

IMPACTOS DA COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: o desafio para a garantia do direito à saúde da pessoa privada de liberdade

IMPACTS OF COVID-19 ON THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM: the challenge to guarantee the right to health of persons deprived of freedom

Thalles Passos de Oliveira¹

Resumo: O presente artigo objetiva avaliar, dentro do contexto de pandemia provocado pelo novo coronavírus, a importância da atuação do poder público de zelar pela integridade das pessoas privadas de liberdade por meio da implementação de ações e serviços de saúde condizentes com o Estado Democrático de Direito. Busca-se analisar, no âmbito do sistema prisional brasileiro, que a tutela de direitos fundamentais, especialmente do direito à saúde, diante da crise carcerária já existente é um dos maiores desafios para o poder público.

Palavras-chave: Direito Constitucional; Direitos fundamentais; Direito à saúde; Sistema prisional; Pandemia.

Abstract: This article aims to evaluate within the context of the pandemic caused by the new coronavirus the importance of the action of the public power to ensure the integrity of people deprived of their liberty through the implementation of measures consistent with the Democratic State of Law. It seeks to analyze within the scope of the Brazilian prison system, some of the challenges in the protection of fundamental rights especially the right to health in the context of the prison crisis.

Keywords: Constitutional Law; Fundamental rights; Right to health; Prison system; Pandemic.

Sumário: 1. Introdução. 2. A garantia dos direitos fundamentais enquanto axioma do ordenamento. 3. O reconhecimento do quadro de emergência em saúde pública. 4. Estratégias garantistas de atuação. 5. Conclusão. Referências.

¹ Mestrando em Justiça Administrativa da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Graduado em Direito pela UFF. Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ - 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Saúde da Região Metropolitana II).

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da garantia de direitos fundamentais no contexto de excepcionalidade decorrente da pandemia causada pelo coronavírus. Procura-se demonstrar que, no atual cenário de crise e instabilidade, a tutela do direito à saúde dos indivíduos submetidos ao cárcere constitui, em um Estado Democrático de Direito, um dos maiores desafios para as autoridades em termos de saúde pública.

Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se é possível estabelecer medidas capazes de conter o avanço da doença sem que se occasionem supressão de valores supremos da ordem constitucional.

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou publicamente a situação de pandemia em relação ao coronavírus (Covid-19). Em consequência, vários países, entre eles o Brasil, passaram a declarar estado de emergência em saúde pública, visando conter o avanço da doença. Essa situação, no entanto, favoreceu – e ainda alimenta – a reflexão de que existem limites explícitos baseados em princípios essenciais que devem ser preservados na vigência de períodos extraordinários, como a mencionada pandemia.

O tema ganha grande proporção e merece análise com maior cautela, quando se refere ao sistema prisional brasileiro, em que a intervenção do Poder Judiciário e do Ministério Público é sempre delicada.

Inicialmente, o presente trabalho apresenta a relevância dos direitos fundamentais dentro do Estado Democrático de Direito e o seu tratamento dentro das unidades carcerárias no contexto nacional.

Em seguida, abordam-se especificamente alguns dos problemas relacionados ao cerceamento do direito de liberdade. Procura-se demonstrar que as providências relacionadas à contenção da propagação do coronavírus e a máxima garantia do direito à saúde não almejam conferir benefícios aos presos, mas, em verdade, possuem o fim de tutelar toda a coletividade.

Por fim, segue-se ponderando que todos os atos, decretos, portarias e recomendações que reconheçam e estabeleçam regras para o enfrentamento de crises devem ser estabelecidos sob a ótica do que dispõe a Constituição Federal.

Quanto à metodologia empregada, a pesquisa utiliza o método dedutivo, partindo-se da compreensão da lei e uma formulação geral do problema para os casos em que se verificam o seu descumprimento. Para tanto, a abordagem do objeto deste estudo é qualitativa e está baseada em uma pesquisa bibliográfica que analisa a legislação e a doutrina pátrias para sustentar a tese.

