I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-085-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

A pandemia do novo coronavírus exigiu de todos nós, neste ano de 2020, adaptação. Com o CONPEDI, não foi diferente. Precisamos nos reinventar e transformar o contato físico em virtual. O Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito entrará para a história como o primeiro evento a reunir, em ambiente eletrônico, pesquisadores da pós-graduação jurídica de todo o Brasil em suas muitas salas virtuais, nas quais temas de altíssima relevância foram amplamente debatidos.

Nesse sentido, temos a honra de apresentar, aqui, aquelas pesquisas que foram apresentadas no âmbito do Grupo de Trabalho "Direito Penal, Processo Penal e Constituição II", na tarde do dia 29 de junho de 2020.

O artigo de Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes, intitulado "A NECESSIDADE DE REFORMA CONSTITUCIONAL DOS PRECEITOS APLICÁVEIS AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA" aborda os crimes contra a ordem tributária e as disposições específicas relacionadas ao Direito Tributário na Constituição do Brasil de 1988, atendo-se ao atual modelo neoconstitucionalista.

José Antonio Remedio, Davi Pereira Remedio e Wagner Rogério De Almeida Marchi abordam a efetivação do direito à saúde na esfera dos presídios brasileiros no artigo "O DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS NO ÂMBITO DOS PRESÍDIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO".

Por sua vez, o artigo "O MÉTODO APAC DIANTE DO PRINCÍPIO DA HUMANIDADE", de autoria de Matheus de Araújo Alves e Jorge Heleno Costa, analisa o sugimento das APACs como uma alternativa ao sistema prisional convencional, focado na pessoa humana e pautado em direitos fundamentais.

O artigo de Airto Chaves Junior – "PROTEÇÃO PENAL DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL: DUAS CRÍTICAS" – salienta que a Saúde Pública é um bem aparentemente falso para figurar como objeto de tutela penal e que há desproporcionalidade na resposta do Estado para esses delitos, cominando-se penas diferentes para fatos semelhantes e penas mais rigorosas para fatos de menor (ou nenhuma) danosidade social.

Por seu turno, sob o título “VERDADES IMPROVÁVEIS: DISTORÇÕES DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS HOMICÍDIO PELA POLÍCIA EM SERVIÇO”, Diogo José da Silva Flora destaca que os procedimentos judiciais inaugurados pela comunicação do crime de homicídio decorrente de intervenção policial, popularmente denominados autos de resistência, demonstram um tipo de imputação peculiar, particularmente frágil e sem mecanismos de controle de erros judiciais, a que se atribui uma distribuição de responsabilidades criminais incompatíveis com os fatos apuráveis.

No artigo “UMA ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O PROJETO DE LEI “ANTICRIME”: É POSSÍVEL RESSIGNIFICAR UMA MUDANÇA NA FORMA DE CONCEBER O CRIME E AS RESPOSTAS A ELE?”, Cristian Kiefer Da Silva apresenta reflexões críticas sobre o projeto de lei “anticrime”, destacando, primordialmente, que diante do populismo penal, de uma lei “ultrapunitivista” e de um pacote de profilaxias, a proposta ostenta um endurecimento da legislação penal e a diminuição das garantias processuais dos réus.

Em suas “NOTAS ACERCA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA”, Rodrigo Lima e Silva e Victor Américo Alves de Freitas empreendem uma análise crítica da colaboração premiada e dos institutos que gravitam em seu entorno, de forma a permitir uma melhor compreensão do tema, não só a partir do ordenamento jurídico brasileiro, mas também do contexto estadunidense e alemão.

Ana Lúcia Tavares Ferreira, no artigo “INDULTO PRESIDENCIAL E SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES DA ATRIBUIÇÃO DE GRAÇA” aborda o uso da graça coletiva como instrumento governamental de política criminal para a redução da população carcerária em situações de superpopulação prisional.

No texto intitulado “PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA FRENTE A TEORIA DA RACIONALIDADE PENAL MODERNA, ANÁLISE DA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 43”, Witan Silva Barros e Mellina Lopes Corrêa Gueiros abordam o princípio de presunção de inocência, a partir do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43 perante o Supremo Tribunal Federal, o qual assentou a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal.

Rafael Silva de Almeida, no artigo “PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE NO PROCESSO PENAL: A SÚMULA 70 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”, salienta que a Súmula 70 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admite a condenação no processo penal quando a prova oral produzida seja exclusivamente composta pelo depoimento de agentes policiais, propondo uma abordagem

alternativa do valor da prova oral policial sem preconcepções que permita avaliar sua credibilidade nos casos concretos.

Em "OLHOS QUE CONDENAM: PRECONCEITO RACIAL, SELETIVIDADE PUNITIVA E RELEVÂNCIA DO ESTADO DE INOCÊNCIA", Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro, a partir da repercussão da minissérie "Olhos que condenam", analisam como o preconceito racial influencia a seletividade punitiva.

O artigo "O TRÂNSITO EM JULGADO DAS AÇÕES PENAIS: SOBRE PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, EXECUÇÃO (PROVISÓRIA) DA PENA E OS SEUS REFLEXOS NO ENCARCERAMENTO EM MASSA BRASILEIRO", de Caroline Previato Souza e Gustavo Noronha de Avila, com base na Presunção de Inocência, avalia as consequências de sua inaplicabilidade e como seus reflexos contribuem para o número crescente de presos provisórios e para o aumento do encarceramento em massa no Brasil.

