



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E CUMPRIMENTO DE PENA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Simone de Alcantara Savazzoni

Mestranda em Direito Penal pela PUC/SP

Costuma-se dizer que ninguém conhece verdadeiramente uma nação até que se tenha estado dentro de suas prisões. Uma nação não deve ser julgada pelo modo como trata seus cidadãos mais ilustres, mas sim como trata seus cidadãos mais simplórios.

Nelson Mandela

1. Introdução

Este trabalho visa permitir uma reflexão sobre os aspectos da dignidade da pessoa humana e o cumprimento de pena das pessoas com deficiência, ou seja, se trata de análise jurídica atenta ao universo das pessoas com deficiência submetidas ao cumprimento da pena privativa de liberdade, à luz dos ditames constitucionais que o cercam.

Destina-se o presente, portanto, a propiciar uma visão crítica sobre as condições de acessibilidade oferecidas às pessoas com deficiência, sem a mínima intenção de se defender a impunidade destas em razão da prática criminosa, mas levando-se em consideração todo o contexto de repressão criminal financiado pelo Estado.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Em que pese a existência de abrangente legislação, é notório que as nossas prisões, cadeias e penitenciárias têm servido apenas como depósito de gente, dotado de uma infra-estrutura quase que exclusivamente de concreto e ferro, onde os presos são colocados e têm de sobreviver a torturas psicológicas terríveis, decorrentes sobretudo do desrespeito a direitos humanos elementares.

A violação a tais direitos é tão gritante, que a atribuição de trabalho e assistência social ao preso, por exemplo, aparentam não ter relevância alguma, vez que estes são submetidos à mais absoluta falta de dignidade.

Afastada a convicção de que a prisão, embora justificada por sua necessidade, seria um meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o agente; temos uma crise no sistema prisional brasileiro. Crise esta que abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Partindo da premissa de que a maioria da população carcerária brasileira é formada por indivíduos provenientes de classes menos favorecidas, geralmente precária ou sem nenhuma instrução escolar, e tomando por base o dispositivo constitucional da obrigatoriedade o respeito à integridade física e moral do preso; o presente trabalho tem o escopo de enfrentar um assunto polêmico a respeito do cumprimento da pena privativa de liberdade, principalmente, no que diz respeito à pessoa com deficiência, com a devida observância da dignidade humana.

Por extensão, é imprescindível analisar, no transcorrer do presente tema, a extensão do conceito de dignidade da pessoa humana e sua possível relativização, sua proteção constitucional como forma de contribuir para solução da problemática da aplicação das penas privativas de liberdade no país, posto que a compreensão destes conceitos constitucionais penais que regem a execução penal facilita o entendimento do direito e da garantia do preso.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

2. Evolução Histórica da Execução Penal

O intuito da presente análise histórica é apresentar a evolução construída pela humanidade e, em particular, pela sociedade brasileira, no tocante ao tratamento do instituto da execução penal, com vistas a demonstrar como se efetivava a repressão penal no passado, e a alertar para o fato de que a disciplina da mesma, na atualidade, deve guardar consonância com a garantia da dignidade da pessoa humana, tão desprezada em outros tempos.

Nessa linha, consoante salienta **CARLOS MAXIMILIANO**, *se o presente é um simples desdobramento do passado, o conhecer este parece indispensável para compreender aquele.*¹

As primeiras formas de execução penal constituíam meios para que se castigasse alguém sem o mínimo respeito aos parâmetros necessários à garantia da dignidade da pessoa humana.

A execução penal apresenta origem histórica que se confunde com a origem do próprio direito penal, haja vista que, na sociedade primitiva, não havia clareza quanto à distinção entre a determinação da pena e sua aplicação. Em razão disso, a história da execução penal coincide com a história do direito penal material. Neste contexto, foi sobremodo relevante a influência da religião sobre o direito penal, pois a concepção de crime não se dissociava da concepção de pecado, o qual, quando cometido, ensejava a imposição de castigo correlato, como forma de sanção ao faltoso e de evitar que a divindade voltasse sua ira contra a comunidade.²

A aplicação da pena ao pecador faltoso, como forma de expiação de toda a comunidade, marca a origem da pena de caráter público. Esta, nesse

¹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Malheiros, 1999, p. 138.

² BARROS, Carmen Sílvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25-26.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

primeiro momento, tinha a pena de morte como única modalidade conhecida. É o que observa **TEODORO MOMMSEN**:

(...) toda pena pública, y especialmente la más grave de ellas, la de muerte, única que se conocía en los tiempos primitivos, debe ser considerada como una expiación que se verificaba por medio de una ofrenda en honor de los dioses, y singularmente por medio de la ofrenda de mayor estima, o sea el sacrificio humano; (...).³

Ressalvada a hipótese da pena de morte, a vingança decorrente do ato criminoso cabia, em princípio, ao interessado e não se apresentava limitada a observar um regramento preestabelecido, o que conferia ao ofendido amplos e ilimitados poderes para se vingar do faltoso. Pode-se afirmar que a vingança passou a ser disciplinada somente a partir do Talião (Código de Manu, século XII a.c., e Código de Hamurabi, século XXIII a.C.)⁴.

Foi a partir do Direito Romano que a distinção entre o público e privado, já ensaiada de forma incipiente na sociedade primitiva, passou a ser delineada sob contornos mais nítidos, tendo em vista que se estabeleceu a diferença entre *crimes públicos* e *delitos privados*.⁵

A sistematização do ilícito penal e sua repressão encontrava suporte em três conceitos elementares: o gênero *reatus* e suas espécies *crimen e delictum*. *Reatus* significava, de início, a condição de devedor e, posteriormente, o fato criminoso propriamente dito. Este podia ser definido tanto sob o aspecto formal, considerado o ato vedado pela lei penal, como sob o aspecto material, que consistia na infração à ordem natural das coisas. *Crimen* era a referência atribuída aos casos em que a acusação era pública, ou seja, o Estado se apresentava como o titular do poder de punir, no interesse de toda a sociedade. *Delictum*, por outro lado, encerrava os delitos privados como o *furtum*; a *rapina*, furto praticado com violência; a *iniuria*, ofensa de qualquer natureza, física ou moral; e o *damnum*

³ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Bogotá: Editorial Temis, 1991, p.558.

⁴ Idem. *Ibidem*, p. 26.

⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 16.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

iniuria datum, modalidade de dano causado a escravos e animais; designava, em suma, a hipótese em que o Estado atuava como árbitro entre os litigantes. Em momento subsequente, com a absorção do direito penal privado pelo direito penal público, foi abolida a distinção entre *crimen e delictum*.⁶

Quanto às modalidades de pena, conheceu-se, no Direito Romano, além da pena de morte, as de ressarcimento pecuniário, perda dos direitos civis, trabalhos forçados, castigos corporais, confisco de bens, entre outras.⁷

Sob a predominância do regime feudal, na Idade Média, vigorou um regime de descentralização do poder. Ou seja, a existência de inúmeros feudos e, em cada um destes, a presença de um Senhor Feudal no comando, implicaram um fracionamento de poder, bem como, conseqüentemente, uma heterogeneidade de sistemas punitivos. Cada feudo apresentava seu código de condutas consideradas criminosas e as correspondentes punições cabíveis.