2. A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO AXIOMA DO ORDENAMENTO

A existência de um Estado Democrático de Direito só tem sentido quando a submissão à lei representa a possibilidade de efetivar os direitos e garantias do cidadão e proporciona a consagração de valores fundamentais que se encerram na dignidade da pessoa humana. A Constituição da República Federativa do Brasil determina que o Estado Democrático de Direito deve garantir a efetivação dos direitos fundamentais, não bastando para tanto a mera previsão legal, devendo, ainda, concretizar os mecanismos de garantias legitimando a execução do poder estatal em face ao cidadão².

Dessa forma, o Estado não serve apenas para compor um aparato burocrático à sociedade, mas deve também ser instrumento de promoção e respeito impondo uma atuação compatível com a moral e eficiente na gestão de interesses coletivos.

Sob o aspecto dessa proteção constitucional, e não podendo ser diferente, o exercício do direito à dignidade e à integridade física e moral também é aplicável àqueles submetidos à pena privativa de liberdade, ensejando destaque ao que estabelece a Carta Maior, no art. 5º, inciso XLIX, segundo o qual os presos conservam, mesmo em tal condição, o direito à intangibilidade de sua integridade física e moral.

Peña³ sustenta que os valores básicos a serem projetados pela Constituição no ordenamento como um todo seriam a dignidade da pessoa⁴, a liberdade e a igualdade.

2 DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 108-110.

3 PEÑA FREIRE, Antônio Manuel. **La garantía em el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997. P. 81-86.

4 Em termos filosóficos, sabe-se que é atribuída a primeira enunciação do princípio da dignidade humana a Immanuel Kant como “[...] *algo que está acima de todo o preço, pois quando uma coisa tem um preço pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalência, então ela tem dignidade.*” KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Portugal, Lisboa: Edições 70, 1986, p.77.

O autor entende que dignidade é um conjunto de valores capaz de impor ao sistema jurídico uma vinculação à centralidade da pessoa, ao social, e de assegurar, sempre, “[...] os valores e interesses expressados pelos indivíduos, no campo pessoal e socialmente”. A liberdade é o valor jurídico garantido por meio dos direitos fundamentais de liberdade, e a igualdade, como afirma Ferrajoli⁵, consiste em dar valor igual a todas as identidades diferenciadas que fazem de qualquer pessoa um indivíduo diverso dos outros e de qualquer indivíduo uma pessoa como todas as outras.

É dever do Estado, a fim de garantir a integridade física e psicológica dos indivíduos sob sua custódia, observar o princípio da dignidade da pessoa humana, base e razão de ser de todos os direitos fundamentais, sobretudo dos direitos humanos que, na lição de José Afonso da Silva⁶,

[...] se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional.

No que se refere ao sistema prisional brasileiro, em especial no contexto de pandemia, a restrição da liberdade do indivíduo que cometeu uma infração penal expõe constantes violações aos direitos fundamentais, demonstrando a ineficiência do Estado em garantir as condições mínimas ao cumprimento da pena⁷.

O panorama de sucateamento do sistema penitenciário nacional é inclusive reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de medida cautelar na ADPF nº 347, sob a relatoria do ministro Marco Aurélio⁸, e caracteriza, sob a perspectiva do direito comparado e de

5 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Tradução de Ana Paula Zomer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.726

6 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

7 O Ministro Celso de Mello no AgRg na STA 175/CE explica que o problema de articulação entre o financeiramente possível e a garantia das mínimas condições exprimem “o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações” asseguradas pela Constituição e as “dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recurso financeiros, sempre tão dramaticamente escassos”.

8 SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. 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 inconstitu-

origem da Corte Constitucional Colombiana, o denominado “Estado de Coisas Inconstitucional”.

É notória e reconhecida, no cenário brasileiro, a falha estrutural e a falência de políticas públicas que provocam violação massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, especialmente aquelas submetidas ao cárcere. Na lição de Rogério Greco⁹, aqueles que foram condenados à pena privativa de liberdade “são afetados, diariamente, em sua dignidade, enfrentando problemas como os da superlotação carcerária, espancamentos, ausência de programas de reabilitação”.