Por sua vez, o artigo de Cláudia da Rocha e Elve Miguel Cenci – "O PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM E A IMPOSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DE SANÇÕES PENAL E ADMINISTRATIVA EM CRIMES TRIBUTÁRIOS" - avalia as implicações da concepção de independência de instâncias no que se refere à possibilidade de cumulação de sanções administrativas e penais para o mesmo fato, sob a perspectiva do princípio do ne bis in idem, a fim de demonstrar que, no campo dos crimes tributários, há uma administrativização do Direito Penal, que deixa de ser aplicado como ultima ratio e passa a assumir a função de braço de apoio da Administração.

"O ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL COMO MECANISMO DE CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA", de autoria de Bruno Dadalto Bellini e Sergio De Oliveira Medici, discute o tema da Justiça Penal Consensual, a qual, no entender dos autores, propicia o restabelecimento da pacificação social, fomentando um maior índice de cumprimento da pena.

No artigo intitulado "DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NOS CASOS DE DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA: A SEGREGAÇÃO COMO MEIO DE COMBATE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER", Mell Mota Cardoso Conte e Murilo Justino Barcelos discutem a necessidade da segregação nos casos de descumprimento de Medidas Protetivas no âmbito da Violência Doméstica contra a mulher.

Roger Lopes da Silva avalia a viabilidade da aplicação do acordo de não persecução penal estabelecido no artigo 28-A do Código de Processo Penal nos crimes de organização criminosa no âmbito do artigo intitulado “O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A VIABILIDADE DE APLICAÇÃO NO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA”.

Ythalo Frota Loureiro, por sua vez, aborda a adoção, pela legislação brasileira, do “Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero (femicídio/feminicídio)” no artigo “FEMINICÍDIO E SEUS PROTOCOLOS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”

O texto “LEI Nº 13.968/19: REFLEXÕES ACERCA DO CRIME DE INDUZIMENTO, INSTIGAÇÃO OU AUXÍLIO AO SUICÍDIO OU À AUTOMUTILAÇÃO”, de Thiago Gomes Viana, analisa as profundas alterações promovidas pela Lei nº 13.968/19 no art. 122, do Código Penal brasileiro, explorando os conceitos relativos ao suicídio e à automutilação, bem como os dados empíricos de sua ocorrência.

O texto “DO POSITIVISMO À SOCIOLOGIA DO BEM JURÍDICO PENAL: UMA ATUALIZAÇÃO CENTRADA NA CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA FUNDADA EM UMA DIMENSÃO CIDADÃ ATIVA”, de Claudio Alberto Gabriel Guimaraes e Davi Uruçu Rego, propõe uma melhor configuração teórica do que seja um bem jurídico penal que, em razão de tal qualidade, seja merecedor de proteção através do sistema formal de controle social e, por via de consequência, pelo Direito Penal.

Carlos Henrique Meneghel De Almeida e Daniel Ferreira De Melo Belchior, no artigo intitulado “QUESTÃO DE PROVA: O DIREITO PROBATÓRIO NAS AÇÕES DE HABEAS CORPUS E MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL NO PROCESSO PENAL”, analisam como se comporta o direito probatório nas ações autônomas de impugnação de habeas corpus e de mandado de segurança contra ato judicial no processo penal.

O artigo “ATIVISMO JUDICIAL E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO CASO ADO 26 E MI 4733”, de Amanda Greff Escobar e Willde Pereira Sobral, debruça-se sobre a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4733, sobre a criminalização da homofobia no Brasil, avaliando a expansão da atuação judicial frente às disposições da Constituição Federal de 1988 e confrontando a decisão judicial e o princípio constitucional da legalidade estrita (reserva legal), de observância obrigatória na criminalização de condutas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

“AS TEORIAS DA PENA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA RESPOSTA SEGUNDO AS CONJECTURAS DO DIREITO PENALLIBERTÁRIO”, escrito por Marcos Paulo Andrade Bianchini e Felipe de Almeida Campos, analisa qual teoria das finalidades da pena é mais consentânea com o paradigma do Estado Democrático de Direito segundo a ótica do Direito Penal Libertário.

Carlos Eduardo Barreiros Rebelo e Luciana Silva Ramalho, em “CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA DETRAÇÃO E AS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO”, discutem o cabimento ou não do instituto da detração penal nos casos de condenações finais a penas restritivas de direitos de réus que permaneceram todo o processo ou até mesmo parte dele em liberdade, porém cumprindo cautelares alternativas.

“A EXCLUSÃO DA ILICITUDE E OS LIMITES DA DISPOSIÇÃO DO DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA NA ATIVIDADE DE DESPORTO”, de autoria de Lya Maria de Loiola Melo, Lia Mara Silva Alves e Francisco Clayton Brito Junior, questiona os limites da renúncia à integridade física no contexto desportivo.

Dani Rudnicki e Ana Carolina da Luz Proença realizam uma reflexão sobre a sexualidade e a importância da visita íntima no sistema prisional, discorrendo sobre a relação entre as mulheres visitantes, seus companheiros e a instituição prisional, no artigo “A SEXUALIDADE NO SISTEMA PRISIONAL: VISITA ÍNTIMA NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE”.

