

TEMA: “O PRESO DEFICIENTE FÍSICO, SUA EXISTÊNCIA FILOSÓFICA E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA”

Lucas Emanuel Ricci Dantas¹

Roberto Da Freiria Estevão²

RESUMO

Trata-se de trabalho fruto de pesquisa relacionada ao preso com deficiência física. Aborda-se, em especial, o problema da falta de adaptação das instalações físicas dos estabelecimentos prisionais, para a acessibilidade. O Estado brasileiro se comprometeu, perante a comunidade internacional, a desenvolver políticas públicas voltadas à colocar fim a toda e qualquer forma de discriminação, inclusive a relativa à pessoa com deficiência. Por esta razão, vários textos normativos foram editados; todavia, nenhum deles atinente à situação do preso com deficiência física. No presente trabalho busca-se analisar a realidade do preso com a referida deficiência, as condições carcerárias que lhe são oferecidas pelo Estado, e a crítica à omissão de instalações existentes nos estabelecimentos carcerários. Por fim, os autores fazem algumas sugestões que podem ser úteis à solução do grave problema já apontado.

PALAVRAS-CHAVE

Sistema Prisional. Deficiente Físico. Dignidade Humana. Omissão Estatal.

¹ Advogado, Mestre em Teoria do Estado e Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/SP, participante do grupo de pesquisa DIFUSO – Direito Fundamentais Sociais. E-mail: lucas@lucasdantas.com

² Professor da Graduação (1997) no UNIVEM (Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha de Marília-SP), instituição em que é vice-líder do Grupo de Pesquisa DIFUSO (Direito Fundamentais Sociais), Mestre em Direito pelo UNIVEM (2006) e Doutorando pela UNESP - Ciências Sociais (Campus de Marília). Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo - Procurador de Justiça aposentado. E-mail: roberto_freiria@terra.com.br

INTRODUÇÃO

Uma das inquestionáveis omissões do poder público refere-se a total falta de adequação dos estabelecimentos prisionais para permitir a plena acessibilidade do preso com deficiência. Essa séria omissão configura grave violação à dignidade de pessoa que se acha na referida condição, além do que significa afronta à outros textos normativos vigentes no Brasil, inclusive a Constituição Federal.

De fato, o Estado brasileiro é subscritor da “Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação”, editou lei que estabelece normas para a promoção da acessibilidade às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, e subscreveu a Convenção Internacional dos Direitos da pessoa com Deficiência. Todavia, absolutamente nenhuma iniciativa empreendeu para alterar a LEP - Lei de Execução Penal - e reformar os estabelecimentos prisionais, de maneira que o preso com deficiência continua sem perspectiva de ver eliminada esse tratamento desumano a que é submetido.

Há, pois, necessidade de serem empreendidas políticas públicas voltadas à solução do problema apontado, sendo interessante remarcar a inquestionável relação que existe entre elas - políticas públicas - e os direitos humanos fundamentais, pois estes são implementados também por meio daquelas.

Com o sentir dessa necessidade, o Estado, ao legislar sobre o estatuto da pessoa com deficiência, por meio da Lei 13.146/15, previu em seu artigo 79 o direito de o preso com deficiência ser encarcerado em celas com acessibilidade; contudo, o mesmo Estado não toma qualquer iniciativa para construção de tais celas.

É de se observar que, enquanto o Estado continuar com sua postura omissiva e persistir a falta de acessibilidade no cárcere aos presos com deficiência física, faz-se necessário que os construtores do direito, notadamente os magistrados, tenham ousadia para evitar que o detido, em tal condição, não sofra dupla punição, a saber, a pena aplicada por conduta criminoso praticada e o tratamento ainda mais desumano a que ele é submetido na prisão.

