeitada a adequação à cláusula geral de cada artigo, a opção por detalhar condutas que *notadamente* amoldam-se a essa cláusula geral está sujeita à discricionariedade legislativa. Deste modo, pode o legislador inserir um

inciso XIII no rol do art. 9º definindo que a conduta de apropriar-se de bem particular de que se tem a posse em razão do cargo também notadamente configura um ato de “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo”. Na mesma medida, poderia ter feito – como o fez – o legislador em definir que o descumprimento dos deveres de acessibilidade configura *notadamente* uma violação aos deveres de legalidade e impessoalidade. Assim, entendemos que é livre o legislador para detalhar condutas tantas quantas forem aquelas que se amoldem aos tipos gerais estabelecidos no *caput* dos artigos 9º, 10 e 11.

Uma vez detalhada a conduta no novel inciso IX do artigo 11 da lei de improbidade tem-se, então, que o descumprimento dos deveres de acessibilidade encontrará sua tipificação direta neste inciso e sua tipificação indireta no *caput* do referido artigo. Típica será, portanto, a conduta de “deixar de cumprir a exigência de requisitos de acessibilidade previstos na legislação”.<sup>66</sup>

Em vista desse enunciado normativo, para encontrar o conteúdo jurídico da tipificação, será necessário (i) descrever qual é o dever de acessibilidade exigido pela legislação – conteúdo da tipicidade formal; e (ii) identificar quando o descumprimento desses deveres significará uma violação substancial ao bem jurídico protegido – conteúdo da tipicidade material.

O dever de acessibilidade é, com maior detalhamento no primeiro capítulo desse trabalho, o garantir o 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.

Todos esses são requisitos de acessibilidade previstos na legislação. Do ponto de vista da tipicidade formal, estarão todos no mesmo plano. Isso porque a definição de acessibilidade que orienta a interpretação do Estatuto assim os posiciona. Partamos, portanto, para a investigação da tipicidade material.

Quanto o bem jurídico, temos que todos os incisos do artigo 11 da lei de improbidade administrativa cuidam de ofensas ou à lealdade ou à impessoalidade. A tipificação envolvendo os deveres de acessibilidade está no segundo grupo. Vejamos.

Como vimos anteriormente, estão, neste rol de tipos que acenam com a violação à impessoalidade, as condutas de frustrar a licitude de um concurso público e de garantir informação privilegiada a terceiro acerca de medida política ou econômica, relevante para o mercado. Condutas que revelam ofensas à impessoalidade na medida em que desequilibram as condições de igualdade.

<sup>66</sup> O que não afasta a tipicidade – oriunda diretamente do *caput* – de outras violações aos deveres de legalidade e imparcialidade envolvendo o tema de pessoas com deficiência. Podemos pensar, por exemplo, na hipótese de discriminar a pessoa com deficiência em promoções no âmbito de um emprego público.

Traço comum entre ambas é, contudo, que a igualdade que desequilibra é a igualdade na sua acepção de igualdade formal. É justamente na acepção de tratar igualmente os iguais que essas duas condutas se colocam: aqueles prestando um concurso público ou aqueles competindo no mercado sob a livre iniciativa devem ter garantida a sua igualdade formal. Isto é, devem ser tratados sem privilégios ou discriminações. Frustrar a licitude de um concurso público é conduta, em regra, marcada por oferecer esses privilégios e discriminações. Ao passo que garantir informações relevantes sobre o mercado a terceiros antes de sua divulgação oficial é um evidente e odioso privilégio. Quebras portanto da igualdade perante a lei.

O descumprimento das regras de acessibilidade acena também com uma violação à impessoalidade, mas, a seu turno, apresenta uma quebra das condições de igualdade na sua acepção material, na sua acepção de igualdade na lei, de tratar desigualmente os desiguais.

Enquanto na garantia de uma informação privilegiada, por exemplo, o agente ímprobo, pela ação, cria uma desigualdade proibida; na conduta de descumprir os deveres de acessibilidade, o agente ímprobo, pela omissão, mantém uma desigualdade que deveria ser combatida.

A tipificação é, portanto, deixar de garantir o 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, com a intenção de violar a impessoalidade.

