

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
GABRIEL INFANTE MAGALHÃES MARTINS

**EM BUSCA DE SOLUÇÕES JURÍDICAS PARA O PROBLEMA DA PESSOA COM
DEFICIÊNCIA SUJEITA A CONDIÇÕES DE CÁRCERE DEGRADANTES: reflexões
sobre a inefetividade da reparação pecuniária do dano moral a partir do acórdão do
STF no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS**

**Juiz de Fora
2019**

GABRIEL INFANTE MAGALHÃES MARTINS

EM BUSCA DE SOLUÇÕES JURÍDICAS PARA O PROBLEMA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA SUJEITA A CONDIÇÕES DE CÁRCERE DEGRADANTES: reflexões sobre a inefetividade da reparação pecuniária do dano moral a partir do acórdão do STF no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel na área de concentração Direito, sob a orientação da Prof.^a Dra. Raquel Bellini de Oliveira Salles.

Juiz de Fora

2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

GABRIEL INFANTE MAGALHÃES MARTINS

EM BUSCA DE SOLUÇÕES JURÍDICAS PARA O PROBLEMA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA SUJEITA A CONDIÇÕES DE CÁRCERE DEGRADANTES: reflexões sobre a inefetividade da reparação pecuniária do dano moral a partir do acórdão do STF no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel na área de concentração Direito, sob a orientação da Prof.^a Dra. Raquel Bellini de Oliveira Salles.

Orientadora: Prof.^a Dra. Raquel Bellini de Oliveira Salles

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Dra. Aline Araújo Passos

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Dra. Ellen Cristina Carmo Rodrigues

Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 27 de junho de 2019.

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a temática da responsabilidade civil do Estado perante pessoas com deficiência presas em condições carcerárias degradantes, a partir da análise crítica acerca da solução encontrada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS – que pode ser aplicada a todo e qualquer preso – e, em específico, do regime jurídico de inclusão e proteção das pessoas com deficiência, a fim de pleitear uma solução jurídica diferente para este grupo, em razão de sua vulnerabilidade. Neste contexto, tem-se como objetivo apurar se a reparação pecuniária, medida concebida pelo Supremo no julgamento em questão, é ou não a mais adequada para as situações que envolvem as pessoas com deficiência, bem como encontrar outras possibilidades, aventadas ou não no acórdão, por meio de uma análise sistemática do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. A pesquisa realizada baseou-se em método qualitativo, a partir de fontes jurisprudenciais, normativas e bibliográficas, bem como no modelo jurídico-descritivo. O objetivo da pesquisa é dissecar o tema, decompô-lo em partes pelos métodos analítico e descritivo, de modo a examinar o acórdão em comento, em paralelo com o regime jurídico de proteção e inclusão da pessoa com deficiência no Brasil, o instituto da responsabilidade civil e a situação carcerária atual, para que, ao fim, seja encontrada a solução mais condizente com a dignidade humana do indivíduo preso, notadamente caso seja pessoa com deficiência. Em sede de conclusão, ficou claro que o remédio determinado pelo STF não é o mais apropriado e que existem outros que são mais condizentes com o regime jurídico de proteção e inclusão da pessoa com deficiência: a prisão domiciliar ou a remição da pena.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Pessoa com deficiência. Condições carcerárias.

ABSTRACT

The present work deals with the issue of civil liability of the State to persons with disabilities imprisoned in degrading prison conditions, based on the critical analysis of the solution found by the Federal Supreme Court in Extraordinary Appeal No. 580.252/MS – which can be applied to any prisoner – and, in particular, the legal regime for the inclusion and protection of persons with disabilities, in order to seek a different legal solution for this group, because of their vulnerability. In this context, the objective is to determine whether the pecuniary reparation, the measure conceived by the Supreme Court in the judgment in question is or not the most appropriate for situations involving persons with disabilities, as well as find other possibilities, whether or not raised in the judgment, through a systematic analysis of the Brazilian legal-constitutional order. The research was based on a qualitative method, based on jurisprudential, normative and bibliographic sources, as well as on the legal-descriptive model. The purpose of the research is to dissect the topic, to break it down in parts by analytical and descriptive methods, in order to examine the judgment in question, in parallel with the legal regime of protection and inclusion of the person with disability in Brazil, the institute of responsibility civil and the current prison situation, so that, at the end, the solution is found that is more in keeping with the human dignity of the prisoner, especially if he is a person with a disability. In conclusion, it was clear that the remedy determined by the STF is not the most appropriate and that there are others that are more in keeping with the legal regime of protection and inclusion of the disabled person: house arrest or remission of sentence.

Keywords: Civil liability. Person with disability. Prison conditions.

Martins, Gabriel Infante Magalhães.

Em busca de soluções jurídicas para o problema da pessoa com deficiência sujeita a condições de cárcere degradantes: reflexões sobre a inefetividade da reparação pecuniária do dano moral a partir do acórdão do STF no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS – 2019. 24 f.

Orientadora: Raquel Bellini de Oliveira Salles.

Trabalho de conclusão de curso – Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2019.

1. Responsabilidade civil. 2. Pessoa com deficiência. 3. Condições carcerárias. I Salles, Raquel Bellini de Oliveira, orient.

EM BUSCA DE SOLUÇÕES JURÍDICAS PARA O PROBLEMA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA SUJEITA A CONDIÇÕES DE CÁRCERE DEGRADANTES: reflexões sobre a inefetividade da reparação pecuniária do dano moral a partir do acórdão do STF no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS

Gabriel Infante Magalhães Martins¹

Raquel Bellini de Oliveira Salles²

Sumário: Introdução; 1. O contexto do acórdão; 2. A proteção jurídica do preso contra situações degradantes e as “condições legais de encarceramento”; 3. A situação carcerária brasileira e a pessoa com deficiência; 4. A proteção jurídica da pessoa com deficiência presa; 5. A solução jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal e outros caminhos possíveis; 5.1 Em primeiro lugar: a urgência de políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais; 5.2 A reparação em pecúnia e sua inefetividade ante a necessária cessação imediata da lesão dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência sujeitas a condições de cárcere degradantes; 5.3 A remição da pena; 5.4 A prisão domiciliar; Conclusão.

