

O direito à saúde como balizador da fixação do regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade: uma leitura constitucional

*THE RIGHT TO HEALTH AS A LANDMARK TO FIXING
THE INITIAL CUSTODIAL SENTENCE SERVING
REGIME: A CONSTITUTIONAL READING*

Daniel Mobley Grillo*
Olívia Haddad Levy**

RESUMO Versando sobre direito penal, processual penal e constitucional, a presente pesquisa parte da noção de que o Código Penal apresenta parâmetros objetivos para a estipulação do regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade, porém sem campos aparentes para considerações do direito fundamental à saúde no ato de fixação. A pandemia ocasionada pelo novo Coronavírus (SARS-CoV-2), por sua vez, trouxe reflexões inéditas para institutos anteriores à luz do direito à saúde. Nesta seara, este estudo objetiva, empregando o método de pesquisa bibliográfica, propor uma interpretação conforme a Constituição que permita utilizar o estado clínico do sentenciado como um dos critérios de determinação do regime inicial. A conclusão caminha no sentido de que a interpretação conforme se viabiliza com base: (i) na declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal (STF); (ii) no princípio da (des)necessidade da pena; (iii) no emprego de uma analogia com o instituto da detração penal e (iv) na aplicação do método jurídico de “fazer a pergunta dos excluídos”. Todos esses elementos levam em conta a aplicação imediata e máxima efetividade dos direitos fundamentais, dentre eles o de saúde, que é de primeira grandeza.

PALAVRAS-CHAVE: Direito fundamental à saúde; regime inicial de cumprimento de pena; pandemia.

ABSTRACT Addressing criminal, procedural and constitutional law, this research comes from the notion that the Brazilian Penal Code provides objective parameters for the stipulation of the initial custodial sentence serving regime, yet without apparent fields

* Defensor Público do Estado de São Paulo - dmgrillo@defensoria.sp.def.br

** Mestranda em direito e desenvolvimento pela FGV-SP e graduanda em ciências sociais pela USP

to consider the fundamental right to health in the act of fixing. The pandemic caused by the new Coronavirus (SARS-CoV-2), in turn, brought new reflections to previous institutes in light of the right to health. In this field, this study aims, using the method of bibliographic research, to propose an interpretation in conformity with the Constitution that allows the convict's clinical condition to be used as one of the criteria for determining the initial regime. The conclusion implies that the interpretation in conformity with the Constitution becomes viable based: (i) on the declaration of the Brazilian prison system's unconstitutional state of affairs by the Brazilian Federal Supreme Court (STF); (ii) on the principle of need(lessness) for punishment; (iii) on an analogy with the application of the remand credit and (iv) on applying the legal method of "asking the question of the excluded". All of these elements take into account the immediate and maximum effectiveness of fundamental rights, including health, which is of prime importance.

KEYWORDS: Fundamental right to health; initial sentence serving regime; pandemic.

“Diz-se que ninguém conhece uma Nação até ter estado nas suas prisões. Uma Nação não deve ser julgada pela forma como lida com os seus privilegiados, mas pela maneira como trata os mais humildes”
(Nelson Mandela)

“As regras não isentam o tomador de decisão da responsabilidade pelas decisões. Há escolhas a serem feitas e o agente que as faz deve admitir essas escolhas e defendê-las.”
(Katharine Bartlett)

INTRODUÇÃO

A exposição a seguir consiste em uma leitura constitucional, com fulcro no direito à saúde e no reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, sobre a possibilidade de estipulação de um regime de cumprimento de pena privativa de liberdade mais brando do que determinaria o Código Penal (CP) por questões peculiares de saúde. Tal estipulação seria levada em conta desde o momento do cálculo do regime inicial pelo julgador, tendo em vista o lapso temporal irrecuperável e via de regra longo decorrido até a revisão da adequação do regime de cumprimento de pena pelo juízo competente em matéria de execução penal.

Na primeira seção, intitulada *Saúde, cárcere e pandemia no Brasil atual*, introduzimos dados relativos à inefetividade do atendimento médico-hospitalar nas unidades

prisionais brasileiras, bem como informações acerca do estado de saúde da população privada de liberdade como um todo e as implicações da pandemia da COVID-19 nesse contexto. São mencionadas, aqui, duas decisões importantes referentes a condições insalubres de presídios; uma da Corte Interamericana de Direitos Humanos e outra do Supremo Tribunal Federal.

Na segunda seção, *Tutela à saúde no cárcere e regimes de cumprimento de pena - panorama jurídico-normativo*, procedemos a uma análise do direito à saúde das pessoas encarceradas, tanto na Constituição quanto em Convenções Internacionais das quais o Brasil é signatário, a fim de situar a relevância jurídica de tal direito. Em seguida, conceituamos os regimes de cumprimento de pena adotados pelo sistema normativo brasileiro, quais sejam, fechado, semiaberto ou aberto. Essa explanação prévia é feita com o intuito de tornar mais inteligíveis as discussões posteriores, relacionando todos esses conceitos jurídico-normativos.

Na terceira seção, *Estado de saúde da pessoa sentenciada e suas implicações jurídicas nos regimes de cumprimento de pena*, examinamos a previsão da Lei de Execução Penal que possibilita ao reeducando receber os cuidados de saúde em local diverso do cárcere quando a sua estrutura não se revelar adequada, aliada a exemplos de julgados favoráveis à possibilidade de pessoas com saúde debilitada presas em regime fechado ou semiaberto serem transferidas para prisão domiciliar.

Na quarta seção, *Acesso à saúde célere - um imperativo de justiça e equidade*, analisamos algumas concepções de justiça a partir da noção aristotélica de equidade, assim como seus reflexos na necessidade de se considerar o contexto fático das tramitações processuais que fazem com que transcorra tempo até a revisão posterior da adequação do regime inicial pelo juízo competente para execução penal, levando a pessoa em estado de saúde frágil a correr grave risco nesse intervalo.

