

**O DEFICIENTE SOB A TUTELA PENAL: Um estudo sobre a responsabilidade do Estado face ao tratamento dispensado ao apenado com deficiência, tendo como pano de fundo o garantismo constitucional brasileiro**

**THE PHYSICALLY DISABLED UNDER CRIMINAL PROTECTION: A study of State liability in relation to the treatment of the doomed with physical disabilities, having as background the Brazilian constitutional guarantism**

**Simone de Souza<sup>1</sup>**

**Resumo**

O presente artigo tem por objetivo analisar a responsabilidade do Estado em face do deficiente apenado, a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional do Estado Democrático brasileiro e princípio normativo reconhecido nos tratados internacionais nos quais o Brasil figura como signatário. A partir da observação da falta de leis específicas, da superlotação e da precariedade do sistema pátrio, aborda-se a ideia que tais situações não podem servir de subterfúgio ao Estado que, flagrantemente, desrespeita os princípios constitucionais das pessoas encarceradas, a priori àquelas com deficiência, as quais são duplamente afetadas pela falência prisional. Cabe ao Estado, enquanto detentor do uso da força, promover políticas públicas consistentes que permitam ao apenado com deficiência o cumprimento, de maneira digna, de uma pena que objetive sua ressocialização, e na sua impossibilidade, manter um processo civilizatório que garanta a aplicação da pena sob a égide da Constituição Federal.

**Palavras-chave:** Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais. Direitos dos apenados com deficiência. Responsabilidade do Estado. Sistema carcerário. Tratados internacionais.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. <monewitt@yahoo.com.br>

## **Abstract**

This article intends to analyze the State liability in face of doomed with physical disabilities, starting from the principle of human dignity, a constitutional fundament of the Brazilian Democratic State and normative principle recognized in international treaties that Brazil is a signatory. From the observation of the lack of specific laws, of overcrowding and the precariousness of the Brazilian system, this study discusses the idea that such situations can not serve as subterfuge to the State that flagrantly disrespects the constitutional principles of incarcerated people, mainly those people with physical disabilities, which are doubly affected by the ruin of the prison system. As holder of the use of force the State must promote consistent public policies enabling the arrested with physical disabilities to serve a penalty in a dignified way aimed at their rehabilitation, and if not possible, the State must keep a civilizing process that ensures the penalty application under the aegis of the Federal Constitution.

**Keywords:** Human dignity. Fundamental rights. Rights of arrested with physical disabilities. State liability. The prison system. International treaties.

## **1 INTRODUÇÃO**

A proposta do presente estudo é provocar uma reflexão sobre o (des)respeito às garantias dos direitos fundamentais no âmbito do encarceramento da pessoa com deficiência, tendo como pano de fundo o garantismo constitucional brasileiro.

Proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que todos os homens, sem distinção, nascem livres e iguais em dignidade e direitos e por serem detentores de razão e consciência, devem sempre agir com espírito de fraternidade, uns para com os outros. É o artigo 5º da mesma declaração que determina que “ninguém será submetido à tortura, nem a penas, nem a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

No mesmo sentido, o artigo 10 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos institui que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”.

Abarca cada um desses postulados, dentre outros constantes das cartas de proteção aos direitos humanos, o disposto na Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que relembra, reconhece e reafirma os direitos inerentes a todos os homens, inclusive às pessoas com deficiência, devendo ser garantido que estas exerçam seus direitos sem qualquer discriminação.

Não obstante o número de Declarações acerca dos direitos do homem, importante a lição de BOBBIO, segundo o qual o cerne da efetivação dos direitos não está na definição de sua natureza, mas nas condições criadas para sua garantia. Diante disso, assim se manifesta:

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 2004, p. 45)

Não obstante o aumento da preocupação em proteger os direitos básicos da pessoa humana em instrumentos convencionais com caráter universal, o discurso de proteção a esses direitos, em especial, os direitos da população carcerária com deficiência, tem sobremaneira, gerado uma espécie de reação negativa com forte ressonância popular alimentada pelo preconceito a esse grupo multifacetado, duplamente excluído e marginalizado. Assim, o apenado deficiente e encarcerado resta posicionado na margem da margem social.

Cláudia Werneck, corroborando com tal entendimento, aduz que

a sociedade para todos, consciente da diversidade da espécie humana, deve estruturar-se para atender às necessidades de cada cidadão, das maiorias às minorias, dos privilegiados aos marginalizados. Crianças, jovens e adultos com deficiência serão naturalmente incorporados à sociedade inclusiva, definida pelo princípio: TODAS as pessoas têm o mesmo valor. (WERNECK, 2003, p. 24)

Em pesquisa realizada no ano de 2010, o Censo<sup>2</sup> do IBGE, contabilizou uma população com cerca de 190 milhões de habitantes no país, sendo que desse número expressivo, 45.623,910 pessoas se declararam com pelo menos uma dificuldade de enxergar, locomover, ouvir, enfim, com alguma deficiência. Pessoas que vivenciam a vulnerabilidade e a imensa estigmatização, conforme também constatou a pesquisa em questão.

---

<sup>2</sup> O censo ou recenseamento demográfico é um estudo estatístico referente a uma população e realizado, normalmente, de dez em dez anos, na maioria dos países. Segundo a definição da ONU, "um recenseamento de população pode ser definido como o conjunto das operações que consistem em recolher, agrupar e publicar dados demográficos, econômicos e sociais relativos a um momento determinado ou em certos períodos, a todos os habitantes de um país ou território". Fonte: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Censo\\_demogr%C3%A1fico](http://pt.wikipedia.org/wiki/Censo_demogr%C3%A1fico).

Assim, diante do aumento substancial de pessoas com deficiência nos últimos anos, torna-se necessário verificar se a este grupo tem sido garantido o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em especial nos estabelecimentos prisionais, locais em que são propensos a terem seus direitos duplamente violados, sejam os direitos como encarcerados, sejam os direitos decorrentes da necessidade que lhes impõe a deficiência.

Dessa forma, através do método descritivo acerca da realidade carcerária atual, o presente estudo pretende analisar a eficácia e efetividade da aplicação da Lei da Acessibilidade nos presídios, bem como seus efeitos em um país que se apresenta enquanto um Estado Democrático de Direito que visa assegurar a garantia dos direitos dos cidadãos.

A conclusão deste estudo, que sem qualquer intenção de esgotar o tema, pretende oferecer elementos que possam servir de suporte para uma reflexão sobre o problema levantado, cuja solução já não pode mais esperar.

## **2 COMPREENDENDO O SENTIDO DO TERMO: “PESSOA COM DEFICIÊNCIA”**

A princípio, cumpre-nos esclarecer o sentido em que a “deficiência” será trabalhada no presente estudo. Existem maneiras diferentes de se pensar a deficiência. Sob a concepção médica, nota-se que sua abordagem é feita como se fosse um incidente isolado, um problema do indivíduo, que deve “esforçar-se para se ‘normalizar’ perante os olhos da sociedade”. Sob essa concepção, menos atual, corre-se o risco de uma abordagem descontextualizada do termo. (SEGALLA *apud* FERRAZ, 2012, p. 130-131)

Sob a concepção social, tendência mais atual e adequada, valoriza-se a importância do ambiente na vida das pessoas, buscando-se contextualizar a deficiência dentro da sociedade. Segundo o artigo primeiro da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, as 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”, um conceito claro do que seria deficiência segundo o modelo social. (SEGALLA *apud* FERRAZ, 2012, p. 130-131)

No decorrer da história mundial, a pessoa com deficiência foi amplamente discriminada e oprimida, configurando graves violações aos direitos humanos. Por incontáveis vezes, a pessoa com alguma deficiência foi “entendida como ser menor em

dignidade e direitos, ou em situações limites, [...] descartável, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo).” (PIOVESAN *apud* FERRAZ 2012, p. 34)