Introdução

O presente estudo parte de análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, publicado em 11 de setembro de 2017 e transitado em julgado em 15 de março de 2018, o qual firmou a tese de que o Estado tem “a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”.³

Muito embora o acórdão não tenha por objeto a questão específica de pessoa com deficiência, oferece aparato para uma reflexão sobre o que são as “condições legais de encarceramento” à luz dos direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência

¹ Graduando em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora. Aluno participante do Projeto de Extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”, da Faculdade de Direito da UFJF, nos anos de 2017 e 2018. E-mail: infantegabriel95@gmail.com

² Coordenadora do projeto de extensão “Núcleo de Direitos das Pessoas com Deficiência”. Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre e Doutora em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Civil pela Università di Camerino – Itália. Advogada. E-mail: raquel.bellini@ufjf.edu.br.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Relator: Moraes, Alexandre de. Publicado no DJ de 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em 29 mar 2019, p. 2.

previstos na Convenção da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, notadamente os direitos à acessibilidade (artigo 9º), à liberdade e segurança (artigo 14) e à habilitação e reabilitação (artigo 26). A análise ora empreendida leva em consideração o *status* de emenda constitucional concedido à Convenção, quando incorporada ao direito brasileiro, conforme artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, por meio do Decreto Legislativo nº 186, em 09 de julho de 2008. Em seguida, discute-se se a solução encaminhada pelo Supremo Tribunal Federal (condenação do Estado do Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização em pecúnia) é a mais adequada e, em caso negativo, se existem outros instrumentos que poderiam servir para a solução do problema.

A pesquisa realizada se baseou em método qualitativo, a partir de fontes jurisprudenciais, normativas e bibliográficas. Considerando-se os tipos de investigação científico-jurídicos, adotou-se o modelo jurídico-descritivo, que deveria ser denominado “jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo”, já que tais expressões se harmonizam melhor às finalidades apresentadas para tal tipo de investigação.⁴ Essa opção decorre do fato de que o objetivo da pesquisa é dissecar o tema, decompô-lo em partes pelos métodos analítico e descritivo, de modo a examinar o acórdão em comento, em paralelo com o regime jurídico de proteção e inclusão da pessoa com deficiência no Brasil, o instituto da responsabilidade civil e a situação carcerária atual, para que, ao fim, seja encontrada a solução mais condizente com a dignidade humana do indivíduo preso, notadamente caso seja pessoa com deficiência.

1. O contexto do acórdão

No âmbito do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, um indivíduo preso teve seu pleito de reparação por danos morais julgado procedente pelo plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), já que estava submetido a condições degradantes em uma prisão estadual do Mato Grosso do Sul, Estado que foi condenado à reparação em pecúnia no valor de R\$2.000,00.

O tema é de suma importância, visto que o Brasil é o país com o terceiro maior número de presos no mundo (só perdendo para Estados Unidos, em primeiro lugar, e China, em segundo, a despeito de os dados oficiais da nação asiática não se consubstanciarem em

⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 110.

fontes confiáveis), sendo que o crescimento da população carcerária foi avassalador nos últimos anos, contrariamente ao que se verifica nos outros dois países. Como se não bastasse, as condições dos estabelecimentos prisionais no Brasil são, em geral, desumanas.⁵

Segundo dados mais recentes do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN),⁶ vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, de junho de 2016, o Brasil tem 368.049 vagas no sistema prisional, porém conta com 726.712 pessoas encarceradas, número que, ainda, se encontra em drástica progressão.

É certo que, se o estado carcerário nacional é degradante no geral, afeta, de forma ainda mais grave, as pessoas que apresentam agravada vulnerabilidade existencial, notadamente as que têm deficiência, haja vista o comprometimento, ainda que parcialmente, de suas funcionalidades e, em variados graus, de sua independência. Devido a essa vulnerabilidade, a proteção das pessoas com deficiência presas deve ser vista de forma distinta, já que elas se encontram em uma situação pessoal, existencial e social diferente daquela das pessoas sem deficiência.

O *status* de emenda constitucional concedido à Convenção das Nações Unidas e seu Protocolo Facultativo, de acordo com o artigo 1º do Decreto Legislativo nº 186/2008,⁷ que aprovou o texto da Convenção e do Protocolo, reforça a concepção acima exposta e a necessidade de tratamento diferenciado das pessoas com deficiência. Tal fato fica ainda mais nítido quando se observa que os referidos tratados internacionais, em conjunto com o “Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso”, são os únicos aprovados segundo o rito do artigo 5º, §3º, da Constituição Federal,⁸ fator que

⁵ PASTORAL CARCERÁRIA. **Luta antiprisional no mundo contemporâneo: um estudo sobre experiências da redução da população carcerária em outras nações.** Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf>. Acesso em 29 mar. 2019.

⁶ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – atualização de junho de 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 15 abr. 2018. p. 8.

⁷ BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jul. 2008. Seção 1, p. 1.

⁸ Informação disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1>>. Acesso em 03 abr. 2019.

demonstra a preocupação do constituinte derivado, ao incorporar determinadas normativas internacionais ao ordenamento nacional, para com as pessoas com deficiência.

Em outras palavras, afirma-se que o Brasil se comprometeu, internacional e nacionalmente, a promover, entre outros, o direito à acessibilidade (artigo 9º), à liberdade e segurança (artigo 14) e à habilitação e reabilitação (artigo 26) da pessoa com deficiência, além de todos aqueles que já foram consagrados no ordenamento jurídico-constitucional pátrio e em outras normativas de proteção de direitos humanos.

Busca-se, de forma geral, tomar o acórdão do Supremo como um ponto de partida para o delineamento dos limites da responsabilidade civil nesse cenário, bem como outras possíveis soluções jurídicas, até mesmo fora do campo da responsabilização civil, que operem em favor da humanização da situação carcerária brasileira, especialmente no tocante à inclusão e proteção das pessoas com deficiência.

2. A proteção jurídica do preso contra situações degradantes e as “condições legais de encarceramento”

De início, é importante ressaltar brevemente algumas normas específicas de proteção da pessoa presa contra a exposição a situações degradantes. Segundo a Constituição Federal, são vedadas as penas cruéis e é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, como estipula o artigo 5º, incisos XLVII, alínea “e”, e XLIX, respectivamente.⁹

Em nível infraconstitucional, há algumas disposições concernentes à temática. A Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais – LEP) prevê que a assistência ao preso é dever do Estado (artigo 10), que o respeito à integridade física e moral dos presos é imposto a todas as autoridades (artigo 40) e, especificamente, alguns direitos do preso (artigo 41), entre outros comandos.¹⁰ Em casos mais extremos, nos quais a situação degradante à qual o preso está submetido decorra de ato de agente público, a Lei nº 9.455/97 prevê o crime de tortura (artigo 1º) e expõe que incorre na mesma pena quem submete pessoa presa “a sofrimento físico ou

⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”.¹¹

No âmbito regional, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê, em seu artigo 5º, item 2, que “ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”.¹² Há também uma resolução (Resolução nº 01/08, de 13 de março de 2008) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), intitulada “Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas”, que prega o irrestrito respeito à dignidade própria à pessoa privada de liberdade.¹³

Por fim, na seara internacional, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1966, diz, em seu artigo 10, que “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”, bem como que “o regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros”.¹⁴ Além disso, há a “Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes”, também da Organização das Nações Unidas, adotada em 1984 e em vigor para o Brasil desde 1989.

