

As infrações da lei 15.499/2011 do município de São Paulo aos Direitos das Pessoas com Deficiência

Violations of the law 15.499 / 2011 of the city of São Paulo the Rights of Persons with Disabilities

Cláudia Karina Ladeia Batista*

Mário Lúcio Garcez Calil**

* Doutoranda em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru-SP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo (Araçatuba-SP). Professora da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Jales/SP – Rua Padre Renato Alves Aranha, 201 – CEP 15700-000 – Telefone (17) 3621.6737 - E-mail claudiabatistaadv@hotmail.com

** Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru-SP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Toledo (Araçatuba-SP). Professor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Paranaíba/MS – Rua Papa João Paulo II, 250 – CEP 79500-000 – Telefone (67) 3669.5599 - E-mail mario.calil@yahoo.com.br

RESUMO

A Lei n. 15.499/2011 do Município de São Paulo instituiu o “Auto de Licença de Funcionamento Condicionado”, permitindo a emissão de licenças para funcionamento de estabelecimentos empresariais pela internet, sem a necessidade de inspeção prévia do prédio e, em especial, sem preocupação significativa com a acessibilidade dos imóveis comerciais no que concerne às pessoas com deficiência. Como é sabido, o direito à acessibilidade das pessoas com deficiência é um direito fundamental, que confirma as idéias de igualdade e acessibilidade pretendidas pela Constituição. Trata-se, também, de um direito humano, reconhecido por diversas convenções internacionais das quais o Brasil é signatário. Desta forma, é o objetivo do presente trabalho, por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental, analisar a compatibilidade do diploma com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, com a Constituição Federal de 1988 e com a legislação federal, estadual e municipal específicas, determinando, assim, se o referido diploma deve ou não ser extirpado do ordenamento jurídico. O presente estudo é justificado pelo imperativo de igualdade consagrado pela Constituição, que deve ser concretizado, neste caso, pela inclusão das pessoas com deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 15.499/2011. Acessibilidade. Deficiência.

ABSTRACT

The law n. 15.499/2011 of the city of São Paulo established the “Auto de Licença de Funcionamento Condicionado”, allowing the issuance of licenses for operation of business establishments through the internet, without the need to preview the building and, in particular, without significant concern with accessibility of commercial property in relation to people with disabilities. As is known, the right to accessibility for people with disabilities is a fundamental right, which confirms the ideas of equality and accessibility intended by the Constitution. It is also a human right, recognized by various international conventions to

which Brazil is a signatory. Thus, it is the purposes of this study, through literature and document research, examine the compatibility of law with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the Federal Constitution of 1988 and with federal, state and municipal specific laws, thus determining if that law should be excised or not the legal system. The present study is justified by the imperative of equality enshrined in the Constitution, which must be fulfilled in this case, the inclusion of people with disabilities.

Keywords: Law n. 15.499/2011. Accessibility. Disabilities.

INTRODUÇÃO

A Lei 15.499/2011 do Município de São Paulo instituiu o Auto de Licença de Funcionamento Condicionado, para atividades comerciais, institucionais e de prestação de serviços em edificações em situação irregular, a ser expedido pela internet, sem qualquer verificação acerca da acessibilidade do imóvel em relação às pessoas com deficiência.

Justamente por essa falta de preocupação em relação à pessoa com deficiência é que se faz necessário aferir a compatibilidade da Lei com a Constituição da República, bem como com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em vigor no Brasil desde o ano de 2009.

Além disso, em decorrência de tal omissão, existe a possibilidade de a Lei ser incompatível com a legislação nacional referente à acessibilidade, bem como em relação à Constituição do Estado de São Paulo, à legislação estadual e à própria Lei Orgânica do Município de São Paulo.

Desta forma, é o objetivo do presente trabalho estudar acerca dos possíveis vícios de inconstitucionalidade, inconveniência, legalidade e “organicidade” da Lei 15.499/2011, em relação às normas sobre a acessibilidade das pessoas com deficiência, com base na doutrina e na jurisprudência.

Para cumprir o objetivo traçado acima, será efetuada pesquisa bibliográfica em obras doutrinárias nacionais, bem como na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, de modo a determinar a compatibilidade da Lei Municipal com os diversos diplomas normativos superiores a eles.

Justifica-se o presente estudo, tendo em vista a importância dada pela Constituição Federal à proteção da pessoa com deficiência, em especial no que concerne à acessibilidade voltada à efetivação do princípio da igualdade, bem como de diversos outros direitos fundamentais.

1. AS NORMAS SOBRE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

As pessoas com deficiências formam aquilo que Jürgen Habermas qualifica de minoria “inata”, de modo que não podem ser observadas como indivíduos abstratos, mesmo juridicamente, mas dentro da integridade de sua “configuração pessoal”. De acordo com o referido autor:

Na medida em que o direito intervém em questões ético-políticas, ele toca à integridade das formas de vida dentro das quais está enfronhada a configuração pessoal de cada vida. Com isso entram em jogo - ao lado de considerações morais, de reflexões pragmáticas e de interesses negociáveis - valorizações fortes, que dependem de tradições intersubjetivamente compartilhadas, mas culturalmente específicas. (2002, p. 165).

Tendo em vista tal problematização, a pessoa com deficiência não pode ser vista, em especial pelo direito, de forma homogênea em relação ao restante da população. Para sua “valorização forte” são necessárias medidas específicas de intervenção jurídica. Tais medidas visam, nos termos constitucionais, à “inclusão” de tal minoria.

Justamente pela necessidade de tratamento específico de referida parcela da população é que se torna ainda mais difícil determinar a formatação de tal modelo de inclusão, tendo em conta o risco de se arriscar uma “abstração generalizadora” que é própria do direito liberal. (ARAUJO, 2011^a, n.p.)

Conforme Débora Diniz e Lívia Barbosa, direitos fundamentais como a vida e a dignidade pressupõem garantia de cuidado em diversas fases da existência, bem como em

situações de doença, de impedimentos debilitantes ou na velhice. (2010, p. 206). Assim, formam um conjunto homogêneo de direitos indispensáveis em relação a tais pessoas.

Assim, para que se possa manter a “integridade de vida” de cada pessoa com deficiência, é necessária a efetivação de um conjunto de prerrogativas consagradas pela Constituição Federal, de modo que tais direitos devem ser enquadrados, todos, no conceito de direitos fundamentais¹, o que traz diversas conseqüências interpretativas e eficaciais.

A principal conseqüência eficaz da conceituação de um direito como “fundamental” é a chamada *proibição de retrocesso dos direitos fundamentais* que, nas palavras de Miguel Carbonell, deriva da própria obrigação de progressiva implementação dos direitos fundamentais. (2005, p. 198).²

Trata-se de uma proteção adicional à segurança jurídica constitucionalmente consagrada, que se relaciona “[...] às prestações materiais indispensáveis à dignidade, à universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais, enquanto conteúdos da dignidade humana.” (SARLET, 2007, pp. 30-31).