Destarte, no presente trabalho, aborda-se o problema da falta de adaptação das instalações físicas dos estabelecimentos prisionais para a acessibilidade ao preso com deficiência, além de serem apontados os textos normativos mais relevantes para a temática e analisada criticamente a omissão das diversas esferas do poder público para solucionar a grave omissão já mencionada. Por fim, os autores fazem algumas sugestões que podem ser úteis à solução do grave problema já apontado

1. A CONCEITUAÇÃO DE DEFICIÊNCIA APLICÁVEL AO PRESO DEFICIENTE

Desde logo é de se abordar a discussão no tocante a existência filosófica ou não de tais pessoas - presos com deficiência - para o Estado, ou seja, se tais presos conseguem chegar à uma condição de existência dentro do ambiente carcerário.

A princípio, cumpre considerar que a deficiência física não é contemplada pela legislação penal como uma excludente de culpabilidade ou uma causa de inimputabilidade. Portanto, a pessoa com deficiência física tem plena capacidade de delinquir e tal capacidade a condiciona à medida punitiva, inclusive a pena privativa e o encarceramento.

Também convém observar que deficiência pode ser conceituada a partir de um modelo médico ou social. Leite (2012, p. 46) explica o modelo médico:

O modelo médico é aquele que considera deficiência como um problema do indivíduo, diretamente causado por uma doença, trauma ou condição de saúde, que requer cuidados médicos prestados na forma de tratamento individual por profissionais. Assim o tratamento da deficiência está destinado a conseguir a cura ou uma melhor adaptação da pessoa e uma mudança de conduta.

Esse modelo reforça a padronização do ser humano, criando standards sociais para a adequação da pessoa na sociedade. “Por essa concepção, o que há é uma forte centralização da pessoa com deficiência que, após seu tratamento de reabilitação deve estar preparada para sua inserção na sociedade.” (Leite, 2012, p. 47). Referida visão padronizada, no sentido de normalizar o que “não é normal”, bate de frente com o Decreto Legislativo 186/08, por meio do qual foi ratificada a Convenção Internacional do Direito das Pessoas com Deficiência, consoante se vê da afirmação presente na alínea “e” do seu preâmbulo:

Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas [...]

A convenção citada inaugurou o que no Brasil chama-se modelo social da deficiência, abrangendo o conceito meramente médico e possível de reabilitação, mas com a ampliação das possibilidades de enquadramento da deficiência dentro

do seio social. Neste aspecto, a deficiência não é apenas uma doença catalogada a partir de um Código Internacional de Doenças (CID), e sim um movimento causado pelo esbarramento entre o ser com deficiência e a estrutura social. Portanto, “o conceito de deficiência, segundo a Convenção, não deve ignorar os impedimentos e suas expressões, mas não se resume a sua catalogação” (DINIZ, 2009, p. 66).

Observa-se que há uma evolução conceitual sobre o que é deficiência, sendo tal evolução o propósito da mudança de conceito a respeito do objeto estudado. A deficiência, que já foi considerada como origem do pecado e como algo a necessitar de cura, hoje é entendida como um impedimento resultante de interações variáveis da pessoa com o ambiente social. Telles Junior (2011, p. 20) explica essas mudanças de conceituação:

São apenas aparentes as anormalidades que contrariam errôneas concepções científicas, pois passam a ser consideradas procedimentos normais no momento em que tais concepções são substituídas por outras, geradas à luz das realidades observadas.

Não obstante toda a evolução conceitual e legislativa, persiste uma lacuna na lei sobre as condições de instalação e alocação penitenciária do preso com deficiência. Neste sentido, busca-se alguma solução com o fim de resguardar a dignidade do deficiente encarcerado, o que se faz no próximo tópico.

2 A CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA OU NÃO DO PRESO COM DEFICIÊNCIA PARA O ESTADO BRASILEIRO

Não se tem notícia, no Brasil, de celas adaptadas para pessoas com deficiência. O que se sabe é que, geralmente, a direção do estabelecimento carcerário limita-se a separar uma cela para colocar os presos com deficiência. Essa situação permite duas conclusões lógico-rationais: a primeira, o deficiente físico não tem capacidade de delinquir e por isso não há proteção prisional adequada porque não existe tal necessidade. E a segunda, a deficiência física seria equiparável a uma das causas excludentes previstas no artigo 23 do Código Penal.