Particularmente no tocante às modalidades de pena que se aplicavam nesse período, **ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA E CUNHA** destaca a utilização da prisão, bem como as primeiras críticas a esta utilização, que ensejaram propostas para seu aperfeiçoamento:

Embora não só na Inglaterra e na Holanda tenham surgido prisões com certa organização, o que se percebe é que na Europa em geral não havia ainda a noção clara de sistematização da questão penitenciária. Na verdade, esse 'vazio' quanto a organização e sistematização, bem como a forma de tratamento do encarcerado, permeada de castigos e suplícios corporais, perdurou ainda por todo o século XVI e quase todo o século XVII.

Somente no final do século XVII, com a publicação em 1695, da obra 'Reflexões sobre as prisões monásticas', de autoria do monge beneditino Jean Mabillon, a forma de tratamento dos presos começou a ser criticada severamente. Aliado à crítica na forma de tratamento, começaram a surgir também clamores

⁶ Idem. Ibidem, p. 13/23.

⁷ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Bogotá: Editorial Temis, 1991, p. 562.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

relativos a questões como, trabalho, visitas, amenização gradativa de regime.⁸

Ainda no período feudal, em paralelo ao direito comum, foi estruturado o direito canônico, que adotou a prisão como forma de cumprimento de pena, concebendo a cela como local de reflexão e estudo, para purgação da falta cometida e reeducação do faltoso.⁹

O direito penal canônico estabeleceu sanções de caráter expiatório, com a finalidade de obter o arrependimento do faltoso e aplicava, para tanto, um procedimento inquisitivo, no qual os juízes possuíam alto grau de discricionariedade, podendo iniciar e desenvolver o processo, bem como aplicar sanções diversas das previstas em lei. As penas eram infamantes, pecuniárias, restritivas de direitos, extintivas de direitos, privativas de liberdade e morte.¹⁰

Cumprir esclarecer que a justiça canônica não aplicava a pena de morte, mas condenava pela prática de crimes para os quais era cominada mercidamente, de maneira que sua execução ficava ao encargo da justiça comum¹¹.

Desde a sociedade primitiva, até o século XIX, a pena de morte foi a principal forma de repressão penal, com o predomínio do arbítrio judicial e a desumanidade das penas. Grande parte destas, como as de trabalhos forçados, banimento, multa e confisco, eram acompanhadas, em sua execução, de penas acessórias que implicavam em suplícios e incluíam a exposição, a coleira de ferro, a marcação com ferro em brasa, o açoite, entre outras.¹²

CARMEN SILVIA DE MORAES BARROS ensina que, a partir do Iluminismo, tomaram vigor os protestos contra a desumanidade das penas:

⁸ CUNHA, André Luiz de Almeida e. *Excesso de prazo para formação de culpa no processo penal. As conseqüências jurídicas e psicossociais para os presos do sistema penitenciário do Pará*. Monografia apresentada à Universidade Federal do Paraná – UFPR, como exigência para obtenção de grau de Especialista em Modalidades de Tratamento Penal e Gestão Prisional. Curitiba, 2003, p. 14.

⁹ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35/41.

¹⁰ BARROS, Carmen Silvia de Moraes. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

¹¹ Idem. Ibidem, p. 39.

¹² Idem. Ibidem, p.43.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Na segunda metade do século XVIII, os protestos contra o suplício vêm de todas as partes: é necessário castigar de outra forma, encontrar novos meios de punir. E o suplício, como forma pública de punição, vai desaparecendo em fins do século XVIII e início do XIX. Deixa de ser o corpo marcado, supliciado, o alvo principal da repressão penal. A pena executada como forma de espetáculo vai dando lugar à execução penal de cunho administrativo.¹³

O Iluminismo, portanto, foi um movimento verdadeiramente preocupado em proteger os direitos e garantias individuais, contra os excessos e abusos próprios do regime absolutista fundado no direito divino, razão pela qual é possível afirmar que, a partir daí, a sociedade mundial passa a consolidar, gradativamente, a idéia da dignidade da pessoa humana como uma efetiva garantia dos cidadãos, que deve ser respeitada, inclusive, no que se refere à execução penal.

2.1 Histórico da execução penal no Brasil

Consoante previsão do Livro V, das Ordenações Filipinas do Reino, a Colônia, em princípio, era considerada como *presídio de degredados*. A pena era aplicada aos alcoviteiros, culpados de ferimentos por arma de fogo, duelo, entrada violenta ou tentativa de entrada em casa alheia, resistência a ordens judiciais, falsificação de documentos, contrabando de pedras e metais preciosos.¹⁴

Em 13 de setembro de 1566, no *Livro de Provisões*, o Capitão Mor Estácio de Sá, detentor de amplos poderes, assinou o ato de posse de Francisco Fernandes, como Carcereiro da Colônia. Em 20 de março de 1570, D. Sebastião promulgou uma lei que legitimava o cárcere dos que fossem tomados em justa guerra, feita com a licença do Rei, ou do Governador do Brasil, e também dos que

¹³ Idem. Ibidem, p. 44/45.

¹⁴ GARBELINI, Sandra Mara. *Arquitetura prisional, a construção de penitenciárias e a devida execução penal*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Extraído em 6 dezembro de 2004.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

assaltavam os portugueses ou outros gentios para comer. Com relação ao tratamento dos indígenas, as penas eram aplicadas pelos meirinhos e relevadas ou exageradas pelos Jesuítas, conforme o caso. A pena mais grave, neste particular caso, foi o corte de alguns dedos das mãos, de maneira que ainda pudessem trabalhar.¹⁵

Observou-se, no que se refere à execução das penas, um regramento consolidado nas Ordenação Manuelinas, cujo livro V disciplinava o direito penal e o respectivo processo de sentença. Neste, os castigos consistiam em penas corporais rígidas que incluíam mutilações, queimaduras, galés e a chamada morte natural com crueldade (esquartejamento, fogo vivo, roda, força, degolamento)¹⁶.