Deve-se atentar para o fato de que o estado de pandemia não pode ser utilizado como justificativa para amenizar os graves problemas já existentes sob pena de se agravar o quadro, já falido, do sistema prisional. O que agrava esse cenário é o fato de que, no nosso sistema prisional, a gestão das unidades carcerárias não acontece de forma homogênea, e as condições insalubres contribuem para a potencialização da contaminação, a proliferação de doenças e a violação de direitos fundamentais.

Ferrajoli afirma que uma Constituição não é instrumento de representação da vontade comum do povo, não cabendo a ela a tarefa de expressar uma homogeneidade cultural, identidade coletiva ou coesão social, mas, ao contrário, a de garantir, por meio dos direitos, a convivência pacífica entre sujeitos e interesses diversos e virtualmente em conflito¹⁰. Isso significa que, muito embora pessoas sustentem a restrição de direitos fundamentais para aqueles submetidos ao cárcere, tal manifestação deve ser repelida pelo ordenamento, especialmente quando a vulnerabilidade é agravada pelo atual cenário de epidemia.

Nesse contexto, conquanto a assistência à saúde do preso seja uma garantia estabelecida não só na Constituição Federal como também no plano infraconstitucional representado pela Lei de Execução Penal, a atual realidade é grave. Isso se deve não só ao quadro de superlotação, já conhecido das unidades prisionais espalhadas pelo país, como também ao colapso que o sistema de saúde do país enfrentou, e ainda enfrenta, em razão da propagação de Covid-19.

cional”. ADFP 347 MC, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, DJe-031.

9 GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1 Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus. 2012, p. 649.

10 FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Editor.). **Neo-constitucionalismo(s)**. Traducción de Pilar Allegue. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p.13-29.

Diante disso, nessa linha de garantia constitucional dos direitos fundamentais aos indivíduos submetidos à custódia do Estado, impõe-se que os cuidados de saúde nos estabelecimentos prisionais, tanto para a prevenção quanto para o tratamento, sejam redobrados, havendo necessidade de medidas de natureza normativa, administrativa e orçamentária para reversão desse quadro.

3. O RECONHECIMENTO DO QUADRO DE EMERGÊNCIA EM SAÚDE PÚBLICA

No contexto de falência do sistema penitenciário brasileiro, a questão em discussão diz respeito aos reflexos da pandemia em um cenário cuja temática em si já é fragilizada.

O Brasil não tardou em editar atos legislativos e normativos reconhecendo o cenário de pandemia. A União editou a Lei nº 13.979, publicada no dia 6 de fevereiro de 2020, trazendo medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. A aludida lei dispõe em seu art. 1º, §1º, como objetivo principal, a proteção da coletividade, que deve ser resguardada diante da situação pandêmica, definindo regras e situações vinculadas ao enfrentamento da crise de saúde pública¹¹.

Por consequência, em razão do isolamento social e das medidas tomadas em caráter emergencial, ocasionou-se, a princípio, queda da atuação do sistema de justiça como decorrência natural desse novo cenário com reflexos nos processos que envolvem réus presos.

No âmbito do sistema prisional, o Ministério da Justiça e Segurança Pública editou a Portaria Interministerial nº 7, de 18 de março de 2020, que dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979/2020. Ficou estabelecido que as normas deveriam ser seguidas em todo o sistema prisional com o escopo de proporcionar a redução ou suspensão de reuniões de grupos religiosos e de voluntários, determinar o uso de máscaras durante o transporte de presos e isolar os detentos suspeitos ou confirmados com o coronavírus¹².

11 BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 10 maio 2020.

12 BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Portaria Interministerial nº 7, de 18 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, no âmbito do Sistema Prisional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20n%207-20-mjssp-ms.htm> Acesso em: 10 maio 2020.

Importante destacar que a portaria já trazia determinações que se encontravam muito aquém do atual, já conhecido, quadro de superlotação e falta de higienização nas unidades prisionais. É o que se percebe quando o ato determina que os espaços usados pelo detento que estiver isolado sejam ventilados e prevejam meios de higienização das mãos, com água corrente e sabão.

Nos presídios federais, também com o objetivo de atenuar a disseminação do novo coronavírus, a Portaria nº 5 da Diretoria do Sistema Penitenciário Federal, órgão do Departamento Penitenciário Federal (Depen), vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, prorrogou a suspensão de visitas, atendimentos de advogados, atividades educacionais e de trabalho, assistências religiosas e escoltas dos presos custodiados, todos anteriormente determinados¹³.