Como se sabe que não há em nossa legislação penal qualquer causa que impeça o julgamento e a condenação do deficiente físico, importa ressaltar que ele não pode ser considerado inimputável pois, em regra, tem o seu discernimento mental totalmente preservado. Questão tormentosa, então, afigura-se no sentido da existência ou não do preso com deficiência em face do Estado brasileiro. No campo puramente filosófico deve-se entender o que é existir? Heidegger (2005, p. 87) explica:

A interpretação da pre-sença em sua cotidianidade não deve, porém, ser identificada com descrição de uma fase primitiva da pre-sença, cujo conhecimento pudesse ser transmitido empiricamente pela antropologia. Cotidianidade não coincide com primitividade. Cotidianidade é antes um modo de ser da pre-sença, justamente e sobretudo, quando a pre-sença se move numa cultura altamente desenvolvida e diferenciada.

Na estrutura heideggeriana a presença é pré-condição da existência, de maneira que é possível indagar se o preso com deficiência pode existir em um ambiente não adaptado às suas necessidades básicas. Acredita-se que não, pois no momento em que lhe é retirada a possibilidade de adaptação, a sua deficiência passa a ser vista novamente pelo modelo médico e a condução de sua vida dentro do estabelecimento penitenciário irá docilizar o seu corpo, retomando a era da ortopedia social, que Foucault explica com precisão (2001, p. 86):

É assim que no século XIX, desenvolve-se em torno da instituição judiciária e para lhe permitir assumir a função de controle dos indivíduos ao nível de sua periculosidade, um gigantesca serie de instituições que vão enquadrar os indivíduos ao longo de sua existência, instituições pedagógicas como a escola, psicológicas ou psiquiátricas como o hospital, o asilo, a policia, etc. (...) Entramos assim na idade do que eu chamaria de ortopedia social.

A institucionalização propiciada pelo sistema carcerário brasileiro remete à época da “ortopedia social”, com mais ênfase quando o preso é pessoa com deficiência. Ele é institucionalizado duas vezes: primeiro, pela deficiência, que no seio social não é bem aceita, fato que o leva a perseguir critérios ambientais de normalidade; segundo, pela instituição, que, não adaptada, não permite a total existência de seu ser enquanto nela está encarcerado. Neste sentido, Shecaira (2011, p. 11), comenta que a questão pode ser posta nos seguintes termos: “na modernidade havia as instituições e seus muros; na pós-modernidade, esses muros não deixam de existir, mas acompanha-se um movimento contínuo em que a vigilância se espraia por toda a sociedade.”

A inexistência da possibilidade de o preso existir com sua totalidade conduz sua vida a dois aspectos de grande relevância: em sentido estrito, a deficiência de que é portador volta a ser taxada como condição que impõe a reabilitação, pois o ambiente em que se está inserido não possibilita a vivência total das suas limitações.

Lateralmente, tal situação reforça o conceito médico de deficiência, possibilitando o retrocesso de normas.

Portanto, o preso com deficiência não pode viver dentro da instituição carcerária conforme a natureza de sua deficiência. Neste ponto, invocando Heidegger (2005, p. 112) “natureza aqui, porém, não deve ser compreendido como algo simplesmente dado e nem tão pouco como força natural”. A deficiência não pode ser entendida como fato natural, tendo em vista que a situação carcerária atual, não inclusiva, influencia de modo preponderante na vida do indivíduo preso e, conseqüentemente, ataca também sua dignidade.

Se a deficiência leva, concretamente, a uma penalidade mais gravosa, devido às condições ambientais da unidade carcerária, porque a referida condição - deficiência física - não pode influenciar na aplicação e na execução da pena? Esta solução bem poderia ser objeto de alguma reforma legislativa, quiçá depois de reiteradas decisões dos tribunais superiores que tivessem o fito de resolver o problema carcerário relacionado à condição do preso com deficiência. Este segundo caminho passa pela postura processual dos agentes do direito, notadamente os advogados particulares e públicos que atuam em favor de pessoas com deficiência.

