

REFLEXÕES SOBRE CONTROLE EXTERNO E ACESSIBILIDADE

Ana Paula de Oliveira Gomes¹

Sumário: A inclusão das pessoas com deficiência como dever jurídico. Política de acessibilidade no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU) e o dever constitucional de simetria. Licitações públicas inclusivas.

REFLECTIONS ON EXTERNAL CONTROL AND ACCESSIBILITY

Summary: The inclusion of people with disabilities as a legal duty. Accessibility policy under the Tribunal de Contas da União (TCU) and the constitutional duty of symmetry. Inclusive public selections.

INTRODUÇÃO



Segundo dados extraídos do censo de 2010 - obtidos e publicados pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) - o Brasil conta com mais de quarenta e cinco milhões (45.000.000) de pessoas com deficiência. A informação foi amplamente divulgada pelas mídias brasileiras, o que desafia olhar sensível.

Inicialmente, esclareça-se que a nomenclatura pessoa com deficiência se encontra em sintonia com os parâmetros internacionais, posto significar condição humana. Por outro lado, mostram-se inadequados os termos pessoas com necessi-

¹ Auditora do Tribunal de Contas do Rio Grande do Norte. Mestre em Direito Constitucional. Professora.

dades especiais ou pessoas portadoras de deficiência.

Explique-se. Pessoa com necessidade especial é um gênero que absorve atores sociais diversos – a exemplo de idosos e gestantes – demandantes de tratamentos diferenciados. Não necessariamente, são pessoas com deficiência. Pessoa portadora de deficiência não expressa adequadamente a condição humana em discussão, haja vista que ninguém porta deficiência (deficiências não se portam).

A problemática da acessibilidade e inclusão da pessoa com deficiência consubstancia pauta fundamental a ser debatida. Nesse estado de arte, o presente ensaio acadêmico objetiva - a título geral - refletir sobre o papel dos tribunais de contas na efetivação do dever jurídico de inclusão social.

Adota como ponto de partida os trabalhos de acessibilidade desenvolvidos pelo Tribunal de Contas da União (TCU) - paradigma para os demais tribunais de contas brasileiros por força da simetria constitucional positivada no art. 75, *caput*, da Lei Maior vigente. A Lei Brasileira de Inclusão (LBI) trouxe disciplina a ser observada por todos os tribunais de contas pátrios.

Justifica-se a pesquisa pela necessidade de construção de saberes e práticas inclusivas. Seu pertencimento cabe a todos. É necessário superar paradigmas preconceituosos no processo de compreensão e aplicação da norma jurídica.

Urge que o fenômeno jurídico seja (efetivamente) tratado em sintonia com os direitos humanos, visando à redução das desigualdades sociais e à eliminação dos distintos modos de exclusão, sob pena de comprometimento da dignidade da pessoa humana.

Especificamente, intenciona-se: evidenciar a inclusão social com dever jurídico (seção 1 do trabalho); investigar a política de acessibilidade implementada pelo TCU (item 2); abordar o fenômeno das licitações públicas inclusivas (excerto 3).

A metodologia utilizada será do tipo bibliográfica. Serão realizadas consultas a doutrinas, ensaios científicos, jurisprudências, normas jurídicas, sítios institucionais, revistas especializadas, jornais e outras fontes ou materiais disponíveis.

Quanto à natureza, é aplicada (finalidade prática). No que concerne à abordagem do problema, qualitativa. Quanto aos objetivos, situa-se como descritiva e exploratória. Que a inquietação científica motivadora da corrente investigação provoque o bom debate, incentive a continuidade de pesquisas transdisciplinares e as práticas inclusivas.

1) A INCLUSÃO SOCIAL COMO DEVER JURÍDICO

Começa-se o trabalho com a reflexão proposta por Nogueira (2012, p. 2): “Para a perfeita compreensão do gênero humano em sociedade vale, sim, substancialmente, a dignidade de todos e de cada um”. Com essas palavras a presente seção intenciona discorrer sobre o primeiro objetivo específico da pesquisa: evidenciar a inclusão social com dever jurídico.

Em que pese a riqueza constitucional pátria e a legislação protetiva existente, há muito a ser feito em termos de abertura de mentes e de almas para efetivação da inclusão social, cuja ideia central é a de que a maior parte de um conjunto não é a maioria, mas o todo. Continua Nogueira (2012, p. 4):

[...] a retrógrada percepção liberal de que a maioria é a “metade mais um” e não o todo de um conjunto identificado por uma só natureza, para aceitar que essa maior parte é o todo das pessoas, todo que deve ser contemplado em todas as ações políticas e sociais [...].