A estigmatização sofrida pelas pessoas com algum tipo de deficiência começa pela própria nomenclatura adotada. Dizer que uma pessoa é “portadora de deficiência” não é senão uma alusão à ideia de impureza e enfermidade, o que contribui para que essas pessoas tornem-se alvo de intolerância e da invisibilidade social. O que se vislumbra nesse contexto é a ideia de que qualquer impedimento que a pessoa possa ter “foge dos padrões universais e por isso tem um “problema” que não diz respeito à coletividade.” (FONSECA *apud* FERRAZ 2012, p. 24)

Expressões como “pessoa portadora de necessidade especial”; “pessoa especial”; “pessoa incapaz”. A febre do “politicamente correto” justifica-se de alguma forma, pois os diversos grupos discriminados visam, por meio de expressões claramente delineadas, galgar posições políticas que os libertem dos estigmas históricos. [...] “pessoas inválidas”, “aleijados”, “incapazes”, “ceguinhos”, “mudinhos”, [...] carregam um forte peso de exclusão social e de inferiorização”. (FONSECA *apud* FERRAZ, 2012, p. 22)

E aqui cabe a seguinte pergunta: O que é pessoa com deficiência? Neste viés, o tema que segue se propõe a tratar da compreensão do termo “pessoa com deficiência”, definindo o que significa e principalmente o que não significa.

## **2.1 “Pessoa com deficiência”: uma definição social**

O estudo dos direitos da pessoa com deficiência sob a tutela penal requer algumas questões preliminares, razão pela qual, faz-se necessário definir a terminologia mais adequada a ser utilizada, onde a variante perfaz o caminho entre pessoa com deficiência e pessoa portadora de deficiência. Embora terminologia “pessoa portadora de deficiência” esteja consagrada nas legislações mais antigas, na atualidade, busca-se enfatizar a “pessoa” e não a deficiência, sendo mais adequada, portanto, a terminologia “pessoa com deficiência”.

A Constituição Federal de 1988, promulgada antes de entrar em vigor a Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ainda utiliza a expressão “pessoas portadoras de deficiência”, praticada à época. Todavia a o princípio da dignidade da pessoa humana permite-nos inferir que “todos nós temos necessidades especiais

em circunstâncias específicas, mas, certamente, nenhum de nós as “porta” uma vez que não são objetos”. (FONSECA *apud* FERRAZ, 2012, p. 22)

O Decreto n. 6.949/2009 - Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência -, nos apresenta o conceito legal que vigora na atualidade no Brasil e dá outras providências:

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de sua 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. (BRASIL, 2009)

Da mesma forma, define a Lei n. 8.742/93, artigo 20, §2º: “considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos [...], os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”. (BRASIL, 1993)

Já o Decreto n. 3.298/1999, que regulamenta a Lei n. 7.853/1989, o qual dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa com Deficiência, considera-se deficiência a perda total ou anormalidade de funções ou estruturas fisiológicas ou anatômicas impeditivas do desempenho das atividades ‘normais’. A deficiência permanente ocorre apenas em determinado tempo suficiente a não permitir recuperação; já a incapacidade é uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, incapacidade que necessite de adaptações com fins de adequação ao desempenho de atividades a serem exercidas.

Não obstante os conceitos trazidos pelos diplomas legais para o termo “deficiência”, importante ressaltar aquele que nos parecer aproximar-se de um conceito mais acertado:

A deficiência está, doravante, nas barreiras sociais que excluem essas pessoas do acesso aos direitos humanos básicos. [...] a deficiência não está nas pessoas e sim na sociedade, que deve como determinam todos os demais dispositivos da Convenção da ONU, buscar políticas públicas para que os detentores daqueles atributos outrora impeditivos emancipem-se. (FONSECA *apud* FERRAZ, 2012, p. 27)

Nesse sentido, necessário mencionar o entendimento do ilustre doutrinador Lauro Ribeiro, que preconiza, ‘*in verbis*’:

O conceito social de deficiência trazido pela Convenção da ONU, [...] exige uma mudança da sociedade, que deve ajustar-se para permitir que a pessoa com deficiência, que dela já faz parte, usufrua de todos os sistemas sociais em igualdade de condições com as demais pessoas; é dizer: na atualidade a sociedade deve ser inclusiva. (RIBEIRO *apud* FERRAZ, 2012, p. 160)

Cumpra salientar que a legislação tem inovado cada vez mais, tanto no Direito Internacional quanto no Direito Interno, inclusive ao trazer para a questão da deficiência um conceito que embora seja muito mais amplo e abrangente, é também mais voltado ao próprio ser humano e não à deficiência que lhe é inerente.

Há que se ressaltar que o presente estudo não abarca as pessoas com deficiência mental grave (sem capacidade de entendimento), vez que são detentores de inimputabilidade penal, tendo assim sua culpa excluída e como consequência, o crime e a pena. Todavia não se pode negar que as instituições psiquiátricas se mostram de igual maneira, aquém do padrão ideal no que tange o respeito aos direitos humanos.

### **3 OS DIREITOS HUMANOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA À LUZ DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi grande fonte de inspiração para os “esforços em prol da realização do ideal de universalidade dos direitos humanos” (TRINDADE, 2003, p. 28). Com efeito, diversos pactos, protocolos e convenções internacionais, foram fortes instrumentos que viabilizaram avanços significativos na proteção dos direitos do homem. “Grande foi a preocupação em consagrar tais direitos básicos da pessoa humana em instrumentos convencionais em caráter universal”. (SANTIAGO *apud* TRINDADE, 1996, p. 117)

Compreende-se assim que “a comunidade internacional tenta, atualmente, através do uso de tratados – o maior instrumento em seu aparato legal – obrigar os Estados a melhorar a condição dos indivíduos e a garantir a eles direitos fundamentais” (LEARY *apud* PIOVESAN, 2000, p. 30)

Sendo os tratados internacionais instrumentos com “força jurídica obrigatória e vinculante, resta frisar que a violação de um tratado implica em violação de obrigações assumidas no âmbito internacional e o descumprimento de tais implica, portanto em responsabilização do Estado violador.” (PIOVESAN, 2000, p. 65 - 72)

Ademais, por ser um tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado, sendo criado um código comum de ação “ao qual os Estados devem se conformar, no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos”. (PIOVESAN, 2000, p.31)

Outro marco importante na evolução do sistema de proteção internacional ocorreu em San José da Costa Rica, nos dias 07 a 22 de novembro do ano de 1969, ocasião em que a Conferência Interamericana Especial sobre Direitos Humanos preparou e adotou a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica que entrou em vigor tão somente em 18 de julho de 1978, quase uma década após de sua preparação. (TRINDADE, 2003, p. 45-46)

Nesse diapasão, impende destacar o entendimento de TRINDADE, o qual aduz que sistema interamericano de proteção dos direitos humanos terá grandes avanços na medida em que todos os Estados membros da OEA se tornarem Partes na Convenção Americana, incluindo seus dois Protocolos, sem reservas, “e todos os Estados Partes na Convenção tiverem aceito incondicionalmente a competência contenciosa da Corte, - tornando-se esta, no futuro, *automaticamente* obrigatória (sem restrições) para todos os Estados Partes”. (TRINDADE, 2003, p.51-52)

Acrescenta-se ainda que “desde o processo de democratização do país e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil tem adotado importantes medidas em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos”. Enfatize-se que ao aderir à sistemática internacional protetiva, o Brasil redimensiona o alcance da cidadania em que, os indivíduos passam a ser titulares de direitos internacionais, além dos já constitucionalmente previstos na seara nacional. Vale dizer que essa interação entre o direito internacional e o nacional exprime um auxílio mútuo onde a proteção do ser humano fica deveras fortalecida. (PIOVESAN, 2000, p. 236-240)

E tal como nos Pactos Internacionais, as Convenções Internacionais também se apresentam, via de regra, como mecanismos de proteção dos direitos do homem. Esse processo de internacionalização e multiplicação dos direitos humanos, “resultou em complexo sistema internacional de proteção, marcado pela coexistência do sistema geral e do sistema especial de proteção”. Assim com a Convenção Americana e os Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, o Brasil se inseriu de vez na seara protetiva internacional. (PIOVESAN, 2000, p. 181- 241)

No tocante à proteção internacional das pessoas com deficiência, a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência foi promulgada por meio do Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001 passando então a vigorar, sendo executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém. O compromisso dessa Convenção é a eliminação de todas as formas de discriminação por razões de deficiência.