3. A situação carcerária brasileira e a pessoa com deficiência

É bem sabido que as condições carcerárias na realidade brasileira são, regra geral, extremamente precárias, com problemas de infraestrutura e segurança, em especial no tocante à superlotação, à falta de saneamento e à violência. Segundo o INFOPEN, por exemplo, há no Brasil déficit quanto ao padrão razoável estabelecido para o número de agentes de custódia, a

¹¹ BRASIL. Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9455.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

¹² CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos - CONVENCION Americano sobre Derechos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

¹³ COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. **Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas**. 13 de março de 2008. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>>. Acesso em 22 mar. 2019.

¹⁴ PACTO Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - INTERNATIONAL Convention on Civil and Political Rights. 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 22 mar. 2019.

fim de garantir a segurança física e patrimonial nas unidades prisionais – entre inúmeros outros problemas que podem ser testemunhados na prática.

Por essas e outras constatações que o STF, em setembro de 2015, concluiu o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, por meio da qual estatuiu que o sistema carcerário brasileiro se encontra em um “estado de coisas inconstitucional”, compreensão baseada em similar entendimento explicitado anteriormente pela Corte Constitucional da Colômbia:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.¹⁵

Nesse contexto, é importante realçar que há no Brasil, segundo o INFOPEN, 4.350 pessoas com deficiência sujeitas a penas privativas de liberdade. No entanto, este dado não é totalmente confiável, visto que apenas 65% das unidades prisionais brasileiras, que totalizam 74% da população prisional geral, possuem informações sobre a existência de presos com deficiência e a natureza das deficiências.

Dentro deste número, o levantamento divide as pessoas com deficiência em cinco categorias, fator que não significa, obviamente, que o tipo de deficiência seja o mesmo dentro de cada categorização, haja vista que as modalidades e o grau em que a deficiência limita a pessoa, em interação com as diversas barreiras, podem variar substancialmente. O primeiro e mais numeroso dos grupos, com 2.557 pessoas, é das que têm deficiência intelectual, ou seja, aquelas que “apresentam limitações no funcionamento mental, afetando tarefas de comunicação, cuidados pessoais, relacionamento social, segurança, determinação, funções acadêmicas, lazer e trabalho”.

Em segundo lugar, estão as pessoas com deficiência física, caracterizadas como aquelas que “apresentam limitação do funcionamento físico-motor, causada por paralisia cerebral, hemiplegias, lesão medular, amputações ou artropatias”, as quais somam o total de 1.169 (destas, 369 são cadeirantes). Em seguida, vêm as pessoas cegas, aquelas que “não possuem capacidade física de enxergar por total falta de acuidade visual”, que consistem em

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Relator: Mello, Marco Aurélio. Julgado em 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 01 abr. 2019. p. 3.

314 indivíduos presos. Em quarto lugar, o grupo dos surdos, com 217 pessoas, que “apresentam perda total comprovada da capacidade auditiva (...) entre 95% e 100%”. O menor grupo, de acordo com a classificação do INFOPEN, é o de pessoas com deficiências múltiplas (que apresentam duas ou mais deficiências), somando um total de 93.

A título de exemplo, o estudo cita que 64% dos presos que têm algum tipo de deficiência física estão em unidades que não são adaptadas para suas condições específicas de acessibilidade, de acordo com a Norma Brasileira ABNT n° 9.050, de 2015, fator que mina a capacidade de serem incluídas adequadamente no ambiente e de se locomoverem com segurança pela unidade prisional. Quanto aos 36% restantes, 25% dos presos com deficiência estão em unidades parcialmente adaptadas e apenas 11% deles estão em unidades adaptadas.

A questão da acessibilidade, obviamente, “é destinada a todos, não estando restrita, a bem da verdade, unicamente às pessoas com deficiência. As necessidades que se apresentam numa sociedade contemporânea, em que os obstáculos e barreiras são uma constante, dizem respeito ao público em geral”.¹⁶ Porém, este grupo é, de uma maneira mais incisiva, prejudicado pela falta de acessibilidade, em razão de sua vulnerabilidade.

Percebe-se, então, que a deficiência se apresenta como uma interação do impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial que a pessoa possui e as barreiras sociais, físicas, econômicas, culturais e atitudinais que, no ambiente prisional brasileiro, são inúmeras. Em outras palavras, “é o contexto circundante, formado por elementos sociais, culturais, educacionais, urbanísticos, que constroem os verdadeiros obstáculos ao pleno acesso a bens materiais e imateriais desta parcela da população”.¹⁷ Por esta razão, afirma-se que o enfoque direcionado às pessoas com deficiência deve ser diferenciado daquele destinado às pessoas sem deficiência, para que a proteção e a inclusão se deem de forma condizente com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

4. A proteção jurídica da pessoa com deficiência presa

¹⁶ MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 200.

¹⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Lígia Ziggotti de. Além do Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões a partir de uma compreensão dos Direitos Humanos. In: **MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

É cristalino que o problema carcerário afeta ainda mais gravemente as pessoas com deficiência, que, consoante o artigo 2º da Lei nº 13.146/2015, a Lei Brasileira de Inclusão, é aquela que “tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.¹⁸ Em especial, os mais afetados são os direitos à acessibilidade, à liberdade e segurança e à habilitação e reabilitação, previstos na Convenção (artigos 9º, 14 e 26, respectivamente), por meio da qual o Brasil se comprometeu a criar estruturas de acessibilidade e a combater a discriminação, para possibilitar, às pessoas com deficiência, o desenvolvimento de suas aptidões.

A Convenção diz, no artigo 9º, que é necessário assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, para que elas possam viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida. O Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência, criado pelo Protocolo Facultativo à Convenção, ao interpretar o §1º deste artigo no Comentário Geral nº 2, de maio de 2014,¹⁹ afirmou expressamente, no parágrafo 17, que os Estados Parte devem identificar e eliminar obstáculos e barreiras para promover a acessibilidade nas prisões, além dos locais mencionados no próprio artigo e outros citados no Comentário.