A instalação da primeira prisão brasileira é mencionada na Carta Régia de 1769, que manda estabelecer uma Casa de Correção no Rio de Janeiro. Registra-se, também, a Cadeia construída na cidade de São Paulo entre 1784 e 1788, conhecida simplesmente como Cadeia, que se localizava no Largo de São Gonçalo, hoje Praça João Mendes. Para este local eram recolhidos todos os indivíduos que cometiam infrações, inclusive escravos, onde aguardavam a determinação de penas como o açoite, a multa e o degredo. As precárias condições de saúde em que os presos estavam submetidos, a superlotação, a mistura de presos políticos e presos comuns, os escravos acorrentados, marcavam o perfil destes cárceres.¹⁷

A utilização do território colonial como local de cumprimento das penas se estende até 1808, ano marcado por mudanças significativas rumo à autonomia legal e aos anseios de modernidade. Em 1821, D. João VI, assina o decreto que abolia a tortura, mas adotava a Constituição Espanhola como base à Constituição do Império. A Constituição de 1824 estabelecia, no art. 179, que as prisões deveriam ser seguras, limpas, arejadas, havendo a separação dos réus conforme a natureza de seus crimes.

¹⁵ DALPIAZ, Giovanni. *Histórico das prisões riograndenses*. Disponível em: <<http://www.gigamar.com>>. Extraído em 31 de março de 2004, p. 4/7.

¹⁶ Idem. Ibidem, p. 5.

¹⁷ GARBELINI, Sandra Mara. *Arquitetura prisional, a construção de penitenciárias e a devida execução penal*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Extraído em 6 dezembro de 2004.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

O Código Criminal de 1830 adotou desde as penas de morte por força, galés, prisão com trabalho, prisão simples até o banimento, desterro, multa, suspensão e perda de emprego, além de açoites para escravos criminosos. Os escravos sofriam maiores castigos do que os homens livres, de forma que resta evidente que a discriminação racial permeava todo o sistema de repressão penal.

Em verdade, apenas por volta de 1890, o direito brasileiro reproduziu os ideais do Iluminismo, que trazia preceitos relativos à liberdade civil e política, iniciando-se assim, a fase da humanização do direito penal.

Neste sentido, o Código Penal de 1890 estabeleceu novas modalidades de penas: prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspeição e perda do emprego público e multa. O artigo 44 do mencionado Código considerava que não haveria penas perpétuas e coletivas. As penas restritivas de liberdade individual eram temporárias e não deveriam exceder trinta anos. O sentenciado após o cumprimento da metade do tempo de pena, poderia ser transferido para alguma penitenciária agrícola e o bom comportamento, propiciava a liberdade condicional. Este modelo foi baseado no sistema progressivo Irlandês, que possibilitava a diminuição da intensidade da pena como consequência da boa conduta e do bom comportamento do recluso.¹⁸

Ainda neste contexto, relata **GIOVANI DALPIAZ**:

As inspeções realizadas nos presídios, neste período, evidenciavam as péssimas condições de higiene, bem como a problemática da superlotação e os maus tratos. O Brasil não possuía condições de manter os presos em prisão celular, colônias agrícolas e conseqüentemente, executar o livramento condicional. Percebe-se assim, a inexistência de um sistema penitenciário, com uma política administrativa visando a recuperação do preso.¹⁹

¹⁸ DALPIAZ, Giovanni. *Histórico das prisões riograndenses*.

Disponível em: <<http://www.gigamar.com>>. Extraído em 31 de março de 2004, p. 6.

¹⁹ Idem. *Ibidem*, p. 6.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

O Código Penal de 1940, trouxe nova compreensão do sistema progressivo. Consistia em medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta impostas aos condenados. As penas principais são de reclusão, detenção e multa. Finalmente, a Constituição Federal, de 18 de setembro de 1946, no seu art. 141, definiu a lei penal como reguladora da individualização da pena e só retroagiria quando em benefício do réu. Nos parágrafos subsequentes, expressava que nenhuma pena passaria da pessoa do delinqüente; não haveria pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo, ressalvada a pena de morte no disposto na legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro.

2.2 Histórico do advento da atual Lei de Execuções Penais

Em 1933, Candido Mendes de Almeida, José Gabriel de Lemos Brito e Heitor Carrilho, apresentam o anteprojeto de código penitenciário da República, cuja discussão foi impedida pelo advento do Estado Novo e com a promulgação do Código Penal de 1940.

Importa observar que, em 1957, foi editada a Lei 3.274/57 – com normas gerais do regime penitenciário. Esta lei não teve eficácia, pois não previa sanções para o descumprimento dos preceitos nela estabelecidos. Ainda em 1957, foi apresentado Anteprojeto de Código Penitenciário, o qual não foi aproveitado.

Sob a coordenação de Roberto Lyra, em 1963, foi apresentado o Anteprojeto do Código das Execuções Penais, que foi abandonado em razão do golpe de 1964.

Em 1981 foi instituída uma comissão de juristas pelo Ministro da Justiça, composta dos seguintes membros: Francisco Assis Toledo, René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior, Ricardo Antunes Andreucci, Rogério Lauria Tucci, Sergio Marcos de Moraes Pitombo, Benjamin Moraes Filho e Negi Calixto. Daí resultou a apresentação anteprojeto da atual Lei de Execuções Penais, por intermédio da Portaria n.º 429, de 22 de julho de 1981. O projeto foi apresentado



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

PUC-SP

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP
ao Ministro da Justiça em 1982, ao Presidente João Figueiredo em 1983, e posteriormente encaminhado ao Congresso Nacional.

A Lei 7.210/84, atual Lei de Execuções Penais, foi promulgada em 11 de julho de 1984 e publicada em 13 de julho de 1984. Sua vigência foi imediata e concomitante com a Lei de Reforma Penal 7.209, de 13 de janeiro de 1985.

3. Alguns princípios aplicáveis às pessoas portadoras de deficiência na execução penal

3.1 Princípio da individualização da pena

Verifica-se que o processo de individualização da pena desenvolve-se em 3 fases a considerar: a) individualização legislativa - onde cabe ao legislador criar o tipo penal incriminador, optando pelo mínimo e máximo da pena em abstrato e também pela espécie de pena (reclusão, detenção ou multa); b) individualização judicial - cabe ao magistrado fixar a quantidade de pena cabível e, bem assim, o regime de cumprimento de pena e eventuais benefícios e, c) individualização executória - desenvolvida no estágio da execução penal.

É esta última fase que se analisa no presente trabalho, mediante a apreciação da execução penal relativa à pessoa portadora de deficiência. Enquanto a individualização no processo de conhecimento implica proporcionalidade entre o crime (fato) e a pena, e, portanto, voltada ao passado, a individualização no processo de execução implica proporcionalidade entre o homem condenado e a pena em execução.

Sendo assim, verifica-se que cabe ao Juiz da Execução contemplar a verdadeira individualização da pena na fase executória de modo a dar a cada condenado a oportunidade e os elementos necessários à reinserção social a teor do previsto no art. 1 da LEP e, também, em diversos dispositivos esparsos.

Nesta esteira, no que tange à pessoa portadora de deficiência cumpre ao Juiz da Execução observar não só o previsto no artigo 32, parágrafo 3º,



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

PUC-SP

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP
da LEP, mas também as legislações específicas atinentes às pessoas portadoras de necessidades especiais com o escopo de que estas pessoas possam cumprir suas penas de modo digno, observadas as condições necessárias de acessibilidade.