Vale destacar que expor a proteção dos direitos na seara internacional não é meramente teórico. Há sim, grande interesse nessa tarefa eis que “esses direitos são dotados de algumas características que facilitam extremamente a sua proteção e efetivação judicial”. E baseado no que foi exposto, pode-se formular uma definição que percorrerá todo o caminho do presente estudo:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”. (MARMELSTEIN, 2011, p. 17-20)

Na proteção internacional do homem com deficiência, embora exista extensa legislação protetiva, o mesmo não se vislumbra com relação às pessoas com deficiência submetidas ao encarceramento prisional. Isso nos remete “à reflexão sobre o muito que ainda falta para a indispensável certeza jurídica, diante da crescente demanda e carência de políticas públicas indispensáveis” (INSTITUTO BRASILEIRO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, 2001)

Para o ilustre professor José Pastore, de nada adianta uma profusão de direitos se a implementação é pobre. A maioria dos legisladores acaba por “dar as costas”, fazendo prevalecer a falsa concepção segundo a qual, colocando-se um dispositivo de lei, o portador de deficiência é automaticamente inserido. (PASTORE *apud* INSTITUTO BRASILEIRO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, 2001, p. 8)

Ante ao exposto, há que se concluir que o Direito Internacional estipula a possibilidade de se invocar norma interna mais protetiva, o problema é que, segundo RAMOS, o Direito Internacional no Brasil é ‘manco’,

nos casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, do Tribunal Internacional Penal, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, do Comitê pela Eliminação de toda forma de Discriminação contra a Mulher, do Comitê pela Eliminação de toda forma de Discriminação Racial e do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência. É que, nestes casos, o Brasil, expressamente reconheceu a competência de órgãos judiciais ou quase judiciais internacionais em apreciar casos de violação aos tratados respectivos. (RAMOS *apud* SARMENTO; SARLET, 2011, p. 33-35)

Em razão disso, seria certo que as Cortes – Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos – dialogassem na mesma ‘língua’, vez que ambas possuem a missão de garantir a efetividade e o respeito à dignidade da pessoa humana e aos

direitos fundamentais. Uma sugestão seria a instalação de foro ou secretaria permanente sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos que unisse os Poderes Legislativo, Executivo e o Judiciário, além do MP Federal, Conselho Federal da OAB, Conselhos Nacionais do MP e da Justiça, de modo a provocar a ação dos responsáveis pela implementação dos comandos internacionais. (RAMOS *apud* SARMENTO; SARLET, 2011, p.34-35)

Não obstante o Brasil esteja teoricamente engajado, na prática isso não se apresenta, vez que se percebe quase um ‘total silêncio’ acerca da interpretação dada pelo próprio Direito Internacional, o que pode acarretar responsabilização internacional do Brasil por violação de direitos humanos. (RAMOS *apud* SARMENTO; SARLET, 2011, p. 36)

Assim, é urgente o esforço conjunto do Supremo Tribunal Federal com os órgãos internacionais específicos, vez que por meio desse relacionamento positivo, a possibilidade de efetivação dos direitos humanos se apresenta com muito mais intensidade.

### **3.1 A ONU e o reconhecimento dos direitos das “pessoas com deficiências”**

A ONU, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, através de seus tratados internacionais, vem se dedicando aos grupos vulneráveis, se preocupando acima de tudo com a eficácia dos Direitos Humanos. Faz isso justificando que essa atenção a esses grupos é fruto do princípio universalmente aceito em que todo ser humano nasce livre e igual em dignidade e direitos. Reflexos dessa atenção incidem por todos os instrumentos, regras e princípios que dela provém. Mas a Convenção da ONU não inovou o sistema de direitos humanos, apenas os aperfeiçoou. (FONSECA *apud* FERRAZ, 2012 p. 20-23)

Prova disso se nota quanto ao conceito social de deficiência trazido pela Convenção da ONU, o qual exige uma mudança de paradigmas, em que a sociedade deve se ajustar e permitir que a pessoa com deficiência que faz parte dessa mesma sociedade, possa usufruir de todos os sistemas sociais em igualdade de condições com as demais pessoas. (RIBEIRO *apud* FERRAZ, 2012, p. 160)

A internacionalização da atenção “aos grupos vulneráveis visa dar eficácia aos direitos humanos de forma a fazê-los unos, indivisíveis e interdependentes”. (FONSECA, R., 2013). Cumpre salientar que com vistas a fomentar esse movimento internacional em prol da inclusão, a própria ONU consagrou o ano internacional da pessoa com deficiência em **03 de**

**dezembro de 1981**<sup>3</sup>, celebrado pela primeira vez com o tema ‘Pela Participação e Igualdade’. Onde se apelou para que o mundo fizesse um esforço comum na busca de resolver “as desigualdades gritantes experimentadas por pessoas com deficiência”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2013)

Salienta-se que mesmo havendo inúmeros progressos na conscientização sobre os direitos das pessoas com deficiência, muito ainda se tem a fazer, principalmente nos países ainda em desenvolvimento, eis que nesses, a taxa da exclusão representa uma enorme porcentagem. (FONSECA *apud* FERRAZ, 2012, p 28-31)

### **3.2 Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência. Breves apontamentos.**

Apesar da indiscutível importância da Declaração, como documento que vinculava todos os Estados que compunham a ONU, ainda era necessária uma efetivação específica para assegurar os direitos das Pessoas com Deficiência a nível internacional.

A saber, conforme o artigo 4º, II da Constituição de 1988, as relações internacionais da República Federativa do Brasil são regidas pela prevalência dos direitos humanos. Todavia, maior importância ainda reside no artigo 5º, XLI, da Carta Magna, que preceitua punição a qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais.