Na quinta seção - *Fixação do regime inicial e a desnecessidade da pena à luz da Constituição* -, destrinchamos os desdobramentos da regra de interpretação conforme a Constituição, relevantes à leitura constitucional feita no estudo. Nesse sentido, o chamado princípio da (des)necessidade da pena é utilizado como parâmetro de interpretação, contraposto com o estado de saúde da pessoa condenada, embora não se discuta propriamente a possibilidade de dispensar a pena em face das condições de saúde, mas sim a alteração de seu regime inicial de cumprimento. Tal princípio é, assim, suscitado como argumento *a fortiori*.

Na sexta seção, denominada *Detração penal e direito à saúde no sentenciamento condenatório - possíveis aproximações na forma de aplicação*, o artigo procura evidenciar a existência de identidade clara de raciocínio na aplicação da detração penal para fins de determinação do regime inicial com a proposta em exame, no que diz respeito à antecipação do juízo de aferição de um ou outro direito de execução penal pelo magistrado de conhecimento.

Na sétima seção, *Fazendo a pergunta dos excluídos*, examinamos um método de interpretação jurídica que serve a desvendar vieses da norma que se pretendam neutros ou objetivos enquanto ocultam a desconsideração do ponto de vista de determinado grupo vulnerável por ela afetado.

Cabe ressaltar que o objetivo das ponderações aqui sugeridas não é, por evidente, funcionar como “carta branca” a pessoas que reiteradamente pratiquem crimes e assim pretendam se beneficiar da própria torpeza com a fixação do regime mais brando. Uma atuação de má-fé como essa consistiria, inclusive, em abuso de direito (art. 187 do Código Civil). Logo, a inexistência de abuso de direito funciona como um pressuposto lógico para a fixação desse regime mais benéfico do que a lei estabelece.

Salientamos, também, que todas as reflexões apresentadas possuem como pano de fundo o cenário de pandemia provocada pelo novo Coronavírus em 2020, causador da COVID-19 (*Coronavirus Disease 2019*), que escancara a situação de insalubridade dos presídios do país, já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede da ADPF nº 347. Isso porque as iniquidades sanitárias às quais a população penitenciária é submetida diariamente facilitam a proliferação de vírus e bactérias e, consequentemente, a transmissão de diversas moléstias graves, como tuberculose, HIV-AIDS ou COVID-19.

Diante desse horizonte, a pesquisa intenta trazer elementos que possibilitem reforçar, particularmente na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, a grandeza constitucionalmente consagrada do direito à saúde, já que, sobretudo em tempos de pandemia, tal direito deveria ser considerado em todas as esferas e níveis de tomada de decisão possíveis.

1. Saúde, cárcere e pandemia no Brasil atual

A pandemia provocada pela disseminação do novo Coronavírus já deu causa a mais de dois milhões de mortes ao redor do mundo e mais de duzentas e trinta mil fatalidades apenas no Brasil, números que seguem crescendo (OMS, 2021).

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou, em 2014, dados demonstrando que entre 2004 e 2014, a população carcerária cresceu 111%, atingindo patamar superior a 710.000 pessoas aprisionadas (BRASIL, 2014, p. 5). Em 2019, essa soma alcançou 758.676 pessoas privadas de liberdade (BRASIL, 2019a), estando incluídas neste total somente aquelas custodiadas em unidades prisionais (BRASIL, 2020a).

Contudo, os altos índices de encarceramento não foram seguidos de melhorias correspondentes nas condições estruturais das prisões brasileiras. O crescimento populacional no cárcere e questões atinentes à desigualdade social são fatores que vêm tensionando as instituições responsáveis para a elaboração de políticas sociais

voltadas a melhorar as condições de vida no sistema carcerário (LERMEN, 2015, p. 906).

Apesar dessa tensão, as políticas sociais ligadas à saúde ainda são largamente insuficientes. Conforme descreve o Relatório de Gestão de supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas socioeducativas do CNJ, existem 271 equipes de saúde no sistema carcerário, habilitadas em 239 unidades básicas de saúde prisional em penitenciárias, em 154 municípios. Embora representem grande avanço na política de saúde prisional, essas equipes alcançam somente 30% do total de presos no país. Em função disso, o Relatório conclui que, na maioria dos casos, o custodiado precisa sair da unidade prisional para receber o tratamento médico apropriado: “Os ambulatórios que sobrevivem à má administração não possuem as mínimas condições para a devida assistência médica.” (BRASIL, 2017, p. 33).

O mesmo relatório constata, baseado no Infopen de 2014, que apenas 37% dos estabelecimentos prisionais possuem um módulo ou unidade de saúde equipados para atendimentos básicos abarcados pela noção de atenção integral à saúde (BRASIL, 2017, p. 62).

Já no que diz respeito ao levantamento de dados, o CNJ verifica que somente 49% das unidades prisionais têm informações acerca da quantidade da população encarcerada que possui doenças mais comuns. Apesar desse déficit crônico de informações, sabe-se que cerca 235.628 pessoas privadas de liberdade possuem alguma moléstia, dentre as quais HIV, sífilis, hepatite ou tuberculose, todas estas altamente infectocontagiosas¹ (BRASIL, 2017, p. 62).

Essencial para a compreensão da seguinte exposição, ainda, a paradigmática decisão do STF em sede da ADPF nº 347, com eficácia contra todos e efeito vinculante aos demais órgãos do Judiciário e à Administração Pública direta e indireta. Nela, o Plenário reconheceu, espelhando-se na jurisprudência da Corte Constitucional Colombiana, a existência de um *estado de coisas inconstitucional* no sistema carcerário brasileiro.