Na ADPF 672, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, assegurou-se aos governos estaduais, distrital e municipal, no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus territórios, a competência para a adoção ou manutenção de medidas restritivas durante a pandemia da Covid-19¹⁴.

Decorridos dois anos do início da pandemia, e mesmo estando em curso o processo de expansão da vacinação nas unidades prisionais por meio da aplicação da dose de reforço da vacina contra a Covid-19, o cenário atual exige que medidas necessárias à contenção da propagação do vírus sejam pensadas em um todo coerente, coordenado e sistêmico, passível de fiscalização e controle pela Administração, incumbida de gerir recursos financeiros e humanos.

As pessoas que cumprem pena em estabelecimentos prisionais no Brasil estão constantemente submetidas a condições precárias, maximizando a posição de vulnerabilidade no contexto da pandemia da Covid-19. Por conta disso, é essencial que as medidas efetivas nos presídios sejam diretamente acompanhadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, a fim de preservar a saúde e os direitos constitucionais dos internos.

13 BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Portaria Interministerial nº 5, de 16 de março de 2020**. Suspende as visitas, os atendimentos de advogados, as atividades educacionais, de trabalho, as assistências religiosas e as escoltas realizadas nas Penitenciárias Federais do Sistema Penitenciário Federal do Departamento Penitenciário Nacional como forma de prevenção, controle e contenção de riscos do Novo Coronavírus. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/SEI_MJ11260489Portaria.pdf.pdf.pdf> Acesso em: 10 maio 2020.

14 BRASIL. STF. **Ministro assegura que estados, DF e municípios podem adotar medidas contra pandemia**. STF, 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075>>. Acesso em: 10 maio 2020.

4. ESTRATÉGIAS GARANTISTAS DE ATUAÇÃO

Em regra, a Administração Pública deve executar suas atividades conforme o modelo que a legislação estabelece, o que, na prática, nem sempre ocorre. O contexto de emergência em saúde pública em que vivemos exige que o Poder Judiciário e o Ministério Público primem pela atuação na perspectiva resolutiva tanto no âmbito judicial quanto extrajudicial.

O cenário brasileiro apresenta-se bem distinto diante da ausência de homogeneidade na gestão das unidades prisionais do país, sendo necessário verificar se, de fato, as determinações para mitigação de danos provocados pela pandemia de Covid-19 no sistema penitenciário estão sendo efetivadas pelos Estados mediante cumprimento de planos de contingência, fornecimento de insumos, realização de atendimento médico, aumento da cobertura vacinal, testagem em massa, fornecimento de equipamentos de proteção individual e controle do fluxo de pessoas.

Em 2020, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução nº 62 prevendo medidas para evitar a propagação do vírus no sistema prisional, enfatizando questões relevantes que a Suprema Corte já havia destacado, especialmente no que se refere às medidas para o desencarceramento¹⁵.

Entretanto a transformação só ocorre quando as medidas socioeducativas e as prisões provisórias são reavaliadas e, simultaneamente, quando se concretizam as ações que norteiam a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade.

Havendo um programa estadual de cofinanciamento, fomento e inovação da política, cabe ao Ministério Público¹⁶, na sua perspectiva finalística de defesa dos interesses gerais da sociedade, atuar, recorrendo ao Poder Judiciário quando necessário, para que o preso conserve todos os seus direitos. O cumprimento do referido plano está pautado no incremento da universalidade, da equidade, da integralidade e da resolubilidade da assistência de modo que as ações e os serviços de atenção básica em saúde precisam estar organizados nas unidades prisionais mediante atuação das equipes interdisciplinares de saúde.

15 BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos apoia recomendação do CNJ**. CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/alto-comissariado-da-onu-para-direitos-humanos-apoia-recomendacao-do-cnj/>> Acesso em: 11 maio 2020.

16 BRASIL. CNMP. **Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 1, de 20 de março de 2020**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendao-Conjunta-Presi-CNMP-1.2020.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2020.