No Brasil de hoje, vivemos um flagrante paradoxo: no plano das normas, não é muito o que se poderia acrescentar às vigentes, no tocante à proteção teórica dos direitos humanos. A realidade, porém, mostra que a violência contra a cidadania no País assume dimensões, formas e alcance nunca antes verificadas. Por isso, superar a distância entre o Brasil normativo – abstrato – e o Brasil real – concreto – é o grande desafio que enfrenta a Nação. (RIBEIRO COSTA *apud* TRINDADE, 1996. p. 176)

Neste cenário, foi assinada em 30 de março de 2007, aprovada pelo DL186 em 09 de julho de 2008 e ratificada pelo Brasil em 1º de agosto de 2008, inclusive seu protocolo facultativo<sup>4</sup>, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Um tratado internacional aprovado nos moldes do artigo 5º, §3º da Constituição Federal de 1988, com

---

<sup>3</sup> Mensagem do Secretário-Geral da ONU, Sr. Ban KI-moon, sobre o Dia Internacional da Pessoa com Deficiência, em 03 de dezembro de 2011: “Juntos por um mundo melhor para todos incluindo pessoas com deficiência no desenvolvimento”. (FONSECA *apud* FERRAZ, 2012, p. 28)

<sup>4</sup> Segundo o qual se reconhece a competência do Comitê para receber e considerar comunicações por violação desta Convenção.

redação dada pela EC 45/04, a qual aduz que “os tratados e convenções internacionais sobre os direitos humanos que forem aprovados, (...) serão equivalentes às emendas constitucionais” (BALDI, 2009)

“A Convenção [então] surge como resposta da comunidade internacional à longa história de discriminação, exclusão e desumanização das pessoas com deficiência”, em que o propósito maior é a promoção, proteção e a segurança do pleno exercício dos direitos humanos dessas pessoas, demandando dos Estados que dela participam, medidas de qualquer natureza, para a implementação dos direitos nela previstos. E, de forma expressa, aduz para a possibilidade de os Estados que dela fazem parte, adotarem as medidas necessárias a “acelerar ou a alcançar a igualdade de fato das pessoas com deficiência” (PIOVESAN *apud* FERRAZ, 2012, p. 47-49)

Introduz a Convenção o conceito de “*reasonable accomodation*”, apontando o 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 accomodation*” é uma forma de discriminação nas esferas pública e privada (PIOVESAN *apud* FERRAZ, 2012, p. 48)

Dos princípios que inspiraram a criação dessa Convenção, merecem destaque o respeito à dignidade, autonomia individual para fazer suas próprias escolhas e independência pessoal; não discriminação; plena e efetiva participação e inclusão social; respeito às diferenças e aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana; igualdade de oportunidades; acessibilidade; igualdade entre homens e mulheres; respeito ao desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e respeito aos direitos dessas crianças de preservar sua identidade. (PIOVESAN *apud* FERRAZ, 2012, p. 48)

Merece atenção especial a questão da acessibilidade tratada nesse relevante instrumento, a qual aduz ao poder público a obrigação de proporcionar instalações com adaptações, modificações e os ajustes necessários e adequados 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”, visando à plena e efetiva participação de todos em todos os aspectos da vida. Verifica-se assim, a necessidade de compatibilização das previsões da Lei 10.098/2000 – Lei da Acessibilidade - a tais parâmetros.

Cumprindo ainda destacar que não haverá derrogação ou revogação de quaisquer direitos humanos e liberdades fundamentais, “sob a alegação de que a presente Convenção

não reconhece tais direitos e liberdade ou que os reconhece em menor grau”. E como se percebe, ainda é um desafio gigantesco a implementação dos direitos assegurados, o que se verifica também quanto aos operadores do direito, quando se tem em conta que os relatórios internacionais destacam a falta de capacitação adequada "em matéria de direitos humanos", em particular com respeito aos "direitos consagrados" em tratados internacionais, especialmente "na judicatura e entre os agentes públicos". (BALDI, 2009)

É bem verdade que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência trouxe avanços significativos ao ordenamento jurídico brasileiro, alcançando inclusive, o elevado nível de norma constitucional. Todavia é necessário que exista uma política que fomente no social, conscientização e concretização, para que se vislumbre cada vez menos a segregação deste grupo tão marginalizado.

### **3.3 Reflexões sobre a Constituição Federativa do Brasil no contexto dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos das Pessoas com Deficiência**

Com a evolução constitucional brasileira, a referência à pessoa com deficiência passou a ser merecedora de maior atenção. E no texto da Constituição vigente, inúmeros são os dispositivos que apresentam tanto direta quanto indiretamente, a proibição da discriminação a esse grupo vulnerável e promoção da igualdade dessas pessoas. (SARLET *apud* FERRAZ, 2012, p. 91,92)

Segundo entendimento do professor João Trindade Cavalcante Filho, basicamente, dois são os princípios que norteiam os direitos fundamentais, a saber, o Estado de Direito e a dignidade humana. A dignidade humana deve ser entendida como um princípio que reconhece a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, alguns direitos básicos – justamente os direitos fundamentais. (CAVALCANTE FILHO, 2013)

Quanto ao Estado de Direito, este deve ser entendido como o Estado de poderes limitados. Seguindo o entendimento de José Afonso da Silva, o Estado de Direito é caracterizado pela submissão dos governantes e dos cidadãos ao império da lei, pela separação de poderes e pela garantia dos direitos fundamentais. Para o autor, “a concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo súditos em cidadãos livres”. (SILVA, 2006, p. 113)

Nesse ínterim, percebe-se que a ideia constitucional em limitar o poder estatal, está diretamente ligada ao respeito aos direitos fundamentais, ou seja, os princípios jurídicos básicos que justificam a existência desses direitos. É uma limitação imposta às ações arbitrárias do Estado e a não intervenção abusiva estatal assegura a efetivação de tais direitos.

A promulgação do texto constitucional brasileiro já conta com mais de 25 anos e ainda tem problemas quanto à efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e conforme aduz Norberto Bobbio já foi o tempo em que era necessário justificar a necessidade destes direitos, há agora que realizá-los. (BOBBIO, 2004, p.23)

A esse propósito, faz-se mister trazer à colação o entendimento de DALLASTA, quando, nesse contexto aduz, ‘*ipsis litteris*’:

Apesar dos inúmeros pactos ratificados pelo Brasil, as pessoas com deficiência, [a priori os apenados nessa condição], continuam ausentes dos procedimentos dos órgãos responsáveis pela aplicação dos tratados das Nações Unidas, inclusive, nos relatórios emanados por estes órgãos a questão da deficiência é omissa, o que não evidenciam a implementação de medidas de salvaguarda dos direitos humanos das pessoas com deficiência (DALLASTA, 2006, p. 6)

Num discurso geral sobre inclusão, fica evidente que embora existam inúmeros pactos ratificados pelo Brasil, há ainda a ausência de eficácia na recepção da ordem jurídica interna. Uma certa “acomodação” por parte do Estado na tomada de medidas concretas que assegurem a efetivação dos direitos dos apenados com deficiência, notoriamente um grupo duplamente excluído.

### ***3.3.1 O respeito aos princípios garantidos pela Constituição brasileira***

Os direitos fundamentais são direitos essenciais na garantia de uma cidadania efetiva, razão pela qual deve ser destinada a todo e qualquer ser humano. Sendo tais direitos, responsabilidade primária dos Estados que, “à luz da universalidade e indivisibilidade ou interdependência dos direitos humanos, se não de considerar as necessidades de proteção, em uma visão global e sistêmica.” (TRINDADE, 1996, p. 107)

Para SILVA, os direitos fundamentais são “aquelas prerrogativas e instituições que o Direito Positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”. (SILVA, 2008, p. 162). Ainda segundo SARLET, os “direitos fundamentais, ao

menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa.” (SARLET, 2006, p. 110)

No entanto, é importante que se tenha esclarecimento acerca da real dimensão da amplitude dos direitos fundamentais, isso porque, para que se tenha um sistema democrático que se apresente enquanto sistema eficaz, é imperioso que o mesmo poder público que produz as normas, seja o primeiro a respeitá-las.

Na busca por um conceito de direitos humanos, duas são as expressões mais utilizadas, a saber, os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais. Nesse passo, é de todo oportuno trazer à baila o entendimento do renomado doutrinador SARLET que obtempera, *‘verbo ad verbum’*:

Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2006, p.29)

Neste cenário, BOBBIO aduz que o mais importante que definir a natureza do direito, é assegurar sua garantia.

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 2004, p. 45)

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é considerado matriz de toda Constituição, imprimindo interpretação conforme a todo o ordenamento jurídico. Podendo ser considerado um verdadeiro super princípio a orientar todo o ordenamento jurídico.