É do ponto de vista da tipicidade material que se pode observar uma diferença, no plano axiológico, entre os deveres de acessibilidade. Isso porque, primeiro, é de se ter em mente que a violação ao bem jurídico, para que seja atingida a tipicidade material, deve ser substancial. Ademais, o descumprimento a diferentes deveres de acessibilidade acena com diferentes medidas de violação à impessoalidade. Alguns resultando na configuração como ato de improbidade, outros não.

É de se citar ainda que essa violação da à impessoalidade deve ser substancial, exigindo-se uma ofensa material relevante, analisada segundo as raias da razoabilidade e da proporcionalidade. Para balizar as ponderações que se farão nessa senda, diversos elementos podem ser colacionados tais como: (i) o grau de fundamentalidade do direito que está deixando de ser acessado pela pessoa com deficiência; (ii) o número de pessoas com deficiência potenciais usuárias daquele serviço ou edificação; (iii) o grau de acessibilidade (p.e., se determinada edificação não obedece qualquer regra de acessibilidade ou se apenas apresenta determinada rampa de acesso em descompasso com a respectiva norma técnica da ABNT).

### 3.2 Elemento subjetivo – Critérios

Para além da tipicidade, é imperioso avaliar o elemento subjetivo.

O descumprimento dos deveres de acessibilidade pode se manifestar de duas formas distintas. A primeira delas é o descumprimento ostensivo, presente, por exemplo, na conduta ativa do agente que determina a construção ou reforma de um prédio público em total desatenção aos deveres de acessibilidade. Nessas situações é claro o momento consumativo do ilícito, bem como é facilmente demonstrável o dolo – ao menos na modalidade de dolo eventual.

Outra situação bastante distinta é aquele descumprimento que se manifesta na inércia, na conduta omissiva do agente. Tais situações demandarão maior atenção. Isso porque trata-se de um tipo omissivo próprio bem como um tipo de índole permanente cuja execução se protraí no tempo – uma vez que um dos deveres de acessibilidade é de adaptar as edificações e serviços já existentes, enquanto não forem adaptados configura-se a desobediência permanente ao dever de acessibilidade. Uma conjugação inédita no contexto da improbidade administrativa que cria dificuldades exatamente pelo caráter permanente e omissivo da conduta.

Mais tormentosa ainda se torna a questão quando se considera que foram fixados generosos e razoáveis prazos para a realização dessas adaptações, todos eles já esgotados. Como identificar a omissão do agente público? E, mais ainda, como identificar uma omissão dolosa do agente público? É dizer: a partir de que momento se pode dizer que o agente público responsável por fazer as adequações necessárias estará dolosamente inerte?

Pensemos no caso de um secretário de saúde municipal recém-empossado, em uma cidade na qual todos os seus antecessores descumpriram os deveres de acessibilidade. De modo que todos os equipamentos públicos de saúde do município encontram-se em absoluto descompasso com os requisitos legais.

Está incluso entre os deveres de acessibilidade a serem observados pelo secretário o de adaptar edificações de acordo com as exigências legais. A partir de quando poderá ele ser reputado inerte? Mais: a partir de quando ele poderá ser reputado dolosamente inerte e, assim, ímprobo?

Novamente buscando no direito penal uma construção teórica que naquele ramo foi muito mais desenvolvida, temos que o ilícito permanente se caracteriza como aquele em que o “momento consumativo se protraí no tempo, e o bem jurídico é continuamente agredido”<sup>67</sup>.

O tipo omissivo próprio se consuma quando escoado um tempo razoável para o agente agir, evitando a omissão proibida, mas ele permanece inerte, não demonstrando a intenção de agir.

<sup>67</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 177-179.

Assim, no campo penal, pode se dar o exemplo da omissão de socorro. Diante de uma situação em que teria o dever legal de agir, o agente não age. Todavia, para se afigurar consumado o delito há um prazo razoável a fim de que ele se manifeste. No caso, e.g. de um salva-vidas diante de um possível afogamento, esse prazo será de poucos minutos. Se escoado esse prazo razoável e o agente não aja, ainda que o socorro seja prestado por outrem – não havendo resultado no mundo naturalístico – o agente responderá pela conduta típica omissiva. Isso porque, podendo agir, não agiu em um prazo razoável. Somente após escoado um prazo razoável para sua ação é que se pode dizer que há intenção do agente, que este optou por não agir, configurando-se o dolo.