Incluir significa qualificar o modo de vida humano no ambiente social para garantir igualdade efetiva, tomando por norte o princípio maior da dignidade da pessoa humana. A República Federativa do Brasil, cônica do desafio em construir sociedade mais justa, inclusiva e solidária - por meio do Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009 - promulgou a Convenção

Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007).

Mais: o Estado brasileiro optou por tratar a matéria com *status* constitucional, internalizando a convenção sob a ritualística positivada no art. 5º, §3º, da Lei Maior vigente. Dito de outro modo: como a convenção trata de direitos humanos e sua internalização observou a embriogenia das emendas constitucionais, suas disposições consubstanciam cláusulas pétreas. Podem até ser ampliadas, mas não reduzidas ou excluídas (princípio da vedação ao retrocesso).

Em atenção às obrigações pactuadas por força da Convenção, o Brasil se comprometeu a adotar todas as medidas necessárias a assegurar que o grupo tutelado pela norma tenha garantidos os direitos fundamentais. Prescreve o artigo 1 da norma:

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.

Compreenda-se acessibilidade como a possibilidade de utilizar – com segurança e autonomia – espaços, mobiliários, equipamentos, edificações, transportes, informação, comunicação, sistemas, tecnologias, serviços, instalações de uso público ou privado, nas zonas urbana ou rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Na oportunidade, recorde-se que acessibilidade é medida de isonomia. Esta implica tratar os iguais de modo igual (isonomia em sentido formal ou equidade horizontal) e os desiguais de forma desigual (isonomia em sentido material ou equidade vertical). Para Rocha (1995, p.109):

[...] limitações ao princípio da igualdade [...] o primeiro elemento para que um tratamento desigual seja constitutivo de uma diferenciação válida e não de uma discriminação ou privilégio, juridicamente inadmissíveis, é que haja entre as pes-

soas tratadas desigualmente uma diversidade de fato [...] em tese, não se viola o princípio da igualdade formal, quando se trata desigualmente os desiguais. Vedado é tratar desiguais de modo igual.

A ideia de equidade/isonomia remonta à Grécia, com Pitágoras e Aristóteles. A reflexão se mostra relevante à medida em que faz pensar sobre as ações do sujeito em si e com o próximo, o que traz ao debate o dever de alteridade, ou seja, colocar-se no lugar do outro.

Nesse sentido, cite-se Freire (2013, p. 81): “Só existe saber na invenção, na reinvenção, na busca inquieta, impaciente, permanente, que os homens fazem no mundo, com o mundo e com os outros. Busca esperançosa também”. Essa busca humana consciente e incessante no mundo, com o mundo e com os outros leva o autor a afirmar que o ser humano não pode (nem deve) ser compreendido como peça anatômica.

Acessibilidade implica respeitar as diferenças – ponto fundamental ao jogo autoafirmado como democrático. Adverte Arroyo (1987, p.63): “Não será brincando de democracia [...] que o cidadão aprenderá a construir a democracia”. Ninguém é deficiente. Ninguém porta deficiência. Deficiência é condição. Com esse espírito, estatui o artigo 27 da Convenção:

Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, [...].

O desafio é grande. O artigo 27 da Convenção determina que o ingresso e a evolução nas carreiras profissionais - abrangendo os setores público e privado - garanta a relação de igualdade entre os atores com/sem deficiência (o que pode ser

operacionalizado mediante levantamento multiprofissional).

Explicando: não parece difícil deduzir que uma pessoa com deficiência se desgasta consideravelmente mais para concretizar idênticas tarefas e enfrentar as mesmas jornadas laborais comparativamente a uma pessoa sem deficiência.

Adicione-se que a política de inclusão social das pessoas com deficiência existe desde a promulgação da Lei Magna de 1988. Inicialmente, a matéria foi disciplinada pela Lei 7.853/1989. Posteriormente, a Lei 10.098/2000 conferiu prioridade de atendimento a pessoas com deficiência, a idosos (idade igual ou superior a 60 anos), a gestantes, lactantes, pessoas com crianças de colo e a obesos.

Em 2015, foi promulgada a Lei 13.146 - ou Estatuto da Pessoa com Deficiência ou Lei Brasileira de Inclusão (LBI) - marco relevante no caminhar pela inclusão social. Promoveu consideráveis modificações em outros diplomas normativos, inclusive, no estatuto licitatório (o que será melhor evidenciado no último excerto do presente ensaio).