Esse reconhecimento considerou o quadro de vulneração generalizada e massiva de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas causado pela inércia e incapacidade reiterada das autoridades públicas em alterar essa conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais, com a atuação de uma pluralidade de órgãos e adoção de medidas complexas, poderiam alterar a situação inconstitucional dos presídios brasileiros (GOMES et al, 2015, p. 8).

A Corte declarou, além de ofensa a diversos princípios constitucionais, que a situação prisional brasileira fere também normas reconhecedoras dos direitos dos presos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, e mesmo a própria Lei de Execução Penal. E o Supremo Tribunal Federal

cita, expressamente, a proliferação de doenças infectocontagiosas e falta de acesso à saúde dentre os inúmeros problemas do presente estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros (STF..., 2015).

Um exemplo internacional do reconhecimento da situação calamitosa na qual se encontram os presídios nacionais foi a condenação do Estado Brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso do Complexo Penitenciário de Curado (CIDH, 2018). A Corte reconheceu que as condições de encarceramento em ambos os presídios atentariam contra a legislação brasileira e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Encontram-se, dentre os problemas reconhecidos, a superpopulação e superlotação prisional com densidade de mais de 200%, sendo que os critérios internacionais enfatizam que ultrapassar 120% implica superpopulação crítica; a ausência de garantia da integridade física e da vida da população LGBTQIA+ e de pessoas com deficiência; mortalidade superior à da população livre, com carência de informações acerca das causas de morte; e, destaque-se, a falta de acesso à saúde, havendo em Curado uma só médica para atender mais de 3 mil pessoas aprisionadas, muito abaixo dos padrões da OMS/OPAS de, no mínimo, 2,5 médicos a cada 1.000 habitantes para prestar os serviços mais elementares em matéria de saúde no que se refere à população não encarcerada. (CIDH, 2018, p. 17).

Frente a isso, a condenação recomenda ao Estado brasileiro que cada dia de pena seja contado como dois cumpridos². Tal decisão pode ser compreendida no contexto de mais uma corroboração do público e notório estado de coisas inconstitucional dos estabelecimentos penais brasileiros.

Transpondo esse cenário ao contexto da pandemia, a problemática tende a se multiplicar. Segundo o médico infectologista Marcos Boulos (2020), em parecer solicitado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) para instruir pedido de Tutela Provisória Incidental em sede da ADPF nº 347 (ação supracitada, por meio da qual o STF declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro), nos grupos de presos idosos ou portadores de comorbidades imunossupressoras, respiratórias e cardíacas a tendência é que a COVID-19 seja de muito maior gravidade. Somado a isso, o especialista em doenças infecciosas e parasitárias considera que ambientes como os presídios retratados na ADPF nº 347 – sujos, superlotados, sem acesso a água potável e produtos de higiene – são mais propícios à proliferação da doença causada pelo novo Coronavírus. Diante dessas condições, afirma Boulos, a população prisional estaria mais vulnerável ao contágio da COVID-19 (BOULOS, 2020).

De fato, os desafios da pandemia da COVID-19 na sociedade parecem ser agravados nos presídios³; nos poucos em que foram realizados testes para a doença, os números são alarmantes. A cidade de Sorocaba é exemplo disso (NETO, 2020). Com testagem

de presos, os casos de Coronavírus explodiram: 620 registros em 24h. Segundo a prefeitura, o alto número se deu justamente por causa da testagem da população carcerária da cidade. Dos 620 novos casos, 476 eram detentos de uma mesma penitenciária. Além dos presos, a doença teria contaminado cerca de 20 funcionários da unidade, conforme noticiado (NETO, 2020).

Feita essa necessária contextualização acerca da realidade do cárcere brasileiro no que se refere a atendimentos médico-hospitalares, doença e pandemia, apresentaremos um breve panorama das previsões jurídicas do dever de tutelar a saúde das pessoas encarceradas, assim como exporemos a sistemática dos regimes de cumprimento de pena e seus pormenores. Esse panorama aborda tanto aspectos jurídico-penais quanto constitucionais e convencionais, sem ter, entretanto, qualquer pretensão de esgotar os temas em debate.

2. Tutela à saúde no cárcere e regimes de cumprimento de pena - panorama jurídico-normativo

O direito à saúde tem origem no art. 196 da Constituição Federal, sendo reputado como direito de todos e dever do Estado (BRASIL, 1988). Tal direito constitui, em nosso entendimento, uma norma constitucional *plenamente eficaz*⁴. Isto é, contém em si todos os elementos necessários a fazer com que produza efeitos imediatos, sem necessidade de complementação por lei, conforme os critérios clássicos de José Afonso da Silva (1998)⁵. Além de decorrer do princípio da máxima efetividade da Constituição, que exige ler as normas constitucionais de modo a realizar de forma mais plena seus mandamentos, a razão disso está no art. 5º, § 1º da Constituição brasileira, que determina expressamente que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais⁶ têm aplicação imediata.

O art. 3º desse mesmo diploma normativo, ao elencar os objetivos fundamentais da República - “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (BRASIL, 1988) -, também impõe implicitamente o dever de saúde do Estado, já que é impossível cogitar uma sociedade justa e solidária na qual apenas se assegure o direito à saúde de poucos (ACHOCHE, 2009).

Da mesma forma, para que seja viável falar em promoção do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação, é conclusão lógica inevitável que em um sistema constitucional com tal objetivo, não se poderia rebaixar o direito à saúde da população carcerária. Em termos diretos, a saúde das pessoas presas não poderia ser nada

menos que tão importante quanto a do restante da população, por força do princípio da igualdade (BRASIL, 1988, art. 3º, IV e art. 5º, *caput*).

Mas a Constituição brasileira não é a única fonte desse compromisso de igualdade. Pode-se citar, no âmbito internacional, diversas origens do dever do Estado de prestar assistência médica aos presos, sobretudo àqueles que possuam idade avançada e saúde frágil. No art. 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, internalizado pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992), tem-se que “Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.” (BRASIL, 1992b). Já no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o art. 12.1 estabelece que “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.” (BRASIL, 1992a).