Por fim, no artigo “A POSSIBILIDADE DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA NO BRASIL” Marcello Doria Costa e Carlos Alberto Menezes refletem sobre como a Justiça Restaurativa pode ser aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente na persecução penal de crimes contra a ordem tributária, estabelecendo-se critérios e procedimentos específicos.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) ótima leitura, é o que desejam os organizadores!

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ/UNISINOS

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso De Jesus – CEUMA/UEMA

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS NO ÂMBITO DOS PRESÍDIOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

THE DETAINEE'S RIGHT TO HEALTH IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM

José Antonio Remedio [1]
Davi Pereira Remedio [2]
Wagner Rogério De Almeida Marchi [3]

Resumo

O direito à saúde, como direito fundamental social, é ínsito à vida e à dignidade da pessoa humana. Embora direito fundamental, o direito à saúde não é prestado adequadamente no âmbito do sistema prisional brasileiro. A pesquisa tem por objeto analisar a efetivação do direito à saúde na esfera dos presídios brasileiros. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. Conclui que o direito à saúde do detento, embora direito fundamental, não está adequadamente protegido no âmbito do sistema prisional brasileiro, cabendo ao Poder Judiciário sua implementação em face da omissão do Poder Executivo.

Palavras-chave: Direito à saúde, Efetivação do direito à saúde, Saúde como direito fundamental, Saúde dos detentos, Saúde nos presídios brasileiros

Abstract/Resumen/Résumé

The right to health, as a fundamental social right, is inhering to the life and dignity of humans. Although a fundamental right, the right to health isn't rightly provided in the Brazilian prison system. The research aims to analyze how the right to health is handled in the Brazilian prisons. The method used is the hypothetical-deductive, based on legislation, doctrine and jurisprudence. It is concluded that the detainee's right to health, although a fundamental right, isn't protected in the Brazilian prison system, which leads to the Judiciary the responsibility of its implementation in view of the omission of the Executive.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Effectiveness of health right, Health as a fundamental right, Detainee's health, Health in brazilian prison system

---

[1] Pós-Doutor em Direito pela UENP. Doutor em Direito pela PUCSP. Mestre em Direito pela UNIMEP. Professor de Pós-Graduação em Direito da UNIMEP e de Graduação em Direito do UNASP. jaremedio@yahoo.com.br

[2] Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (UNAR). Advogado. advocaciaremedio@hotmail.com

[3] Mestrando em Direito Internacional pela Universidad de La Empresa de Montevideo. Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário de Araras Dr. Edmundo Ulson (UNAR). Escrivão de Polícia. wagner.marchi@gmail.com

INTRODUÇÃO

O direito à saúde, enquanto direito fundamental social, é indissociável à vida e à dignidade da pessoa humana, e indispensável à preservação e realização do homem na sociedade.

Como direito fundamental social, todas as pessoas têm direito à saúde, inclusive os detentos que se encontram recolhidos junto ao sistema prisional brasileiro para o cumprimento de suas penas.

Entretanto, os meios de comunicação divulgam diuturnamente as afrontas praticadas em relação aos detentos recolhidos nos cárceres brasileiros, com destaque especial às ofensas ao direito à integridade e à saúde dos apenados.

É fato notório que os detentos recolhidos nos presídios nacionais ficam aglomerados em pequenos espaços físicos, sujeitos aos mais variados contágios de doenças, em particular, no momento atual, ao novo coronavírus ou Covid-19.

O problema que se coloca é verificar se a saúde dos detentos, em especial em face da pandemia do novo coronavírus, é assegurada no âmbito dos presídios nacionais pelo Poder Executivo, e se podem ser tomadas medidas judiciais caso isso não esteja ocorrendo.

A pesquisa tem por objeto analisar a efetivação do direito à saúde na órbita dos presídios brasileiros, inclusive em face da exposição dos detentos dos presídios brasileiros ao novo coronavírus.

Quanto à estrutura, a pesquisa tem início com a abordagem da questão relativa à saúde enquanto direito fundamental. Em seguida, analisa a política de encarceramento e a questão da saúde dos detentos, com ênfase à exposição dos detentos ao novo coronavírus, e a atuação do Poder Judiciário na matéria.

O método utilizado é o hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

Tem-se, como hipótese, que o direito à saúde do detento, embora direito fundamental, não é adequadamente protegido no âmbito do sistema prisional brasileiro, em especial em face da atual pandemia do novo coronavírus, cabendo ao Poder Judiciário sua implementação, diante da omissão do Poder Executivo.

1 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL DE SEGUNDA DIMENSÃO

O direito à saúde, ínsito à vida, à dignidade e ao desenvolvimento da pessoa, por expressa previsão no art. 6º da Constituição Federal de 1988, insere-se entre os denominados direitos fundamentais sociais.

Os direitos fundamentais são resultantes de um processo de constitucionalização iniciado no século XVIII, reconhecidos internacionalmente a partir da Declaração da Organização das Nações Unidas de 1948.

A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem em seu processo histórico dificulta estabelecer um conceito sintético e preciso sobre os direitos fundamentais, dificuldade essa ampliada pela circunstância de serem empregadas várias expressões para designar referidos direitos, tais como "direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem" (SILVA, 2015, p. 177).