Logo se infere que o ente deficiência prejudica a existência da pessoa inserida na unidade carcerária. A falta de adequação das penitenciárias retiram a possibilidade de o preso deficiente conviver com sua própria deficiência, levando-o a um estado de miserabilidade social e condicionando-o a permanente marginalidade. Heidegger, lecionando sobre a pre-sença, explica (2005, p. 78):

O ser, que está em jogo no ser deste ente, é sempre meu. Nesse sentido, a pre-sença nunca poderá ser apreendida ontologicamente como caso o exemplar de um gênero de entes simplesmente dados. Pois, para os entes simplesmente dados, o seu “ser” é indiferente ou, mais precisamente, eles são de tal maneira que o seu ser não se lhes pode tornar nem indiferente nem não indiferente. A interpelação da pre-sença deve dizer sempre também o pronome pessoal, devido a seu caráter de ser sempre minha: “eu sou”, “tu és”.

A dificuldade do preso com deficiência em coabitar com sua deficiência dentro da unidade prisional prejudica a sua existência, anulando-a quase que completamente. Verifica-se que a não possibilidade de o preso ser, vale dizer, existir em sua totalidade, atenta diretamente contra a sua dignidade. A falta de legislação que imponha a realização de adaptações em unidades carcerárias

fazem presumir diretamente a inexistência do preso com deficiência - é como se ele não existisse. Essa evidente e inadmissível omissão do Estado deveria, pela lógica racional, ser objeto de ataque pela via do habeas corpus.

De fato, é manifesto que o cárcere, por sua inadaptabilidade, conduz a inexistência da deficiência e a morte do ser para a existência, a partir do momento em que a deficiência do preso é desconstruída pelo ambiente físico em que ele está inserido. Shecaira (2014, pp. 20-21) fala sobre o cárcere:

Se for verdade, por exemplo, que **a prisão acentua a diferença social**, devemos utilizá-la, somente como ultima instância. Se assim não for, o cárcere representara a materialização de um modelo que se consolida através do **processo de “desconstrução” e “reconstrução” continua** dos indivíduos no interior da instituição beneficiária. O pobre se torna criminoso, o criminoso se torna prisioneiro e, enfim, o prisioneiro se torna pobre (**negritos nossos**).

Seguindo a lógica de Shecaira, o pobre com deficiência se torna criminoso, o criminoso com deficiência se torna prisioneiro e, enfim, o prisioneiro com deficiência morre para sua própria existência, não conseguindo mais se reabilitar dentro da sociedade, haja vista que ficou dentro de um sistema que anulou uma condição básica da sua presença no mundo, ou seja sua deficiência.

Neste sentido, segundo Heidegger (2005, p. 78), “a pre-sença se constitui pelo caráter de ser minha, segundo este ou aquele modo de ser.” Verifica-se que a presença, a existência da deficiência, condiciona a aplicação do modelo social referendado pela convenção internacional, objeto explicado no item anterior. Diante disso, mostra-se de forma contundente e fulcral que a prisão de uma pessoa com deficiência sem condições adequadas no cárcere retira dela toda a possibilidade de se reabilitar ou se (re)integrar dentro da sociedade.

A Lei 7.210/84 - Lei de Execução Penal -, tem alguma previsão a respeito do preso - ou filho da condenada - com deficiência em apenas dois dispositivos, a saber, no artigo 32, que em relação ao trabalho dispõe, em seu § 3º, que eles e os doentes “somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado”, e no artigo 117, III, que contempla a possibilidade de a condenada presa, em regime aberto, que tenha filho menor ou com deficiência física, descontar sua pena na denominada prisão albergue domiciliar.