A proibição de retrocesso, expressamente consagrada na Constituição,³ proíbe reformas constitucionais que diminuam o espectro dos direitos fundamentais, também atingindo a regulamentação infraconstitucional, que não pode esvaziar o conteúdo dos direitos fundamentais, transformando-os em “mera retórica” (BARCELLOS, 2006, p. 89).

Desta forma, nem mesmo uma lei regulamentadora das disposições constitucionais que versam sobre os direitos fundamentais das pessoas com deficiência pode restringir tais direitos para além do mínimo necessário para alcançar os objetivos da igualdade e da inclusão de tais pessoas.

¹ O texto Constitucional deixa claro que os direitos fundamentais não se encontram apenas no Título II da Lei Maior, mas espalhados por todo o seu corpo, nos termos do §2º do Art. 5º: “§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. (BRASIL, 1988, n.p.).

² Tradução livre e paráfrase do trecho: “*De la obligación de progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los Estados Parte den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos; por eso se puede afirmar que la obligación de los Estados Parte en relación con los derechos establecidos en el Pacto es de carácter amfatorio, «de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido»*”.

³ “Art. 60 [...] §4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.” (BRASIL, 1988, n.p.).

1.1. As disposições constitucionais relacionadas às pessoas com deficiência e sua eficácia

Inicialmente, deve-se consignar que, nos termos do art. 5º, §1º da Constituição Federal⁴, os direitos fundamentais são naturalmente dotados de eficácia imediata, aplicando-se diretamente aos casos concretos sem a necessidade de mediação de normas infraconstitucionais. Desta forma, ao menos em regra, são normas de eficácia plena.

É o caso daquilo que resta consignado no *caput* do art. 5º da Constituição da República, no que tange à consagração da igualdade (formal e material) como direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes nos limites territoriais do país,⁵ plenamente aplicável à situação das pessoas com deficiência. (BRASIL, 1988).

Contudo, alguns dispositivos consagrados pela Constituição, que especificamente tratam da situação da pessoa com deficiência, dependem de mediação legislativa para sua aplicabilidade, de forma que podem ser classificadas como normas de eficácia limitada. É o caso dos arts. 227, §2º⁶ e do art. 244⁷ (BRASIL, 1988).

Ocorre que ambos os dispositivos constitucionais que tratam especificamente da situação da pessoa com deficiência já foram regulamentados, como se verá abaixo, de forma que, a partir da mediação legislativa, convertem-se em normas de eficácia plena, sendo imediatamente aplicáveis.

1.2. A acessibilidade da pessoa com deficiência como direito fundamental

Em relação à situação da pessoa com deficiência, segundo o modelo social, a desconsideração da diversidade na construção da vida social gera ambientes excludentes,

⁴ “§1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 1988, n.p.).

⁵ “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:” (BRASIL, 1988, n.p.).

⁶ “Art. 227. [...] § 2º - A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.” (BRASIL, 1988, n.p.).

⁷ “Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no art. 227, § 2º.” (BRASIL, 1988, n.p.).

impondo barreiras à igualdade de condições. Assim, a discriminação define a deficiência “[...] tanto quanto os impedimentos corporais”. (DINIZ; BARBOSA, 2010, p. 210).

Justamente por tal razão é que a Constituição, ao garantir a integração social das pessoas com deficiência, tem em mente a idéia de vida independente. E, para tanto, o direito à locomoção livre e autônoma é indispensável. Assim, deve o Estado garantir acessibilidade. (ARAUJO, 2010, p. 916).

A eliminação de obstáculos arquitetônicos e a regulamentação sobre edificações, assim como da fabricação de veículos de transporte é essencial para as pessoas com deficiência, pois o acesso adequado é, “[...] literalmente, o próximo passo para alcançar os demais direitos.” (QUARESMA, 2010, p. 937).

O direito à acessibilidade é um direito instrumental, que viabiliza a existência de outros direitos das pessoas com deficiência, pois, seria impossível falar em direito à saúde, em direito ao trabalho, em direito ao lazer, dentre outros, sem a possibilidade de locomoção. (ARAUJO, 2011a, n.p.).

Assim, o direito à acessibilidade, da forma como consagrado pela Constituição Federal, nos termos dos artigos 227, §2º e do art. 244 é um direito fundamental e, portanto, a partir da regulamentação infraconstitucional, norma de eficácia plena, com aplicabilidade imediata, vinculando toda a ordem jurídica nacional.

2. A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SUA EFICÁCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi assinada no ano de 2007, na cidade de Nova York, trazendo normas específicas acerca da atuação do Estado no que concerne a políticas legislativas e sociais a serem seguidas de forma vinculante pelos países signatários. (BRASIL, 2009). De acordo com Flávia Piovesan:

O propósito maior da convenção é promover, proteger e assegurar o pleno exercício dos direitos humanos das pessoas com deficiência, demandando dos Estados-partes medidas legislativas, administrativas e de outra natureza para a implementação dos direitos nela previstos.

Introduz a convenção o conceito de “reasonable accommodation”, apontando ao dever do Estado de adotar ajustes, adaptações, ou modificações razoáveis e apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o exercício dos direitos humanos em igualdade de condições com as demais. Violar o “reasonable accommodation” é uma forma de discriminação nas esferas pública e privada. (2010a, p. 225).

Assim, a Convenção se preocupou especialmente com a questão da acessibilidade em relação à pessoa com deficiência. De acordo com Luiz Alberto David Araujo, o pacto funcionará como norma geral, devendo ser complementada de forma detalhada e dependente pela legislação nacional. (2009, p. 480).

A convenção vem aprimorar a normatização constitucional acerca da acessibilidade, definindo normas mais específicas para a atuação do Estado no sentido da inclusão total da pessoa com deficiência, atuando, como se verá abaixo, com eficácia idêntica à de uma emenda constitucional.

2.1. O estado de Emenda Constitucional, nos termos do §3º do Art. 5º da Constituição

Como visto acima, os direitos fundamentais, nos termos do §2º do art. 5º da Constituição, podem ser complementados pelos direitos humanos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil se tornar signatário, o que revela uma unidade entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos. (TRINDADE, 1996, n.p.)

Essa interação se faz evidente no Texto Constitucional, pois é esse o raciocínio que se extrai do §3º do Art. 5º, quando afirma que, caso as convenções e tratados sobre direitos humanos sejam aprovados pelo mesmo procedimento das emendas constitucionais e elas serão equivalentes.⁸ (BRASIL, 1988).

⁸ “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” (BRASIL, 1988, n.p.).

Celso Lafer afirma que o §3º encerra as controvérsias sobre a natureza dos tratados internacionais de direitos humanos, por ser “lei interpretativa”. (2005, p. 16). A Convenção a que se alude, porém, é o primeiro pacto aprovado pelo referido procedimento, de modo que ainda existem diversas questões sobre sua eficácia e sua interpretação.