Cabe referenciar, também, as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Reclusos⁷ de 31 de agosto de 1955, adotadas no Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes (UNODC, 1955), de caráter vinculante ao Estado Brasileiro em decorrência do art. 38 da Carta da ONU, internalizada por meio do Decreto nº 19.841/45; o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão⁸ (AGNU, 1988); os Princípios de Ética Médica aplicáveis à função do pessoal de saúde, especialmente aos médicos, na proteção de prisioneiros ou detidos contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, desumanos ou degradantes⁹ (AGNU, 1982) e os Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos¹⁰ da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (AGNU, 1990).

No plano infraconstitucional, destacamos a Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. No art. 2º, esta assenta que “A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.” (BRASIL, 1990).

Quanto aos regimes de cumprimento de pena privativa de liberdade atualmente adotados pela legislação penal brasileira, são estes o fechado, o semiaberto e o aberto, a serem estabelecidos pelo juiz no momento de prolação da sentença de acordo com a gravidade do crime. O *caput* do art. 33 do Código Penal (BRASIL, 1940) estabelece que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, por outro lado, em regime semiaberto ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

Tais regimes estão disciplinados no art. 33, §1º, do Código Penal, segundo o qual se considera regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, e regime aberto, a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado (BRASIL, 1940)¹¹.

Já a Lei de Execução Penal (LEP) prevê, no art. 117, quatro casos nos quais o beneficiário do regime aberto poderá cumprir sua pena em residência particular, dentre os quais ser maior de setenta anos e estar acometido de doença grave (BRASIL, 1984). Essa hipótese de recolhimento em residência é chamada por Renato Marcão de *prisão domiciliar pena*, modalidade de prisão aberta, distinta da prisão domiciliar como substitutiva da prisão preventiva prevista nos arts. 317 e 318 do Código de Processo Penal (MARCÃO, 2012, pp. 139-140). Neste estudo, a espécie de prisão domiciliar que se discute é aquela com natureza de pena. Assim, a referência a este conceito sempre remeterá à previsão da LEP.

Destaca-se que diante da quase absoluta ausência de casas do albergado no Brasil (local voltado ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime aberto ou de limitação de fim de semana, segundo a legislação penal), a prisão domiciliar da LEP acaba sendo adotada em mais hipóteses que aquelas definidas por lei, sendo a pena no regime aberto cumprida, via de regra, em prisão domiciliar (MARCÃO, 2012, pp. 108-109).

Nesse sentido, relevante a edição, no ano de 2016, da Súmula Vinculante nº 56 pelo STF, que enuncia: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.” (BRASIL, 2016). A tese assentada considera que é dever do Estado manter seus presídios em padrões mínimos de humanidade previstos no sistema normativo, não podendo ser o apenado responsabilizado pelo descumprimento desse dever.¹²

Posto isso, adentraremos o exame propriamente dito das possíveis implicações jurídicas do estado de saúde do sentenciado nos regimes de cumprimento de pena, a fim de compreender a influência (se é que há alguma) das questões de saúde no modo como o direito penal comanda que sejam cumpridas as penas privativas de liberdade.

3. Estado de saúde da pessoa sentenciada e suas implicações jurídicas nos regimes de cumprimento de pena

A assistência à saúde é prevista, na Lei de Execução Penal (LEP), como direito da pessoa presa (art. 41, VII). No art. 14, *caput*, detalha-se que tal assistência possui caráter preventivo e curativo, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico. E o § 2º desse mesmo artigo explicitamente dispõe: “Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.” (BRASIL, 1984).¹³

As Regras Mínimas para o Tratamento de Presos no Brasil reiteram, em seu art. 16, parágrafo único, o disposto no art. 14, § 2º da LEP de modo quase idêntico: “Caso

o estabelecimento prisional não esteja suficientemente aparelhado para prover assistência médica necessária ao doente, poderá ele ser transferido para unidade hospitalar apropriada.” (BRASIL, 1994).

Renato Marcão (2012, p. 45), ao tratar dessa previsão da Lei de Execução Penal, traz à tona a questão de os estabelecimentos penais não disporem de equipamentos e pessoal apropriados para os atendimentos médico, farmacêutico e odontológico. O autor conclui que em face desse quadro, tribunais têm decidido que, demonstrada a carência de tratamento e acompanhamento médico da pessoa aprisionada, diante da doença que a acomete, e necessitando os hospitais do órgão de unidade de tratamento intensivo, autoriza-se a prisão domiciliar, e que “o preso tem direito à assistência médica adequada, podendo permanecer em sua residência pelo tempo que se fizer necessário ao completo restabelecimento de sua saúde, nos termos do art. 14, § 2º, da Lei n. 7.210/84” (MARCÃO, 2012, p. 46).

Alexis Brito acrescenta que já foi decidido pelos tribunais que “diante da ineficiência do Estado em prestar a assistência médica adequada, ao condenado será concedida a prisão domiciliar até o seu restabelecimento. O Superior Tribunal de Justiça já assentou esse entendimento (HC 28588/RS).” (BRITO, 2019, p. 169).

Essa compreensão passa pela existência de peculiaridade na situação de saúde da pessoa privada de liberdade, seja por idade avançada ou doença crônica, por exemplo. Requerendo cuidados não oferecidos de modo satisfatório pelos estabelecimentos prisionais brasileiros, tornar-se-ia bastante temerária sua permanência no cárcere diante da insuficiência dos serviços estatais, tendo como panorama seu direito à vida, à saúde e dignidade humana previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Em pesquisa de jurisprudência realizada, pareceu haver tendência pela concessão de licença especial domiciliar para tratamento médico independentemente do regime de cumprimento de pena, conforme os moldes indicados por Brito (2019) e Marcão (2012). É importante salientar, no entanto, o caráter meramente exploratório da pesquisa em questão, que não representa, necessariamente, o entendimento majoritário dos tribunais, não obstante a sinalização nesse sentido pela literatura. As ementas de alguns julgados vêm transcritas abaixo, a fim de ilustrar, exemplificativamente, decisões favoráveis à concessão de prisão domiciliar mesmo para pessoas cumprindo pena em regime diverso do aberto:

Diante da pública e notória total falência das instituições prisionais em nosso País, não podem as autoridades responsáveis pelo acompanhamento das execuções penais deixarem de tomar certas atitudes humanitárias em prol dos sentenciados, sob pena de permitirem verdadeiras violações aos mais elementares direitos do ser humano (BRASIL, 1997).