Destarte, como já registrado neste trabalho, a LEP é completamente omissa quanto à necessidade de adaptações nos estabelecimentos carcerários, para possibilitar a acessibilidade do preso com deficiência.

De outro lado, tem-se, entre nós, a Lei 10.098/2000, que “estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadores de deficiência ou com mobilidade reduzida”, sendo que seu capítulo IV dispõe a respeito da acessibilidade nos edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo, prevendo, até mesmo, a reforma para que tal finalidade seja atingida (artigo 11).

Não bastasse, por meio do Decreto 3.956/2001, o Brasil promulgou a “Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação”, da qual é subscritor.

Todavia, não obstante esses textos normativos, absolutamente nenhuma iniciativa nosso legislador teve para reformar a Lei de Execução Penal, visando a dar efetiva condição de acessibilidade e de existência ao preso com deficiência. Diante dessa ilícita e inadmissível omissão, configuradora de seríssima violação à direitos humanos e fundamentais, a indagação é: o que os construtores do direito, notadamente os magistrados, devem fazer para evitar tal violação?

Aqui, vem à tona, com possibilidade de aplicação da mesma solução, a decisão prolatada em 15.04.2009, pelo E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação nº 70029175668, da Comarca de Porto Alegre, 5ª Câmara, Presidente Des. Aramis Nassif, apelante Rafael Santos de Jesus, apelado o Ministério Público), na qual o réu foi condenado por ter praticado crime de roubo, à pena de 4 anos e 3 meses de reclusão, no regime semiaberto, além do pagamento de 10 dias-multa. Todavia, no tocante à privação de liberdade, ante a constatação de que aquela unidade da federação não oferece vaga no sistema prisional que atenda à legalidade, notadamente à dignidade da pessoa humana, os julgadores integrantes da Câmara Criminal “por maioria, determinaram que o apenado cumpra pena em domicílio enquanto não houver estabelecimento que atenda aos requisitos da LEP, vencido o Relator, que determinava a suspensão da expedição do mandado de prisão enquanto não houver estabelecimento que atenda a tais requisitos.”

No corpo do acórdão o i. Relator lembrou que nossa Constituição Federal inibe, como direito e garantia fundamental, penas cruéis (art. 5, XLVII, “e”), e prevê que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado” (XLVIII), observando-se que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (XLIX), além do que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano e degradante” (III). “Na suma, a Lei Maior estabelece – diferente não poderia ser neste estágio civilizatório – o princípio da humanidade das penas!”

Ainda, o v. Acórdão lembra que “todos, absolutamente todos, sabemos

que o Estado é violador dos direitos da população carcerária. Todos, absolutamente todos, sabemos das condições prisionais. E mesmo assim confirmamos o sofrimento gótico que alcança os apenados”, de modo que “é momento (tardio, talvez) de dar um basta. Ou seja, de se cumprir integralmente a legalidade (não apenas naquilo que prejudica o cidadão)”, anotando-se, ainda, que “Ferrajolli já denunciou que a história dos presídios é mais degradante que a história dos crimes!”. De se imaginar, então, a que ponto chega a degradação nessa história dos presídios no tocante ao preso com deficiência, ao qual são plenamente aplicáveis os fundamentos da decisão em comento.

No mesmo voto, o d. Relator lembra que Zaffaroni, em relação ao princípio da humanidade, obtempera que cabe ao julgador, “diante as particularidades do caso concreto – o réu que sofre de grave enfermidade ou está próximo da morte; o que sofreu um acidente ou uma violência carcerária grave”, ou o que tem deficiência física, aduz-se aqui –, “reconhecer a crueldade da pena e adequá-la de modo a atender aos ditames do referido princípio”, até porque “o princípio da humanidade das penas tem vigência absoluta e que não deve ser violado nos casos concretos, isto é, que deve reger tanto a ação legislativa – o geral – como a ação judicial – particular –, o que indicaria que o juiz deve ter o cuidado de não violá-lo”.