Conforme Sidney Guerra (2008, p. 245) e Flávia Piovesan (2010, p. 73), a partir da observação dos requisitos do §3º, os direitos consagrados pelo pacto internacional passam a ser *direitos formalmente constitucionais*, tendo em vista que também são fruto do Poder Constituinte Reformador. Quanto aos efeitos da “formalização” assim afirma Ingo Sarlet:

A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: *a)* como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que - neste sentido - se cuida de direitos de natureza supralegal; *b)* na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF), cuidando-se, portanto [...] de direitos pétreos, muito embora se possa controverter a respeito dos limites da proteção outorgada pelo Constituinte [...]; *c)* por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, §1º, da CF). (2006, p. 88-89).

Com a “constitucionalização formal”, os direitos trazidos pelos tratados internacionais de direitos humanos aprovados pelo procedimento do art. 5º, §3º tornam-se cláusulas pétreas, sujeitos à proibição de retrocesso, bem como se tornam normas diretamente aplicáveis, dispensando-se “[...] a edição de decreto de execução”. (PIOVESAN, 2010b, p. 111).

Deve-se observar, além disso, que a Convenção (BRASIL, 2009) proíbe qualquer interpretação no sentido de restringir direitos das pessoas com deficiência que tenha sido

anteriormente consagrado pelos ordenamentos jurídicos internos dos países signatários,⁹ de modo que apenas agrega novos direitos e novas fórmulas de efetivação.

Assim, as características da “constitucionalização formal” dos tratados internacionais se aplicam na totalidade à Convenção, sendo que os direitos que traz estão sujeitos à proibição de retrocesso, não podendo ser restringidos ou abolidos nem mesmo por outra emenda constitucional, além de contar com aplicabilidade imediata, nos termos da Constituição.

2.2. O controle de constitucionalidade/convencionalidade em relação à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

Outra questão essencial em relação à eficácia e à interpretação da Convenção, tendo em vista sua aprovação pelo procedimento do §3º do Art. 5º da Constituição reside na possibilidade de que suas disposições possam ser utilizadas como paradigma de controle de constitucionalidade/convencionalidade.

De acordo com Ingo Sarlet, os tratados aprovados pelo referido procedimento passam a compor o bloco de constitucionalidade, “[...] que representa a reunião de diferentes diplomas normativos de cunho constitucional”, passando, sim, a atuar como parâmetro de controle de constitucionalidade. (2006, p. 151-152).

Para José Afonso da Silva, os tratados de direitos humanos, se aprovados pelo procedimento do §3º do Art. 5º, servem como paradigma para o controle de constitucionalidade, tanto no que concerne ao controle difuso quanto no que tange ao controle concentrado. (2006, p. 179).

Segundo Valério Mazzuoli, a incompatibilidade das normas internas com os tratados internacionais internamente vigentes, ainda que sejam compatíveis com a Constituição, torna

⁹ “Artigo 4. [...] 4.Nenhum dispositivo da presente Convenção afetará quaisquer disposições mais propícias à realização dos direitos das pessoas com deficiência, as quais possam estar contidas na legislação do Estado Parte ou no direito internacional em vigor para esse Estado. Não haverá nenhuma restrição ou derrogação de qualquer dos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte da presente Convenção, em conformidade com leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob a alegação de que a presente Convenção não reconhece tais direitos e liberdades ou que os reconhece em menor grau.” (BRASIL, 2009, n.p.).

tais normas inválidas (*inconventionais*), nos termos de uma nova lógica de *dupla verticalidade material*. (2009, p. 238-261). Ainda de acordo com o autor:

Para realizar o controle de convencionalidade ou de legalidade das normas infraconstitucionais, os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter *difuso*, [...] os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem. Mas, também, pode ainda existir o controle de convencionalidade *concentrado* no Supremo Tribunal Federal, como abaixo se dirá, na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente destes) aprovados pelo rito do art. 5º, § 3º. (MAZZUOLI, 2009, p. 259-260).

Desta forma, assim como ocorre em relação ao controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade pode se realizar na forma difusa, por qualquer juiz ou Tribunal, ou na forma de controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses colocadas pela Constituição Federal.

O raciocínio colocado acima se aplica perfeitamente à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, tendo em vista o procedimento para sua ratificação, de modo que, em relação ao referido pacto é plenamente permitida (e necessária) sua utilização como parâmetro de controle de constitucionalidade/convencionalidade.

2.3. OS DISPOSITIVOS DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA RELACIONADOS ESPECIFICAMENTE À ACESSIBILIDADE E SUA EFICÁCIA

O Decreto n. 6.949/2009 promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. (BRASIL, 2009). Na referida convenção se encontram alguns dispositivos que tratam especificamente da questão da acessibilidade, tratados a seguir.

O Art. 1º firma que o propósito da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é a promoção, proteção e asseguramento do pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades das pessoas com deficiência, bem como o respeito por sua dignidade inerente. (BRASIL, 2009).

O texto adota como parâmetro as condições de igualdade, reforçando a idéia de que as barreiras sociais podem impedir a participação das pessoas com deficiência na sociedade, sendo a possibilidade de fruição de seus direitos é justamente a mais importante condição de igualdade. (NOGUEIRA, 2008, p. 27).

O Art. 2º trata da chamada “adaptação razoável”, definida como modificações e ajustes necessários e adequados, não acarretando ônus desproporcional ou indevido, visando assegurar que as pessoas com deficiência possam fruir de todos os direitos humanos e liberdades, em igualdade com as demais pessoas. (BRASIL, 2009).¹⁰

Aqui, a convenção projeta o desafio de desenvolver uma sociedade para todos, não excluindo as necessidades específicas de determinados grupos. Isso quer dizer que, ao se projetar uma sociedade (inclusiva), o “todo” deve ser contemplado, dentro de sua diversidade, incluindo as demandas específicas das pessoas com deficiência. (MARTINS, 2008, p. 29).

No Art. 3º são trazidos os princípios gerais da Convenção. Em relação à acessibilidade, destacam-se os princípios do respeito pela dignidade inerente, a liberdade de fazer as próprias escolhas, mas, em destaque para o presente contexto, os princípios da autonomia individual e da independência das pessoas (BRASIL, 2009).¹¹

¹⁰ “Artigo 2. Definições - ‘Adaptação razoável’ significa as modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que as pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais;” (BRASIL, 2009, n.p.).

¹¹ “Artigo 3. Princípios gerais - Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;” (BRASIL, 2009, n.p.).

Nestes termos, “autonomia” é a possibilidade de as pessoas realizarem suas ações sem o auxílio de terceiros, mesmo que isso dependa de criação de condições ambientais e sociais, enquanto que “independência” designa a capacidade da pessoa de realizar escolhas sem pedir autorização de alguém ou de alguma instituição. (PAULA, 2008, p. 31).