A LBI alterou dispositivos do Código Civil (entre outros diplomas normativos). Especialmente, a teoria das incapacidades, o que gera reflexos imediatos no direito de família. Passou a vigorar a lei substantiva civil da seguinte forma: “Art. 3^o São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos”. Leitura: não existe mais, no ordenamento pátrio, pessoa absolutamente incapaz maior de idade.

Significado: todas as pessoas com deficiência são plenamente capazes. Ideia elementar: inclusão social dignificante a partir da constatação fático-jurídica de que a condição humana de deficiência não afeta a plena capacidade civil do ator social.

Eventualmente, a pessoa com deficiência pode ser considerada relativamente incapaz, nos termos do art. 4^o, III, do Código Civil. O rígido subsistema jurídico das incapacidades

passou, assim, a observar as circunstâncias do caso concreto.

No contexto de ampliação do conceito de capacidade civil, o sujeito (histórico) com deficiência, para atuar no mundo social (do qual faz parte, frise-se), pode-se valer dos institutos assistenciais e protetivos, a exemplo da tomada de decisão apoiada (TDA) e da curatela (esta extraordinariamente).

Hoje, é possível que a pessoa com deficiência mental/intelectual contraia matrimônio se já estiver em idade núbil. No que concerne à inovação jurídica consubstanciada pela TDA, trata-se de recurso menos invasivo comparativamente à histórica curatela. Na TDA, a pessoa com deficiência elege, pelo menos, duas pessoas idôneas – com as quais guarde vínculos de confiança – para auxiliar-lhe nos atos da vida civil, por meio das instruções necessárias ao exercício da capacidade.

Por outro lado, em nível jurisprudencial, foi amplamente celebrado (no meio jurídico inclusivista) o resultado do Mandado de Injunção 1967, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, por tutelar o comando positivado no art. 40, §4º, I, da Constituição Federal:

[...] concedo a ordem injuncional, para, reconhecido o estado de mora legislativa, garantir, ao ora impetrante, o direito de ter o seu pedido administrativo de aposentadoria especial concretamente analisado pela autoridade administrativa competente, observado, para tanto, além do que dispõe o art. 57 da Lei nº 8.213/91 (aplicável, por analogia, à situação registrada nesta causa), também a diretriz que esta Corte firmou no julgamento plenário do MI 1.286-ED/DF.

Em síntese: reconheceu o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos com deficiência. Adicione-se ao exposto que as hipóteses aposentadoria especial - dos servidores com deficiência - não foram objeto da Súmula Vinculante 33: “Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até a edição da lei complementar específica”. Explicando: a Súmula Vinculante 33 somente tratou da

aposentadoria especial do servidor público exercente de atividades sob condições especiais prejudiciais da saúde ou integridade física.

Em 2013, entrou em vigor a Lei Complementar 142 (LC 142/2013). Regulamentou a aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social (RGPS). A princípio, esse regime legal estabelecido não se aplicaria aos servidores públicos, posto que restrito ao RGPS.

Persistia, assim, hiato protetivo quanto aos servidores públicos com deficiência. Pela via da injunção (MI 5126-DF), reconheceu o STF a mora legislativa do Presidente da República, em virtude do não envio, ao Congresso Nacional, de projeto de lei regulamentador do art. 40, §4º, I, da Lei Magna de 1988. Determinou aplicação – aos servidores públicos com deficiência – dos critérios/condições estipulados na LC 142/2013. Relacione-se, agora, o assunto ao artigo 1 do Protocolo Facultativo à Convenção:

Artigo 1

1. Qualquer Estado Parte do presente Protocolo ("Estado Parte") reconhece a competência do Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ("Comitê") para receber e considerar comunicações submetidas por pessoas ou grupos de pessoas, ou em nome deles, sujeitos à sua jurisdição, alegando serem vítimas de violação das disposições da Convenção pelo referido Estado Parte.

O excerto empodera a pessoa com deficiência, colocando-as como protagonistas históricas. Sobre o tema, o STF já não detém a última palavra em termos de cognição no que concerne às violações convencionais referentes à matéria.

Justifica Nogueira (2015, p. 66): “Os Direitos Humanos são estruturas normativas supraconstitucionais e supraestatais que não estão submetidas a conjunturas internas e não podem, desse modo, sofrer relativizações”. Trata-se de decorrência imediata do princípio da vedação ao retrocesso.