No artigo 14, sustenta-se que a pessoa com deficiência privada de liberdade deve ser tratada de acordo com o direito internacional dos direitos humanos e em conformidade com os objetivos e princípios da Convenção, inclusive mediante a provisão de adaptação razoável (que, segundo o art. 2º, consiste em modificações e ajustes necessários e adequados para que pessoas com deficiência possam gozar ou exercer, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos humanos e liberdades fundamentais). O artigo 26, por fim, preceitua que devem ser adotadas medidas efetivas e apropriadas para possibilitar

¹⁸ BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 22 mar. 2019.

¹⁹ COMENTÁRIO Geral nº 2 (2014) do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência = GENERAL Comment nº 2 (2014) of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities. 22 de maio de 2014. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/2>. Acesso em 03 jun. 2019.

que a pessoa com deficiência conquiste e conserve o máximo de autonomia e capacidade física, mental, social e profissional.²⁰

Além do que é estatuído pela Convenção, a Lei Brasileira de Inclusão diz, no artigo 8º, que é dever do Estado assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação de inúmeros direitos, notadamente à habilitação e à reabilitação, à acessibilidade e à dignidade. Em seu artigo 79, §2º, diz ainda que “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”.

Com base no princípio da igualdade, em sua acepção material, e no respeito à diversidade, todos os benefícios destinados àqueles indivíduos submetidos a um processo judicial, qualquer que seja o motivo, devem ser considerados também para as pessoas com deficiência, porém observando-se suas especificidades e as circunstâncias físicas para a execução daquilo que lhes seja determinado,²¹ haja vista a situação peculiar de vulnerabilidade à qual tais pessoas estão submetidas.

Em suma, o paradigma dos direitos humanos é o que orienta e o que deve ser concretizado no tratamento das pessoas com deficiência pelo Estado e pela sociedade, com ênfase na relação desta com o meio em que se insere. Assim, é dever do Estado “remover e eliminar os obstáculos que impeçam o pleno exercício de direitos das pessoas com deficiência, viabilizando o desenvolvimento de suas potencialidades, com autonomia e participação”.²²

5. A solução jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal e outros caminhos possíveis

No caso analisado, após a reforma da sentença, foi julgado procedente o pedido do autor, fixando a indenização em R\$2.000,00; no entanto, foram opostos embargos infringentes, que restauraram o acórdão de procedência, razão pela qual o autor recorreu ao

²⁰ CONVENÇÃO sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência = CONVENTION on the rights of persons with disabilities. 13 de dezembro de 2006. Disponível em: <<https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaopessoascomdeficiencia.pdf>>. Acesso em 22. mar. 2019.

²¹ LEITE, Flávia Piva de Almeida et alia (coord.). **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 336.

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 318.

Supremo Tribunal Federal, apontando ofensa aos artigos 5º (incisos III, X, XLIX) e 37, §6º, da Constituição Federal, bem como ao artigo 5º da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Recurso Extraordinário teve provimento e foi reconhecida a existência de repercussão geral (*Tema 365: Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária*).

O Supremo, por fim, decidiu que a responsabilidade civil do ente público é configurada, basicamente, quando o preso é submetido a condições degradantes de encarceramento, postulando o seguinte:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.²³

Todavia, a solução apontada pelo plenário do Supremo terá uma repercussão insustentável se adotada como solução primeira e geral, como salientou o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto vencido:

(...) penso que a indenização pecuniária neste caso não tem como funcionar bem. Ela é ruim do ponto de vista fiscal, é ruim para o preso e é ruim para o sistema prisional. Brevemente vou dizer cada uma dessas razões. É ruim para o preso, porque ele recebe dois mil reais e continua preso no mesmo lugar, nas mesmas condições degradantes. Portanto, essa indenização não tem o condão de, minimamente, afetar a situação real em que ele vive. Em segundo lugar, do ponto de vista fiscal, a indenização justa, devida, a ser paga a um preso que permaneça oito anos dormindo num ambiente superlotado, como era o caso desse cidadão, que dormia com a cabeça em cima do vaso sanitário, porque não tinha espaço para colocar a cabeça, e a todos os presos em condições semelhantes, seria a de um salário mínimo por mês. Considerando os mais de seiscentos mil presos do País e que esse ônus recairia sobre os Estados, nós obrigáramos os Estados a pagarem uma indenização para a qual não têm recurso, até porque, se o tivessem, deveriam investir na melhoria do sistema penitenciário.²⁴

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Relator: Moraes, Alexandre de. Publicado no DJ de 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em 29 mar. 2019. p. 2.

²⁴ Ibidem, p. 145-146.

Assim, cabe enfrentar os parâmetros traçados pelo Supremo para a compreensão do que são as “condições legais de encarceramento”, cujo descumprimento autorizaria, segundo o acórdão, a configuração da obrigação do Estado de indenizar, já que é seu dever manter, em seus presídios, os padrões mínimos de humanidade encabeçados pelo ordenamento jurídico, dando ênfase aos direitos constitucionalmente previstos à acessibilidade, à liberdade e segurança e à habilitação e reabilitação das pessoas com deficiência, em especial daquelas encarceradas.

Objetiva-se, portanto, compreender o descumprimento das condições legais específicas de encarceramento das pessoas com deficiência como uma situação ainda mais problemática do que aquela que afeta as pessoas sem deficiência, a demandar um tratamento diferenciado por parte do Poder Público – especialmente em razão do *status* de emenda constitucional alcançado pela Convenção.

5.1 Em primeiro lugar: a urgência de políticas públicas para a concretização de direitos fundamentais

Como assentado na ementa do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, é impossível que violações a direitos fundamentais que causem danos pessoais não sejam devidamente consideradas, sob a constatação que “depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais”.²⁵

Para a consecução de políticas públicas, há que se ter em mente a diversidade das pessoas com deficiência, os distintos tipos e graus de suas limitações e suas demandas específicas. Os estabelecimentos prisionais devem estar fisicamente adequados para recebê-las e implementar várias medidas de conscientização e de capacitação dos agentes carcerários.

Desta forma, a pessoa com deficiência poderá cumprir a pena privativa de liberdade com dignidade, que é seu dever caso tenha cometido uma infração penal passível de tal sanção. Viabilizar, em condições dignas, o cumprimento das penas a que a pessoa com deficiência estará sujeita devido à prática de infrações é, assim, forma de realizar o exercício de sua própria autonomia, pois, na medida em que a liberdade traz consigo a responsabilidade, poder viver as consequências de suas próprias ações é, sem dúvida, uma reafirmação da própria autonomia e é o que a sociedade espera que aconteça.