Todavia o que se verifica é que as ações de aparelhamento de unidades básicas de saúde no sistema prisional brasileiro não se mostram suficientes, havendo um cenário de carência na estruturação dos espaços de saúde nas unidades prisionais. Assim sendo, em um cenário de pandemia, a atuação do Ministério Público ganha maior relevância e deve ser orientada pelo modelo de atenção voltado à saúde coletiva, intercedendo junto ao Poder Executivo para que haja a articulação necessária com outros setores afirmando a promoção da saúde.

A preocupação atual é o agravamento dos problemas estruturais existentes nos presídios diante da propagação do coronavírus. Isso ocorre porque a superlotação e a insalubridade nos estabelecimentos prisionais representam um ambiente fértil para a propagação de inúmeras outras doenças e submetem tanto os presos provisórios quanto aqueles que cumprem pena em caráter definitivo a sucessivas violações de direitos fundamentais.

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt¹⁷, a prisão, em vez de “frear a delinquência, parece estimulá-la, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade”, de modo que não traz “nenhum benefício ao apenado; ao contrário, possibilita toda sorte de vícios e degradações”. Nesse contexto, é adequado que o cenário caótico que se instaurou no país necessita, mais do que nunca, de um plano de ação que evite, ou ao menos reduza, os danos da incidência da Covid-19 no sistema prisional.

Entre as providências que podem ser tomadas estão, dentro da Recomendação nº 62 do CNJ, a possibilidade de afastar do sistema prisional aqueles que dali podem ser afastados e, simultaneamente, promover absoluto isolamento dos demais, incluindo-se, dentro de uma ponderação de interesses, a retirada dos eventuais benefícios de saída. Deve ainda ser considerada a preocupação com medidas preventivas voltadas ao isolamento daqueles que ingressam nas unidades prisionais dotando de equipamentos os profissionais de gestão prisional.

Nesse cenário de pandemia e para efeitos deste estudo, quadros violadores de garantias fundamentais do preso podem se instaurar, especialmente aqueles atinentes à economia e celeridade processuais e da duração razoável do processo. Segundo esses princípios, evidenciado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, incumbe ao Estado dar a resposta ao jurisdicional ao menor tempo e custo possíveis. A esse

17 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 157.

respeito, convém destacar que a duração razoável do processo é “um interesse – e também um direito – de todos, ou seja, do acusado, do ofendido, do Estado e da própria coletividade”¹⁸.

A implementação das medidas recomendadas pelo Conselho Nacional de Justiça perpassa, acima de tudo, por uma mudança de mentalidade. A reavaliação das prisões, isto é, a manutenção da prisão preventiva exige a demonstração de fatos, concretos e atuais, que a justifiquem.

No mesmo sentido, a jurisprudência, pois o Supremo Tribunal Federal¹⁹ entendeu que a existência de substrato empírico mínimo apto a lastrear a medida extrema deve ser regularmente apreciada por meio de decisão fundamentada. Caso contrário, a manutenção da prisão preventiva deixará de encontrar respaldo em uma justificativa “idônea” e se converterá em medida violadora de direitos fundamentais, já que as prisões cautelares somente podem persistir por tempo razoável enquanto presente a sua necessidade.

A revisão judicial de atos praticados pelo Poder Executivo é uma das abordagens da Teoria do Garantismo, especialmente no que se refere às políticas voltadas à saúde prisional. Ocorre que a efetiva implementação dessas medidas sempre esbarrou na omissão do poder público ou no pensamento equivocado de que representariam espécies de benesse ao preso. Na verdade, trata-se de um meio de proteger toda a população, esteja ela privada ou não de sua liberdade, e de promover igualdade de cidadãos não privados da imunidade frente à arbitrariedade²⁰.

Na hipótese de omissão do poder público, a observância à concretização dos direitos fundamentais de pessoas sob sua custódia se apresenta como valor supremo²¹. Nesse caso, cabe ao Poder Judiciário,

18 BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009. p. 255

19 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A manutenção da prisão preventiva exige a demonstração de fatos concretos e atuais que a justifiquem**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b19d3c9e40467f65287c078e-a8970b83>>. Acesso em: 13 maio 2020

20 FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Editor.). **Neo-constitucionalismo(s)**. Traducción de Pilar Allegue. Madrid: Editorial Trotta, 2003.. p.23-24.