Logo, não pode o STF decidir em sentido oposto às históricas tutelas já conferidas às pessoas com deficiência no âm-

bito internacional, sob pena de grave violação aos tratados e convenções pactuados pela República Federativa do Brasil.

Compreendida a problemática da acessibilidade como dever jurídico, a próxima seção estudará a política de acessibilidade implementada pelo TCU, o que irradia implicações jurídicas a todos os tribunais de contas do país por força da simetria constitucional e pela força advinda da LBI.

2) A POLÍTICA DE ACESSIBILIDADE IMPLEMENTADA PELO TCU E A OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DE SIMETRIA

No tópico anterior, estudou-se a problemática da acessibilidade e as imbricações com o dever jurídico de alteridade. A corrente seção corresponde ao segundo objetivo específico da pesquisa: investigar a política de acessibilidade implementada pelo TCU. A título de reflexão inicial, cite-se Nogueira (2016, p. 20):

[...] no espaço histórico da pós-modernidade, entendida esta como uma atmosfera de reconhecimentos de crise, haja vista o segmento histórico anterior – a modernidade – pelo qual 'nem todas as promessas se concretizaram, o que autoriza a postura crítica e reflexiva dos pós-modernistas, bem como uma Teoria Crítica do Direito, primeiro passo para a mudança de paradigmas em prol de um ordenamento jurídico efetivo e de uma sociedade livre, justa e solidária' [...].

A Teoria Crítica do Direito foi fruto dos estudos desenvolvidos pela Escola de Frankfurt. Rompeu com as formas de racionalidade a serviço do *status quo*. Essa proposta é extremamente importante à compreensão inclusivista.

Como o TCU tem desenvolvido ações em prol da inclusão das pessoas com deficiência? Qual o papel dos tribunais de contas brasileiros no jogo (supostamente) democrático estabelecido?

A Constituição brasileira vigente é complexa, analítica e principiológica. Os tribunais de contas não integram a estru-

tura do Legislativo nem do Executivo. Quão menos, do Judiciário.

São órgãos de extração constitucional. Foram prestigiados pela Lei Magna de 1988 como tuteladores do princípio republicano, o que pressupõe: eletividade dos mandatários; soberania popular mediante voto direto, secreto, universal e periódico; temporariedade no exercício do mandato; responsabilização.

A exigência da forma republicana de governo guarda imediata correlação com o *caput* do art. 37 da Lei Política, ao estatuir os princípios constitucionais explícitos da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Os tribunais de contas estão a serviço da efetivação desses princípios, sobretudo, o da moralidade.

Interseção entre o papel dos tribunais de contas e o Poder Legislativo: a função controle externo. De acordo com Britto (2016, p. 7): “Não pode haver controle externo [...] senão com o auxílio dos Tribunais de Contas [...]”. Para o ex-Ministro do STF, a função é a razão de ser do órgão. Explicando: as funções finalísticas do Congresso Nacional são legislativa e controle externo.

A função controle externo é desempenhada por dois órgãos: no modelo federal, o TCU e o Congresso Nacional. À luz do pensamento de Carlos Ayres Britto, é imprescindível distinguir função, competências e atribuições, tudo no sentido de compreender adequadamente a positivação constitucional dos tribunais de contas.

A função representa o fim, a razão de ser do órgão. Órgão sem função é fadado à extinção. As competências - preventivas e repressivas, a serviço da função - são diversas: judicante dos processos de contas, fiscalizadora, normativa, informativa, opinativa, consultiva, corretiva, sancionadora, de ouvidoria.

As atribuições, por sua vez, estão a serviço das competências: autogoverno, autonomia administrativa, autonomia

orçamentária. Os membros dos tribunais de contas - a exemplo dos Ministros do TCU - detêm prerrogativas, tudo positivado para promover o interesse público primário.

Os tribunais de contas devem ser pautados por critérios objetivos de subsunção fática a parâmetros normativos. A função legislativa, no que pertine às contas de governo, julga segundo critérios políticos de conveniência e oportunidade – diferentemente do que deve ocorrer no processo de apreciação, por parte desses tribunais, das contas prestadas periodicamente pelo titular da função executiva, o que acarreta emissão de parecer prévio obrigatório sob pena de nulidade.

Por outro lado, o processo de julgamento efetuado pelos tribunais de contas - no tocante às contas de gestão (prestadas pelos distintos ordenadores de despesa) - muito se assemelha ao que é levado a cabo pela função jurisdicional.