Desta forma, os direitos fundamentais se destinam a todos os membros da República Federativa do Brasil, encarcerados ou não, com deficiência ou não, devendo ser sua efetivação assegurada pelo Estado.

Como centro deste estudo, o apenado com deficiência, merece atenção especial por parte do Estado que o tutela, permitindo a esse grupo vulnerável a proteção e o respeito aos seus direitos.

Cumpra destacar que conforme a Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal – e o Código Penal, todos aqueles que estejam sob a custódia estatal, não podem ter seus direitos desrespeitados, a exceção, por óbvio, dos direitos políticos, os quais permanecem suspensos enquanto não lhes for permitido a liberdade. Todavia a realidade que se apresenta é outra na qual ocorrem flagrantes desrespeitos aos princípios outrora garantidos a nível internacional, constitucional e infraconstitucional aos encarcerados, princípios como o da cidadania que abarca uma concepção defensora em que

embora tenham seus direitos políticos suspensos não podem deixar de exercer seu direito de cidadão perante a sociedade [...] Verifica-se [portanto] um cenário desolador dentro das nossas prisões de absoluta afronta aos preceitos constitucionais caracterizando, sobretudo o desrespeito a direitos humanos elementares. (MAURICIO, 2009, p. 3)

Um cenário que, lamentavelmente se apresenta ainda mais aterrador quando no centro da questão se coloca o encarcerado com deficiência o qual vê sua dignidade diuturnamente violada em face da omissão estatal em prover-lhe meios que o capacitem a um cumprimento digno da pena.

#### **4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO FACE AO ENCARCERAMENTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

A situação das pessoas com deficiência que se encontram encarceradas é um problema que tem tomado proporções alarmantes vez que o sistema carcerário brasileiro, na situação atual em que se encontra, afronta diuturnamente os princípios mais importantes do Direito. (MAURÍCIO, 2009, p. 01). As inadequações dos presídios ante a recepção desse grupo faz parte da realidade atual, razão pela qual, urge considerações na busca de uma solução, se não definitiva, então paliativa com vistas a operacionalizar ao encarcerado com deficiência o cumprimento de sua pena de maneira digna.

Embora na atualidade existam inúmeras legislações que objetivem a proteção da pessoa com deficiência, o mesmo não é percebido na seara penal. Verifica-se que o legislador



foi omissivo quanto à edição de normas que disciplinam a questão do apenado com deficiência encarcerado no sistema prisional brasileiro.

O que se verifica são legislações genéricas. Todavia, a especificidade, dada a vulnerabilidade do apenado nessas condições, é por certo necessária, pois o sistema prisional brasileiro se apresenta distante da ideia de ressocialização da pena mesmo quanto ao encarceramento do apenado sem deficiência. Assim, desolador é incluir nesse sistema violador de direitos, a figura do apenado com deficiência.

Segundo o entendimento de José Santiago de Assis Neto, o Código de Processo Penal vigente no Brasil, foi

elaborado durante o governo ditatorial de Getúlio Vargas e com forte inspiração no Código de Processo Penal italiano da década de 1930 elaborado por Rocco sob supervisão de Manzini durante o regime fascista de Mussolini. [...] demonstra o autoritarismo marcante em nosso Código de Processo Penal, que serviu regimes ditatoriais e que não serve à democracia. [...] demonstrando clara existência de contradição entre a Constituição e o Código de Processo Penal (SANTIAGO NETO, 2012, p. 3-4)

E mais:

todo ser humano é tocado e sensibilizado pelas circunstâncias sociais e, nesta perspectiva, exige-se do magistrado uma postura [...] para compreender, sentir e mitigar as consequências das mazelas sociais, colocando-se na posição de dique aos avanços estatais punitivos. [...] A existência de garantias é essencial. Importa advertir, entretanto, que não são suficientes que se estabeleçam garantias meramente formais de acesso à justiça por meio de um processo. Tais não passam de uma defesa burocrática, sendo, pois, necessário que os princípios garantistas, originários do Estado Democrático de Direito, consagrados na Carta Constitucional, sejam parâmetros de racionalidade mínima, permitindo que o cidadão tenha confiança que o juízo exercerá a atividade de limitação do poder punitivo estatal com a proteção às arbitrariedades. [...] somente haverá a máxima efetividade dos direitos se houver uma máxima efetividade das garantias, sendo imprescindível que haja uma normatização constitucional para ampará-las. (BIZZOTO, 2006, p. 20-21)

Desta forma, ao considerarmos o encarceramento das pessoas com deficiência, que embora sejam minoria, têm sua problemática enfrentada em proporções muito superiores à dos demais apenados, isso em razão de terem seus direitos mais importantes reiteradamente afrontados no cárcere. Mesmo que “de acordo com a ordem jurídica, o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana, deva zelar para que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade”. (MAURÍCIO, 2009, p. 4)

“A nossa legislação trata a terapia do apenado apenas em proposições teóricas, pois não possui sequer edificações e instalações prediais adequados para a execução”. Assim, as

contingências devem ser lidas sob a ótica do garantismo constitucional. (MAURICIO, 2009, p. 01-02)

No sistema penitenciário, lamentavelmente cada vez mais, a dignidade da pessoa humana é desconsiderada, desrespeitada, violada e desprotegida, e, portanto, relativizada, seja pelo incremento assustador dos maus tratos e falta de adequação, seja pela carência social, econômica e cultural e o grave comprometimento das condições existenciais mínimas para o cumprimento da pena com dignidade. (MAURICIO, 2009, p.4)

Acrescenta-se ainda que o agente que comete um delito que importe em prisão deve ficar privado tão somente da sua liberdade e dos seus direitos políticos, em hipótese alguma, os seus demais direitos devem ser incluídos nessa privação.

Nesse contexto, em nome de um Estado Democrático de Direito, cumpre ao Estado garantir o acesso de todos, em especial, “as minorias apenadas, a todos os direitos fundamentais do homem, sobretudo o direito de limitar o poder punitivo do Estado de acordo com a legalidade da pena”. (MAURICIO, 2009, p.4)

O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação [...] não pode mostrar-se indiferente ao problema [da situação carcerária, a priori o apenado com deficiência], sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. [...] [deve] contribuir, assim, para a mitigação da marginalização, o que, como sabemos, somente será plenamente extinta com outras ações. Mas proporcionar o mínimo, que é o direito à locomoção, já é o primeiro passo. (SILVA *apud* FERRAZ, 2012, p. 120)

Todavia, muito embora a dedicação aos grupos vulneráveis tenha grande expressão, o legislador se mostrou omissos quando da edição da Lei de Execução Penal, não inserindo em seu texto o grupo das pessoas com deficiência que se encontrem encarceradas. Uma constatação infeliz que acelera ainda mais a falência do sistema carcerário brasileiro.

Mesma omissão é encontrada na Lei de Acessibilidade, que embora seja um instrumento inovador que obriga o Estado a adotar medidas de qualquer natureza que efetivem os direitos inerentes ao grupo das pessoas com deficiência, não consagrou em seu bojo a proteção específica para o apenado com deficiência. A referida lei também não ressaltou a responsabilidade estatal na eliminação de barreiras e adequação das celas para a recepção do apenado com deficiência, dada a individualidade que o agente nessas condições exige.

Contudo, “para que a noção de dignidade não se desvaneça como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana”. (LEITE *apud* FERRAZ, 2012, p. 63)

Nesse diapasão, embora não existam leis específicas que tutelem o apenado com deficiência, as legislações genéricas existentes aduzem que é dever do Estado, efetivar, mediante a implantação de políticas públicas, o acesso do apenado deficiente ao sistema carcerário. Deve então o Estado eliminar ou, ao menos diminuir os preconceitos e obstáculos arquitetônicos, garantindo o acesso adequado às pessoas com deficiência ao sistema carcerário.