21 Sob essa perspectiva, no julgamento do Recurso Extraordinário RE 592581/RS, em sede de repercussão geral, o Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu que o Poder Judiciário pode determinar que a Administração Pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos internos. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIA-

a pedido do Ministério Público, impor à Administração Pública a obrigação de fazer consistente na execução de serviços básicos em estabelecimento prisional.

Não se pode tratar a discricionariedade do administrador como modelo fechado de conveniência e oportunidade, especialmente quando se fala da rápida propagação de uma doença e da necessidade de definições de políticas públicas que afetam diretamente direitos fundamentais como a vida, a integridade e a saúde²².

O poder público não pode se limitar a uma suposta impossibilidade de fato e se abster da garantia do direito à vida digna de seus administrados, estejam eles submetidos ou não ao cárcere. Assim, o Judiciário, no caso do controle das políticas públicas, deve ser visto como uma das funções da soberania do Estado em ação, quando atua no suprimento da ausência do legislador ou da Administração.

Os tempos de excepcionalidade exigem a percepção da necessidade de adoção de políticas voltadas para a redução da superpopulação das prisões nos casos concretos em que a lei autorize possibilitando, por consequência, a concretização do princípio matriz do ordenamento, a dignidade da pessoa humana.

Atualmente, diferentemente do período em que foram lançadas as primeiras orientações do Conselho Nacional de Justiça, já se reconhece a vacinação como a mais importante estratégia de enfrentamento da pandemia no combate ao aumento de casos. Por tal razão, é crucial que todos os atos editados pelo poder público em nível nacional estabeleçam regras para o enfrentamento da crise pensadas não só nas principais medidas de prevenção contra a transmissão e o tratamento da doença como também sejam concebidos sob a ótica da garantia de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

A alta no número de óbitos por Covid-19 registrados em estabelecimentos penais pelo país²³ ratifica a urgência para que seja

TA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - 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. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.

22 DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em Políticas Públicas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 389.

23 BRASIL. CNJ. **Boletim CNJ de Monitoramento Covid-19 - Registro de casos e óbitos**. Dispo-

exigida das unidades prisionais a adoção de protocolos de prevenção constantemente atualizados centrados na redução da transmissão do vírus e no melhor atendimento médico prestado. Essa medida foi inclusive objeto de *Orientação Técnica Conjunta*²⁴ lançada em 14 de dezembro de 2021 pelo *Conselho Nacional de Justiça* e divulgada aos órgãos do Ministério Público Estaduais para que, no exercício da sua função, zele pelo fiel cumprimento das orientações em unidades prisionais inseridas no âmbito de seu território.

Além disso, deve ser garantido que custodiados e servidores completem o esquema vacinal inclusive inserindo mecanismo de identificação dos ingressos que ainda não se vacinaram ou não completaram o calendário vacinal.

Em suma, depreende-se que a garantia de direitos fundamentais ao preso, especialmente do direito à saúde em um cenário pandêmico, depende do aperfeiçoamento e reestruturação do atendimento prestado pelas equipes de atenção básica prisional. Questiona-se se as autoridades têm levado em consideração o número elevado de pessoas custodiadas bem como o perfil epidemiológico para que haja um atendimento digno.

5. CONCLUSÃO

A pandemia do coronavírus chegou ao Brasil impondo diversos desafios e colocou em destaque a preocupação das autoridades públicas com o sistema prisional já tão afetado pela precariedade de suas unidades carcerárias. Esse quadro de falência estrutural, reconhecido pela Suprema Corte do país pela incapacidade do Estado em exercer o controle da população sob custódia, demonstra que as falhas estruturais são potencializadas no período de enfrentamento da pandemia, culminando em constante violação a direitos fundamentais.

As medidas tomadas pelas autoridades em razão do reconhecimento do quadro grave de saúde pública encontram obstáculo no Estado de Coisas Inconstitucional evidenciando o desafio de estabelecer um planejamento capaz de contornar os problemas já existentes ou que porventura venham a surgir para que se possam reduzir os danos da propagação de doenças.

nível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/monitoramento-casos-e-obitos-covid-19-151121.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

24 BRASIL. CNJ. **Orientação conjunta sobre a atualização dos protocolos de prevenção da Covid-19 em espaços de privação de liberdade**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/12/orientacaotecnica-protocoloscovid19-1312.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2022.