Segundo Uadi Lammêgo Bulos (2017, p. 526), direitos fundamentais "são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou *status* social".

Os direitos fundamentais, para José Afonso da Silva (2015, p. 180), referem-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, além de designarem, no âmbito do direito positivo, as prerrogativas e instituições que concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas.

Ana Maria D'Ávila Lopes (2001, p. 35) define os direitos fundamentais como "princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal".

Os direitos fundamentais são basilares à pessoa, sejam eles individuais, sociais ou coletivos, como ocorre, por exemplo, em relação à vida, ao trabalho, à saúde com qualidade, à moradia digna e à educação.

São direitos públicos subjetivos do cidadão, que podem ser exigidos pelo indivíduo contra o particular ou contra o próprio Estado para sua realização ou satisfação, inclusive na esfera judicial.

Entre outras funções, os diretos fundamentais apresentam função protetiva, no que tange ao dever de proteção e satisfação dos próprios direitos, ou seja, "em cada norma de direito fundamental há uma norma impositiva e vinculante aos entes estatais de proteção dos direitos fundamentais" (MORO, 2005).

No tocante às características, os direitos fundamentais e as garantias fundamentais são (BULOS, 2017, p. 534):

a) históricos: derivam de longa evolução, participando de um contexto histórico delimitado, nascendo e extinguindo-se;

b) universais: ultrapassam os limites territoriais de determinado lugar específico, beneficiando os indivíduos independentemente de raça, credo, sexo ou filiação;

c) cumuláveis ou concorrentes: podem ser exercidos concomitantemente ou ao mesmo tempo;

d) irrenunciáveis: podem deixar de ser exercidos, mas não podem ser renunciados;

e) inalienáveis: são indisponíveis, não podendo seus titulares aliená-los ou comercializá-los, pois não têm conteúdo econômico;

f) imprescritíveis: não prescrevem, pois não apresentam caráter patrimonial;

g) relativos ou limitados; nem todo direito ou garantia fundamental pode ser exercido de modo absoluto e irrestrito, salvo algumas exceções.

Para melhor compreensão dos direitos fundamentais e do fenômeno jurídico da sua evolução, a doutrina se utiliza de classificações correlacionadas com o desenvolvimento da sociedade e com as características inerentes a determinados momentos históricos.

Em face de terem surgido paulatinamente no decorrer da história, os direitos fundamentais foram desdobrados em gerações ou dimensões de direitos, expressões essas tomadas como sinônimas para os fins da presente pesquisa, destacando-se que as diversas gerações ou dimensões classificadas pela doutrina não são excludentes umas das outras, mas sim, cumulativas.

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2015, p. 135-136):

> A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.

Um dos pioneiros a utilizar a expressão “geração de direitos” foi o jurista tchecoslovaco Karel Vasak.

Na visão de Karel Vasak, conforme referência de William Marchi (2017, p. 67-68): os direitos de primeira geração procuram garantir os direitos individuais da pessoa, como a vida, a liberdade e a propriedade; os direitos de segunda geração garantem a igualdade entre os membros da sociedade, como ocorre em relação aos direitos sociais e coletivos; a terceira

geração de direitos visa garantir os direitos transindividuais, como a democracia, a autodeterminação dos povos e a paz.

As gerações ou dimensões de direitos possuem as seguintes características básicas (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2014, p. 157-160):

a) direitos de primeira geração: compreendem os direitos de liberdade, possuindo como titular o indivíduo; correspondem aos direitos civis e políticos, que são oponíveis ao Estado;

b) direitos de segunda geração: compreendem os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos; estão assentados no princípio da igualdade e correspondem a obrigações positivas do Estado;

c) direitos de terceira geração: visam à preservação do gênero humano, como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente saudável e à comunicação.

Na jurisprudência, no que se refere às espécies (direitos de primeira, segunda e terceira gerações) e às respectivas características, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Mandado de Segurança n. 22.164-SP, expressou-se no sentido de que (BRASIL, 1995):

> Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

O direito à saúde, assim como ocorre com a educação, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados, está inserido no art. 6º da Constituição Federal como direito fundamental social.

Os direitos fundamentais classificados como de segunda dimensão, como o direito à saúde, estão atrelados ao princípio da igualdade, decorrem de imperativos constitucionais expressos, e possibilitam a obtenção das condições mínimas de existência, garantindo de fato uma liberdade de atuação aos titulares destes direitos. Sua implementação não corresponde apenas à expectativa social ou política aplicada de acordo com a conveniência e oportunidade, mas sim, devem ser reconhecidos e efetivados. Nesse sentido, afirma Cristina Queiroz (2006, p. 83):

> Somos forçados a reconhecer que uma "política" de direitos, e particularmente uma "política dos direitos fundamentais sociais", inclui necessariamente uma linguagem de "dever". Os direitismos fundamentais à educação, à segurança social ou à procteção da saúde não se apresentam como "concessões" do legislador. Constituem "deveres positivos", "deveres de protecção" e "deveres de acção" que decorrem de imperativos constitucionais.

Ainda de acordo com a autora (QUEIROZ, 2006, p. 143), "os direitos fundamentais sociais são 'direitos subjetivos' sempre que possam ser feitos valer a justiça, isto é, desde que possam ser acionados judicialmente a requerimento do respectivo titular".