Esta solução é a que se impõe, uma vez que não se pode cogitar da hipótese de excludente de imputabilidade por conta de deficiência física, algo abstratamente absurdo, até porque isto permitiria a prática de uma série de ilícitos penais por pessoas com deficiência.

Destarte, mostra-se necessária a adequação da legislação penal brasileira, em especial a lei de execuções penais, no sentido de promover políticas públicas voltadas à reforma e adaptação do espaço físico nos estabelecimentos prisionais para a existência desses presos, ou, enquanto isso não possa ser resolvido, que se adote a solução extra carcerária atrás proposta, no tocante à execução da pena ao autor do desvio que tenha deficiência física.

3 O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E AS NORMAS RELATIVAS À PRISÃO DO RÉU DEFICIENTE

Dentro do tema que está sendo abordado e de acordo com o reconhecimento que vem sendo imposto pela legislação internacional aos Estados, no que concerne à pessoa com deficiência, o Brasil editou a lei nº 13.146/2015, chamada de “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, que orienta o mundo jurídico no tocante ao meio de se tratar a pessoa com deficiência.

No âmbito penal, o Estatuto acima referido estabelece a norma referente a acessibilidade nas prisões em seu artigo 79, especialmente no § 2º. Contudo, todo o artigo estabelece diretrizes para que o apenado com deficiência física possa gozar de adaptações razoáveis que possibilitem sua vida no estabelecimento carcerário de forma digna. Referido dispositivo assim está posto:

Art. 79. O poder público deve assegurar o acesso da pessoa com deficiência à justiça, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, garantindo, sempre que requeridos, adaptações e recursos de tecnologia assistiva.

§ 1º A fim de garantir a atuação da pessoa com deficiência em todo o processo judicial, o poder público deve capacitar os membros e os servidores que atuam no Poder Judiciário, no Ministério Público, na Defensoria Pública, nos órgãos de segurança pública e no sistema penitenciário quanto aos direitos da pessoa com deficiência.

§ 2º Devem ser assegurados à pessoa com deficiência submetida a medida restritiva de liberdade todos os direitos e garantias a que fazem jus os apenados sem deficiência, garantida a acessibilidade.

§ 3º A Defensoria Pública e o Ministério Público tomarão as medidas necessárias à garantia dos direitos previstos nesta Lei.

Da leitura do artigo deve-se depreender dois pontos de suma relevância. Primeiramente, o Estado por meio de suas instituições públicas deve assegurar a plena acessibilidade nos estabelecimentos prisionais. Denotando uma responsabilidade objetiva do Poder Público, o *caput* do artigo 79, combinado com o artigo 10, também do Estatuto, pode dar ensejo a uma onda de ações de indenizações por danos morais derivadas da omissão estatal em garantir acessibilidade no sistema carcerário. Eis o que reza o mencionado artigo 10:

Art. 10. Compete ao poder público garantir a dignidade da pessoa com deficiência ao longo de toda a vida.

Um segundo ponto de suma relevância presente no artigo 79 do Estatuto é encontrado no parágrafo 3º, que elege a Defensoria Pública e o Ministério Público como órgãos com atribuições para a busca da garantia dos direitos previstos no referido artigo. Neste sentido, sustenta-se que tanto a Defensoria quanto o Ministério Público têm a responsabilidade de fiscalização e execução para o fiel cumprimento da lei, podendo se valer de meios processuais como a ação civil pública para obrigar

o Estado a criar as celas revestidas de acessibilidade.

A lógica jurídica nos remete a outros dois relevantes pontos. Um deles, o primeiro, é que o réu preso com deficiência pode ser assistido da Defensoria Pública independente de sua situação financeira, haja vista que tal órgão tem a atribuição de buscar a garantia de seu direito, assim como o Ministério Público. Neste sentido, o Ministério Público atua também para buscar a efetivação dos direitos de cidadania e dignidade da pessoa humana, inclusive para levar o Estado a instalar tal celas. Vale dizer, na ação penal referido Órgão (o *parquet*) atua como acusação contra o réu, mas na fase da execução penal deverá atuar em favor da pessoa com deficiência detida em ambiente físico impróprio.