Outro princípio, o mais importante para o presente contexto, é o da acessibilidade (BRASIL, 2009),¹² que deve ser compreendida em sentido amplo, “[...] como ingresso e permanência aos meios físicos e aos de comunicação (desenho universal) e aos sistemas, políticas, serviços e programas implementados pela comunidade.” (PAULA, 2008, p. 32).

Neste sentido, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, especificamente em seu Art. 4º, trata, em um rol consideravelmente abrangente, das obrigações gerais que competem a todos os países que são seus signatários, afirmando o seguinte:

Artigo 4. Obrigações gerais - 1. Os Estados Partes se comprometem a assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência. Para tanto, os Estados Partes se comprometem a: a) Adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias para a realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção; b) Adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativas, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência; c) Levar em conta, em todos os programas e políticas, a proteção e a promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência; d) Abster-se de participar em qualquer ato ou prática incompatível com a presente Convenção e assegurar que as autoridades públicas e instituições atuem em conformidade com a presente Convenção; [...] 5.As disposições da presente Convenção se

¹² “Artigo 3. Princípios gerais - Os princípios da presente Convenção são: [...] f) A acessibilidade;” (BRASIL, 2009, n.p.).

aplicam, sem limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos Estados federativos. (BRASIL, 2009, n.p.).

Por sua vez, em complementação aos compromissos firmados pelo Art. 4º, o Art. 5º, item 3, da Convenção determina que, para o fim de promover igualdade e eliminar a discriminação os Estados signatários adotarão todas as medidas apropriadas para garantir a “adaptação razoável”,¹³ nos termos do seu Art. 2º. (BRASIL, 2009).

O compromisso enfatiza igualmente as políticas e programas e o compromisso de legislar para a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência (MAIOR, 2008), de modo que as novas leis “[...] têm que estar em consonância com a isonomia e com os princípios da Convenção.” (RESENDE, 2008, p. 36).

Parcelas relevantes do dispositivo são: o compromisso de abstenção da prática de qualquer ato incompatível com a Convenção (inclusive legislativo); o fato de que tal compromisso atinge todas as unidades constitutivas dos países signatários o que, no Brasil, se refere à União, aos Estados e aos Municípios. O Art. 9º determina:

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;

¹³ “Artigo 5. Igualdade e não-discriminação - [...] 3.A fim de promover a igualdade e eliminar a discriminação, os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas para garantir que a adaptação razoável seja oferecida. (BRASIL, 2009, n.p.).

b) Assegurar que as entidades privadas que oferecem instalações e serviços abertos ao público ou de uso público levem em consideração todos os aspectos relativos à acessibilidade para pessoas com deficiência; (BRASIL, 2009, n.p.).

Deste modo, todas as políticas públicas devem estar voltadas a neutralizar ou minimizar os efeitos negativos das desvantagens de mobilidade das pessoas com deficiências que são causados por barreiras físicas, de modo a garantir os princípios de independência, autonomia e dignidade, de maneira coletiva e individual. (VITAL; QUEIROZ, 2008, p. 47).

Destaca-se aqui a proibição de retrocesso em relação ao direito fundamental à acessibilidade da pessoa com deficiência, intrínseca à expressa necessidade de remoção de obstáculos. É evidente que não se trata apenas de remover as barreiras físicas existentes, mas, especialmente, de não criar novas barreiras. (VITAL; QUEIROZ, 2008, p. 47).

No que tange aos objetivos do presente trabalho, a proibição de criação de novas barreiras é justamente o mais evidente fundamento do possível vício de inconstitucionalidade (*inconvencionalidade*) da Lei 15.499/2011 da capital do Estado de São Paulo, como se verá abaixo.

3. A NORMATIZAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL ACERCA DO DIREITO À ACESSIBILIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Constituição Federal determina a necessidade de regulamentação de suas disposições no que concerne ao direito aos direitos das pessoas com deficiência. Nesse diapasão, a produção massiva de leis é evidente, conforme demonstram os dados do ano de 2009 abaixo colocados:

No âmbito da legislação federal, são: 45 leis, 27 decretos, 24 resoluções, 36 portarias ministeriais e interministeriais, 14 instruções normativas, três medidas provisórias, oito ordens de serviço e vários

outros instrumentos reguladores de direitos como: pensão especial, símbolos de acesso e de identificação, apoio à integração, penalidades, impostos, ensino especial, passe livre em meios de transporte, isenções, prioridade de atendimento, benefícios, promoção de acessibilidade, reabilitação profissional, equipamentos políticos, criação de Conselhos de Direitos, de Políticas de Atendimento, de Redes de Informações, concursos públicos, inserção e manutenção no mercado de trabalho, conclusão de concursos, aquisição de aparelhos para correções visuais e auditivas, campanhas de aptidão, requisitos de gratuidade para atendimento assistencial, reservas de vagas, estágios, combate à discriminação, flexibilização de horário a trabalhadores responsáveis legais por PPDs, fiscalização do trabalho, aposentadoria especial, entre outros. (CULLETON; BRAGATO; FALARDO, 2009, p. 208).

Resta evidente, então, que o Congresso Nacional não encontra qualquer problema em legislar (fartamente) sobre os direitos das pessoas com deficiência. O problema, ao que parece se relaciona muito mais ao “ser” do que ao “dever ser”, pois, como visto, os direitos das pessoas com deficiência “devem ser” em grande quantidade, mas “são” de pouca efetividade.

No que concerne à acessibilidade os arts. 227, §2º e 244 foram regulamentados pelas leis número 10.048/2000, 10.098/2000, reguladas pelo Decreto Presidencial 5.269/2004, que fixam, inclusive, prazos para a efetivação da acessibilidade nas edificações públicas e privadas, já esgotados em sua maioria.¹⁴ Segundo Luiz Alberto David Araujo:

¹⁴ “Art. 19. [...] § 1º No caso das edificações de uso público já existentes, terão elas prazo de trinta meses a contar da data de publicação deste Decreto para garantir acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. [...] Art. 22. [...] 2º Nas edificações de uso público já existentes, terão elas prazo de trinta meses a contar da data de publicação deste Decreto para garantir pelo menos um banheiro acessível por pavimento, com entrada independente, distribuindo-se seus equipamentos e acessórios de modo que possam ser utilizados por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida. [...] Art. 23. [...] § 8º As edificações de uso público e de uso coletivo referidas no caput, já existentes, têm, respectivamente, prazo de trinta e quarenta e oito meses, a contar da data de publicação deste Decreto, para garantir a acessibilidade de que trata o caput e os §§ 1º a 5º. [...] Art. 24. [...] § 2º As edificações de uso público e de uso coletivo referidas no caput, já existentes, têm, respectivamente, prazo de trinta e quarenta e oito meses, a contar da data de publicação deste Decreto, para garantir a acessibilidade de que trata este artigo. (BRASIL, 2004, n.p.).

[...] quase todos os prazos já estão vencidos. E onde está a acessibilidade? Ela não existe. Uma perícia, fotografia ou prova testemunhal poderá facilmente constatar a inexistência dos acessos determinados pela lei. E, vencidos os generosos prazos concedidos pelo Presidente da República (pelo decreto regulamentar n. 5296/2004), vamos à ação! (2011b, p. 39).