É de se observar ainda que, diante de uma conduta omissiva, o dolo compreende tanto a vontade livre e consciente de agir, quanto a possibilidade fática de agir. No campo da omissão de socorro – para aproveitar o exemplo – exige-se do agente a possibilidade física e psicológica de prestar assistência sem riscos pessoais ou para a própria vítima. Nesse sentido, não estaria presente o dolo naquele que, escoado o prazo razoável para fazê-lo, deixa de prestar socorro porque demasiadamente assustado com a situação da vítima ou porque comprovadamente estudava a melhor forma de agir.

O mesmo raciocínio deve ser empregado para esse inovador tipo de improbidade omissiva. Deve-se conceder um prazo razoável ao agente para que seja configurada uma omissão dolosa. É dizer: a fim de que essa seja caracterizada é preciso que – tal qual no campo penal – passado um prazo razoável para manifestar-se, mesmo assim o agente não aja. Equiparando-se assim à conduta de descumprimento ostensivo dos deveres de acessibilidade. Isto pois, mesmo gozando de um prazo razoável para fazê-lo, não o fez.

Ademais, é necessário observar a necessidade de configurar-se a possibilidade fática. Retomando nosso exemplo do secretário de saúde, tem-se que será bastante difícil que este tenha a possibilidade fática de adaptar todos os prédios sob sua responsabilidade de uma vez só. Neste campo, observe-se, ingressamos na seara da reserva do possível.<sup>68</sup> Não se poderá dizer que sua omissão em cumprir os deveres de acessibilidade seja dolosa, justamente em razão da impossibilidade fática de suprir a omissão proibida.

Sintetizando as afirmações que aqui fizemos acerca do elemento subjetivo na tipificação de descumprir os deveres de acessibilidade como ato de improbidade temos: a conduta típica pode manifestar-se pela ação ostensiva – ao descumprir

<sup>68</sup> Tal tema, embora relevante para aferir o dolo do agente público, deve ser tratado com enorme cautela, vez que o tema da acessibilidade compreende-se em um dever de índole constitucional ao qual o direito positivo garantiu a máxima prioridade. Contudo, uma vez que, cabalmente demonstrada a impossibilidade financeira de, p.e. reformar todos os edifícios de um Município de uma só vez em razão de terem sido omissas as administrações passadas, tal elemento não pode ser desconsiderado.

diretamente os deveres de acessibilidade, por exemplo na construção de um novo prédio público que não os observe – ou pela inércia – ao não cumprir, por exemplo, o dever perene de adaptar as edificações que ainda não sejam acessíveis.

No primeiro caso, o descumprir é direto. Verifica-se no comportamento do agente um descumprimento doloso dos deveres de acessibilidade. O momento consumativo do ilícito se dará no descumprimento, por exemplo, na publicação de um edital de obra pública cujo projeto básico não observa os deveres de acessibilidade.

No segundo caso, o descumprir é um não cumprir, manifestado pela omissão permanente. Nessa situação, deve ser dado ao agente um prazo razoável para agir, bem como observada a sua possibilidade de agir. Escoado esse prazo e havendo possibilidade de agir, pode-se verificar sua intenção em não agir e assim, configurar-se a omissão dolosa.

### 3.3 Falha de fiscalização e terceiro beneficiário

Por fim, é de se anotar brevemente a possibilidade de enquadramento de terceiro beneficiário na tipificação de descumprimento dos deveres de acessibilidade. Isso porque, entre esses deveres, há duas ordens de comandos. A primeira diz respeito àqueles a serem diretamente cumpridos pelo Poder Público de modo que suas edificações e serviços sejam acessíveis.

Para além desses comandos que tem por objeto os serviços e edificações públicas, a legislação ainda contém comandos a ser observados pelos particulares em serviços e edificações abertas ao público. Assim, a segunda ordem de comandos cujo destinatário é o poder público consubstancia-se em um dever de fiscalizar se os particulares estão cumprindo adequadamente os deveres de acessibilidade.<sup>69</sup>

É dizer: os deveres de acessibilidade demandam duas tarefas do Poder Público: (i) observar os requisitos legais de acessibilidade em seus próprios serviços e edificações; (ii) fiscalizar para que os particulares observem os requisitos legais de