Para tanto, se faz necessário construir uma exegese que busque aplicar o Direito de uma forma ampla, adaptando-o, pela interpretação às exigências sociais da pessoa portadora de deficiência e às variações sucessivas do meio.

Na prática, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, mormente, no que diz respeito às pessoas portadoras de deficiência, deixando de lado a necessária individualização e humanização do cumprimento da pena, de forma que muitos presídios foram transformados em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, em outras palavras, longe de alcançar a dignidade da pessoa humana.

3.2 Princípio da humanização da pena

É sabido que a sanção por parte do Estado não pode configurar uma vingança social, mas sim ter como finalidades a retribuição e prevenção do crime, buscando, além disso, a ressocialização do sentenciado.

A ONU, preocupada com a realidade hodierna, editou regras mínimas para o tratamento de reclusos por meio da publicação do Centro de Direitos do Homem das Nações Unidas – GE. 94-15440. E, subdividiu o instrumento normativo em duas partes: a primeira trata das matérias relativas à administração geral dos estabelecimentos penitenciários e é aplicável a todas as categorias de reclusos, de foros criminal ou civil, em regime de prisão preventiva os condenados, incluindo os que estejam detidos por aplicação de medidas de segurança ou que seja objeto de medidas de reeducação ordenadas pelo juiz competente; a segunda parte contém regras que são especificamente aplicáveis às categorias de reclusos de cada seção.

Além das regras da ONU, importante salientar que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) prevê, em seu artigo 10, que toda



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

a pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana. Por fim, o citado instrumento normativo internacional consagra que o regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros.

Podemos trazer à baila, ainda, o previsto no Pacto de São José da Costa Rica, que igualmente prevê regras protetivas aos direitos dos reclusos. O referido pacto define a finalidade essencial das penas privativas de liberdade como “a reforma e a readaptação social dos condenados”.

Sendo assim, conclui-se, abalizados na doutrina de **ANTÔNIO SCARANCA FERNANDES**, que o princípio da humanidade da pena determina que toda pessoa condenada será tratada humanamente e com respeito à dignidade a todos inerente.²⁰

O princípio em análise determina, outrossim, que o homem nunca deverá ser tratado como meio, mas somente como fim, como pessoa, o que quer significar que, independentemente da argumentação utilitarista que se siga, o valor da pessoa humana impõe uma licitação à qualidade e quantidade de pena e a necessidade de estudar profundamente no que consiste a garantia e respeito à dignidade.

3.3 Princípio da Igualdade

O Princípio da Igualdade ao tempo da Revolução Francesa era visto sob uma perspectiva meramente formal, pois se almejava alcançar a igualdade perante a lei, isto é, o tratamento isonômico de todo cidadão pelo ordenamento jurídico, sem qualquer distinção entre os cidadãos.

Todavia, no final do século XIX, surge a necessidade do reconhecimento da isonomia material, pois não bastava mais tratar todos iguais perante a lei, era imprescindível tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na exata medida de sua desigualdade.

²⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

A igualdade, a princípio, se funda na solidariedade, e pressupõe a adoção de políticas públicas inclusivas, pois sem elas é impossível haver igualdade material.

Verifica-se no ordenamento pátrio que o legislador constituinte de 1988 consagrou no texto atual a igualdade material, e nas palavras de **REGINA QUARESMA**²¹:

Foi neste contexto que o legislador constituinte, impregnado pelo espírito inegável inspiração isonômica e impulsionado pelos movimentos sociais, naquele momento razoavelmente bem articulados, reservou a devida atenção à questão relacionada aos direitos pertinentes às pessoas portadoras de necessidades especiais, às quais dispensou um tratamento visivelmente diferenciado, ao estabelecer normas que não apenas previnem eventuais discriminações, como também determinam prestações de caráter positivo a serem realizadas pelo Poder Público.

Por estas razões, é de grande relevância, não só o tratamento que a Constituição conferiu ao princípio da isonomia, mas a proteção transparente conferida as pessoas portadoras de deficiência.

4. Dignidade da pessoa humana

Existe grande controvérsia acerca do conteúdo e conceito da “dignidade humana”, todavia, a princípio basta entendê-la como qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e, portanto, a proteção à dignidade da pessoa constitui-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.

Para alcançar o real sentido do conceito da dignidade humana é necessário analisar sua evolução histórica, que necessita ser retomada e reconstruída com o escopo de alcançar uma melhor compreensão. E, assim, será

²¹ QUARESMA, Regina. “A pessoa portadora de necessidades especiais e sua inclusão social”. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferenças e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 929.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP
constatada a dimensão histórico-cultural da dignidade humana fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo.

4.1 Evolução histórica do conceito de dignidade

Têm origem no Antigo e Novo Testamento as referências no sentido de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus. Idéia esta que foi sustentada novamente na primeira fase do Cristianismo pelo Papa São Leão Magno, o qual acreditava que os seres humanos possuíam dignidade por terem sido criados à imagem e semelhança de Deus, fato este que por si só, dignificou a natureza humana.

Na antiguidade clássica entendia-se que a dignidade da pessoa variava conforme a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade (qualificação e modulação da dignidade). Já no pensamento estóico a dignidade era qualidade inerente ao ser humano, o que o distinguia das demais criaturas.

Na Idade Média, formulou-se, através de São Tomás de Aquino, um novo conceito de pessoa, o que acabou por influenciar a noção contemporânea de dignidade da pessoa humana ao definir a pessoa como substância individual de natureza racional.

Conforme ensina **INGO WOLFGANG SARLET**²²:

(...) no pensamento de São Tomás de Aquino, restou afirmada que a noção da dignidade encontra seu fundamento na circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe uma função da própria vontade.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 32.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

No pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade humana, assim como a idéia do direito natural, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade.

Surge então, a visão Kantiana cuja concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando a autonomia como fundamento da dignidade do homem, ou seja, há um abandono das vestes sacrais sem que com isso desconsiderar a profunda influência do pensamento cristão.

Nas palavras de **INGO WOLFGANG SARLET**²³:

(...) construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia de vontade, entendida como faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade humana.

Verifica-se que é justamente no pensamento de Immanuel Kant que a doutrina jurídica identifica as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana.

4.2 Conceito da dignidade humana

Muito embora seja árdua a tarefa de conceituar dignidade da pessoa humana, vislumbra-se que o conceito é vago e impreciso, vez que a dignidade não cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana, mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de modo que, passou a ser definida como valor próprio que identifica o ser humano como tal.

Neste sentido, a busca de uma definição necessariamente aberta, mas minimamente objetiva, impõe-se justamente em face da necessidade de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica.

²³ Idem. Ibidem, p. 33.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Trata-se de uma qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, desta forma não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade.