²⁵ Ibidem, p. 1.

Todavia, é preciso que sejam asseguradas, a tais pessoas, vulneráveis por seus aspectos existenciais, condições para que possam ser responsáveis por seus atos, em consonância com o princípio da dignidade humana, norteador de toda a ordem jurídico-constitucional e fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, Constituição Federal).

Neste contexto, cabe ressaltar a decisão do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência no caso *Mr. X vs Argentina*,²⁶ que teve como conteúdo a violação a direitos de uma pessoa com deficiência presa, por meio da qual foi determinado pelo órgão que este país signatário da Convenção deveria adotar medidas apropriadas e adaptação razoável suficientes para que as pessoas com deficiência presas possam, em igualdade de oportunidade com as demais, viver independentemente, participar de todos os aspectos da vida no local de detenção, acessar os locais físicos e serviços oferecidos e ter os tratamentos médicos e de reabilitação necessários oferecidos.

Além de todos os imperativos constitucionais, legais, regionais e internacionais que determinam a implementação de infraestrutura adequada nos presídios, esta decisão é mais um subsídio argumentativo, uma vez que o Comitê foi criado pelo Protocolo Facultativo à Convenção e ambos os tratados internacionais têm *status* de emenda constitucional no ordenamento pátrio, conforme já relatado.

Ademais, é imperioso ressaltar a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, de agosto de 2015, ou seja, julgado logo antes da já mencionada ADPF 347. Trata-se de uma Ação Civil Pública, proposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS), buscando que fosse determinada, ao Estado do Rio Grande do Sul, a reforma do Albergue Estadual de Uruguaiana. O recurso foi admitido, reconheceu-se a existência de repercussão geral (*Tema 220: Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos*) e, após o julgamento, ficou sedimentada a tese de que

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da

²⁶ As decisões são encontradas no site do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos, disponíveis nas seis línguas oficiais da ONU (inglês, francês, espanhol, chinês, russo e árabe): http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeCategoryID=6

dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.²⁷

Consoante expôs o Supremo, não é possível que o Poder Executivo invoque o argumento de separação dos poderes para se furtar dessa obrigação. Segundo explicitou o relator do recurso, Min. Ricardo Lewandovski, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF) deve prevalecer, tendo em vista que a centralidade do valor da dignidade humana justifica a intervenção judicial, a fim de que o seu conteúdo mínimo seja respeitado, não importa a situação.²⁸ Em sequência, salientou que o argumento de falta das verbas necessárias (cláusula da reserva do possível) não pode, igualmente, ser suscitado neste caso, já que o Fundo Penitenciário Nacional dispõe de vultosas verbas disponíveis, bastando que os entes federativos apresentem projetos e firmem convênios com a União para a realização das obras, o que pouco acontece na prática.²⁹

Vislumbra-se que, na expressão “obras emergenciais”, citada pelo STF no acórdão, é plenamente factível encaixar a obrigação de realizar as adaptações razoáveis e as medidas apropriadas de adequação dos presídios à proteção e inclusão das pessoas com deficiência, com base em tudo que já foi exposto. Em outras palavras, o regime jurídico-constitucional das pessoas com deficiência e a vulnerabilidade acentuada que têm quando estão aprisionadas justificam, de maneira inequívoca, a emergência de reformas que visem promover o desfrute de todos os direitos humanos fundamentais deste grupo no ambiente carcerário.

Em suma, as políticas públicas são extremamente necessárias quando se trata da questão penitenciária nacional, porém, enquanto nenhuma que tenha caráter incisivo e relevante é levada a cabo, torna-se vital a atuação do Poder Judiciário na configuração de medidas que possam fazer cessar a lesão aos direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência presas. Mesmo que ele possa determinar a realização de obras emergenciais e que o Poder Executivo não possa se eximir, como exposto, esta obrigação pode ser extremamente custosa e demorada. Neste ponto, então, o desafio consiste em identificar quais seriam os

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Relator: Lewandovski, Ricardo. Publicado no DJ de 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563123&ext=.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2019, p. 132-133.

²⁸ Ibidem, p. 30.

²⁹ Ibidem, p. 49-51.

mecanismos mais adequados para a proteção e inclusão, de forma mais célere, das pessoas com deficiência no ambiente da unidade prisional, no bojo da realidade brasileira, partindo-se daqueles apontados pelos Ministros do Supremo no acórdão citado e de interpretação do ordenamento jurídico-constitucional pátrio.

5.2 A reparação em pecúnia e sua inefetividade ante a necessária cessação imediata da lesão aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência sujeitas a condições de cárcere degradantes

Os problemas apresentados pela solução adotada pelo acórdão em exame são de diversas ordens. Primeiramente, no tocante à própria efetividade do instituto da responsabilidade civil, a condenação do Estado à obrigação de reparar danos morais em pecúnia mostra-se insuficiente e pouco incisiva para repercutir medidas e mudanças efetivas que visem melhorar as condições dos estabelecimentos prisionais.

Tal solução, sobretudo se for empregada de modo generalizado, pode se converter em mais um fator de congestionamento da máquina judiciária, além de não ser financeiramente sustentável para os entes federativos que mantêm os presídios - Estados Membros, Distrito Federal e União. Com efeito, a reparação em pecúnia, se concedida de forma irrestrita, esbarraria na crise fiscal enfrentada pelos Estados e pela União.

A título de exemplo, quase metade das unidades federativas brasileiras (13 de 27), no sexto bimestre de 2018, apresentaram gastos que ultrapassaram 100% da receita total e, por conseguinte, déficit no balanço orçamentário, segundo levantamento do Tesouro Nacional.³⁰ Em suma, é uma medida paliativa, que em nada muda a drástica situação à qual o preso está submetido, podendo ainda desequilibrar as finanças dos entes federativos.

Todavia, se, por um lado, é questionável a condenação do Estado à reparação pecuniária de danos morais indistintamente a todas as pessoas presas, ainda que encarcerada em situação extremamente insatisfatória, por outro, em relação às pessoas com deficiência detidas em estabelecimentos prisionais sem as devidas adequações para sua inclusão e proteção, a compensação de danos morais se apresenta como uma medida defensável, ainda

³⁰ TESOUREIRO NACIONAL. Relatório resumido de execução orçamentária (Foco Estados + Distrito Federal). Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/RREOfocoRetificado01_03/6e2327bd-8f5d-4db0-ba3d-26d948483e93>. Acesso em 29 mar. 2019.

que não seja a solução ideal, pois a situação degradante à qual a pessoa estará submetida, aliada à sua vulnerabilidade existencial, justifica um tratamento diferenciado.