<sup>69</sup> Estatuto: “Art. 54 – São sujeitas ao cumprimento das disposições desta Lei e de outras normas relativas à acessibilidade, sempre que houver interação com a matéria nela regulada:

I – a aprovação de projeto arquitetônico e urbanístico ou de comunicação e informação, a fabricação de veículos de transporte coletivo, a prestação do respectivo serviço e a execução de qualquer tipo de obra, quando tenham destinação pública ou coletiva;

II – a outorga ou a renovação de concessão, permissão, autorização ou habilitação de qualquer natureza;

III – a aprovação de financiamento de projeto com utilização de recursos públicos, por meio de renúncia ou de incentivo fiscal, contrato, convênio ou instrumento congênere; e

IV – a concessão de aval da União para obtenção de empréstimo e de financiamento internacionais por entes públicos ou privados.

Art. 60, §1º A concessão e a renovação de alvará de funcionamento para qualquer atividade são condicionadas à observação e à certificação das regras de acessibilidade.

§2º A emissão de carta de habite-se ou de habilitação equivalente e sua renovação, quando esta tiver sido emitida anteriormente às exigências de acessibilidade, é condicionada à observação e à certificação das regras de acessibilidade”.

acessibilidade em serviços e edificações particulares abertas ao público. Ambas as tarefas integram os deveres de acessibilidade postos sob guarda do Poder Público, de sorte que o descumprimento de ambos ensejará a tipificação formal como ato de improbidade.

Assim, quando se omite em fiscalizar, o Poder Público também estará desrespeitando seus deveres de acessibilidade previstos na legislação, ofendendo a impessoalidade tanto na quebra da igualdade material devida às pessoas com deficiência quanto na igualdade formal entre os particulares passíveis de fiscalização.

Assim, comprovando-se que o agente público deixa, dolosamente, de fiscalizar esse ou aquele particular,<sup>70</sup> haverá a tipificação do ato ímprobo de descumprir os deveres de acessibilidade e por ele responderá o agente público competente para essa fiscalização que deixou dolosamente de fazer.

Essa não fiscalização poderá beneficiar aquele que deixa de ser fiscalizado. Benefício esse que poderá consistir, por exemplo, em não ter dispêndios em regularizar uma edificação.

Desse modo, haverá incidência do artigo 3º da lei de improbidade administrativa quando estabelece que as disposições da lei aplicam-se não só ao agente público que cometa o ato de improbidade, mas também “àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta”.

Assim, o particular que se beneficiou, deixando de ser fiscalizado pelo Poder Público quanto ao cumprimento dos requisitos de acessibilidade, responderá pelo ato de improbidade, como terceiro beneficiário, na medida de sua culpabilidade.<sup>71</sup>

## 4 Conclusão

O tema da garantia de acessibilidade para as pessoas com deficiência sempre foi relegado à omissão, mesmo em face de um dever de acessibilidade posto há quase trinta anos no texto da Constituição Federal de 1988.

A ausência de acessibilidade é uma violação pungente da igualdade na sua acepção de igualdade material, eis que priva as pessoas com deficiência de colocarem-se em paridade de condições com as demais. As barreiras impostas pela ausência de acessibilidade impendem as pessoas com deficiência de inserirem-se

<sup>70</sup> É de se observar que aqui tratamos de situação em que não há vantagem ilícita recebida pelo agente para deixar de realizar a fiscalização. Caso seja esse o caso, a tipificação da conduta ímproba ocorrerá sob as raízes do artigo 9º da lei de improbidade administrativa.

<sup>71</sup> Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “O terceiro, mesmo beneficiado, não pode ser punido se agiu de boa-fé, ou seja, se ‘mesmo com razoável diligência, comum aos homens médios, não teria percebido a ilicitude do ato gerador de seus benefícios’ (REsp nº 827445/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02.02.2010, DJe 08.03.2010).

em igualdade de condições com as demais no seio da sociedade. Além disso, obstaculizam o acesso dessas pessoas aos mais básicos direitos como o direito de ir e vir, o direito ao trabalho, o direito à informação, ao lazer, à saúde, à educação.

Os instrumentos legais destinados à concretização do mandamento constitucional de acessibilidade só foram estabelecidos depois de doze anos da promulgação da Carta Cidadã. Necessários ainda mais quatro anos para a regulamentação infralegal.