Diante dessa realidade, pode-se admitir uma atuação mais presente do Ministério Público e do Poder Judiciário no controle de políticas públicas para que o ente público cumpra com os seus deveres, atuando dentro dos limites de suas competências constitucionalmente impostas na prestação do serviço de saúde e que reconheça a extrema vulnerabilidade da população carcerária.

A implementação de medidas de contenção propostas pelo poder público deve encontrar respaldo científico para prevenir os impactos da pandemia e, também, merece ser aplicada em consonância com o que determina a Carta Magna no tocante à tutela dos direitos fundamentais.

Nesse cenário, destaca-se a reavaliação da manutenção das prisões preventivas diante da excepcionalidade vivenciada perante o que prevê as Recomendações nº 62/2020 e 91/2021 do CNJ. Pontuou-se, ainda, que os órgãos de fiscalização necessitam exigir das unidades prisionais os protocolos atualizados com base nas evidências científicas.

Nessa perspectiva, não só eventuais danos causados pelo coronavírus no âmbito do sistema penitenciário serão mitigados, como também se evita que haja a responsabilidade do Brasil em matéria de desrespeito ao sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

Sem dúvidas, os tempos excepcionais exigem uma maior adaptação que deve ser enfrentada como mais uma ferramenta para a efetivação de direitos fundamentais. Os desafios constituem prova da consolidação do Estado Democrático de Direito, e o núcleo essencial que reflete os valores mais preciosos da existência do homem necessita estar imune aos momentos adversos enfrentados pela sociedade que porventura representem ameaças aos indivíduos.

A pandemia deve, portanto, servir como uma oportunidade para fortalecer a atuação conjunta das instituições democráticas pela garantia do direito à saúde das pessoas privadas de liberdade com políticas voltadas à diminuição do risco de agravos e doenças, ampliando o acesso às ações e serviços de saúde.

REFERÊNCIAS

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do processo penal**: entre o garantismo e a efetividade da sanção. São Paulo: RT, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Recomendação Conjunta PRESI-CN nº 1, de 20 de março de 2020**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomendao-Conjunta-Presi-CNMP-1.2020.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Portaria Interministerial nº 5, de 16 de março de 2020**. Suspende as visitas, os atendimentos de advogados, as atividades educacionais, de trabalho, as assistências religiosas e as escoltas realizadas nas Penitenciárias Federais do Sistema Penitenciário Federal do Departamento Penitenciário Nacional como forma de prevenção, controle e contenção de riscos do Novo Coronavírus. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/SEI_MJ11260489Portaria.pdf.pdf.pdf>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Portaria Interministerial nº 7, de 18 de março de 2020**. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, no âmbito do Sistema Prisional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/PRT/Portaria%20nº%207-20-mj-sp-ms.htm>. Acesso em: 10 maio 2020.

BRASIL. STF. ADPF 347 MC, Relator (a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015 DJe-031 Divulg 18-02-2016 Public 19-02-2016.

BRASIL. STF. STA: 175 CE, Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 17/03/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-076 Divulg 29/04/2010 Public 30/04/2010 Ement Vol-02399-01 PP-00070.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **A manutenção da prisão preventiva exige a demonstração de fatos concretos e atuais que a justifiquem.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b19d3c9e40467f65287c078ea8970b83>>. Acesso em: 13 maio 2020.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discrecionariade em políticas públicas.** Curitiba: Juruá, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão.** Tradução de Ana Paula Zomer. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (Editor.). **Neoconstitucionalismo(s).** Traducción de Pilar Allegue. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** Vol. 1 Parte Geral. Rio de Janeiro: Impetus. 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Portugal, Lisboa: Edições 70, 1986.

PEÑA FREIRE, Antônio Manuel. **La garantia em el Estado constitucional de derecho.** Madrid: Editorial Trotta, 1997.

SILVA. José Afonso da. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.