Neste ponto, abra-se um parêntese para constatar a situação do preso no sistema penitenciário brasileiro para se verificar que não há sentido em propugnarmos pelo reconhecimento da dignidade, vez que esta lhe é inerente.

Observa tal realidade **INGO WOLFGANG SARLET**:

(...) a dignidade independe das circunstâncias concretas já que inerente a toda e qualquer pessoa humana, visto que, em princípio, todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas – ainda que não se portem de forma igualmente digna nas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmos.²⁴

A liberdade de autonomia deve ser considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (ou qualquer outro alienado por qualquer motivo) ou o deficiente possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz.

Vale ressaltar o aspecto de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, ou seja, possui uma condição dúplice que aponta para uma paralela e conexão dimensão defensiva (proteção) e prestacional (assistência) da dignidade.

Como tarefa e prestação imposta ao Estado, é imprescindível que este guie suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente, criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, o que não dissocia a



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

dignidade de ordem comunitária, vez que é impossível ao indivíduo realizar ele próprio, total ou parcialmente, suas necessidades existenciais básicas.

Em outras palavras, a pessoa como sujeito de direitos e obrigações, possui o um direito fundamental de reconhecimento, segurança e promoção da condição de pessoa (com dignidade) no âmbito de uma comunidade. As transformações sociais que devem ser executadas pelo Estado Social e Democrático de Direito não podem buscar adaptar o indivíduo à sociedade, porém, em sentido contrário, buscam adaptar o espaço social para acolher o indivíduo, respeitando seu fundamental direito de ser diferente, ou seja, de ser minoria²⁵.

O reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana, pela ordem jurídica, deve zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade. (dimensão política da dignidade).

Sendo assim, a particular situação dos presos que por serem encarcerados, não são tratados de forma benéfica, mas devem ser tratados com dignidade, na condição de seres humanos, não podendo ser torturados, humilhados.

Ainda, nesta esteira, **INGO WOLFGANG SARLET**²⁶ expõe que:

Nesta linha de entendimento, parece situar-se o pensamento de Dworkin que, ao sustentar a existência de um direito das pessoas de não serem tratadas de forma indigna, refere que qualquer sociedade civilizada tem seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui esta indignidade, critérios que variam conforme o local e a época.

Assim, percebe-se que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade, a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, p. 43.

²⁵ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. “A crise da Legalidade na Execução Penal”. In: *Crítica à Execução Penal: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.50.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, p. 59.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para falar em dignidade da pessoa humana.

Diante de todo o exposto, vislumbra-se um caráter multidimensional da dignidade da pessoa humana, considerando sua dimensão ontológica, sua dimensão histórico-cultural e sua dupla dimensão negativa e prestacional e, ainda, conforme se verá no próximo subitem, sua dupla dimensão objetiva e subjetiva da dignidade, na condição de princípio e norma embasadora de direitos fundamentais.

Segundo conclui **INGO WOLFGANG SARLET**²⁷:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

4.3 Dignidade da pessoa humana – norma fundamental na ordem jurídico-constitucional brasileira

Somente após o término da Segunda Guerra Mundial é que a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente, após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948.

Todavia, no Brasil, apenas a Constituição Cidadã de 1988 reconheceu, no âmbito do direito constitucional positivo, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso II, da CF).

²⁷Idem. Ibidem, p. 63.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Ou seja, foi conferida a dignidade humana a qualificação de norma jurídica fundamental de nossa ordem jurídico-constitucional, e desta forma, constata-se que o constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais (dimensão jurídica).

Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana foi guindada a condição de valor jurídico fundamental da comunidade, ou seja, um valor que justifica a própria existência do ordenamento jurídico. Pode-se dizer que se trata de um princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

Neste sentido, vislumbra-se, pela disposição Constitucional pátria, que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, uma vez que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal.

Nas palavras de **INGO WOLFGANG SARLET**²⁸:

A dignidade da pessoa humana atua, portanto, como um mandado de otimização, ordenando algo (a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida do possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as regras contêm prescrição imperativas de conduta.

A dignidade pode ser analisada sob dupla estrutura – princípio e regra, sendo que o primeiro se submete algumas vezes ao processo de ponderação, ao passo que a regra não, pois é absoluta. Todavia, impende reconhecer que mesmo prevalecendo em face de todos os demais princípios (e regras) do ordenamento, não há como afastar em algumas vezes, a necessária relativização (convivência harmônica) do princípio da dignidade da pessoa em homenagem à igual dignidade de todos os seres humanos, conforme se verá adiante.

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª edição. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 76.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

4.4 Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais

Não obstante a dignidade preexista ao direito, para que possa ser reconhecida como legítima, necessário se faz o seu reconhecimento e proteção por parte da ordem jurídica e, assim na nossa ordem constitucional positiva brasileira podemos afirmar que todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras verifica-se que em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Ou seja, ao reconhecer a pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, estará sendo reconhecida a própria dignidade.

A dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental tem a função instrumental integradora e hermenêutica, à medida que este serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física e emocional (psíquica) em geral da pessoa.

Todavia, necessário ressaltar que as condições para uma vida digna e dos requisitos para uma vida com dignidade são dados variáveis de acordo com a época e a sociedade em que se vive, o que harmoniza com a idéia já destacada da dimensão histórico-cultural da própria dignidade da pessoa humana e, portanto, dos direitos fundamentais (inclusive sociais) que lhe são inerentes.

A relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental está vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Verifica-se que a dignidade da pessoa humana pode ser vista como uma cláusula geral que acaba sendo viabilizada (concretamente realizada) através dos direitos fundamentais em espécie. Em outras palavras, o conteúdo da dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais. E, ao mesmo tempo, pode-se concluir que a proteção dos direitos fundamentais se dá por meio da dignidade da pessoa humana.

A dignidade implica numa máxima satisfação de todas as necessidades humanas, de tal sorte que, na sua dimensão prestacional, poderia a garantia jurídica da dignidade vir a ser interpretada como um programa de segurança social amplo e irrestrito.

Pode-se assim dizer que a dignidade da pessoa humana constitui um limite implícito ao poder de reforma constitucional, já que constitui juntamente com a vida no valor e na norma jurídica de maior relevo na arquitetura constitucional pátria.

4.5 Relativização dos Direitos Fundamentais e da dignidade da pessoa humana

Sendo assim, conclui-se que em alguns momentos é necessária a restrição dos direitos fundamentais e, algumas vezes, é o próprio princípio da dignidade da pessoa que serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando por atuar também como elemento limitador destes.

Todavia, conforme elucida **INGO WOLFGANG SARLET**²⁹ deve-se atentar a necessidade de impor um limite a este limite. Em sua palavras:

De outra parte, igualmente consagrado, de há muito, o reconhecimento da existência daquilo que a doutrina germânica denominou de limites dos limites (Schranken-Schranken), isto é, de determinadas restrições à atividade limitadora no âmbito dos direitos fundamentais, justamente com

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª edição. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 123.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao seu esvaziamento ou até mesmo à sua supressão.