Mesmo assim tais instrumentos se fizeram pouco efetivos. Previram prazos larguíssimos para a adaptação de edificações e serviços já existentes. E, mesmo suas disposições atinentes a novas edificações e serviços, são conhecidamente ignoradas na maior parte dos casos.

A violação desses comandos legais, manifesto descumprimento dos deveres de legalidade com substancial ofensa ao bem jurídico da impessoalidade, já poderia, por si só, dar ensejo à caracterização da improbidade nos termos do *caput* do artigo 11 da lei de regência.

Uma possibilidade que, tal qual os requisitos e deveres de acessibilidade encontrados na legislação, não foi empregada com toda a sua força.

É nesse contexto que o Estatuto das Pessoas com Deficiência não só fortifica os instrumentos de concretização do dever constitucional de acessibilidade, mas também põe como garantia do cumprimento desses deveres uma previsão expressa de tipificação como ato de improbidade administrativa.

A tipicidade formal do novel dispositivo exige que seja garantido o 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.

Exige-se do Poder Público tanto que assegure o cumprimento desses requisitos em suas próprias edificações e serviços, bem como que fiscalize para que sejam observados também nas edificações e serviços particulares abertos ao público. Havendo, inclusive, a possibilidade de responsabilização dos terceiros que sejam beneficiados pelo descumprimento, pelo Poder Público, do dever de fiscalizá-los.

Todavia, não será todo descumprimento desses deveres que será tachado com o signo da improbidade, uma vez que não se pode afirmar que toda ilegalidade seja improbidade. Para tanto, deverá ser preenchida também a tipicidade material, entendida como uma substancial violação ao bem jurídico da impessoalidade, bem como a comprovação do dolo.

Esta comprovação será fácil diante de uma conduta ativa de descumprimento ostensivo. Todavia, para que se comprove a existência de dolo nas condutas omissivas de não cumprimento de deveres permanentes, deve-se observar um prazo

razoável para a ação do agente bem como avaliar se ele tinha possibilidade de agir. Se poderia agir e não agiu em um prazo razoável, estará configurada a omissão dolosa.

Observados todos esses critérios e limites, se terá, na tipificação do descumprimento do dever de acessibilidade como ato de improbidade administrativa, um importante instrumento na realização da igualdade e da dignidade da pessoa humana das pessoas com deficiência. Um tema há muito relegado ao segundo plano, mas que tem agora uma potencialidade sensível para a concretização de tão importantes princípios constitucionais.

---

#### **Typifying the Violation of the Accessibility Duties as an Act of Administrative Improbability**

**Abstract:** This essay addresses the new typifying, inserted on administrative improbity legislation's article 11 by the new Disabled Person Statute. The study presents the new typifying's legal content, issuing its contours, outlines and goals. Offering, therefore, an outlook through the boundaries of the accessibility duty legally required, establishing secure criteria to consider violations on this matter as an act of administrative improbity.

**Keywords:** Administrative Improbability. Disabled Person. Equality. Accessibility. Article 11. Legally Protected Interests. Intent.

---

## Referências

- ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011.
- ARAUJO, Luiz Alberto David. *Barrados: pessoas com deficiência sem acessibilidade: como cobrar, o que cobrar e de quem cobrar*. São Paulo: KBR, 2011.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. A cidade, o dever constitucional de inclusão e a acessibilidade. *Revista de Direito da Cidade*, v. 08, n. 1, p. 225-244, jan. 2016.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Malheiros: São Paulo, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Batista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CAMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2011.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Civitas: Madri, 2001.

GRAU, Eros. Notas sobre os conceitos jurídicos. *Revista de Direito Público*, n. 74.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Volume I. Tomo II: arts. 11 ao 27, por Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

IKAWA, Daniela. Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. In: *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDEZ, Emílio García. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PIRES, Luis Manoel; ZOCCUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Corrupção, ética e moralidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STEIGLEIDER, Annelise Monteiro; LOUBET, Luciano Furtado (Org.). *O Direito Ambiental na América Latina e a atuação do Ministério Público*. Rede Latino-Americana de Ministério Público Ambiental, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. *Revista de Direito Comparado*, v. 12, n. 2, mar. 1998.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PIO, Nuno R. Coelho. A tipificação do descumprimento do dever de acessibilidade como ato de improbidade administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 173-202, maio/ago. 2016.

---