A responsabilização do Estado nesta hipótese será objetiva, com base na teoria do risco administrativo, havendo nexo causal entre a atuação do Poder Público - ou, neste caso, a falta dela, por causa da inércia em criar políticas de infraestrutura adequada nos presídios - e o dano moral decorrente da exposição do preso com deficiência a condições degradantes.

Se for aplicada, a condenação do Estado à reparação do dano moral deve ser ao menos subsidiada com sólida fundamentação que permita, tanto ao ofensor quanto à vítima, compreender em concreto os pressupostos de configuração da responsabilidade civil e os critérios norteadores da fixação do *quantum debeatur*, entre os quais merece especial atenção a vulnerabilidade existencial da pessoa, conforme seu tipo de deficiência, e, por conseguinte, o grau de dependência dela.

Observa-se que a condenação estabelecida no acórdão em comento, no valor de R\$2.000,00, foi determinada, em um primeiro momento, pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS) e, posteriormente, negada em sede de embargos infringentes. Em virtude do Recurso Extraordinário, o Supremo reformou a segunda decisão do TJMS e assentou a primeira condenação como sendo a devida.

Contudo, os Ministros Marco Aurélio Mello e Luiz Edson Fachin suscitaram a compreensão de que o preso em questão deveria receber o equivalente a um salário mínimo por cada mês em que tenha sido mantido em situação degradante. Tal compreensão levaria a um valor bem discrepante e claramente superior em relação àquele que foi deliberado majoritariamente pelo plenário, o que mostra a ainda persistente falta de critérios para o desempenho da difícil tarefa de fundamentar e de quantificar o valor do dano moral.

Em razão deste tipo de divergência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem, há tempos, adotando certos critérios para a fixação dos valores. Em 2011, no Recurso Especial nº 1.152.541/RS, o Tribunal consolidou o critério da dupla fase (também chamado de critério bifásico). Diz-se que, primeiramente, é necessário arbitrar um valor básico, considerando o interesse jurídico lesado e em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria específica. Em segundo plano, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso, com base nas circunstâncias pessoais da vítima, na extensão do dano e em outros critérios que poderão ter lugar – a depender da função que se atribua à responsabilidade civil, seja ela meramente

compensatória ou também punitiva³¹ –, gravidade da conduta, grau de culpa do agente e suas condições econômicas, por exemplo.³²

Não se pretende adentrar, neste espaço, nas discussões afetas às funções da responsabilidade civil ou apontar soluções para uma mais adequada quantificação da reparação do dano moral. Todavia, a partir dos aspectos mencionados, evidenciam-se as dificuldades que tornam discutível a pertinência e a efetividade da reparação pecuniária do dano como solução jurídica adequada para enfrentar o problema da degradação das condições carcerárias no Brasil. Neste sentido, sendo a reparação pecuniária uma solução meramente paliativa, não afasta, de todo modo, a necessidade de se fazer cessar, o quanto antes, a lesão dos direitos humanos fundamentais em jogo, especialmente considerando-se a situação de vulnerabilidade e de intolerável vulneração.³³

Há que se ter em mente as limitações do instituto da responsabilidade civil, na figura da reparação pecuniária do dano, que deve ser vista como solução derradeira, na impossibilidade de formas não pecuniárias de reparação e de medidas preventivas, que devem ser sempre priorizadas, sobretudo a adequação estrutural dos presídios e o preparo dos agentes para lidar com as peculiaridades das pessoas com deficiências. Não sendo isso possível, e sem prejuízo da reparação pecuniária voltada à compensação dos danos morais oriundos da lesão já verificada e irreversível, a concessão de remição da pena e de prisão domiciliar se mostram alternativas aplicáveis para se fazer cessar a lesão, conforme será demonstrado adiante.

5.3 A remição da pena

Uma alternativa para o enfrentamento do problema posto é a remição da pena, tal como aventado em alguns votos vencidos no acórdão examinado. Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, que aduziu a ideia e foi seguido pelos Ministros Celso de Mello e Luiz Fux, a pena poderia ser remida de um a três dias por cada sete em que a pessoa estivesse

³¹ Neste particular, compartilha-se do mesmo entendimento, em regra contrário à atribuição de uma função punitiva à responsabilidade civil, de MORAES, Maria Celina Bodin de, in **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Recurso Especial nº 1.152.541/RS. Relator: Sanseverino, Paulo de Tarso. Julgado em 13 de setembro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088429&num_registro=200901570760&data=20110921&formato=PDF>. Acesso em 29 mar. 2019.

³³ Remete-se ao conceito de vulneração como posição, conforme BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 111.

encarcerada em situações degradantes, a critério do juízo da execução. Utiliza-se, para tanto, uma interpretação analógica do artigo 126 da Lei de Execução Penal (LEP), o qual diz que “o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena”.³⁴

Nas palavras do Ministro, em seu voto-vista,

É preciso, assim, adotar um mecanismo de reparação alternativo, que confira primazia ao ressarcimento *in natura* ou na forma específica dos danos, por meio da *remição* de parte do tempo de execução da pena, em analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal. A indenização em pecúnia deve ostentar caráter subsidiário, sendo cabível apenas nas hipóteses em que o preso já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição.³⁵

E, em plenário, prosseguiu:

A minha proposta é a de indenizar esse preso por critérios que seriam fixados pelo Juiz da Vara de Execução, mas com parâmetros. Eu propus, por exemplo, que, para cada sete dias em condições degradantes, ele seria indenizado recebendo um dia de abreviação da sua pena, um dia de remição. De um a três, dependendo das condições e das condições subjetivas do preso, tudo a ser fixado pela Vara de Execução. Portanto, não é nem uma solução de opção filosófica ou ideológica, mas porque não há alternativa: ou daremos uma indenização ridícula, que viola a dignidade do preso, ou daremos uma indenização justa e quebraremos os Estados, ou daremos uma indenização que - penso - deixaria todo mundo feliz - não criaria um problema fiscal, o preso sairia mais rapidamente e desobstruiria o sistema prisional.³⁶

Esta hipótese, segundo alguns Ministros, se depara com o problema da falta de previsão legal. O Ministro Marco Aurélio asseverou que “o Supremo não pode atuar como legislador positivo, não pode fazer as vezes do Congresso Nacional”³⁷. Já o Ministro Luiz Edson Fachin foi mais breve e apenas sustentou que esta hipótese não está prevista, do ponto de vista de sua literalidade, em lei.³⁸

³⁴ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Relator: Moraes, Alexandre de. Publicado no DJ de 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>>. Acesso em 29 mar. 2019. p. 38/39.