O papel do Estado em face dos direitos humanos fundamentais, como é o caso do direito à saúde, não se circunscreve à função de limitador do poder estatal, mas também, à função de afirmador, no sentido prestacional, no intuito de se alcançar a igualdade de direitos e condições das pessoas no âmbito da sociedade.

A respeito do direito à saúde, assevera Cury (2005, p. 17): "O direito a saúde é o principal direito fundamental social encontrado na Lei Maior brasileira, diretamente ligado ao princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico pátrio: o princípio da dignidade da pessoa humana – razão pela qual merece tratamento especial".

Por se tratar de um direito fundamental social, a saúde corresponde a uma obrigação que deve ser prestada pelo Estado a todo e qualquer cidadão, como ocorre quanto ao atendimento a diversas outras necessidades básicas, como alimentos, moradia, educação e trabalho, garantindo-se efetivamente à pessoa uma vida em sociedade com o mínimo de dignidade (FIGUEIREDO, 2007, p. 13).

Todavia, importante destacar que o direito fundamental à saúde não gera apenas a obrigação positiva ao Estado, no sentido de garantir ao seu cidadão o atendimento médico, leitos hospitalares, medicamentos, ou outras ações neste sentido. Mais que isso, traduz-se também numa obrigação negativa, qual seja, de garantir que nada prejudique a saúde das pessoas.

Nesse sentido, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 2):

> (...) o direito a saúde não assume a condição de algo que o Estado (ou sociedade) deve fornecer aos seus cidadãos, ao menos não como uma prestação concreta, tal como acesso a hospitais, serviço médico, medicamentos etc (...). O Estado (assim como os demais particulares), tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas, de nada fazer (por isso direito negativo) no sentido de prejudicar a saúde.

Dessa forma, é possível afirmar que o direito à saúde não deve implicar somente no que diz respeito à garantia pelo Estado de acesso a uma medicina curativa, mas também e

essencialmente, à medicina preventiva, concernente às saúdes física e mental, com promoção à população de condições dignas de moradia, trabalho, aliadas à higiene, saneamento básico, lazer, alimentação, vacinação, dentre outras ações (MAGALHÃES, 2008, p. 208).

O direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais, tem aplicabilidade imediata, conforme preceitua o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Em caso de omissão do Estado em sua implementação, poderá ele ser responsabilizado e ser condenado por meio de diversas espécies medidas judiciais, através do instituto que a doutrina tem denominado de judicialização das políticas públicas (SARLET, 2006, p. 36-42).

A política pública é definida por Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 14):

> como um programa ou quadro "de ação" governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.

Dessa forma, os direitos fundamentais, como ocorre com o direito à saúde, são dotados de aplicabilidade direta e imediata, sendo admissível sua concretização pelo Judiciário no caso de inércia ou omissão dos Poderes Executivo, inclusive em relação à implementação de políticas públicas próprias.

Nessse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário com Agravo n. 894.085-SP (BRASIL, 2016), expressou-se no sentido de que "é firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde".

O princípio da dignidade da pessoa humana é o ponto de partida e de chegada para sustentar a atuação ativa do Poder Judiciário, pois o órgão não pode deixar de decidir, e menos ainda negar, o direito fundamental à saúde, devendo-se ter em mente, para tanto, que todos têm o direito a ter uma vida digna, o que naturalmente inclui um tratamento médico digno, com fornecimento de medicamentos, internação em hospitais, pois vida digna pressupõe saúde plena, devendo o Estado, direta ou indiretamente, propiciar esta condição (REMEDIO; MORAES FILHO, 2019, p. 173).

O direito à saúde é indissociável ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

A dignidade da pessoa humana tem o ser humano, em si só, como elemento essencial para a existência de qualquer comunidade, pela certeza preponderante de que o ser humano

constitui a vida dos entes que fazem gerar o fenômeno jurídico.

De acordo com Alexandre de Moraes (2010, p. 22), a dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, podendo ser enfocada como:

> um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem "menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos".

Conforme assevera Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 59):

> onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

A dignidade humana possui tanto o caráter de princípio como de fundamento do Estado Democrático de Direito.

Consoante Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2008, p. 74-75), os direitos que asseguram uma vida digna são os direitos essenciais, elementares e básicos, por ele denominados como piso vital mínimo, como ocorre, por exemplo, com a saúde, a moradia, a educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a maternidade, a infância, a previdência social, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre tantos outros que garantem dignidade ao homem de nossa sociedade.

Garantir ao cidadão uma vida digna é obrigação constitucional do Estado, o que deve ser consolidado por meio da efetivação de direitos e congregado pela implementação de políticas públicas, inclusive as concernentes à saúde, em especial em prol dos detentos que estão encarcerados nos presídios do sistema penitenciário brasileiro, com sensível exposição, na atualidade, ao novo coronavírus.

2 POLÍTICA BRASILEIRA DE ENCARCERAMENTO E DIREITO À SAÚDE DOS DETENTOS

A população carcerária do sistema prisional brasileiro é basicamente integrada por pessoas que podem ser classificadas em dois grupos: no primeiro estão inseridas as pessoas que

cumprem pena oriunda de condenação, nele se incluindo as execuções definitivas e provisórias das penas impostas; no segundo, as pessoas cumprem prisão processual.