A superação dos limites impostos pelo destino aos seres humanos começa pela conscientização de sua importância como cidadãos, dando-lhes oportunidade de também participar de seu meio, investigando suas potencialidades e condições de acesso à educação especial e trabalho, redução de barreiras e preconceitos estigmatizantes. Principalmente através de pressão para despertar a vontade política de governantes, políticos e operadores do direito. A sociedade será mais justa e igualitária a partir do conhecimento e aplicação dos preceitos constitucionais, que vedam a discriminação e o preconceito das pessoas com limitações e necessidades especiais (BRASIL, 2003)

A saber, “um dos maiores obstáculos práticos à realização de medidas de acessibilidade, direito fundamental das pessoas com deficiência, é a alegação de que os custos impostos por essas iniciativas são excessivos” (BARCELOS, CAMPANTE *apud* FERRAZ, 2012, p. 183)

São conhecidas as condições sob as quais os condenados pelo Estado cumprem as penas restritivas de liberdade a que foram sentenciados. A situação atual do sistema prisional brasileiro é incompatível com o dever do Estado de garantir a integridade física e psicológica daquele que se encontra sob sua tutela, é um sistema notadamente falido, por razões que perpassam os caminhos da omissão estatal e até mesmo da corrupção.

Em nota à CPI<sup>5</sup> do Sistema Carcerário do Brasil, a jornalista Fátima Souza, diz que a inoperância e a incompetência do Estado são os fatores que favorecem os presos a tomarem um espaço que o Estado desocupou. Visão facilmente percebida ao vislumbrar a atuação dos grupos organizados que submetem a população carcerária aos seus domínios e o fazem ante a negligência estatal.

Cumprir destacar, segundo o relatório da CPI, que as celas são verdadeiros calabouços, depósitos de pessoas que se acumulam umas sobre as outras; onde a sujeira e o mau cheiro de comida azeda, suor, fezes e urina apodrecida exalam um odor insuportável. Um cenário que muitos sequer imaginam que exista. Resta estabelecida uma realidade ofensiva

---

<sup>5</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **CPI sistema carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. (Série ação parlamentar; n. 384)

que atinge em grau muito mais avassalador o apenado deficiente, promovendo uma dupla penalidade.

Expressões como “bandido bom é bandido morto” não são raras em razão da insegurança que aflige a sociedade, reforçando assim a falta de interesse em se buscar a dignidade para a população carcerária, seja com ou sem deficiência.

Uma parcela importante da população entende a pena como um ato de castigo ante ao ilícito ora cometido e entende ser correto e até mesmo justo, o recluso ‘pagar’ sua pena de forma desumana, lhes atribuindo critérios (des)classificadores, valorando estas pessoas como subcidadãos.

A rigor, a alegação de que a acessibilidade envolve gastos excessivos, desconsidera todas as garantias que até aqui foram apresentadas. Obviamente que adaptar prédios públicos é a priori algo dispendioso, todavia:

Um dos maiores obstáculos práticos à realização de medidas de acessibilidade, direito fundamental das pessoas com deficiência, é a alegação de que os custos impostos por essas iniciativas são excessivos [...] em suma, a realização da acessibilidade *a posteriori*, se não é ideal do ponto de vista da sua mais plena e desimpedida concretização, é possível e viável, exigindo apenas que se recorra, em caso de colisão com outros direitos fundamentais, à técnica amplamente consolidada da ponderação [...] as possíveis dificuldades de operacionalização da acessibilidade não são, porém, razão para a manutenção da atual situação de discriminação no acesso à convivência social [...] (BARCELOS; CAMPANTE, *apud* FERRAZ 2012, p183-185)

Como fica claro diante do exposto, a omissão estatal é notoriamente ilícita e face a isso cabe a este mesmo Estado ser responsabilizado internacionalmente em razão da clara violação dos direitos do cidadão deficiente.

Ao Estado cumpre extinguir tamanha omissão e garantir de pronto a efetivação dos direitos dos apenados com deficiência, mediante a implementação de políticas públicas eficazes.

#### **4.1 A implementação de políticas públicas na efetivação dos direitos**

Previamente à análise da efetivação dos direitos fundamentais através da implementação de políticas públicas, verifica-se imprescindível efetuar uma clara e concisa definição do que vem a ser “políticas públicas”.

Sustenta BREUS, que as políticas públicas são um conjunto de instrumentos, ações e atividades através dos quais o Estado, na figura da Administração Pública, proporciona a realização dos direitos sociais, econômicos e culturais; possibilitando assim uma participação democrática, que para ser adequada e efetiva, deve acontecer na forma de uma ação integrada e saudável entre a sociedade civil e o Estado. (BREUS, 2007, p. 2003-2009). As políticas públicas permitem que direitos assegurados pela Constituição sejam efetivados.

Ante ao exposto, vislumbra-se com mais clareza que o Estado não se pode furtar da implementação de políticas públicas relevantes para a efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência encarceradas, sob a justificativa da teoria da “Reserva do Possível”. Segundo esta teoria, a ideia da efetivação dos direitos, poderia não ser exigível, na medida em que não houvesse recursos públicos suficientes, configurando um verdadeiro limite aos Direitos Fundamentais. “Mas, ao definir que a efetivação dos direitos sociais estaria vinculada à existência de recursos, e por isto serem realizados em tempo futuro e incerto. Ocorre que todos os direitos, sejam eles civis ou políticos, necessitam recursos de concretização”. (FONSECA, G., 2013)

Nessa ordem, é uma árdua tarefa exigir a efetivação dos direitos já garantidos, no sentido de se restaurar a dignidade da pessoa humana e conforme aduz DINIZ, “uma das tarefas urgentes do Direito é a de restaurar a saúde ética da humanidade. Tornar efetivo o respeito à pessoa humana em virtude da descoberta de sua importância para quaisquer planos políticos” (DINIZ, 1995, p.79)

Diante da realidade que se apresenta no sistema carcerário brasileiro, urge que o Estado busque a aplicação de políticas públicas como meio eficaz de viabilizar a realização e concretização dos direitos fundamentais do apenado deficiente.

## **5 DO DIREITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. AVANÇOS E DESAFIOS.**

Ao praticar uma infração penal (fato típico, ilícito e culpável), o agente infrator, receberá do Estado a imposição natural de uma sanção. Todavia, é inconcebível que um Estado que se apresenta enquanto Democrático de Direito, que procura ser garantidor dos direitos daqueles que habitam em seu território, viole diuturnamente a dignidade da pessoa humana, impondo a seus encarcerados, torturas, maus-tratos e incontáveis formas de castigo

cruel, desumano ou degradante. Isso, pois embora o Estado tenha o dever/poder de aplicar a sanção ao agente infrator, a pena imposta deverá observar os princípios, expressos ou mesmo implícitos previstos na Constituição Federal. (GRECO, 2009, p. 485)

Em seu artigo 59, o Código Penal, de forma expressa, informa que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime, portanto a pena deve reprovar tão somente o mal produzido pela conduta praticada, bem como prevenir as infrações penais que por ventura venham ocorrer no futuro. Implícito aí o princípio da proporcionalidade, que enquanto princípio constitucional traz consigo os direitos fundamentais da liberdade, justiça, personalidade, integridade física e moral e a soberania do Estado Democrático de Direito e da Declaração Universal dos Direitos do Homem. “Não se cuida de invocar o princípio em favor do acusado ou da acusação, mas de verificar se, no caso concreto, a restrição ao acusado é adequada, necessária e se justifica em face do valor maior a ser protegido” (FERNANDES, 2010, p.55)

Ocorre que, embora anteriormente, as penas possuíssem caráter aflagrante em que o corpo de quem delinqüia era o instrumento de paga pelo mal que outrora praticara, sendo severamente torturado, esquartejado, açoitado, enfim, inimagináveis sevícias eram impostas a seu corpo físico, (FOUCAULT, 2011) a pena, que mesmo tendo sofrido inúmeros avanços históricos (e graças a Deus por isso!) ainda está longe de atingir o seu ideal.