Adicione-se que, por força do *caput* do art. 75 da Constituição da República, as normas estabelecidas constitucionalmente sobre controle externo federal aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos tribunais de contas dos estados e do Distrito Federal, bem como dos tribunais e conselhos de contas municipais (regra da simetria).²

Explicando: as competências do TCU se encontram amiúde expostas no art. 71 da Lei Magna. Por força do princípio da simetria, característico da forma federativa de Estado, as competências do órgão de controle externo federal se aplicam – a princípio - aos tribunais de contas estaduais e municipais.

Em que pese o TCU ser o modelo para todos os tribunais de contas do país, as cortes de contas pátrias não atuam de forma integrada. Inexiste um código de processo de contas uniforme, o que dificulta os processos de prestação de contas por parte das unidades jurisdicionadas, sobretudo, se envolvidos

² A regra não é absoluta. Há exceções. Exemplo: no caso do TCU, os membros são denominados Ministros (em número de nove). Nos órgãos de controle externo subnacionais: Conselheiros (em número de sete).

recursos de mais de uma esfera de governo. Normalmente, as ações de integração – entre os distintos tribunais de contas – ocorrem por meio de atos de colaboração, a exemplo de convênios.

Em razão da regulamentação da acessibilidade com a vigência da LBI (lei nacional), trata-se de objeto de controle por força de disposição normativa. Por conseguinte, a observância à legislação específica há que ser sindicalizada por todos os tribunais de contas do Brasil, nos limites de suas competências.

De acordo com pesquisas efetivadas no sítio institucional do TCU, desde 2011, começou a haver esforços - via auditoria de natureza operacional em obras - no sentido de avaliar as condições de acessibilidade das pessoas com deficiência nos órgãos/entidades da administração pública federal.

Em 2014, a comissão de acessibilidade do TCU (CACES) foi instituída por meio da Resolução nº 266/2014, tendo sido organizada pela Portaria TCU nº 216/2014, competindo-lhe manifestação quanto à revisão da política de acessibilidade no TCU - a cada cinco (5) anos.

Quando da apreciação do TC 005.038/2016-2, cujo propósito foi ajustar a Resolução nº 266/2014, a Relatora do processo – Ministra Ana Arraes – em seu voto, assim definiu acessibilidade: “direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social”. O posicionamento evidencia olhar e sentir sensíveis quanto à problemática em discussão, o que precisa ser intensificado.

Conforme obtido no relatório de atividades (ano-base 2015), a institucionalização da CACES está inserida no plano estratégico do TCU 2015-2021. O primeiro passo nos trabalhos desenvolvidos foi a promoção de diagnóstico (e ulterior validação) das condições de acessibilidade física e de sinalização no âmbito do TCU. Abrangeu: circulação e acessos, escadas, ele-

vadores, rampas, sanitários, estacionamento, sinalização. Sobre a etapa de validação, registre-se o que o relatório consignou:

Uma vez finalizado o trabalho e diante do princípio 'nada para nós sem nós', firmado pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a Caces convidou representantes da sociedade civil, integrantes de entidades que militam em favor desse tema, para validar os achados advindos do referido diagnóstico. Essa iniciativa, além de legitimar o relatório, demonstra a responsabilidade da Casa com questões sociais importantes para o exercício da cidadania e para a inclusão social das pessoas com deficiência.

Passos seguintes: formulação de plano de capacitação em parceria com o Instituto Serzedello Correia, implementação de ações de comunicação (*disclosure*), viabilização do “Clube do Cinema”. No segundo semestre de 2015, foram exibidos filmes que versaram sobre o tema inclusão social da pessoa com deficiência - relevante ação para sensibilização do dever jurídico de alteridade.

Nesse mesmo interregno, relatório publicizou que a CACES participou e coordenou reuniões conjuntas com servidores do Congresso Nacional e do Superior Tribunal de Justiça em atividades afins. Outras ações relevantes capitaneadas: abertura de espaço para divulgação de trabalho beneficente desenvolvido pela APAE no Distrito Federal; participação de integrantes da CACES em seminários e encontros temáticos em 2015.

Depreende-se que o primeiro passo foi dado. Espera-se que, com criatividade e boa vontade, novas práticas sejam efetivadas pelo TCU e pelos demais tribunais de contas do país no sentido da efetivação dos comandos convencionais e constitucionais assumidos pela sociedade brasileira.