O segundo ponto é que o direito à acessibilidade em celas prisionais, apesar de o Estatuto ser uma lei ordinária, é próprio de uma norma fundamental pela técnica de refinamento, ou seja, a norma que referencia a dignidade da pessoa humana não necessita estar na Constituição para ter o status de norma fundamental. Neste sentido, a doutrina alemã expõe Alexy(2012, p. 72):

Este tipo de relação entre as normas mencionadas e o texto constitucional, deve ser denominado “*relação de refinamento*”. Além desta, há uma segunda relação especial com o texto constitucional, isto é, com a norma por ele diretamente expressa. Na medida que o Tribunal Constitucional Federal aceita as normas anteriormente mencionadas, ele pressupõe que elas devem ser aceitas porque a Constituição contém o art. 5º parágrafo 3º inciso I. Trata-se portanto de uma *relação de fundamentação* entre a norma a ser refinada e a norma que a refina. Estas duas relações justificam considerar como normas de direitos fundamentais não somente normas que são expressas pelo texto constitucional, mas também normas do tipo acima mencionado.

O autor acima, utilizando do contexto alemão, traz-nos uma visão totalmente aplicável no direito brasileiro, inclusive no tocante à norma em comento, pois o artigo 79 do Estatuto da pessoa com Deficiência se refina com o artigo 5º da Constituição Federal e com o Decreto Legislativo 186/2008 - que ratificou a Convenção Internacional da Pessoa com Deficiência -, porque estabelece padrões diretos para a efetivação da dignidade da pessoa que está na condição de alguém com deficiência.

E por serem direitos fundamentais devem ter aplicação imediata, consoante a previsão contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Partindo da filosofia de Heidegger, já exposta, pode-se atentar que a falta de cela adaptada

para pessoa com deficiência constitui grave violação de seus direitos fundamentais e condiciona a pessoa com deficiência a um estado de “morte em vida”, não se olvidando a proibição de serem aplicadas penas que não possam ser efetivadas à luz do estatuto vigente. Nesta linha de raciocínio, preleciona Hesse (2002, p. 2) sobre a validade do ordenamento jurídico no contexto social:

O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada a questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”. Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica.

De acordo com a interpretação do constitucionalista, quando aplicado ao estatuto adrede mencionado, verifica-se de plano que é impossível a execução de uma medida restritiva de liberdade aplicada a uma pessoa com deficiência física quando não há celas carcerárias dotadas de acessibilidade. Neste caminho trilha-se o aspecto da ilegalidade e da inconstitucionalidade do Estado em não fornecer encarceramento nos padrões estabelecidos por ele próprio.

A ausência de política pública adequada na implementação da norma fundamental do artigo 79 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, conduz a uma tese jurídica e hermenêutica que não apenas impossibilita o encarceramento de pessoas com deficiência, mas retroage de forma *ex tunc* aos atos administrativos que ensejaram ao encarceramento de pessoas com deficiência física. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, por força do artigo 79, § 2º, fomenta na prática a filosofia de Heidegger e positiva o que antes era apenas mera teoria jus filosófica.

Por lei, a partir do dia 5 de janeiro de 2016, o estado que encarcera pessoas com deficiência em celas sem as necessárias adaptações estará cometendo ilegalidade, além do que estará aplicando uma dupla penalidade pelo mesmo fato criminoso, qual seja, a restrição da liberdade e também a restrição da acessibilidade que constitui um fato violador da dignidade da pessoa humana do deficiente. Ora, tal ilícito não pode ser tido como válido em um ordenamento penal que tem como princípio o *ne bis in idem*, Logo, conclui-se que a legislação do estatuto abriu um vale entre a realidade e a ordenação jurídica, o que pode levar à sustentação da