A pena, segundo Sebastian Soler, citado por Júlio Fabrini Mirabete e Renato N. Fabrini (2018, p. 234), consiste em "uma sanção aflitiva imposta pelo Estado, através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim é evitar novos delitos".

Entre os princípios norteadores da aplicação da pena destaca-se o princípio da humanidade, tendo como pressuposto a preservação da dignidade da pessoa humana do preso, princípio que rege o sistema normativo pátrio e que está previsto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal. Ainda, "conforme se verifica do inciso XLVII do art. 5º da Lei Maior, decorre deste pressuposto a proibição de penas de morte, perpétuas, de banimento, cruéis e de trabalho forçado" (REMEDIO; REMEDIO, 2019, p. 21).

Conforme previsão no artigo 59 do Código Penal, a pena deve ser a medida justa, necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, do que se conclui que a pena é dotada de funções retributiva e preventiva.

Quanto ao caráter retritutivo da pena, afirma Claus Roxin (1997, p. 81-82):

> a teoria da retribuição não encontra o sentido da pena na perspectiva de algum fim socialmente útil, senão em que mediante a imposição de um mal merecidamente se retribui, equilibra e expia a culpabilidade do autor pelo fato cometido. Se fala aqui de uma teoria 'absoluta' porque para ela o fim da pena é independente, 'desvinculado' de seu efeito social.

Todavia, o clamor social decorrente encarceramento da pessoa que praticou o delito constitui instrumento de pressão de política criminal, no sentido de cada vez mais impor sanções privativas de liberdade com viés meramente retributivo. Esse modelo representa a não preocupação "com o caráter ressocializador da pena, consistente na abordagem do indivíduo infrator para que reflita sobre sua conduta e consequências, a fim de que não volte a cometer outras infrações penais, deixando, portanto, de reeducá-lo e de reinseri-lo na sociedade" (REMEDIO; REMEDIO, 2019, p. 24).

Já a função preventiva, em seu aspecto geral, pode ser entendida como prevenção por intimidação, pois a reprimenda imposta ao infrator atua por via reflexa na sociedade, desestimulando a prática de atos ilícitos, e no aspecto especial se consubstancia na neutralização do autor do crime através de sua segregação no cárcere, impedindo-o e dissuadindo-o de praticar novos delitos.

De outro lado, as prisões processuais, que também são bastante utilizadas no Brasil, tendo como subespécies a prisão preventiva, a prisão em flagrante delito e a prisão temporária, são aquelas "decretadas antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória com o objetivo de assegurar a eficácia das investigações ou do processo criminal" (LIMA, 2018, p. 888).

Importante registrar que desde a reforma do Código Penal promovida pela Lei 7.209/1984, as prisões de pessoas passaram a ser medida extrema que, deontologicamente, devem ser adotadas somente como *ultima ratio,* ou seja, nas hipóteses em que não haja outra possibilidade de ser eficazmente substituída por medida cautelar diversa.

Conforme consta da Exposição de Motivos n. 211/1983, relativamente à Lei 7.209/1984 (BRASIL, 1984):

> 26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta, filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinquentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

No mesmo diapasão, a Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 5º, inciso LXVI, que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança" (BRASIL, 1988).

Por sua vez, o Código de Processo Penal, corroborando a excepcionalidade da medida, prevê no art. 282 que as medidas cautelares deverão ser aplicadas observando-se a necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou instrução criminal e, em casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; adequando-se à medida à gravidade do crime, as circunstâncias do fato e às condições pessoais do indiciado ou acusado. Note-se que o Código de Processo Penal, com as alterações trazidas pela Lei 13.964/2019, passou a prever no art. 282, § 6º, que a prisão preventiva somente será determinada "quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada" (BRASIL, 1941).

Ocorre que, inobstante a axiologia de tais preceitos normativos, constata-se na prática brasileira uma massificação das prisões cautelares que, além de gerar um elevado custo ao

Estado, implica no desrespeito ao princípio da não-culpabilidade e a exposição de pessoas a um sistema penitenciário que fere os direitos fundamentais do detento. A respeito, segundo o ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 580.252-MS, o Estado "tem permitido em razão de sua própria inércia, que se transgrida o direito básico do sentenciado de receber tratamento penitenciário justo e adequado, vale dizer, tratamento que não implique exposição do condenado a meios cruéis ou moralmente degradantes, fazendo-se respeitar, desse modo, um dos mais expressivos fundamentos que dão suporte ao Estado Democrático de Direito: a dignidade da pessoa humana" (BRASIL, 2017).

O entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é corroborado pelos dados estatísticos fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que indicam estar o Brasil batendo recordes a cada dia em relação à quantidade de pessoas presas, tendo aumentado, em uma década, em 59% o número de sua população prisional, que saltou de 473.626 em 2009 para 755.274 em 2019 (DEPEN, 2019).

Referida pesquisa também demonstra que o aumento da população prisional foi proporcional entre os presos provisórios, que saltou de 152.612 no ano de 2009 para 229.823 em 2019, data em que os presos provisórios perfaziam 30,43% de toda a população prisional brasileira (DEPEN, 2019).