3) LICITAÇÕES PÚBLICAS INCLUSIVAS

Compreendidos o dever jurídico de alteridade (a serviço da inclusão social) e a missão dos tribunais de contas na efeti-

vação do princípio republicano, a presente seção intenciona inter-relacionar o objeto do estudo com o que se convencionou denominar licitações inclusivas ante a seguinte realidade fática descrita por Nogueira (2015, p. 67-68):

As pessoas com deficiência (PcD) formam o maior de todos os contingentes humanos considerados desfavorecidos. Trata-se da maior de todas as minorias, assim no Brasil quanto no mundo. Aliás, o Censo do IBGE de 2010 registra que esse segmento demográfico gravita em torno de ¼ da população brasileira. Com efeito, não é um coeficiente desprezível.

As licitações (seleções) públicas viabilizam as contratações (supostamente) mais vantajosas no âmbito governamental. A regra é licitar, muito embora existam mitigações, tais como as hipóteses de licitação dispensada, dispensável e inexigível.

O corrente item corresponde ao terceiro objetivo específico da pesquisa. Visa a evidenciar que o dever de licitar também possui a missão de viabilizar a função social das contratações.

Ilustram o fenômeno as licitações “verdes” (em prol da tutela ambiental), o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, o fomento ao desenvolvimento nacional sustentável, ao desenvolvimento tecnológico e ao que interessa especificamente à presente investigação: a inclusão das pessoas com deficiência.

A princípio, em atenção à cronologia legislativa, não se poderia deixar de consignar dispositivo do regulamento de benefícios da previdência social (art. 93 da Lei 8.213/1991) tutelador de empregos - em percentuais que variam de 2% a 5%, conforme o número de empregados da entidade empresária - para pessoas com deficiência ou reabilitados pelo sistema da previdência social pátria.

A matéria dialoga com a Lei 8.666/1993, à medida em que o novo texto do art. 3º, § 5º (paralelamente à margem estabelecida para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras) incluiu nova mar-

gem de preferência para bens e serviços produzidos/prestados por entidades empresárias que comprovem cumprimento da reserva de cargos (prevista em lei, no caso, a Lei 8.213/1991) para pessoa com deficiência ou reabilitada pelo sistema previdenciário social e que atendam, claro, às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Desde 1994, a Lei 8.666/1993 (art. 24, XX) foi modificada para tratar - como dispensável - a contratação de associação de pessoas (com deficiência física), sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos/entidades do Poder Público, para prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Porém, considera-se que o citado dispositivo precisa ser revisado legislativamente, posto que em desconpasso com o artigo 1 da Convenção de Nova Iorque. A Convenção não escallona tipos de deficiência.

Quão menos, visa a integrar (estágio pré-inclusivista) apenas as pessoas com deficiência física. Ao contrário, intenciona incluir todas as pessoas com deficiência independentemente da natureza física, mental, intelectual ou sensorial da limitação de longo prazo. Por outro lado, inovação legislativa promovida pela LBI consistiu na modificação ao texto inicial da Lei 8.666/1993 que passou assim a vigor:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. [...]

2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação. [...]

§ 5º Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

I - produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e

II - bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Problema I: a ordem de preferência estabelecida (ritualística de desempate), porquanto sucessiva, vai de encontro à ideia de efetivação da isonomia em sentido material. O critério legalmente estabelecido no art. 3º, § 2º, V, deveria ter prioridade (precedência) comparativamente aos demais, notadamente, por ter função dignificante.

Problema II: o critério de desempate estabelecido apenas terá aplicação quando ocorrer empate real. Não se pensou em positivar critério de empate ficto beneficiador da sistemática de inclusão social, a exemplo do que fora estipulado em favor das micro e pequenas empresas (ME e EPP) pela Lei Complementar 123/2006 (arts. 45 e 46), pelo que não resta incentivada adesão das ME e EPP à política pública de inclusão social.

Problema III: cuidou-se apenas da (sofrível) regulação no que concerne ao critério de desempate dos licitantes, ou seja, somente esse aspecto fora adotado como obrigatório, deixando à excessiva discricionariedade administrativa o estabelecimento das margens de preferência, pelo que – na prática – é possível que o art. 3º, §5º, II, exista como letra morta, posto

que o dispositivo se mostra assaz vago, não demandando a (de-sejável) objetivação – pelo menos - via decreto.

Problema IV: como apenas os editais licitatórios objetivarão as margens de preferência em favor das pessoas com deficiência e/ou reabilitados pelo sistema previdenciário, isso enseja enorme insegurança jurídica. Deveria o legislador ordinário, no mínimo, ter positivado a obrigação da expedição de decreto regulamentador sobre o assunto, tudo no sentido de ofertar à sociedade maior clareza e uniformidade no tocante à operacionalização do dispositivo.