Regulamentados os dispositivos constitucionais (o que resulta na plena eficácia do Texto Magno) e estando a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em vigor, equiparada a uma Emenda Constitucional, todo o ordenamento jurídico interno resta (positiva e negativamente) vinculado à efetivação da acessibilidade.

A partir dessa constatação, norma alguma, internacional, constitucional ou infraconstitucional pode diminuir, extinguir ou mesmo se omitir em relação ao compromisso de conferir a maior efetividade possível ao direito à acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência.

3.1. Dispositivos relativos às edificações de uso coletivo e sua acessibilidade em relação às pessoas com deficiência nas normas nacionais

A lei 10.098/2000 e o Decreto Regulamentar 5.269/2004, tendo em vista tratarem da acessibilidade da pessoa com deficiência, contêm alguns dispositivos que versam especificamente sobre edificações e sobre a permissão para edificar e funcionar. Os mais relevantes em relação ao presente trabalho serão tratados logo abaixo.

Deve-se destacar, contudo que, por se tratarem de normas que regulamentam dispositivos constitucionais, por expressa previsão do texto magno, os diplomas de que se trata têm aplicabilidade nacional, encontrando-se acima das normatizações locais, que devem ser compatíveis com o teor dos referidos diplomas.

A Lei 10.098/2000 entende por “barreira” qualquer entrave ou obstáculo ao acesso, liberdade de movimento e circulação com segurança. Podem ser: a) arquitetônicas

urbanísticas, existente nas vias públicas e nos espaços de uso público; ou *b*) arquitetônicas na edificação, existentes no interior dos edifícios públicos ou privados.¹⁵ (BRASIL, 2000b).

É notório o objetivo do legislador em maximizar as exigências relativas à acessibilidade das pessoas com deficiência, o que se depreende da amplitude dos conceitos constantes de seu texto. Referida amplitude deve reger a leitura de todo o conteúdo da lei em escopo, permeando todos os conceitos posteriores.

O Art. 7º e seu Parágrafo único ditam que em todas as áreas de estacionamento de veículos deverão ser reservadas vagas aos portadores de deficiência com dificuldade de locomoção, em número equivalente a dois por cento do total, porém, no mínimo, uma vaga, sinalizada e com as especificamente técnicas.¹⁶ (BRASIL, 2000b).

O art. 11 determina que a construção ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo devem ser executadas de modo a serem ou se tornarem acessíveis às pessoas com deficiência, observados os requisitos de acessibilidade constas do Parágrafo único. (BRASIL, 2000b).

O Art. 12 determina que locais de espetáculo, conferências, aulas e similares deverão dispor de espaços reservados para cadeirantes, pessoas com deficiência auditiva e visual, de acordo com as normas da ABNT, para facilitar-lhes condições de acesso, circulação e comunicação.¹⁷ (BRASIL, 2000b).

Observe-se que os dispositivos tratados se referem tanto a edifícios públicos quanto privados de uso coletivo, o que inclui estabelecimentos comerciais e empresas diversas, que

¹⁵ “Art. 2º Para os fins desta Lei são estabelecidas as seguintes definições: [...] II - barreiras: qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento e a circulação com segurança das pessoas, classificadas em: a) barreiras arquitetônicas urbanísticas: as existentes nas vias públicas e nos espaços de uso público; b) barreiras arquitetônicas na edificação: as existentes no interior dos edifícios públicos e privados;” (BRASIL, 2000b).

¹⁶ “Art. 7º Em todas as áreas de estacionamento de veículos, localizadas em vias ou em espaços públicos, 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. Parágrafo único. As vagas a que se refere o caput deste artigo deverão ser em número equivalente a dois por cento do total, garantida, no mínimo, uma vaga, devidamente sinalizada e com as especificações técnicas de desenho e traçado de acordo com as normas técnicas vigentes.” (BRASIL, 2000b).

¹⁷ “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.” (BRASIL, 2000b).

deverão cumprir o estabelecido pela lei tanto no momento da construção dos edifícios destinados ao funcionamento quanto de sua reforma.

O Decreto Presidencial número 5.269/2004, que regulamenta a Lei 10.098/2000, afirma, em seu art. 2º, I e II, que ficam sujeitos às suas disposições a aprovação de projeto ou qualquer tipo de obra com destinação pública ou coletiva, bem como a outorga de concessão, permissão, autorização ou habilitação de qualquer natureza.¹⁸ (BRASIL, 2004).

Deve-se notar aqui a amplitude de regulamentação do decreto, aplicável a qualquer edificação de utilização coletiva, referindo-se a todos os tipos de projetos, obras, concessões, permissões, autorizações ou habilitações, de forma a não permitir qualquer atuação do tipo sem a adequação à questão da acessibilidade das pessoas com deficiência.

O art. 8º conceitua “barreiras” de uma forma tão rigorosa quanto a Lei 10.098/2000. No Inciso VII, conceitua edificações de uso coletivo de forma também bastante ampla, como toda edificação destinada ao comércio, hotelaria, cultura, esportes etc.¹⁹ (BRASIL, 2004). Referida conceituação tem especial importância para os fins do presente trabalho.

Nos termos do art. 11, a construção, a reforma ou a ampliação de edificações de uso público ou de uso coletivo devem ser executadas de modo a ser ou a se tornarem acessíveis à pessoa com deficiência, devendo a aprovação, licenciamento ou emissão de certificado de conclusão atender às regras específicas contidas no decreto. (BRASIL, 2004).

O art. 13 determina que legislações locais, estudos de impacto, atividades de fiscalização, previsão orçamentária e mecanismos tributários serão orientados pelo decreto,

¹⁸ “Art. 2º Ficam sujeitos ao cumprimento das disposições deste Decreto, sempre que houver interação com a matéria nele regulamentada: I - a aprovação de projeto de natureza arquitetônica e urbanística, de comunicação e informação, de transporte coletivo, bem como a execução de qualquer tipo de obra, quando tenham destinação pública ou coletiva; II - a outorga de concessão, permissão, autorização ou habilitação de qualquer natureza;” (BRASIL, 2004).

¹⁹ “Art. 8º. Para os fins de acessibilidade considera-se: I - acessibilidade: condição para utilização, com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos serviços de transporte e dos dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida; II - barreiras: qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento, a circulação com segurança e a possibilidade de as pessoas se comunicarem ou terem acesso à informação, classificadas em: a) barreiras urbanísticas: as existentes nas vias públicas e nos espaços de uso público; b) barreiras nas edificações: as existentes no entorno e interior das edificações de uso público e coletivo e no entorno e nas áreas internas de uso comum nas edificações de uso privado multifamiliar; c) barreiras nos transportes: as existentes nos serviços de transportes; e [...]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;” (BRASIL, 2004).

bem como, em seu §1º, determina que, para qualquer expedição ou renovação de alvará de funcionamento devem ser observadas as regras de acessibilidade. (BRASIL, 2004).