A persistente demora na entrega do laudo conclusivo de prisão domiciliar autoriza cautelarmente a inserção do reeducando nesse regime, que não pode sofrer as consequências da desídia estatal nas penúrias do cárcere. [...] os documentos que instruem os autos, trazidos pela Defesa e noticiados pelo IAPEN, esclarecem a patologia do reeducando e a ausência de condições da casa prisional em suportar suas enfermidades, **correndo risco, de se ali permanecer, vir a óbito [...]. AUTORIZO A INSERÇÃO do reeducando em prisão domiciliar**, em razão da excepcionalidade demonstrada nos autos, o que faço em cumprimento ao disposto no art. 117, da Lei nº 7.210/1984 (LEP), absolutamente atento à orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, vazada nos precedentes supra referidos (BRASIL, 2019c, grifo nosso).

O preso tem direito à assistência médica adequada, podendo permanecer em sua residência pelo tempo que se fizer necessário ao completo restabelecimento de sua saúde, nos termos do art. 14, § 2º da Lei 7.210/84. 3. Ordem concedida. Liminar confirmada (BRASIL, 1995).

RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ESTADO DE SAÚDE DO AGENTE. GRAVIDADE COMPROVADA. PRISÃO DOMICILIAR. SUPRESSÃO DE INSTANCIA. MATÉRIA NÃO ANALISADA NA ORIGEM. RECURSO NÃO CONHECIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO EVIDENCIADA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] 2. A prisão domiciliar é prevista [...] para os condenados que estejam cumprindo pena no regime aberto, desde que atendam a alguns requisitos, [...] dentre os quais estar o condenado acometido de doença grave. 3. Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento, que em casos excepcionais, é possível a concessão da reclusão em residência para os portadores de doença grave, **mesmo que encontre-se no regime fechado ou semiaberto**. 4. *In casu*, há nos autos laudo médico que atesta a gravidade de sua enfermidade, bem como sugere a realização de tratamento curativo fora do estabelecimento prisional, em face da ausência de recursos necessários para a restauração da saúde do custodiado no âmbito carcerário. 5. Recurso não conhecido, contudo habeas corpus concedido de ofício para autorizar a transferência do recorrente para o regime de prisão domiciliar até que o seu quadro clínico o possibilite a cumprir a sanção impingida em estabelecimento prisional adequado [...] (BRASIL, 2010a, grifo nosso).

EXECUÇÃO PENAL. CONDENADO COM IDADE AVANÇADA E COM INÚMERAS PATOLOGIAS. VIABILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA EM PRISÃO DOMICILIAR ATÉ QUE O QUADRO CLÍNICO APRESENTE ESTABILIDADE OU ATÉ QUE

O ESTABELECIMENTO PRISIONAL TENHA CONDIÇÕES DE PRESTAR A ASSISTÊNCIA MÉDICA. ORDEM CONCEDIDA.

1. Em respeito à integridade física da pessoa submetida à custódia do Poder Público, deve-se compreender, como parte do núcleo intangível que permeia esse direito fundamental diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, o dever do Estado de prestar a devida assistência médica àqueles condenados que ostentam idade avançada. O conteúdo de tal garantia deve ser preservado em qualquer circunstância, mostrando-se arredável eventual justificativa tendente a reduzir-lhe o alcance ou a dimensão.
2. Determinadas previsões da Lei de Execução Penal devem ser interpretadas visando a sua harmonização com um dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, I, da CF), de modo a assegurar acesso dos presos às necessidades básicas de vida, não suprimidas pela sanção criminal. Outrossim, **não se sustenta a interpretação literal de dispositivo de lei que venha a fomentar, na prática, a manutenção do quadro caótico do sistema penitenciário, com implicações deletérias à integridade física dos presos.**
3. A melhor exegese, portanto, do art. 117 da Lei nº 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha.
4. Seguindo a linha de uma interpretação consentânea com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais do condenado, entre os quais o direito a atendimento médico minimamente adequado, **esta Corte, há um bom tempo, sempre na via da absoluta excepcionalidade e em consonância com o caso concreto, tem permitido a condenados em regime diverso do aberto que usufruam da prisão domiciliar sempre que necessário ao tratamento médico de que careçam e que não possa ser disponibilizado dentro dos presídios. [...]**
6. Ordem concedida a fim de autorizar que o paciente cumpra a pena em prisão domiciliar até que seu quadro clínico permita seu retorno ao estabelecimento prisional, devendo os relatórios médicos acerca da evolução das patologias ser periodicamente encaminhados ao Juízo das execuções criminais, ou até que o estabelecimento prisional tenha condições efetivas de prestar a assistência médica de que ele necessita (BRASIL, 2016b, grifos nossos).

Nas duas últimas decisões, ambas do Superior Tribunal de Justiça, percebe-se a referência explícita à inserção dos réus em 'prisão domiciliar pena' ainda que estivessem em regime diverso do aberto. Essa hipótese não é expressamente prevista em lei¹⁴, pois o art. 117 da LEP se refere, a princípio, apenas ao beneficiário de regime aberto quando trata da possibilidade de recolhimento em residência particular por razões de saúde ou idade avançada.