Desta forma, conclui-se que a dignidade da pessoa humana atua simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, isto é, barreira última contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais.

Também é objeto de discussão o caráter absoluto da dignidade e sua possível relativização, ou seja, a possibilidade de se estabelecerem restrições (limites) à própria dignidade da pessoa, vez que para assegurar a dignidade e direitos fundamentais de uma determinada pessoa (ou grupo de pessoas) é necessário por vezes afetar (limitar) a dignidade de outra. Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana encontra-se em algumas situações sujeita a juízo de ponderação de interesses.

Neste sentido, Alexy³⁰, elucida que:

Até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana (por força da sua própria condição principiológica) acaba por sujeitar-se, em sendo contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização, e isto não obstante se deva admitir – no âmbito de uma hierarquização axiológica – sua prevalência no confronto com outros princípios e regras constitucionais, mesmo em matéria de direitos fundamentais.

Conforme esclarece **INGO WOLFGANG SARLET**³¹:

Considerando que também o princípio isonômico (no sentido de tratar os desiguais de forma desigual) é, por sua vez, corolário direto da dignidade, forçoso admitir – pena de restarem sem solução boa parte dos casos concretos – que a própria dignidade individual acaba, ao menos de acordo com o que admite parte da doutrina constitucional contemporânea, por admitir certa relativização, desde que justifica pela necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente quando

³⁰ Apud, SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª edição. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, p. 137.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª edição. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, p. 139.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

se trata de resguardar a dignidade de todos os integrantes de uma determinada comunidade.

Todavia, necessário salientar que eventual relativização da dignidade na sua condição de princípio não significa transgredir seu caráter inviolável, pois considerada como qualidade inerente a todas as pessoas.

Em outras palavras o caráter absoluto da dignidade é possível quando estiver se referindo a dignidade como a capacidade (potencialidade) que toda pessoa tem de autodeterminação, pois no campo das relações interpessoais concretas não há como evitar a necessidade de se estabelecer limites ao livre desenvolvimento da personalidade.

Em que pese as violações concretas e reiteradas à dignidade pessoal, estas ofensas, em virtude da positivação da dignidade na condição de princípio jurídico constitucional fundamental, não poderão encontrar qualquer respaldo no ordenamento jurídico, o qual, pelo contrário impõe ao Estado e particulares o dever de respeito, proteção e promoção da dignidade de todas as pessoas.

Nas palavras de **INGO WOLFGANG SARLET**³²:

Assim, ainda que se possa reconhecer a possibilidade de alguma relativização da dignidade pessoal e, nesta linha, até mesmo de eventuais restrições, não há como transigir no que diz com a preservação de um elemento nuclear intangível da dignidade, que justamente – aqui poder-se-á adotar a conhecida formula de inspiração Kantiana – consiste na vedação de qualquer conduta que importe em coisificação e instrumentalização do ser humano (que é fim, e não meio).

É necessário, portanto, harmonizar, no caso concreto, a dignidade na sua condição de norma-princípio com outros princípios e direitos fundamentais.

Todavia, somente no caso concreto é possível avaliar a norma fundamental (na sua perspectiva objetiva e subjetiva), e, bem assim, a natureza e gravidade da ofensa, para que se possa fornecer uma solução constitucionalmente adequada.

³² Idem. Ibidem, p. 133.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

PUC-SP

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Neste sentido, ninguém pode negar que 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.

Ora, é de se questionar que o encarceramento de condenado pela prática de homicídio qualificado, pela utilização de meio cruel, em prisão com superlotação, não constitua, efetivamente uma violação de sua liberdade e dignidade pessoal, ainda que com amparo no sistema jurídico-positivo.

5. Pessoa portadora de deficiência e o direito à acessibilidade no cumprimento da pena privativa de liberdade

O advento da Revolução Francesa, com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, consolida o surgimento de declarações de direitos, que positivam garantias face ao poder do Estado e perante a sociedade, face às novas demandas que emergem de suas relações.

Tais demandas se perfazem pela proteção dos direitos das então chamadas *minorias*, cuja proteção dá-se em um sistema de não atuação do Estado – o *status negativus* - visando a não-interferência abusiva do ente estatal nas relações sociais e, também, pela intervenção deste *status positivus* objetivando igualar aqueles que, por condições naturais ou adquiridas, são desiguais no corpo da sociedade, através da implementação de programas e políticas sociais.

Desta forma, conceber-se a necessidade às novas tutelas específicas, associando-as a segmentos como, por exemplo, o da criança e adolescente; das mulheres; dos idosos; do meio ambiente; e das pessoas portadores de deficiência, entre outros.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

5.1 Pessoa portadora de deficiência

A nomenclatura *pessoa portadora de deficiência* foi um termo genérico introduzido pela Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, publicada pela Organização das Nações Unidas, em 1975.

Nesta linha, a Constituição Federal de 1988 adota a expressão *pessoa portadora de deficiência*, o que representou um avanço, consoante expõe **LUIZ ALBERTO DAVID ARAÚJO:**

Realmente, criou-se o núcleo 'pessoa', que deixou de ser 'deficiente'. A 'deficiência' aparece ao lado da pessoa, núcleo central da terminologia. Trata-se de uma pessoa e não mais de um 'deficiente'. (...) Talvez o melhor termo atualmente fosse 'pessoa com deficiência', como é reconhecido internacionalmente.³³

A Constituição Federal de 1988, elevada ao título de Constituição Cidadã, assegura garantias que visam a integração social das pessoas com deficiência, tais como os direitos de acesso a locomoção, com eliminação das barreiras arquitetônicas (art. 227, §1º, II e §2º; art. 244); atendimento educacional e de saúde especializados (art. 208, III e 23, II); integração social (art. 24, XIV e art. 203, IV); de benefício mensal àqueles que não possuem, por si ou por sua família, meios de prover a própria manutenção (art.203,V); e de proibição de discriminação quanto a salário e critérios para admissão do trabalhador com deficiência (art. 7º, XXXI).

Podemos perceber, pelo rol acima elencado, que os direitos das pessoas portadoras de deficiência equivalem aos direitos de qualquer outro cidadão. Todavia, estas pessoas possuem necessidades específicas, dadas suas

³³ ARAÚJO, Luiz Alberto David Araújo. “A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos”. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferenças e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2008, p.913.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

PUC-SP

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP
condições, lembrando que estas devem ser respeitadas, a fim de não excluir tais pessoas do convívio social.

Necessário observar que, pelo fato de estarem em cumprimento de pena privativa de liberdade, as pessoas deficientes devem ficar privadas de sua liberdade e de seus direitos políticos, mas não da sua dignidade humana, pois é inevitável reconhecer os efeitos deletérios sobre as pessoas com deficiência que estão em cumprimento de pena, ocasionados pelas prisões. Numa grande lista de mazelas, vale enunciar as deficientes condições de alojamento, de alimentação e de higiene, além das péssimas condições de acessibilidade.