Os números apresentados no Brasil a respeito das pessoas encarceradas permitem afirmar que, ainda que venham a ser construídas novas unidades prisionais, mesmo assim não será possível a manutenção do atual modelo de sistema prisional. Nos dias atuais já se verifica o *deficit* de vagas junto ao sistema prisional, o que leva à superpopulação carcerária e, por consequência, a manutenção de pessoas em locais inadequados, com risco à sua saúde e sem possibilidade de se atingirem os fins pretendidos com as medidas de segregação da liberdade dos indivíduos.

A superpopulação carcerária decorrente de uma política de encarceramento em massa, a falta de condições mínimas de respeito à dignidade humana nas unidades prisionais e a ausência ou insuficiência de verbas públicas e de agentes públicos para atuarem junto ao sistema, agravam a crise instalada nos sistemas prisionais brasileiros e expõem os presos a situações de violência e desrespeito aos seus direitos fundamentais, especialmente no que se refere à sua saúde.

Uma das consequências deste sistema ineficaz consiste na reincidência criminal. Apesar da escassez de pesquisas a respeito, estudo realizado pelo DEPEN em 2008 e citado pelo IPEA no Relatório de Pesquisa sobre Reincidência Criminal no Brasil de 2015, indica que a taxa de

reincidência era de 43,12%, assim entendida em sua concepção estritamente legal, ou seja, nos casos onde há condenações de um indivíduo em diferentes ações penais, ocasionadas por fatos diversos e onde a diferença entre o cumprimento de uma pena e a determinação da nova sentença seja inferior a cinco anos (INSTITUTO, 2015).

Os dados antes apontados indicam a adoção pelo Brasil de uma política criminal populista e ineficaz que, distante das funções e objetivos da pena ou da prisão cautelar, encarcera a pessoa de forma desordenada, sem perspectiva de ressocialização, com riscos à sua saúde e, ainda, muitas vezes em casos legais nos quais seria admissível a substituição da pena privativa de liberdade por medidas menos gravosas.

Esse quadro é ainda agravado no que se refere especificamente às prisões processuais, na medida em que, segundo José Antonio da Silva e Valter Foleto Santim (2019, p. 134):

> o Estado "empurra" a pessoa para o mundo do crime ao colocar um infrator primário junto a outros criminosos, integrantes de facções criminosas organizadas, que os cooptam e os transformam em 'soldados do crime', devido à omissão do Estado na tutela do preso que está sob sua custódia.

O quadro de superpopulação carcerária vivenciado no Brasil tomou contornos ainda mais graves na atualidade, com a instalação no território nacional da pandemia causada pelo novo coronavírus, na medida em que os indivíduos presos, além de ficarem recolhidos em grande número num espaço significativamente pequeno, muitos deles integram grupos de risco, seja pela idade avançada, seja pela apresentação de patologias como tuberculose, síndrome da imunodeficiência adquirida, hepatite, sífilis, dentre outras.

No que se refere à integralidade da população brasileira, segundo dados do Ministério da Saúde, em 20 de abril de 2020 o país registrou formalmente 40.581 casos confirmados de Covid-19, com 2.845 óbitos, ou seja, com uma taxa de letalidade de aproximadamente 6,4% (BRASIL, 2020).

Todavia, os números apresentados pelo Ministério da Saúde não se traduzem na real quantidade de casos existentes, pois os exames para confirmação do quadro patológico são realizados apenas em pacientes com quadro clínico sintomático em estado crítico do ponto de vista pulmonar e com alterações severas ante a falta de *kits* de testes suficientes para o respectivo exame.

No que se refere ao sistema prisional brasileiro, o Departamento Penitenciário Nacional está monitorando os sistemas prisionais em relação à Covid-19, sendo que em 26 de abril de 2020 apontava-se para a presença de 146 casos suspeitos, 104 detecções e 4 óbitos (DEPEN, 2020).

O levantamento do DEPEN revela a gravidade verificada em razão da exposição ao novo coronavírus dentro do sistema prisional brasileiro, na medida em que a superpopulação carcerária e a ausência ou insuficiência de serviços médicos, somadas às péssimas condições de higiene e saúde dos presídios, criam um ambiente favorável para o contágio pelo novo coronavírus e para aquisição de enfermidades correlatas como pneumonia e insuficiência respiratória.

Tanto é assim, que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação CNJ n. 62, orientando os Tribunais sobre a adoção de procedimentos a serem seguidos com o intuito de evitar a propagação do vírus dentro do sistema prisional.

A recomendação dada pelo Conselho Nacional de Justiça, que não obriga e nem vincula os magistrados, apesar de lastreada nos direitos e nas liberdades fundamentais das pessoas recolhidas ao cárcere e de se coadunar com estratégias sugeridas por outros países, a exemplo da França no que concerne às penas curtas, da Polônia que vem convertendo penas cumpridas no regime fechado em prisão domiciliar, e dos Estados Unidos e Índia entre outros, encontra grande resistência da sociedade brasileira, o que sugere, ao menos em uma análise preliminar, a instalação de uma grave crise e propagação do novo coronvírus dentro do sistema prisional brasileiro.