Assim, tanto na Lei 10.098 quanto no Decreto 5.269/2004, as edificações devem obedecer às normas sobre acessibilidade das pessoas com deficiência, sendo que referida obediência será aferida antes da concessão de qualquer tipo de alvará de funcionamento, de qualquer atividade, não posteriormente.

3.2. Dispositivos da Constituição Estadual de São Paulo relacionados à acessibilidade

A Constituição do Estado de São Paulo menciona especificamente a tutela da acessibilidade da pessoa com deficiência, inicialmente, no Art. 277, no qual afirma que ao Poder Público deve garantir diversos direitos às pessoas com deficiência, inclusive à convivência comunitária e à salvo de negligências e discriminações.²⁰ (SÃO PAULO, 1989).

O art. 280 garante especificamente o acesso adequado a logradouros e edifícios de uso público.²¹ (SÃO PAULO, 1989). Assim como no caso dos arts. 227, §2º e do art. 244 da Constituição Federal, trata-se de norma de eficácia limitada, necessitando da regulamentação infraconstitucional para se tornar juridicamente exigível.

Mas, assim como ocorre no caso dos dispositivos mencionados da Constituição Federal, o art. 280 da Constituição do Estado de São Paulo foi regulamentado pela Lei 12.907/2008, o que faz com que a eficácia do referido dispositivo se torne plena e, portanto, exigíveis os direitos que consagra.

3.3. A Lei 12.907/2008 do Estado de São Paulo

²⁰ “Artigo 277 - Cabe ao Poder Público, bem como à família, assegurar à criança, ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiências, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão.” (SÃO PAULO, 1989).

²¹ “Artigo 280 - É assegurado, na forma da lei, aos portadores de deficiências e aos idosos, acesso adequado aos logradouros e edifícios de uso público, bem como aos veículos de transporte coletivo urbano.” (SÃO PAULO, 1989).

A Lei estadual 12.907/2008 basicamente repete os dispositivos da Lei 10.098/2000, com ênfase para o ser art. 25, que afirma que a construção, ampliação ou reforma de edifícios destinados ao uso coletivo deverão ser executadas tendo em conta a acessibilidade.²² (SÃO PAULO, 2002).

Deste modo, a necessidade de obediência às normas de acessibilidade para a pessoa com deficiência no momento de construir ou reformar edifícios de uso coletivo tem eficácia plena, de modo que não necessita de outra regulamentação para ser exigida, nem pode ser limitada por outro instrumento normativo.

3.4. Dispositivos da Lei Orgânica do Município de São Paulo acerca da acessibilidade das pessoas com deficiência

A Lei Orgânica do Município de São Paulo de 1990, em seu art. 227 garante à pessoa com deficiência o acesso a logradouros e edifícios públicos e particulares, mediante a eliminação de barreiras existentes, bem como no que concerne a novos projetos de construção.²³ (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 1990).

Trata-se, também, de norma de eficácia plena, vinculante e exigível diretamente dos poderes públicos, também se aplicando a ela o que se refere à proibição de retrocesso dos direitos fundamentais, de modo que não pode ser eliminada ou restringida, direta ou indiretamente, seja por emenda, seja por lei.

²² “Artigo 25 - A construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo a que sejam ou se tornem acessíveis às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. (SÃO PAULO, 2008).

²³ “Art. 227 - O Município deverá garantir aos idosos e pessoas portadoras de deficiências o acesso a logradouros e a edifícios públicos e particulares de frequência aberta ao público, com a eliminação de barreiras arquitetônicas, garantindo-lhes a livre circulação, bem como a adoção de medidas semelhantes, quando da aprovação de novas plantas de construção, e a adaptação ou eliminação dessas barreiras em veículos coletivos.”. (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2002).

4. A LEI 15.499/2011 DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE/(IN)CONVENCIONALIDADE

Nos termos do art. 23, II, da Constituição Federal, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da assistência pública, da proteção e da garantia das pessoas com deficiência.²⁴ (BRASIL, 1988). Porém, é necessário estudar os elementos e limites dessa competência constitucional.

De acordo com Fernanda Almeida, a competência do art. 23 está no sentido de cooperação entre os entes federados, de modo que concurso entre eles é reclamado em função do interesse público que existe na preservação de certos bens e no cumprimento de certas metas sociais, que demandam a soma de esforços. (1991, p. 140).

Justamente por isso é que o exercício dessa competência comum deve ser presidido pelo ideal de colaboração entre as pessoas políticas (ALMEIDA, p. 143), de modo a aprimorar a efetividade dos direitos existentes, criando e aprimorando novas políticas sociais, nos termos colocados pela Constituição.

Nos termos do art. 30, II, da Constituição, a legislação municipal é complementar em relação às normas federais e estaduais,²⁵ devendo, portanto, ser com elas compatível. Desta forma, no momento de elaborar leis, os Municípios devem, sim, obedecer à Lei 10.098/2000 e ao Decreto Regulamentar 5.269/2004. De acordo com Walter Claudius Rothenburg:

Embora tanto a União, como os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possam fazer leis sobre “proteção e integração social das pessoas com deficiência” (é o que está escrito no art. 24, XIV e no art. 30, II da Constituição da República), a União é responsável por estabelecer as normas gerais (diz o §1º do art. 24). Portanto, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem fazer leis mais específicas de proteção e integração social das pessoas portadoras de

²⁴ “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;” (BRASIL, 1988, n.p.).

²⁵ “Art. 30. Compete aos Municípios: [...] II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;” (BRASIL, 1988, n.p.).

necessidades especiais, desde que observem as normas gerais estabelecidas pela União (2006, p. 313).

Não bastasse, a legislação dos Municípios, no que se refere à acessibilidade da pessoa com deficiência está diretamente subordinada à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, nos termos do seu Art. 4º, devendo as Câmaras Municipais observar os direitos por ela consagrados.

Assim, o exercício da competência comum encontra limitações inclusive no que concerne à questão hierárquica, de forma que os Municípios, apesar da questão cooperativa, ainda devem obedecer às normas gerais colocadas pela União e, nos casos específicos, pelos Estados, bem como diretamente àquelas colocadas pela Convenção.

4.1. O tema da Lei 15.499/2011

A Lei 15.499/2011, do Município de São Paulo, institui o Auto de Licença de Funcionamento Condicionado em relação à instalação e funcionamento de atividades não residenciais em edificações em situação irregular, mediante obtenção de Auto de Licença de Funcionamento Condicionado (Art. 1º).²⁶ (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

Para tanto, o referido diploma permite a emissão do Auto de Funcionamento pela internet, sem permissão prévia ou fiscalização *in locu* das condições do imóvel, inclusive no que concerne à acessibilidade das pessoas com deficiência, o que faz com que seja necessário aferir sua constitucionalidade/convencionalidade.