As entidades com empregados com deficiência ou reabilitados, beneficiadas com aplicação das regras favoráveis de desempate ou pela margem de preferência deverão cumprir, durante todo o interregno de execução contratual, a reserva de empregos e as regras de acessibilidade estipuladas legalmente. Prescreve o novo texto da Lei 8.666/1993:

Art. 66-A. As empresas enquadradas no inciso V do § 2º e no inciso II do § 5º do art. 3º desta Lei deverão cumprir, durante todo o período de execução do contrato, a reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social, bem como as regras de acessibilidade previstas na legislação.

O descumprimento do art. 66-A, incluído pela LBI, enseja descumprimento da exigência legal no curso da avença, o que pode implicar rescisão contratual e cominação das sanções cabíveis, aspecto a ser verificado por todos os tribunais de contas do país.

Correlacionando as obrigações assumidas pela República Federativa do Brasil - na efetivação da política de inclusão social e acessibilidade - com o papel dos tribunais de contas, cabe a esse órgão de controle externo sindicalizar a respeito, o que desafia novo olhar no tocante ao exame da regularidade das avenças no âmbito do setor público. Dada por finalizada a etapa de abordagem dos objetivos específicos da pesquisa, passa-se à conclusão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Incluir é garantir a igualdade. A dignidade não faz distinções. Ninguém é deficiente. Deficiência não se confunde com sua causa. Autonomia e empoderamento dos sujeitos materialmente desiguais deixam de ser obrigação da pessoa com deficiência para ser tutelado como dever de todos. Filantropia e piedade são conceitos estranhos à inclusão social. Na verdade, conjuntos disjuntos.

Até a humanidade despertar para a inclusão social (fundada na ideia de que a maior parte do conjunto humano é o todo, de que ninguém pode ser “descartado”), vivenciaram-se estágios de exclusão, segregação e integração. Exclusão lembra situações de escravidão; segregação, *apartheid*; integração (estágio pré-inclusivista), preconceitos, guetos.

Nesse estado de arte, o exame de todo o referencial que norteou a presente pesquisa conduz a algumas conclusões. Inicialmente, espera-se que o estudo tenha sensibilizado o leitor para necessidade de uma convivência social mais justa, solidária, inclusiva. Mais do que normas jurídicas, precisa-se mudar a forma de percepção do próximo. Se esse *insight* houver sido atingido, considera-se que o presente esforço acadêmico já terá logrado grande êxito.

No que concerne à temática controle público e acessibilidade, após a vigência da LBI, o assunto passou a ser específico e expresso objeto de controle. Consecutivamente, a observância à legislação respectiva há que ser sindicalizada por todos os tribunais de contas do Brasil, nos limites de suas competências. No que concerne à problemática das licitações acessíveis, foram detectados os seguintes problemas:

a) o art. 24, XX, do Estatuto Nacional Licitação (Lei 8.666/1993), necessita ser revisado legislativamente, posto que em descompasso com o artigo 1 da Convenção de Nova Iorque;

b) o critério estabelecido no art. 3º, § 2º, V, da lei nacional licitatória, deveria ter prioridade (preferência) comparativamente aos demais, marcadamente, por sua vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana;

c) o (falho) critério de desempate estabelecido em favor da política de inclusão social terá aplicação somente quando ocorrer empate real. Houve cruel omissão legislativa no sentido de não se estipular (positivar) critério de empate ficto beneficiador da sistemática em pauta;

d) as microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) – grandes empregadoras no país - não terão qualquer incentivo no que concerne à adesão à política pública de inclusão social;

e) a excessiva discricionariedade administrativa quanto ao estabelecimento das margens de preferência (associada à inexistência de expedição de decreto regulamentador sobre o assunto), em termos práticos, abre a janela para que o art. 3º, §5º, II, exista como letra morta;

f) para evitar que o comando relativo à margem de preferência se concretize, necessário se faz que cada ente federativo – por decreto – objetive o art. 3º, §5º, II, da Lei Nacional Licitatória, às especificidades locais/regionais, posto que a competência privativa da União para legislar sobre licitações e contratos cinge-se (apenas) às normas gerais. Em tudo aquilo que não for norma geral, os entes subnacionais podem disciplinar “concorrentemente” com a União;

g) cabem aos tribunais de contas sindicalizar quanto ao cumprimento da Lei Brasileira de Inclusão, na perspectiva do exame da regularidade das avenças no âmbito do setor público, o que requesta capacitação e (principalmente), compromisso/sensibilidade com a matéria.