³⁶ *Ibidem*, p. 146.

³⁷ *Ibidem*, p.163.

³⁸ *Ibidem*, p. 152.

Percebe-se, contudo, a necessidade de serem construídos critérios hermenêuticos com base na unidade do ordenamento jurídico e de se buscar, para efeito de reparação e prevenção do dano, preferencialmente, soluções não patrimoniais, atentando-se para as possibilidades de despecuniarização da tutela da pessoa e para o papel fundamental que as soluções de natureza preventiva podem desempenhar, preferíveis às soluções reparatórias, as quais são meramente paliativas. A proposta toca a importância de se refletir sobre a despecuniarização (desmonetarização ou, ainda, despatrimonialização) da própria reparação,³⁹ mormente em se tratando de interesses existenciais, sobre o que, com pertinência, afirma Anderson Schreiber:

(...) mesmo às lesões a interesses não patrimoniais o ordenamento jurídico continua oferecendo, como única resposta, o seu remédio tradicional, de conteúdo estritamente patrimonial, qual seja, a deflagração do dever de indenizar. Bem vistas as coisas, a tão combatida inversão axiológica – por meio da qual a dignidade humana e os interesses existenciais passam a ser invocados visando à obtenção de ganhos pecuniários, tem como causa imediata não o desenvolvimento social de ideologias reparatórias ou um processo coletivo de vitimização, mas a inércia da própria comunidade jurídica, que insiste em oferecer às vítimas destes danos, como só solução, o pagamento de uma soma em dinheiro (...).⁴⁰

A questão coloca em evidência, também, a necessidade e possibilidade de um maior diálogo entre o direito civil e o direito penal, no sentido de articularem soluções que representem uma efetiva tutela de direitos. A independência entre as responsabilidades civil e penal não afasta a possibilidade de maior interação entre as duas áreas, sendo que, com base na unicidade jurisdicional, oriunda da função precípua do Estado de pacificar os conflitos sociais, pode e deve ser incentivado o uso de alguns instrumentos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro, do direito penal e processual penal, de modo a oferecer respostas mais efetivas às vítimas lesadas.

No caso de aplicação desta solução, é importante também atentar para a realidade de cada pessoa com deficiência presa que vier a ser beneficiada, pois a quantidade de dias remidos pode variar em razão do maior ou menor grau de sua vulnerabilidade existencial, conforme o tipo de deficiência e o grau de dependência da pessoa no contexto da unidade prisional em que se encontre.

³⁹ As expressões são empregadas por SCHREIBER, Anderson, Novas tendências da responsabilidade civil brasileira, in **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 22, abr./jun. 2005, p. 45-69.

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 195.

Assim, a remição da pena, solução minoritária apontada pelo plenário do STF, pode repercutir melhores resultados práticos como mecanismo de tutela das pessoas presas expostas a condições degradantes, ainda que não altere substancialmente a situação dos estabelecimentos prisionais, pois permite ao Estado fazer cessar a lesão de direitos fundamentais.

Por outro lado, uma possível consequência negativa desta solução seria a de sobrecarregar ainda mais o juízo da execução criminal, fator que certamente carece de um enfrentamento pelo Poder Judiciário. É forçoso convir, entretanto, que, em se tratando de preso com deficiência, ainda há alternativa melhor, no sentido de fazer cessar mais imediatamente a lesão dos direitos humanos fundamentais: a concessão de prisão domiciliar.

5.4 A prisão domiciliar

No mesmo sentido exposto no item anterior, cogita-se a prisão domiciliar como alternativa de remédio destinado a assegurar os direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência em situação de cárcere, na falta de condições adequadas à permanência delas na unidade prisional. Esta solução, inclusive, se mostra mais adequada à situação específica do que a remição da pena, visto que melhor atende ao imperativo de proteção da pessoa com deficiência, com base em toda a normativa jurídico-constitucional.

A autorização normativa para a adoção da prisão domiciliar está em uma interpretação analógica dos artigos 318, inciso II, do Código de Processo Penal (CPP) e 117, inciso II, da Lei de Execução Penal (LEP), os quais dizem, respectivamente, que “poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: extremamente debilitado por motivo de doença grave”⁴¹ e que “somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: condenado acometido de doença grave”⁴².

A propósito, cumpre realçar dois pontos: o primeiro é que se faz uso da analogia, porque deficiência, certamente, não significa a mesma coisa que doença e vice-versa, porém algumas consequências negativas, de caráter pessoal, são igualmente observadas nas duas

⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em 22 mar. 2019.

⁴² BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

situações fáticas, o que justifica, neste contexto, a aproximação dos termos; o segundo é que a interpretação da citada norma nesse caso é extensiva, porque deve ser aplicada não só em caso de prisão preventiva e cumprimento de pena em regime aberto, mas, também, de prisão definitiva e para indivíduos em regime semiaberto e fechado, caso se trate de pessoa com deficiência, em virtude de sua vulnerabilidade, que legitima um tratamento mais protetivo.

Essa interpretação estaria em consonância com o “método jurídico estruturante”,⁴³ assim entendido pelo Ministro do Supremo Gilmar Mendes:

O método em que a norma não se confunde com o seu texto (programa normativo), mas tem a sua estrutura composta também pelo trecho da realidade social em que incide (o domínio normativo), sendo esse elemento indispensável para a extração da norma. O intérprete não pode prescindir da realidade social para realizar a sua tarefa hermenêutica.⁴⁴

Assim, à míngua de políticas públicas que zelem pela inclusão no ambiente carcerário, a depender do grau de vulnerabilidade em concreto, a prisão domiciliar parece, então, ser a medida mais adequada quando se trata de preso com deficiência. Esta afirmação tem em vista que, mesmo que a grande maioria das residências particulares no Brasil possa carecer de acessibilidade, assim como as unidades prisionais, a pessoa com deficiência contará com o auxílio de sua família e de sua comunidade, que, da mesma forma que o Estado, têm o dever de assegurar à pessoa com deficiência a efetivação de seus direitos, de acordo com o supracitado artigo 8º da Lei Brasileira de Inclusão.