O Direito Penal não pode ser entendido como mero instrumento de controle social e sim como um modo pelo qual se concretizam os direitos individuais. É a proteção que o apenado tem contra as arbitrariedades estatais. Não cabendo ao Estado, portanto, agir com discricionariedade quando da efetivação dos direitos fundamentais. Nessa mesma linha de raciocínio, a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, impõe aos Estados a proibição da tortura em toda e qualquer circunstância, não havendo nenhuma situação excepcional em que tal comportamento seja aceitável. (PINTO, 2012)

Assim, desconsiderar o princípio da dignidade da pessoa humana é afrontar a própria razão de ser, é permitir que a pessoa seja objeto de ofensas ou humilhações, é aceitar o inaceitável, é praticar o impraticável, não se pode, portanto pactuar nem se omitir ante o desrespeito a princípios já universalmente consagrados.

A Lei de Acessibilidade estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida. Ora, mesmo admitindo a relevante contribuição de tal lei para a melhoria social e reintegração desses grupos especiais, não se pode olvidar que a mesma não contempla diretamente a situação da pessoa com deficiência que esteja na condição de encarcerado; uma situação notadamente em

desarmonia com as garantias constitucionais. Quanto a Lei de Execução Penal, esta se mostrou igualmente omissa, não assegurando a participação desse grupo de pessoas em seu texto.

Se, na situação em que se encontram os presídios brasileiros, para um apenado sem deficiência já é deplorável a forma de cumprimento da pena, para os desprovidos de mobilidade funcional, qualquer que seja, é deveras muito mais aterrador. Ressalta-se assim a falta de preocupação com esse grupo duplamente marginalizado, principalmente no que tange o panorama da acessibilidade; um grupo que não se vê priorizado nem protegido, enquanto tutelado pelo Estado, não se vislumbrando, portanto proteção nem favorecimento do gozo de seus direitos humanos e de suas liberdades fundamentais.

“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Eles são dotados de razão e consciência e devem agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade”. Essas são linhas muito bem delineadas que constam do primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que, ao pensar de NOGUEIRA são, “antes de mais nada, uma proclamação oficial da incapacidade dos homens de respeitarem uns aos outros naturalmente”. (NOGUEIRA *apud* OLIVEIRA SILVA, 2004, p. 105). Pensamento que compartilhamos, vez que se deve entender ser natural do homem o preconceito, o que justificaria, em partes, a ‘alienação’ que muitos aceitam em razão da constante violação de direitos as quais os detentos são submetidos.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 318, aduz que a prisão domiciliar pode ser decretada não só para apenados em regime aberto, como também para os demais, inclusive apenados provisórios, desde que apresentem grave estado de saúde que esteja inspirando cuidados específicos. Com esse entendimento, por força da inteligência do devido dispositivo legal, resta saber se enquanto o apenado com deficiência não for contemplado com o regime aberto, ou não estiver com sua saúde extremamente debilitada, não há se falar em cumprimento da pena com a dignidade que lhe é inerente? Se seguirmos essa linha de raciocínio concluímos que o detento com deficiência que não cumpre os requisitos do artigo supra, não pode ser beneficiado com a prisão domiciliar devendo, portanto ser mantido encarcerado com constantes violações dos direitos que lhe são inerentes.

Defende-se que os crimes devam ser analisados sob a ótica do direito penal e processual penal sem distinção de quem os cometeu, entretanto, é preciso assegurar que as diferenças e necessidades das pessoas com deficiência sejam respeitadas e resguardadas. E mesmo que um dos principais desafios enfrentados pelas iniciativas de implementação da acessibilidade seja o de produzir espaços realmente capazes de permitir mecanismos

profundamente eficazes (BARCELOS; CAMPANTE *apud* FERRAZ, 2012, p. 186), o que se propõe com o presente estudo, é questionar que o Estado, enquanto não oportunizar estabelecimentos adequados à inclusão do apenado com deficiência, deve oportunizar penas alternativas ao regime fechado, as quais deverão ser realizadas em local que ofereça condições mínimas de assegurar o cumprimento da pena com dignidade.

### **5.1 Direito do preso deficiente. Uma falácia ( ? )**

Segundo o artigo 38 do Código Penal, ao preso são garantidos todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral. Para GRECO, talvez este seja um dos artigos mais desrespeitados de toda legislação penal brasileira.

Nesse ínterim, não há como deixar passar em brancas nuvens que a mídia, paulatinamente, se alimenta das inúmeras cenas de humilhação e sofrimento daqueles que por algum motivo se encontram no sistema carcerário. “O erro cometido pelo cidadão ao praticar um delito não permite que o Estado cometa outro, por vezes mais grave, de tratá-lo como um animal” (GRECO, 2009, p. 517). Agora somemos a isso tudo, a deficiência!

Com efeito, havendo possibilidades de discutir o problema, além de ganhar em informação e alargar os horizontes, a possibilidade de encontrar uma decisão mais acertada e suscetível de superar a situação real subjacente e aceita por aquele que cumprirá a sanção, fica de todo aumentada. (PASSOS, 2001)

Não nos surpreende que uma das questões que têm suscitado controvérsias nos tribunais, é aquela concernente à possibilidade de cumprimento pelo condenado na prisão albergue em sua própria residência quando ausente o referido estabelecimento na Comarca da condenação. Inúmeras são as decisões nesse sentido, algumas favoráveis outras, nem tanto.

A Lei de Execução Penal, em seu artigo 117, dispõe que somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência quando se tratar de condenado maior de 70 (setenta) anos; condenado acometido de doença grave; condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; condenada gestante.

O termo “deficiente físico” aparece na Lei de Execução Penal sim, todavia apenas como classificação de filho de condenada. Ou seja, o próprio legislador reconhece que o deficiente necessita de cuidados especiais, e permite tais cuidados, quando esse deficiente é



tutelado por sua genitora que se encontra encarcerada. Todavia quando o apenado está sob a tutela estatal, o legislador não se apresenta tão ‘cuidadoso’ assim, uma dicotomia de realidades que não se consegue justificar, o que nos apresenta de pronto uma grande falácia!

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo não pretendeu, por evidente, esgotar o tema da responsabilização estatal face ao encarceramento do apenado como deficiência. Seu objetivo foi fornecer um panorama das dificuldades que o apenado nessas condições enfrenta. Buscou-se desmistificar ainda, algumas pré-concepções equivocadas relativas ao deficiente apenado e da operacionalização da acessibilidade na seara penal.

Oportuno destacar que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional que ilumina todos os demais princípios, normas constitucionais e infraconstitucionais, não podendo, portanto ser desconsiderado.

É certo que existem avanços, não se podendo negar que a tutela dos direitos das pessoas com deficiência vem experimentando grandes transformações. Exemplo disso são as inúmeras legislações nacionais e internacionais protetivas como a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência. Todavia, mais importante do que contribuir para a construção de uma nova mentalidade, é criar novas portas com o alargamento de paradigmas.

Se por um lado o legislador promoveu verdadeira inclusão social das pessoas com deficiência, proibindo, via legislação genérica, qualquer espécie de discriminação que atente contra os direitos e liberdades desse cidadão, por outro lado, restou evidente a necessidade de regras específicas que tutelem o apenado com deficiência, por se tratar de uma situação especial de vulnerabilidade. Isso se justifica vez que no cárcere se evidenciam as situações mais desumanas e degradantes das quais a pessoa com deficiência é particularmente impingida.