4.2. Os dispositivos (in)constitucionais/(in)convencionais

²⁶ “Art. 1º. A instalação e o funcionamento de atividades não residenciais em edificações em situação irregular, nos termos da legislação em vigor no âmbito do Município de São Paulo, dar-se-á mediante a obtenção do Auto de Licença de Funcionamento Condicionado, ora instituído.” (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010, n.p.).

No que concerne à Lei Municipal em escopo, os dispositivos atacáveis, nos termos da Constituição da República, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (enquanto equivalente a Emenda Constitucional), da lei e do decreto pertinentes são, basicamente, os referidos abaixo.

O Art. 2º, III, determina que, para a expedição do Auto de Licença de Funcionamento Condicionado, o responsável técnico, juntamente com o responsável pelo uso devem meramente atestar que cumprirão a legislação vigente acerca da higiene, da segurança, da estabilidade e da habitabilidade da edificação.²⁷ (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

O Art. 3º, §3º afirma que, caso seja necessária a manifestação de autoridades do Corpo de Bombeiros, Sanitária e Ambiental, a previsão deverá constar expressamente do Auto de Licença de Funcionamento.²⁸ (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010). Nenhum dos dois dispositivos sequer menciona a necessidade de comprovação prévia da acessibilidade.

Em relação ao art. 4º, fixa as hipóteses nas quais o Auto de Licença de Funcionamento Condicionado não será expedido. (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).²⁹ Deve-se destacar que nenhuma das hipóteses constantes do dispositivo versa sobre a necessidade de comprovação prévia da acessibilidade na edificação.

O Art. 10 padece da mais franca inconstitucionalidade/inconvencionalidade e ilegalidade, quando dita que o Auto de Licença será cassado, perdendo sua eficácia, no caso de desrespeito às normas de proteção às pessoas com deficiência. (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010). Ora, a verificação deveria ser prévia, não resultante de fiscalização posterior.

²⁷ “Art. 2º. O Auto de Licença de Funcionamento Condicionado será expedido para atividades comerciais, industriais, institucionais e de prestação de serviços, compatíveis ou toleráveis com a vizinhança residencial, exercidas em edificação em situação irregular, classificadas na subcategoria de uso não residencial - nR1 e nR2, nos termos do artigo 154, incisos I e II, respectivamente, da Lei nº 13.885, de 25 de agosto de 2004 nas hipóteses permissivas de Auto de Licença de Funcionamento, nos termos da legislação em vigor, desde que: [...] III - o responsável técnico legalmente habilitado, conjuntamente com o responsável pelo uso, atestem que cumprirão a legislação municipal, estadual e federal vigentes acerca das condições de higiene, segurança de uso, estabilidade e habitabilidade da edificação.” (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010, n.p.).

²⁸ “Art. 3º. [...] § 3º Quando for necessária a manifestação das autoridades do Corpo de Bombeiros, Sanitária e Ambiental deverá tal previsão constar expressamente do Auto de Licença de Funcionamento Condicionado.” (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

²⁹ “Art. 4º. O Auto de Licença de Funcionamento Condicionado não será expedido em relação à edificação: I - cuja atividade pleiteada não seja permitida para a zona de uso em que se situa; II - situada em área contaminada, "non aedificandi" ou de preservação ambiental permanente; III - que tenha invadido logradouro ou terreno público; IV - que seja objeto de ação judicial promovida pelo Município de São Paulo, objetivando a sua demolição; V - em área de risco geológico-geotécnico. Parágrafo único. A vedação contida no *caput* c/c inciso III deste artigo não se aplica às áreas públicas objeto de concessão, permissão, autorização de uso e locação social.” (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

A situação se agrava ainda mais quando da leitura do Art. 11 e §§, que afirmam que a invalidação ou cassação do Auto dar-se-á após intimação e processo administrativo com garantia de provas e contraditório, bem como recurso hierárquico no prazo de trinta dias, cuja decisão fará “coisa julgada” administrativa.³⁰ (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

A verificação da acessibilidade deveria ser prévia. Mesmo não sendo prévia, se o responsável pela atividade não cumprir as normas de acessibilidade, terá direito a um processo administrativo devido, coroado pelo contraditório, pela ampla defesa e com direito a recurso. É evidente que isso está de acordo com as garantias do devido processo legal.³¹

Pela ponderação entre os direitos das pessoas com deficiência e os direitos do empresário, a Constituição, a Convenção (equiparada a Emenda Constitucional) e a legislação nacional não há qualquer dúvida: a verificação da acessibilidade deve ser prévia em relação à expedição de qualquer alvará de funcionamento de qualquer atividade.

Não bastasse, como se viu acima, os prazos para adequação das edificações às disposições que versam acerca da acessibilidade às pessoas com deficiência já se esgotaram praticamente todos, de modo que seria ainda mais flagrantemente inconstitucional/inconvencional a atuação no sentido da Lei.

Imagine-se que um empresário, que não cumpre os ditames da acessibilidade, consiga um Auto de Licença de Funcionamento e seja, depois, processado administrativamente. O contraditório, a instrução, o julgamento e o recurso, somados todos os prazos, bem como a possibilidade de ação judicial alargariam indefinidamente um prazo já esgotado.

O Parágrafo único do Art. 13 configura declarado descaso à questão da acessibilidade nas edificações, ao afirmar que, durante a vigência do Auto de Licença, a atividade e a

³⁰ “Art. 11. A declaração de invalidade ou cassação do Auto de Licença de Funcionamento Condicionado, nas hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 10 desta Lei, será feita mediante a instauração de processo administrativo documental. § 1º O objeto do processo será a verificação da hipótese de invalidação ou cassação, por meio da produção da prova necessária e respectiva análise. § 2º O interessado deverá ser intimado para o exercício do contraditório, na forma da Lei. § 3º A decisão sobre a invalidação ou cassação do Auto de Licença de Funcionamento Condicionado compete à mesma autoridade competente para sua expedição. § 4º Contra a decisão será admitido um único recurso, sem efeito suspensivo, dirigido à autoridade imediatamente superior, no prazo de 30 (trinta) dias contados da publicação da decisão recorrida no Diário Oficial da Cidade. § 5º A decisão proferida em grau de recurso encerra definitivamente a instância administrativa.” (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

³¹ “Art. 5º. [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, 1988).

edificação *poderão* ser fiscalizadas no que tange ao cumprimento de condições de higiene, segurança, estabilidade e habitabilidade.³² (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

O fato de não exigir, apenas permitir a fiscalização vai diametralmente contra diversos dispositivos constitucionais, inclusive o princípio da eficiência, contido no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.³³ Além disso, a fiscalização apenas permitida se refere a direitos fundamentais, cuja proteção por parte do Poder Público é irrenunciável.

Não bastasse, o dispositivo sequer menciona que será fiscalizada a edificação no que concerne ao cumprimento das normas relacionadas à acessibilidade, novamente ignorando os direitos fundamentais das pessoas com deficiência, em evidente desacordo em relação à Constituição, à Convenção e à legislação específica.