Para maior entendimento desta questão, vale conceituar acessibilidade, termo tão em voga hoje, temas de tantos trabalhos e pesquisas, e direito que, se efetivado, melhoraria, consideravelmente, a qualidade de vida da pessoa portadora de deficiência. A acessibilidade se traduz na possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Refletindo sobre tal conceito, em um paralelo com o atual contexto do sistema penitenciário brasileiro, não seria ousado se inferir que em tais instituições não existem condições sequer para a locomoção de tais pessoas, violando um direito fundamental de primeira dimensão, ao impossibilitar o exercício do direito de ir e vir. Não seria visionário, se afirmar que, também, não há condições para o livre exercício do trabalho, inclusive pelo deficiente, fator preponderante para a socialização do indivíduo, através da participação nas oficinas e cursos profissionalizantes que teriam, em tese, direito.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

5.2 Ausência de previsão legal de local apropriado para o cumprimento de pena para pessoa portadora de deficiência física.

Embora não haja previsão expressa neste sentido é inescapável afirmar que a estruturação dos presídios deve também atender, especificamente, os apenados portadores de necessidades especiais, conforme garante de maneira implícita a Constituição Federal em seu art. 5º, incisos III, XLVIII e XLIX:

Art. 5º - omissis.

III - ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.

Assim, por razões históricas, está assegurado, dentro da topografia constitucional, no rol dos direitos fundamentais, o direito de que nenhum ser humano será submetido ao um tratamento inferiorizado, a ponto de reduzir a identidade e integridade da pessoa humana.

Um dos pontos cruciais refere-se ao tratamento imposto pelo sistema penitenciário, presente no ordenamento pátrio. Conforme as previsões dos incisos acima colacionados, procurou o constituinte assegurar a dignidade, integridade física e moral do apenado dentro de um estabelecimento, observado o grau de periculosidade do indivíduo, conforme a natureza do delito, e verificando a idade e o sexo e limitações individuais da pessoa para estabelecer uma feitura social carcerária capaz de garantir os direitos invioláveis da Constituição, assegurados aos cidadãos.

Com base neste espírito constitucional, salutar impingir um tratamento ainda maior, portanto diferenciado, aos que encontram dificuldades de



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

ordem locomotora, visual e casos que impossibilitam o amplo acesso dentro dos estabelecimentos prisionais no país.

Contudo, as legislações infraconstitucionais não lograram tanto êxito na efetivação dos ideais expressos na Carta Magna.

É o que ocorre com a Lei de Execuções Penais em vigor, Lei 7.210/84, cujo art. 32, § 3º, apresenta-se deveras amplo:

Art. 32. Na atribuição do trabalho deverão ser levadas em conta a habilitação, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado. (...)

§ 3º. Os doentes ou deficientes físicos somente exercerão atividades apropriadas ao seu estado.

Mesmo as orientações dadas pelas Nações Unidas, no que tange ao tratamento concedido aos presos, não há uma pontual colocação acerca das pessoas portadoras de deficiência, as chamadas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil recomendada pelas Nações Unidas na Resolução nº 14 de 11 de novembro de 1994 pelo CNPCP (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária), comprova a questão em tela:

Art. 8º. Salvo razões especiais, os presos deverão ser alojados individualmente.

§ 1º. Quando da utilização de dormitórios coletivos, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados e reconhecidos como aptos a serem alojados nessas condições.

§ 2º. O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto.

Art. 9º. Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Art. 10º O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:

I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;

II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;

III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade.

IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene.

Art. 11. Aos menores de 0 a 6 anos, filhos de preso, será garantido o atendimento em creches e em pré-escola.

Art. 12. As roupas fornecidas pelos estabelecimentos prisionais devem ser apropriadas às condições climáticas.

§ 1º. As roupas não deverão afetar a dignidade do preso.

§ 2º. Todas as roupas deverão estar limpas e mantidas em bom estado.

§ 3º. Em circunstâncias especiais, quando o preso se afastar do estabelecimento para fins autorizados, ser-lhe-á permitido usar suas próprias roupas.

Não há, taxativamente, texto normativo direcionado a atender os portadores de deficiência. Ainda que, numa tentativa de estender e ampliar os benefícios aos presos *diferentes*, poder-se-á recorrer a uma interpretação sistemática.

Todavia, as normas que gravitam em torno das questões dos estabelecimentos penais e da própria Lei de Acessibilidade (Lei 10.098/00), não corroboram no sentido de veicular uma norma que de tal maneira declare os direitos dessas pessoas.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

À exemplo da Lei nº 7.210/84, em seu art.82, que estabelece:

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

§ 1º. A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

Nota-se que, no parágrafo colacionado, o legislador foi omissivo quando teve a oportunidade de inserir neste grupo os que apresentam restrições físicas e sociais de maior gravidade. Portanto, deparar com o estado lamentável dos estabelecimentos, sem sequer mencionar os homens portadores de uma deficiência, é semelhante ao esquecimento de um paciente terminal sem os aparelhos necessários para que possa morrer dignamente. Se o preso comum se submete às indignas condições carcerárias, deplorável será a situação de “outros presos”.

A Lei de Acessibilidade, também, não escapa da defasagem em relação às garantias constitucionais postas aos que portam algum tipo de dificuldade de ordem física. Em nenhum momento e em nenhum âmbito de atuação do poder de punir do Estado consegue-se visualizar uma expressão textual positiva em favor dos deficientes apenados ou mesmo uma hermenêutica de notória contextualização.

Destaca-se, ainda, a Recomendação nº 10, de 12 de novembro de 2002, do Ministério da Justiça, que prescreve:

*(...) considerando o direito de todos os portadores de deficiência à acessibilidade principalmente em instalações sanitárias, sendo obrigação da Administração Pública providenciar adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas existentes nos edifícios de uso público e naqueles que estejam sob sua administração ou uso.*³⁴

³⁴ Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Extraído em: 25 de agosto de 2008.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

No que tange às condições de acessibilidade da pessoa portadora de deficiência, dentro do sistema penitenciário nacional, levando-se em conta a complexidade deste termo, onde se engloba o direito à locomoção, ao transporte, à retirada das barreiras arquitetônicas, à informação, e de acesso ao mobiliário urbano; corrobora-se com o entendimento de que o indivíduo privado de sua liberdade não se encontra, porém, privado de seus direitos garantidos constitucionalmente, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

6. Conclusão

Num contexto onde a pena privativa de liberdade e as instituições competentes para executá-la estão em deflagrada crise, falar das condições humanas e dignas do sistema penitenciário brasileiro pode parecer mera redundância, face às repercussões deste em âmbito nacional e internacional, com a valorosa contribuição da mídia sensacionalista e o repugnante descaso do setor público e dos entes da sociedade civil.