Verificou-se também que a norma convencional tem sido negligenciada – a começar pelo setor público brasileiro - no que se refere à linguagem utilizada nos sistemas de informáti-

ca, o que dificulta, principalmente, o acesso das pessoas com deficiência visual. A Convenção de Nova Iorque estipula que cabe - ao meio - ambientar-se de acordo com o paradigma de desenho universal, o que precisa ser fiscalizado pelos tribunais de contas quando do exame da efetividade das políticas públicas setoriais.

Como não poderia ser diferente, o trabalho em pauta resta inacabado. Em outras palavras: necessita, por óbvio, ser aperfeiçoado. A título de deixa científica, recomendam-se novas pesquisas no sentido de investigar a efetividade das ações coletivas (*class actions*) sobre o tema, além de como o Ministério Público vem atuando na tutela dos compromissos de inclusão social assumidos pela República Federativa do Brasil.

Finaliza-se o presente ensaio com a poesia de Renata Vilela, divulgada por Suellen da Silva Gomes (pessoa com deficiência visual) em brilhante palestra proferida no dia 7.abr.2017 na Universidade Católica de Pernambuco (Unicap), de onde Suellen é egressa do Mestrado em Ciências Jurídicas:

“Deficiente” é aquele que não consegue modificar sua vida, aceitando as

imposições de outras pessoas ou da sociedade em que vive, sem ter consciência de que é dono do seu destino.

“Louco” é quem não procura ser feliz com o que possui.

“Cego” é aquele que não vê seu próximo morrer de frio, de fome, de miséria, e

só tem olhos para seus míseros problemas e pequenas dores.

“Surdo” é aquele que não tem tempo de ouvir um desabafo de um amigo, ou o

apelo de um irmão. Pois está sempre apressado para o trabalho e quer garantir

seus tostões no fim do mês.

“Mudo” é aquele que não consegue falar o que sente e se esconde por trás da máscara da hipocrisia.

“Paralítico” é quem não consegue andar na direção daqueles que precisam de sua ajuda.

“Diabético” é quem não consegue ser doce.

“Anão” é quem não sabe deixar o amor crescer.

E, finalmente, a pior das deficiências é ser miserável, pois:

“Miseráveis” são todos que não conseguem falar com Deus.
“A amizade é um amor que nunca morre”.



REFERÊNCIAS

- ARROYO, Miguel G. Educação e exclusão da cidadania. In: BUFFA, Ester; ARROYO, Miguel; NOSELLA, Paolo. *Educação e cidadania: quem educa o cidadão?* São Paulo: Cortez, 1987. p. 31-80.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21.mar.2017.
- _____. *Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 21.mar.2017.
- _____. *Lei 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 22.mar.2017.
- _____. *Lei 8.213, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 22.mar.2017.
- _____. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 2.abr.2017.
- _____. *Lei 13.146, de 6 de julho de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>. Acesso em: 2.abr.2017.

- _____. *Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 29.abr.2017.
- BRITTO, Carlos Ayres. Não basta existir, é preciso funcionar. *Revista Técnica do Tribunal de Contas de Mato Grosso*. Cuiabá, 11ª edição, p. 6-11, 2016.
- FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2013. 54. ed.
- NOGUEIRA, Roberto Wanderley. *Inclusão de pessoas com deficiência é dever do Estado*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-19/roberto-nogueira-inclusao-pessoas-deficiencia-dever-estado#author>>. Acesso em: 22.mar.2017.
- _____. *Acesso à justiça para pessoas com deficiência*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-30/roberto-nogueira-acesso-justica-pessoas-deficiencia>>. Acesso em: 27.mar.2017.
- _____. *Direito inclusivo: o que é?* *Revista Enfoque Brasil*. [S.L.], edição julho/setembro 2015, p. 66-69, 2015.
- NOGUEIRA, Roberto Wanderley. *Cilada dialética: pedagogia do mito profissional em direito como resultado do estágio atual do ensino jurídico no Brasil*. Recife: FASA, 2016.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- VILELA, Renata. *Deficiências* [Mimeo]. s.n.t. <<http://portal.tcu.gov.br/inicio/index.htm>>. Acesso em: 22.mar.2017.
- <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-45-6-milhoes-de-deficientes,893424>>. Acesso em: 2.abr.2017.
- <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22936551/mandado-de-injuncao-mi-1967-df-stf>>. Acesso em: 5.abr.2017.