CONCLUSÃO

A Lei 15.499/2011 do Município de São Paulo não demonstrou qualquer preocupação significativa do Poder Público com a acessibilidade dos imóveis comerciais no que concerne às pessoas com deficiência, descumprindo diversos dispositivos constitucionais e legais de todas as esferas federativas.

Inicialmente, nenhuma norma, mesmo que voltada à regulamentação de dispositivos constitucionais que consagram direitos fundamentais, especialmente no que tange às pessoas com deficiência pode restringir referidos direitos aquém do mínimo necessário à igualdade e à inclusão.

O direito à acessibilidade, consagrados pelos artigos 227, §2º e art. 244 da Constituição da República, é um direito fundamental. A partir da regulamentação

³² “Art. 13. Sempre que julgar conveniente ou houver notícia de irregularidade ou denúncia, o órgão competente da Prefeitura realizará vistorias com a finalidade de fiscalizar o cumprimento às disposições desta lei. Parágrafo único. Durante o período de validade do Auto de Licença de Funcionamento Condicionado, a atividade e a edificação poderão ser objeto de ação fiscalizatória com o objetivo de verificar o cumprimento da legislação vigente quanto às condições de higiene, segurança de uso, estabilidade e habitabilidade da edificação.” (MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, 2010).

³³ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (BRASIL, 1988).

infraconstitucional, tornam-se normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, de modo que vinculam toda a ordem jurídica.

A partir da Convenção Internacional acerca dos Direitos das Pessoas com Deficiência foi consagrada no Brasil por intermédio do procedimento do §2º do Art. 5º da Constituição, de modo que equivale a uma Emenda Constitucional. Referida Convenção aprimora a normatização constitucional acerca da acessibilidade.

Deste modo, a “constitucionalização formal” da Convenção faz com que os direitos nela trazidos estejam sujeitos à proibição de retrocesso, de modo que não podem ser restringidos ou abolidos, mesmo que por outra emenda constitucional. Além disso, têm aplicabilidade imediata.

Assim, norma alguma, constitucional ou infraconstitucional, está imune ao controle de convencionalidade a partir da Convenção, mesmo que se trate de uma Lei municipal, a exemplo do diploma sob análise, tanto no que concerne à criação de normas contrárias quanto a normas que restrinjam a aplicabilidade de suas disposições.

Além disso, no que tange à esfera federal, a Lei 10.098 e o Decreto 5.269/2004 afirmam que as edificações devem obedecer às normas sobre acessibilidade em relação às pessoas com deficiência, sendo que referida obediência será aferida antes da concessão de qualquer tipo de alvará de funcionamento, de qualquer atividade.

Disposições similares se encontram no art. 280 da Constituição do Estado de São Paulo, bem como na Lei 12.907/2008, diploma que regulamenta o referido dispositivo. São, assim, normas de eficácia plena, servindo, também, como paradigma de controle em relação às leis municipais sob sua égide.

Assim, resta evidente que os dispositivos mencionados ferem vários dispositivos constitucionais, violando-os tanto ativamente quanto por omissão, com destaque para: *a)* os arts. 5º, 37, 227 e §2º e 244 da Constituição Federal; *b)* arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 9º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (equivalente a uma Emenda Constitucional).

Além disso, descumpre as determinações específicas dos arts. 2º, 7º, 11 e 12 da Lei 10.098/2000 e dos arts. 2º, incisos I e II, 8º, 11 e 13 do Decreto Regulamentar 5.269/2004, concluindo-se tanto pela inconstitucionalidade/inconvencionalidade quanto pela ilegalidade da Lei 15.499/2011 do Município de São Paulo.

Não fosse suficiente para fulminar juridicamente a referida lei, deve-se destacar que ela descumpra os arts. 277 e 280 da Constituição do Estado de São Paulo, a Lei Estadual paulista número 12.907/2008 que os regulamenta (em especial seu art. 25), bem como o art. 227 da Lei Orgânica do Município de São Paulo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*. 4. ed. Brasília: CORDE, 2011a. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/corde/protecao_const1.asp>. Acesso em: 05 mar. 2015.

_____. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 911-924.

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

_____. (Org.). *Defesa dos direitos das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. O direito das pessoas com deficiência e as convenções internacionais. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra. (Org.). *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 469-486.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2012.

_____. *Decreto 5.269/2004*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2015.

_____. *Decreto nº 6.949/2009*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2015.

_____. *Lei 10.048/2000a*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2015.

_____. *Lei 10.098/2000b*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 mar. 2015.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Direitos Humanos: percepções da opinião pública*. Brasília: Presidência da República, 2010.

CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: _____. SALAZAR, Pedro (Org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005, p. 171-203.

_____. SALAZAR, Pedro (Org.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005.

CORDE. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: CORDE, 2008.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FALARDO, Sinara Porto. *Curso de Direitos Humanos*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Livia. Pessoas com deficiência e direitos humanos no Brasil. In: BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Direitos Humanos: percepções da opinião pública*. Brasília: Presidência da República, 2010.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

MAIOR, Izabel Maria Madeira de Loureiro. Artigo 4 - Obrigações Gerais. In: CORDE. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: Corde, 2008, p. 33-35.

MARTINS, Lilia Pinto. Artigo 2 - Definições. In: CORDE. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: Corde, 2008, p. 28-30.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas*. Ano IX. nº 12. Março, 2009, p. 235-275.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Lei Orgânica do Município de São Paulo*. 1990. Disponível em: <<http://www.nossasaopaulo.org.br/portal/files/LeiOrganica.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

_____. *Lei 15.499/2011*. Disponível em: <<http://camaramunicipalsp.qaplaweb.com.br/iah/fulltext/leis/L15499.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

NOGUEIRA, Geraldo, Artigo 1 - Propósito. In: CORDE. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: Corde, 2008, p. 25-27.

PAULA, Ana Rita de. Artigo 3 - Princípios Gerais. In: CORDE. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: Corde, 2008, p. 31-33.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

QUARESMA, Regina. A pessoa portadora de necessidades especiais e sua inclusão social. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 925-945.

RESENDE, Ana Paula Crosara. Artigo 5 - Igualdade e não discriminação. In: CORDE. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: Corde, 2008, p. 35-37.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O acesso ao acesso. Quem é competente para as questões de direitos das pessoas portadoras de necessidades especiais? In: ARAUJO, Luiz Alberto David. (Org.). *Defesa dos direitos das Pessoas com Deficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 311-318.

SÃO PAULO. *Constituição do Estado de São Paulo*. 1989. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

_____. *Lei 12.907/2008*. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 01 dez 2014.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

VITAL, Flavia Maria de Paiva; QUEIROZ, Marco Antonio de. Artigo 9 - Acessibilidade. In: CORDE. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada*. Brasília: CORDE, 2008, p. 45-48.

Data do recebimento: 11/02/2014

Data da aceitação: 22/05/2014