Merece destaque o flagrante desrespeito aos direitos dos encarcerados com deficiência, que a seu turno ostentam constrangedores resultados da omissão estatal em efetivar seus direitos, tornando-se vítimas das mais diversas formas de violações e agressões aos seus direitos.

Convém registrar que um sistema carcerário ineficiente não traduz o caráter ressocializador da pena, não se podendo olvidar, portanto que a ressocialização do indivíduo

punido é diferente do indivíduo vingado. Urge que Estado supere este deplorável comportamento, protegendo essa população tão marginalizada, assegurando efetiva eliminação de barreiras que obstem a implementação dos direitos do apenado com deficiência.

É dever do Estado não mais permanecer inerte ou limitado, devendo providenciar, através de políticas públicas profundamente eficazes, condições para que o apenado com deficiência desobrigue-se de forma humanamente digna, em que pelo menos o direito a locomoção deve ser proporcionado.

Nesse contexto, como ideal de promoção da inclusão social fundada nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, vislumbra-se a efetivação da Lei de Acessibilidade ao sistema carcerário brasileiro. Todavia, enquanto tal ação não se efetiva, cabe ao Estado providenciar penas alternativas às pessoas com deficiência; a prisão domiciliar, em qualquer regime, é o que se propõem de imediato, mesmo entendendo que essas soluções adaptativas não sejam ideais, mas face aos horrores enfrentados no cárcere, torna-se, porquanto a mais adequada na contribuição da mitigação da marginalização.

Dentro desta perspectiva, imperioso acrescentar que o Estado, ante a essa omissão, promove paulatinamente o descumprimento dos tratados internacionais, dos quais figura como signatário, restando clara sua responsabilização perante as cortes internacionais de proteção dos direitos humanos, devendo, portanto ser responsabilizado.

Por fim, importa expor que o que se busca não é um mundo perfeito, mas sim, um mundo melhor. Fica então lançada a preocupação, para que o atento leitor possa fazer sua reflexão.

## **REFERÊNCIAS**

BALDI, César Augusto. **Tratados internacionais podem ampliar direitos das pessoas com deficiência.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2009-nov-13/tratados-internacionais-ampliam-direitos-pessoas-deficiencia> > Acesso em 08 de novembro de 2013.

BIZZOTO, Alexandre. **Sistema Acusatório: (Apenas) uma necessidade do processo penal constitucional.** Disponível em <http://direito101.files.wordpress.com/2009/03/sistema-acusatorio.pdf>> Acesso em 05 de novembro de 2013.

BRASIL. Lei de Execução Penal. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984: institui a Lei de Execução Penal.** Brasília: Câmara dos Deputados - Coordenação de Publicações, 2008.

\_\_\_\_\_, Decreto nº. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. **Regulamenta a Lei nº. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.** Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm)> Acesso em 14 de outubro de 2013.

\_\_\_\_\_, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** 48ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_, Lei 10.098 de 19 de dezembro de 2000. **Dispõe sobre a Lei de Promoção da Acessibilidade das Pessoas Portadoras de Deficiência ou com Mobilidade Reduzida, e dá outras providências.** Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/110098.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110098.htm)> Acesso em 05 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_, Decreto 6.949 de 25 de agosto de 2009. **Dispõe sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm)> Acesso em 04 de setembro de 2013.

\_\_\_\_\_, Federação Nacional das APAEs. **Legislação Comentada para Pessoas Portadoras de Deficiência e Sociedade Civil Organizada/ Federação Nacional das APAEs.** Brasília, 2003. < Disponível em <http://apaeminas.org.br> > Acesso em 08 de outubro de 2013

\_\_\_\_\_, **Seminário Internacional as minorias e o direito.** Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council. Brasília: CJP, 2003.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **CPI sistema carcerário.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. (Série ação parlamentar; n. 384).

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** Disponível em [http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao\\_Trindadade\\_\\_Teoria\\_Geral\\_dos\\_direitos\\_fundamentais.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Joao_Trindadade__Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf)> Acesso em 12 de outubro de 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Direito à diferença**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2008.

DALLASTA, Viviane Ceolin. **A situação das pessoas portadoras de deficiência física. Cotejo entre os instrumentos teóricos existentes e as limitações impostas por uma infraestrutura urbana inadequada e excludente**. Disponível em <http://jus.com.br/957141-viviane-ceolin-dallasta/artigos>> Acesso em 05 de novembro de 2013.

DINIZ, Arthur J. Almeida. **Novos Paradigmas em Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

FERNANDES. Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ, Carolina Valença [et. al]. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Geisiane Andréia. **Influência social na criação da norma. A luta pela regularização dos vendedores ambulantes do município de Betim/MG como forma de garantia dos seus direitos constitucionais**. Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais em maio de 2013.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. **A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência**. Disponível em <http://www.styxnied.unicamp.br/todosnos/noticias/a-onu-e-o-seu-conceito-revolucionario-de-pessoa-com-deficiencia> > Acesso em 05 de novembro de 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. Nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalheite. 39ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010**. Disponível em [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br). Acesso em 06 de fevereiro de 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIENCIA, **Cartilha dos direitos da pessoa com deficiência / [pesquisa e texto IBDD]**. 2ª ed. [rev. e atualizada]. - Rio de Janeiro: IBDD, 2009.

IPPOLITO, Dario. **O garantismo de Luigi Ferrajoli. Revista dos Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Disponível em

<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733/1757> > Acesso em 14 de novembro de 2013.

MAURÍCIO, Célia Regina Nilander. **Execução Penal e os Portadores de Deficiência á Luz dos Mandados Constitucionais**. Disponível em <http://www.faccrei.edu.br/dialogoeintegracao>. Acesso em 05 de novembro de 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2011

OLIVEIRA SILVA, Marcus Vinícius de. **Psicologia e Direitos Humanos: Subjetividade e Exclusão**. São Paulo: Casa do Psicólogo; Brasília, DF: Conselho Federal de Psicologia, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **A ONU e as pessoas com deficiência**. Disponível em <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-as-pessoas-com-deficiencia/2013>. Acesso em 07 de novembro de 2013.

PASSOS, José Olavo Bueno dos. **Parecer sobre substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos**. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/artigo/409-Arrazoados:-Parecer-sobre-substituicao-de-pena-privativa-de-liberdade-por-restritiva-de-direitos>. Acesso em 03 de novembro de 2013.

PINTO, Nathália Regina. **O princípio da humanidade da pena, a falência da pena de prisão e breves considerações sobre as medidas alternativas**. Ribeirão Preto, 2012. Disponível em <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-54-44/monografias-publicadas/26-monografia-o-principio-da-humanidade-da-pena-a-falencia-da-pena-de-prisao-e-breves-consideracoes-sobre-as-medidas-alternativas-por-nathalia-regina-pinto>. Acesso em 03 de novembro de 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

\_\_\_\_\_, Flávia; SARMENTO, Daniel (org). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de Direito e processo Penal Acusatório. A participação dos sujeitos no centro do palco processual**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

SILVA, José Afonso da. **A Aplicabilidade das normas Constitucionais.** 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Marcelo da Costa. **O Estado Democrático de Direito e seu papel no desenvolvimento econômico e social.** Disponível em: <http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/6D1BC795B2DA94D9437C4E3CD7F71E82.pdf>. Acesso em 14 de outubro de 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro.** 2ª ed. Suécia: ASDI, 1996.

\_\_\_\_\_, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. III.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

\_\_\_\_\_, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

WERNECK, Cláudia. **Você é gente? O direito de nunca ser questionado sobre seu valor.** Rio de Janeiro: WVA, 2003.