Tais julgados constituem, assim, importantes marcos interpretativos aptos a contribuir com a tese aqui proposta de que o juízo acerca da saúde do réu já seja feito pelo próprio julgador no momento do sentenciamento, para fins de fixação do regime inicial do cumprimento de pena.¹⁵

Além do disposto nos arts. 14, § 2º, 117 e 120, II da LEP e de suas aplicações pelo Poder Judiciário, outra disposição relativa à saúde com impactos sobre a permanência ou não no cárcere resulta do contexto da crise sanitária ligada à COVID-19. Trata-se da Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça, cuja finalidade específica é proteger as vidas e saúde dos encarcerados, magistrados e servidores, sobretudo daqueles em grupo de risco (BRASIL, 2020b).¹⁶

Diante dessa finalidade, o diploma recomenda a Tribunais e magistrados que concedam liberdade provisória utilizando como fundamento o propósito de controlar a propagação da doença e proteger a saúde das pessoas que compõem o grupo de risco:

Art. 8º Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia.

§ 1º Nos casos previstos no *caput*, recomenda-se que:

I – o controle da prisão seja realizado por meio da análise do auto de prisão em flagrante, proferindo-se decisão para:

b) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança, considerando como fundamento extrínseco, inclusive, a necessidade de controle dos fatores de propagação da pandemia e proteção à saúde de pessoas que integrem o grupo de risco; (BRASIL, 2020b).

O objeto deste estudo é distinto dessa situação, tendo em conta que se refere a pessoas já na iminência da prisão-pena. Entretanto, em interpretação harmônica com

os direitos constitucionais à saúde e à vida, com o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário e com a situação excepcional de pandemia, poder-se-ia aplicar, analogicamente, tal dispositivo ao proceder a fixação do regime inicial de cumprimento de pena levando em conta questões de saúde, de modo a permitir que o réu cumpra sua pena em regime aberto, na modalidade de prisão-albergue domiciliar. Essa interpretação traz elementos que permitem, inclusive, caracterizar como constrangimento ilegal o ato de manter uma pessoa encarcerada sem os devidos cuidados médicos mínimos à sua sobrevivência.

Passemos, então, às razões concretas da necessidade de consideração do estado clínico da pessoa condenada na estipulação do regime inicial de cumprimento de pena.

4. Acesso à saúde célere - um imperativo de justiça e equidade

Além do estado de coisas inconstitucional dos presídios brasileiros, o próprio funcionamento normal do Poder Judiciário atua como contexto fático passível de obstruir o direito à saúde das pessoas encarceradas. Para ilustrar essa questão, lançamos mão de alguns elementos da teoria jurídica da justiça formulada por Ricardo Marcondes Martins. Tal autor parte da noção aristotélica de equidade e da teoria da igualdade tributária de Humberto Ávila, estendendo-a para os demais ramos do direito, a fim de estruturar sua teoria da justiça no plano da validade.¹⁷

Começemos, pois, recapitulando a equidade nos termos de Aristóteles. O filósofo entende que aquela, superior a um certo tipo de justiça, pertence ao mesmo gênero de fenômenos que esta, sendo, porém, mais poderosa. Isso porque a natureza da equidade é ser retificadora do defeito da lei, defeito este resultante de seu caráter universal. O fundamento para essa função retificadora resulta, para Aristóteles, da lei ser sempre universal, havendo, no entanto, casos não abrangidos por seu texto geral, sobre os quais não se pode enunciar de modo correto um princípio universal (ARISTÓTELES, 2009, p. 124-125). Nesses casos em que a lei leva em consideração somente o que se passa na maioria das vezes, o autor fala em erro, mas não decorrente da lei ou do legislador, e sim simplesmente da impossibilidade de antever todas as peculiaridades da situação concreta. Aristóteles (2009, p. 125) pondera, portanto: “Quando a lei enuncia um princípio universal, e se verifica resultarem casos que vão contra essa universalidade, nessa altura está certo que se retifique o defeito”, explicando que este seria “o que o legislador deixou escapar e a respeito do que, por se pronunciar de um modo absoluto, terá errado.” Nesta visão, o próprio legislador determinaria essa retificação, se presenciasse o caso ou dele tomasse conhecimento, corrigindo a lei a partir das situações concretas. (ARISTÓTELES, 2009, p. 125). Logo, a equidade seria justa, e até, em algum sentido, uma qualidade melhor do que aquela forma de justiça sujeita ao erro, a justiça ligada à norma abstrata.

Assim, diz o autor, nem tudo está submetido a legislação, já que é impossível legislar em alguns casos, a ponto de ser preciso recorrer a decretos. Afirmando que a regra do que é indefinido seria também ela própria indefinida, Aristóteles utiliza como exemplo a régua de chumbo empregada pelos construtores de Lesbos, que se alterava de acordo com a forma da pedra. De tal modo, a interpretação justa “terá de se adequar às mais diversas circunstâncias.” (ARISTÓTELES, 2009, p. 125). Neste trecho, recordamos a importância do Poder Judiciário na interpretação da lei nos casos concretos que fogem às hipóteses previstas em regras legais abstratas, interpretação esta a ser iluminada pela Constituição.

Martins pontua que a justiça deontica no plano da validade tem relação com essa equidade aristotélica, lidando com a difícil relação entre a generalidade da lei e a particularidade da situação concreta (MARTINS, 2012, p. 197). Esse autor pondera: “A justiça não está na desconsideração da lei, nem na sua aplicação a todo custo. Eis o grande problema: saber quando a lei deve ser afastada e quando deve ser aplicada.” (MARTINS, 2012, p. 198). Com isso, discute as ideias de igualdade ou justiça geral e particular nos termos trazidos por Ávila, que aqui retomamos.