Conclusão

Compreendidas as “condições legais de encarceramento” das pessoas com deficiência à luz da Convenção e do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, foram

⁴³ Segundo FERNANDES, Bernardo Gonçalves, **Curso de direito constitucional**, 9. ed., Salvador, JusPodivm, 2017, p. 191, aludindo à teoria de Friedrich Müller, na metódica jurídica normativo-estruturante tem-se “a concepção de que a norma jurídica não se identifica com seu texto (expresso), pois ela é o resultado de um processo de concretização. (...) a norma resulta da união entre o programa normativo e o âmbito (campo) normativo. (...) o texto da norma deve ser tomado apenas como ponto inicial do programa normativo”, sendo que “a concretização normativa, então, deve levar em conta dois elementos: um formado pelo conjunto de domínios linguísticos resultantes da abertura semântica proporcionada pelo texto do preceito jurídico (programa normativo) e outro que diz respeito ao conjunto de domínios reais fáticos, abrangidos em função do programa normativo, ou seja, a porção da realidade social tomada como estrutura fundamental e que o próprio programa normativo autoriza a recortar (âmbito ou campo normativo)”.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 93.

abordadas algumas soluções jurídicas para o enfrentamento das situações degradantes a que tais pessoas estão sujeitas, à míngua de políticas públicas que possam, por ora, efetivamente resolver a grave questão carcerária no Brasil.

Partiu-se de análise do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Recurso Extraordinário nº 580.252/MS para refletir sobre a pertinência e efetividade da reparação pecuniária de danos morais às pessoas presas em situação degradante, solução adotada na decisão, bem como sobre outras soluções possíveis.

Demonstrou-se, assim, que tal reparação não é a resposta mais adequada, porque é insuficiente ao preso e pouco incisiva na repercussão de medidas positivas e mudanças efetivas que visem melhorar as condições dos estabelecimentos prisionais. Além disso, se for empregada de modo generalizado, pode se converter em mais um fator de congestionamento da máquina judiciária, além de não ser financeiramente sustentável para os entes federativos que mantêm os presídios. Assim, foram vislumbrados dois outros caminhos a serem seguidos, fundamentados no CPP, na LEP e em uma interpretação sistemática de todo o ordenamento jurídico-constitucional: a prisão domiciliar e a remição da pena.

Todavia, se é questionável como solução jurídica a condenação do Estado à reparação pecuniária de danos morais, concedida indistintamente a todas as pessoas presas, ainda que em situação extremamente insatisfatória, por um lado, em relação às pessoas com deficiência detidas em estabelecimentos prisionais sem as devidas adequações para sua inclusão e proteção, por outro, a compensação de danos morais se apresenta como defensável, ainda que não seja a solução ideal. Isto porque a situação degradante à qual a pessoa estará submetida, aliada à sua vulnerabilidade existencial, justifica um tratamento diferenciado.

Neste sentido, caso seja aplicada, a condenação do Estado à reparação do dano moral deve ser ao menos subsidiada com sólida fundamentação que permita tanto ao ofensor quanto à vítima compreender em concreto os pressupostos de configuração da responsabilidade civil e os critérios norteadores da fixação do valor da reparação, entre os quais merece especial atenção a vulnerabilidade existencial da pessoa, conforme seu tipo de deficiência e grau de dependência.

Há que se considerar, neste contexto, as limitações do instituto da responsabilidade civil, na figura da reparação pecuniária do dano. Por esta razão, ela deve ser vista como solução derradeira, ou seja, aplicada apenas na impossibilidade de formas não pecuniárias de reparação e de medidas preventivas – que devem ser sempre priorizadas –, tendo em vista que a adequação dos presídios e o preparo de seus agentes para lidar com as peculiaridades das pessoas com deficiências ainda é uma realidade distante no Brasil.

Não sendo isso possível, e sem prejuízo da reparação pecuniária voltada à compensação dos danos morais oriundos da lesão já verificada e irreversível à pessoa com deficiência, a remição da pena ou a concessão de prisão domiciliar, como dito, se mostram como alternativas aplicáveis, excepcionalmente, para se fazer cessar, o quanto antes, a lesão dos direitos fundamentais em jogo, especialmente diante da situação de vulnerabilidade e de intolerável vulneração a que são submetidas as pessoas com deficiência. Tais soluções colocam em evidência a imprescindibilidade da reflexão sobre a possibilidade de uma maior articulação entre o direito civil e o direito penal, a fim de se assegurar a efetividade dos mandamentos do ordenamento jurídico-constitucional.

Referências

BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado: aspectos jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de (coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jul. 2008. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 22 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 22 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 07 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9455.htm>. Acesso em 27 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. Relator: Mello, Marco Aurélio. Julgado em 27 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 01 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Relator: Moraes, Alexandre de. Publicado no DJ de 11 de setembro de 2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=260>>

0961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>. Acesso em 29 mar. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão do Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Relator: Lewandovski, Ricardo. Publicado no DJ de 01 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308563123&ext=.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão do Recurso Especial nº 1.152.541/RS. Relator: Sanseverino, Paulo de Tarso. Julgado em 13 de setembro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088429&num_registro=200901570760&data=20110921&formato=PDF>. Acesso em 29 mar. 2019.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. **Princípios e boas práticas para a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas**. 13 de março de 2008. Disponível em: < <https://www.cidh.oas.org/pdf%20files/PRINCIPIOS%20PORT.pdf>>. Acesso em 22 mar. 2019.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos - CONVENCION Americana sobre Derechos Humanos. 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 27 mar. 2019.

COMENTÁRIO Geral nº 2 (2014) do Comitê dos Direitos das Pessoas com Deficiência = GENERAL Comment nº 2 (2014) of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities. 22 de maio de 2014. Disponível em: <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/2>. Acesso em 03 jun. 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEITE, Flávia Piva de Almeida et alia (coord.). **Comentários ao estatuto da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk; OLIVEIRA, Lígia Ziggotti de. Além do Estatuto da Pessoa com Deficiência: reflexões a partir de uma compreensão dos Direitos Humanos. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEZES, Joyceane Bezerra de (org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas – Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e a Lei Brasileira de Inclusão**. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento nacional de informações penitenciárias** – atualização de junho de 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em 15 abr. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana – uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PACTO Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos = INTERNATIONAL Covenant on Civil and Political Rights. 16 de dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 22 mar. 2019.

PASTORAL CARCERÁRIA. **Luta antiprisional no mundo contemporâneo: um estudo sobre experiências da redução da população carcerária em outras nações**. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf>. Acesso em 29 mar. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SCHREIBER, Anderson, Novas tendências da responsabilidade civil brasileira, in **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**, v. 22, abr./jun. 2005, p. 45-69.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TESOURO NACIONAL. **Relatório resumido de execução orçamentária** (Foco Estados + Distrito Federal). Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/318974/RREOfocoRetificado01_03/6e2327bd-8f5d-4db0-ba3d-26d948483e93>. Acesso em 29 mar. 2019.