liberdade do infrator com deficiência quando ausente o requisito de acessibilidade nos estabelecimentos carcerários.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, verificou-se que o Estado não preparou sua legislação penal para o caso de presos com deficiência. Tal despreparo não inibe o mesmo Estado de prender pessoas com deficiência, ainda que o faça descumprindo outras disposições normativas, inclusive previstas como garantia fundamental na Constituição Federal. Vale dizer, o Estado exige que o cidadão cumpra a Lei, mas ele mesmo não a cumpre, incidindo em omissões verdadeiramente criminosas. Em decorrência, as prisões brasileiras dificultam a vida do deficiente, sempre recolhido num cárcere que não tem adaptações que promovam uma existência digna de sua deficiência.

Saliente-se que não há nenhuma causa que configure excludente por conta da deficiência física. Todavia, restou demonstrado que o preso que a tem, do ponto de vista filosófico e penitenciário, não existe, pois a sua existência e presença no mundo está condicionada a possibilidade de vivência de sua deficiência.

Quando esta possibilidade é retirada, o preso com deficiência é levado à morte, morte para reabilitação social e/ou (re)integração social, pois perde as características sociais que o acompanham pela vida.

Mostra-se conclusivo e evidente, no particular, que há a necessidade de adoção de meios alternativos de execução da pena privativa de liberdade até que surja uma política pública efetiva de adaptação do sistema carcerário para pessoas com deficiência física, sob pena de, enquanto isto não ocorrer, presos com deficiência serem conduzidos obrigatoriamente a uma situação total de inexistência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, que entrará em vigor a partir do dia 05 de janeiro de 2016, referenda essa posição em seu artigo 79 § 2º, de modo que, a partir da mencionada vigência, as pessoas com deficiência que estejam presas em lugares sem acessibilidade deverão ser colocadas em liberdade, por conta da ilegalidade cometida frente ao artigo já referido.

Mesmo com a lamentável omissão em relação à Lei de Execução Penal, esse novo quadro legislativo obriga o Estado a criar uma estrutura que possa abrigar o preso com deficiência de forma digna, sem que ocorra dupla violação aos seus direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo, Malheiros, 2012.

BRASIL. **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Código Penal**. Vade Mecum - Especialmente preparado para OAB e Concursos. Coord. Darlan Barroso e Marco Antonio Araujo Junior, 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. **Lei n. 7.210**, de 11 de julho de 1984. Vade Mecum - Especialmente preparado para OAB e Concursos. Coord. Darlan Barroso e Marco Antonio Araujo Junior, 2ª ed. São Paulo: RT, 2012.

BRASIL. **Lei 10.098/2000**. Pessoa com Deficiência - Legislação Federal. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) - Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012.

BRASIL. **Decreto 3.956/2001**. Pessoa com Deficiência - Legislação Federal. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) - Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012.

BRASIL. **Lei 13.146/15**. Pessoa com Deficiência - Legislação Federal. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) - Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD). Brasília: SDH-PR/SNPD, 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70029175668, da Comarca de Porto Alegre. Quinta Câmara. Apelante: Rafael Santos de Jesus. Apelado: Ministério Público. Presidente: Des. Aramis Nassif. Porto Alegre, 15 de abril de 2009. Disponível em http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70029175668&code=3429&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%20E7a&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%20C7A%20-%205.%20CAMARA%20CRIMINAL. Acesso em 30.abr.2014.

DINIZ, Debora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. **Deficiência, direitos humanos e justiça**. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos*. v. 6, n. 11, p. 65-77, 2009.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. Marcia S. Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 2005

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. SA Fabris Editor, 1991.

LEITE, Flavia Piva Almeida. **A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual**. Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 31-53, jul/dez 2012.

TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; SÁ, Alvino Augusto de; TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas**. São Paulo: Elsevier, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia: um estudo das escolas sociológicas**. São Paulo: Estúdio Editoras, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: RT, 2004.