Ávila apresenta o seguinte dilema: para atender a igualdade, a norma deveria considerar todas as particularidades de seus destinatários, tratando cada caso na medida em que ele se distingue dos outros? Ou bastaria, para garantir o tratamento isonômico, que a norma tratasse os destinatários baseada em qualidades geralmente presentes na maioria deles, tomando cada caso como parte de uma classe de casos, ainda que se constatassem diferenças ao analisar elementos não selecionados pelo legislador? Nessa dicotomia estão em jogo duas concepções de igualdade: uma particular ou particularista e a outra geral ou generalista (ÁVILA, 2008, p. 78).

A primeira, particularista, consiste em uma espécie de justiça “sob medida”: cada indivíduo é tratado em conformidade com suas características e com as peculiaridades de seu caso. Todavia, como a lei abstrata e geral opera não “sob medida”, mas com “tamanho único” ou “médio” para um sem número de pessoas e situações, acaba por desconsiderar algumas propriedades. Essas podem, entretanto, adquirir importância em momento posterior; assim, sua desconsideração levaria à aplicação injusta da norma. Daí ocorreria o fenômeno conhecido como “experiência recalcitrante”: um novo caso revela uma peculiaridade desconsiderada pelo padrão legal, mas tida como importante no momento da aplicação da lei, podendo produzir uma discrepância entre a previsão e a finalidade da norma (ÁVILA, 2008, p. 79).

Já a igualdade generalista privilegia valores como a previsibilidade e coordenação nas tomadas de decisão, buscando reduzir o arbítrio do aplicador da lei. Para esta concepção, justa seria a decisão que leva em conta características médias dos destinatários, desprezando outras diferenças (ÁVILA, 2008, p. 81-82).

Martins frisa que os dois modelos são contraditórios, impondo um exame cauteloso. Diante disso, considera que há, para todo o direito, uma “preferência ao tratamento particularizado”. Tal leitura fundamenta-se no preâmbulo, no art. 3º, I, no art. 5º, *caput* e I e no art. 170, VII da Constituição brasileira, cujo texto clamaria por igualdade material (MARTINS, 2012, p. 200). Concordamos com essa conclusão, que conduz à interpretação particularista das regras penais de fixação do regime inicial. Ou seja, esta não pode desprezar variáveis relevantes não previstas na norma geral, como o estado de saúde da pessoa acusada, cuja importância já é altíssima considerando apenas o estado de coisas inconstitucional do cárcere, e ainda mais inegável frente à pandemia em curso.

Feitas essas ponderações, consideremos algumas circunstâncias práticas que acentuam esse imperativo de justiça particular. Sabe-se que os juízos competentes em matéria de execução penal não promovem automaticamente a revisão da adequação do regime inicial de cumprimento de pena em favor da pessoa sentenciada, seja por razões de saúde ou por outro motivo. Visão tal não guardaria amparo nem no referido estado de coisas inconstitucional, nem no funcionamento regular do Judiciário. Ademais, a morosidade desse Poder é um problema sistêmico ao qual os juízos competentes em matéria de execução não são exceção.¹⁸

Mas não se trata, apenas, de uma questão de morosidade. Se não fixado o recolhimento em residência particular por razões de saúde no próprio momento de prolação da sentença, a pessoa debilitada será recolhida ao cárcere e um período de tempo fluirá até a elaboração de uma simples guia de execução definitiva em seu desfavor. Seja este mais ou menos longo, dificilmente será insignificante. Posteriormente, mais tempo de encarceramento transcorrerá até que o juízo competente em execução criminal elabore os cálculos pertinentes para fins de análise dos direitos de execução penal. Serão, então, abertas vistas para a manifestação do Ministério Público. Em seguida, a defesa será intimada a se manifestar, e somente então aquele juízo irá ou não decidir em prol da fixação da prisão domiciliar por motivos de saúde, ainda que a pessoa esteja encarcerada em regime diverso do aberto.

Possíveis meses transcorrerão nessa tramitação processual e a pessoa acometida de doença grave será, infelizmente, a única a sentir na pele que a dureza do cárcere e do estado de coisas inconstitucional preponderarão sobre a visão bucólica de que o juízo competente em matéria de execução criminal conseguirá tardiamente resguardar seu direito à saúde, transferindo-a ao regime aberto com a presteza necessária ao risco de vida que corre.

E todo esse árduo procedimento seria evitável se simplesmente fosse examinado o laudo médico da pessoa em estado de saúde grave quando do cálculo de seu regime inicial de cumprimento de pena. Feita essa mera operação, este inevitavelmente já seria fixado como aberto em prisão domiciliar, em conformidade com a jurisprudên-

cia do STJ baseada no art. 14, § 2º da LEP, sem a necessidade de onerar o Poder Judiciário com trâmites desnecessários.

Postergando-se esse exame para o juízo com competência em matéria de execução penal, é possível que haja uma cifra negra; o preso, que muitas vezes não dispõe dos serviços de advogados particulares, pode ser remetido a um estabelecimento que não conta com a assistência de Defensoria Pública; pode estar incomunicável; pode, em plena pandemia, se contaminar por COVID-19, e mesmo falecer até que seu pedido venha a ser examinado.

Por isso, consideramos que negar a antecipação do juízo sobre a enfermidade do réu significaria, por vias transversas, negar-lhe acesso à saúde, ignorando a normal demora¹⁹ na tramitação de feitos mesmo pelo mais célere e diligente juízo de execução criminal.