Não restam dúvidas de que o conceito de dignidade é algo real e não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível nestes breves apontamentos estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade.

Do mesmo modo, não há que se questionar que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se a estes um dever de respeito e proteção que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de se abster de ingerência na esfera individual, que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto o dever de protegê-las contra agressões oriundas de terceiros.

Diante do exposto, conclui-se não se pode tratar o preso como mero objeto, à disposição dos demais, como se apenas importasse a utilidade da prisão, pois o princípio da dignidade impõe ao Estado, além do dever de abstenção



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

(respeito e proteção), também a adoção de condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos, ou seja, promover, no caso dos deficientes físicos presos, condições que viabilizem e removam de toda espécie de obstáculos que impeçam ao deficiente cumprir sua pena com dignidade, pois não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade física do indivíduo.

O Estado social e democrático de direito não implica a eliminação da força jurídica dos direitos individuais do homem, mas, contrariamente, em nome do princípio democrático, reconhece os direitos das minorias³⁵ e, entre elas, dos apenados, limitando a intervenção repressiva do Estado e garantindo o acesso das minorias, inclusive a minoria apenada, a todos os direitos fundamentais do homem, sobretudo o direito de limitar o poder punitivo do Estado de acordo com a legalidade da pena³⁶.

Sendo assim, conclui-se que devemos travar uma reflexão sobre os direitos - efetivados ou não, mas chamamos de direitos - das pessoas portadoras de deficiência em cumprimento de pena.

Não se deve fechar os olhos para todo o contexto sócio-econômico vulnerável às altas taxas de criminalidade, reincidência; aliadas a toda uma situação de miséria e de barbárie, onde o apregoado Estado Democrático de Direitos, esculpido pela Constituição Federal de 1988, vira um verdadeiro mito, quando se trata dos direitos das pessoas portadoras de deficiência em cumprimento de pena.

Sabe-se que a maioria dos encarcerados pertence à classe social degradada pela miséria, analfabetos e excluídos socialmente, os quais não são diferentes dos mendigos e prostitutas do século XVI para quem as prisões foram inventadas. De certo que, uma nova demanda de classe de presos emerge e que tal realidade deve ser assimilada pelo legislador: a pessoa portadora de deficiência.

³⁵ LUISE, Luiz. Apud. CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. “Execução penal e dignidade humana”. *Revista do Advogado*, v. 22, n. 67. São Paulo : AASP, 2002, p. 65.

³⁶ PALAZZO, Francesco. Apud. CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. “Execução penal e dignidade humana”. *Revista do Advogado*, v. 22, n. 67. São Paulo : AASP, 2002, p. 69.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

Por fim, face à inexistência de políticas sérias e investimentos no sistema penitenciário brasileiro, as velhas e insalubres instalações penitenciárias, além da superlotação, efetivamente não atingem a finalidade última da pena que é a ressocialização do indivíduo que, na maioria das vezes, sequer era socializado e sempre foi excluído socialmente pelo poder público.

Imprescritível, ainda, destacar a importância de programas de assistência ao portador de deficiência dentro do corpo prisional, a fim de conscientização de direitos e acompanhamento nas atividades internas, tais como a participação em cursos profissionalizantes e oficinas de trabalho, entendido o trabalho prisional como fator de inserção social do indivíduo.

Conclui-se pela necessidade da previsão legal das condições de acessibilidade e tratamento da pessoa portadora de deficiência no sistema penitenciário.

No Brasil atual, é exatamente isto que implica a crise do Sistema Penitenciário, tendo em vista que se fundamentando numa interpretação ordinária da lei, sem observar a preservação de valores constitucionais inalienáveis e convenções internacionais de direitos humanos, os operadores do direito mantêm pessoas detidas em péssimas condições e dão ordens que violam a dignidade da pessoa humana, argumentando estas decisões com base numa abstrata e intangível idéia de segurança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David Araújo. “A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos”. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferenças e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2008, p.913.

BARROS, Carmem Silvia de Moraes. “Considerações acerca da perda da remição prevista no artigo 127 da Lei de Execuções Penais”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6, nº 24, São Paulo, 1998.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

. *A individualização da pena na execução penal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3ª ed.. São Paulo : Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: *Vade Mecum acadêmico-forense*. 2ª ed. São Paulo: 2007.

BRASIL. Lei nº 7.210/ 84, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. In: *Vade mecum acadêmico-forense*. 2ª ed. São Paulo: 2007.

BRASIL. Lei nº 10.298/00, de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para promoção de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/Ç10098.htm>>. Acesso em 25 agosto 2008

BRASIL. Recomendação nº 10, de 12 de novembro de 2002, do Ministério da Justiça. Disponível em <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 25 de agosto 2008

CASTILHO, Ela Wiecko V. De. *Controle de Legalidade na execução da pena*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. “Execução penal e dignidade humana”. *Revista do Advogado*, v. 22, n. 67. São Paulo : AASP, 2002.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. Campanha da Fraternidade 2006: Fraternidade e pessoas com deficiência. São Paulo: Editora Salesiana, 2005.

CUNHA, André Luiz de Almeida e. *Excesso de prazo para formação de culpa no processo penal. As conseqüências jurídicas e psicossociais para os presos do sistema penitenciário do Pará*. Monografia apresentada à Universidade Federal do Paraná – UFPR, como exigência para obtenção de grau de Especialista em Modalidades de Tratamento Penal e Gestão Prisional. Curitiba, 2003.

DALPIAZ, Giovanni. *Histórico das prisões riograndenses*. Artigo extraído do site <<http://www.gigamar.com>>, disponibilizado na internet em 31 de março de 2004, p. 4/7.

DOTTI, René Ariel. *Execução Penal: o direito à remição da pena*, São Paulo. in *Revista dos Tribunais*, vol. 611.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Faculdade de Direito

REVISTA ELETRÔNICA DA FACULDADE DE DIREITO DA PUC-SP

_____. *Bases e alternativas para o Sistema das Penas*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARBELINI, Sandra Mara. *Arquitetura prisional, a construção de penitenciárias e a devida execução penal*. Disponível em:

http://www.direitonet.com.br/textos/x/81/66/816/DN_arquitetura_prisional_e_a_devida_execucao_penal.doc. Acesso em 26 agosto 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18ª edição. Rio de Janeiro: Malheiros, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOMMSEN, Teodoro. *Derecho penal romano*. Bogotá : Editorial Temis, 1991.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003;

PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. *Execução Penal*. Revista dos Tribunais 623 – setembro 1999.

QUARESMA, Regina. “A pessoa portadora de necessidades especiais e sua inclusão social”. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferenças e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2008, p. 929.

RODRIGUES, Anabela de Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª edição. Porto Alegre : Editora Livraria do Advogado, 2008.

TUCCI, Rogério Lauria. *Lineamentos do processo penal romano*. São Paulo : Bushatsky, 1976.