Em síntese, a inércia ou inadequada atuação do Poder Executivo na prevenção da saúde e no combate às doenças, em especial a decorrente novo coronavírus, no âmbito do sistema prisional brasileiro, legitima a busca de outras soluções para o equacionamento do problema, como o acionamento do Poder Judiciário, através da implementação das medidas judiciais competentes, entre as quais a efetivação das respectivas políticas públicas.

CONCLUSÃO

O Direito Penal objetiva proteger os bens mais relevantes para a sociedade e regular os fatos humanos que perturbam mais gravemente a vida social, cabendo-lhe, entre outras funções, definir as infrações penais e cominar as sanções correspondentes.

O Sistema Penitenciário Brasileiro é integrado por um conjunto de princípios, regras e institutos jurídicos, que pautam a regulação e a efetivação das execuções das penas criminais privativas de liberdade.

A atualidade mostra que o Sistema Penitenciário Nacional se encontra com superlotação carcerária, o que, aliado ao descaso das autoridades competentes em relação aos cuidados a que

os presos têm direito, afronta a dignidade da pessoa humana e coloca em risco a vida e a saúde do detento.

A saúde do detento, em face de diversas intercorrências, mas principalmente em razão da grande quantidade de pessoas que são colocadas em pequenas celas dos presídios que integram o Sistema Penitenciário, contribui para que os detentos estejam sujeitos a contrair diversas doenças, em especial na atualidade, em face do novo coronavírus.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 assegura a todos o direito fundamental à saúde, inclusive aos detentos do sistema prisional.

A inércia do Poder Executivo, através de seus órgãos, em implementar o direito à saúde em relação aos detentos, possibilita que essa implementação seja feita por meio do Poder Judiciário, através das ações judiciais competentes, inclusive para efetivação de políticas públicas adequadas.

Tem-se, em conclusão, que diante da omissão do Poder Executivo, o direito à saúde do detento, embora direito fundamental, não se encontra adequadamente protegido no âmbito do sistema prisional brasileiro, em especial na atualidade, em face da pandemia do novo coronavírus, o que possibilita sua implementação pelo Poder Judiciário, por meio das ações judiciais competentes.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.* 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm acesso em 19 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. **Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984**. Exposição de Motivos. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7209-11-julho-1984-356852-exposicaodemotivos-148879-pl.html. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Brasil registra 40.581 casos de coronavírus e 2.575 mortes. Disponível em: https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46757-brasil-registra-40-581-casos-de-coronavirus-e-2-845-mortes. Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário com Agravo n. 894.085-SP. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília: **Dje** 29, 17 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10275124>. Acesso em: 7 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22.164-SP. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, **Diário de Justiça,** 17 nov. 1995, p. 39.206.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 580.252-MS. Relator para o Acórdão Ministro Gilmar Mendes. Brasília: **DJe** 204, publ. 11 set. 2017. http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=13578623

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). **Políticas públicas***:* reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde**: evolução, normatização e efetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** 2019. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTlkZGJjODQtNmJlMi00OTJhLWFlMDktNzRlNmFkNTM0MWI3IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em: 27 abr. 2020.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Medidas contra o covid-19**. 2020. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTUyMmNkOTYtYjAyMC00ZjBlLTkxMDItNTQwNGU4MDFiZjkwIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9. Acesso em 27 abr. 2020.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Reincidência criminal no Brasil:** relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.

MAGALHÃES, José Quadros de. **Direito constitucional:** curso de direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

MARCHI, William. **Políticas públicas: s**egurança como direito fundamental e reorganização da Polícia Civil, proposituras para o Estado de São Paulo. Araras: Impacto Conexões, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORO, Rolando Raul. **A tutela judicial dos direitos fundamentais pelo Ministério Público.** 2005. Disponível em https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/94-artigos-dez-2005/5353-a-tutela-judicial-dos-direitos-fundamentais-pelo-ministerio-publico acesso em 19 abr 2020

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais:** funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. Disponível em http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000772818 acesso em 19 abr. 2020.

REIS, Deyvison Heberth dos; SANTIN, Valter Foleto. Encarceramento ou criminalidade em massa? In: SANTIN, Valter Foleto (Coord.). **Humanização e execução penal**: o drama na efetividade do direito penal. Curitiba: Instituto Memoria, 2019, p. 69-94.

REMEDIO, José Antonio; MORAES FILHO, Eduardo Roberto Antonelli de. Judicialização das políticas públicas de saúde ante a omissão do poder executivo em sua implementação. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, Bebedouro, v. 7. n. 2, p. 170-199.

REMEDIO, José Antonio; REMEDIO, Davi Pereira. A crise do sistema penitenciário brasileiro. In: SANTIN, Valter Foleto (Coord.). **Humanização e execução penal**: o drama na efetividade do direito penal. Curitiba: Instituto Memória, 2019, p. 17-31.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição Federal de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 10, jan. 2002. Bahia. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-

sarlet/algumas-consideracoes-em-torno-do-conteudo-eficacia-e-efetividade-do-direito-a-saude-na-constituicao-de-1988, acesso em 19 abr. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, José Antonio; SANTIN, Valter Foleto. Crime e castigo: a crise do sistema penitenciário brasileiro. In: SANTIN, Valter Foleto (Coord.). **Humanização e execução penal**: o drama na efetividade do direito penal. Curitiba: Instituto Memoria, 2019, p. 131-144.