5. Fixação do regime inicial e desnecessidade da pena à luz da Constituição

Da supremacia da Constituição decorre uma importante ferramenta para a hermenêutica jurídica, nos termos de Ricardo Marcondes Martins. Esse autor se refere à regra da interpretação conforme a Constituição,²⁰ descrevendo alguns de seus desdobramentos. O primeiro estabelece que todo o direito infraconstitucional deve ser compreendido à luz da Constituição; existe uma preeminência normativa da Constituição, que impõe a leitura e releitura da ordem infraconstitucional tendo como base o seu texto. Essa preeminência demanda que todas as normas infraconstitucionais sejam interpretadas sob a lente da “axiologia constitucional”, de maneira a apurar o significado que indique a máxima realização dos valores constitucionalmente positivados, considerando a precisa medida de sua positivação. Tal ordem de efeitos é chamada de sentido positivo da preeminência. Em contrapartida, a preeminência determina, também, o dever de afastar do sistema as normas incompatíveis com a Constituição, a partir da invalidação das novas normas e consideração das antigas como revogadas, o que se denomina sentido negativo da preeminência. (MARTINS, 2011, p. 41).

Esses desdobramentos seguem a nomenclatura de Paulo Ricardo Schier, que prevê um terceiro: a *filtragem constitucional*. Schier enuncia que esta envolve, dentre outros aspectos, a defesa da força normativa da Constituição, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com o texto da Lei Fundamental, a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo e a constitucionalização do direito infraconstitucional (SCHIER, 2005, p. 145-146).

Esse último aspecto é de especial interesse à presente pesquisa, na medida em que oferece uma leitura da relação entre a Constituição e as demais normas do ordenamento, que dela extraem seu fundamento de validade. Martins sintetiza: “Pela filtragem constitucional as normas infraconstitucionais não são apenas compreendidas à luz da Constituição, são consideradas *desdobramentos* do texto constitucional; ou, melhor *concretizações* dos valores nele positivados.” E, ainda: “Pela filtragem o Direito foi praticamente reconstruído: hoje é impossível estudar qualquer ramo dogmático sem detida análise do texto constitucional. Basta pensar no *direito civil*: dantes ele tinha o Código Civil como eixo central de seu estudo; hoje o eixo central é a Constituição.” (MARTINS, 2011, p. 42, grifos do autor).²¹

Martins elucida, assim, que se uma norma jurídica puder ser interpretada de duas ou mais formas, uma compatível com a Constituição e outra incompatível, exige-se do intérprete que opte pela primeira. Logo, pode-se encarar a necessidade de antecipar a análise das condições de saúde do réu ao momento da fixação do regime inicial de cumprimento de pena partindo de uma interpretação conforme a Constituição nos moldes enunciados acima.

A norma infraconstitucional objeto de tal interpretação está inscrita no art. 33 do Código Penal, que determina as regras do regime de início de cumprimento de pena. Mais especificamente, o art. 33 estabelece, em seu § 3º, que a determinação do regime inicial será feita observando-se os critérios previstos no art. 59²² do CP.

Desse modo, a escolha pelo julgador do regime inicial para o cumprimento da pena deverá, conforme Rogério Greco (2016, p. 595), ser uma conjugação da quantidade de pena aplicada à pessoa sentenciada com a análise das circunstâncias judiciais do referido art. 59, sobretudo quanto à última parte desse artigo, que comanda que a pena deverá ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

O art. 59 do Código Penal consagra, portanto, o princípio da (des)necessidade da pena, de grande utilidade ao diálogo estabelecido entre as regras de fixação do regime inicial com os preceitos constitucionais ligados à saúde. Isso porque no caso particular das pessoas idosas ou com saúde debilitada, a desnecessidade da pena pode ser vista como *desdobramento* direto do direito fundamental à vida e à saúde previstos na Constituição Federal. Sabe-se que essa não é a única leitura possível desse princípio nem mesmo a mais óbvia. Contudo, ao considerar a variável *estado de saúde* na aplicação da norma e sua incompatibilidade com o cárcere em diversas situações, parece ser a mais adequada aos objetivos constitucionais, privilegiando assim o caso específico de interpretação conforme em que uma das interpretações é preferível em relação às demais.

Neste ponto, cabe referenciar o modelo funcionalista-teleológico de Claus Roxin, segundo o qual o fundamento da dogmática penal, baseada em decisões político-criminais, deve nortear-se por valores e princípios garantistas. Tal modelo traz reflexos

no exame da necessidade da pena, a ser afastada quando medidas diversas se revelarem mais efetivas à proteção dos bens jurídicos. Para Roxin, não se pode punir, por falta de necessidade, se outras medidas de política social ou até as próprias prestações voluntárias do criminoso assegurarem uma proteção suficiente dos bens jurídicos e, inclusivamente, ainda que não haja meios mais suaves, “há que renunciar — por falta de idoneidade — à pena quando ela seja política e criminalmente inoperante, ou mesmo nociva.” (ROXIN, 1986, pp. 57-58)

Nesta linha de ideias, Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina (2007) ponderam que não basta ao julgador o enfrentamento da culpabilidade do agente, devendo necessariamente debruçar-se sobre a *necessidade concreta da pena*, cotejando a real pertinência do interesse estatal na punição do delito (GOMES E MOLINA, 2007, p. 574). E o referido autor traz balizas que podem ser invocadas para o afastamento concreto da pena sob o fundamento de sua desnecessidade, como o arrependimento, o trabalho, família constituída (GOMES E MOLINA, 2007, p. 575), e, acrescentamos, a doença grave ou idade avançada.

Assim, com base no art. 59 do CP, caberia ao juiz, no momento da prolação do édito condenatório, dispensar não a pena, mas tão somente a necessidade de que esta seja cumprida em regime fechado ou semiaberto. Aplica-se, portanto, o princípio da desnecessidade concreta da pena diante das condições frágeis de saúde da pessoa sentenciada. E se a própria pena se pauta no princípio da desnecessidade, o regime inicial de cumprimento de pena também poderia nele pautar-se a partir do argumento *a fortiori*, isto é, por força de razão ainda maior.

Nesse sentido, cabe ter em mente que em virtude das peculiaridades do estado de saúde da pessoa sob julgamento, sua vida já se encontraria em grande risco, sendo que seu recolhimento ao regime fechado/semiaberto teria o condão de agravar em grande medida tal risco. Isso em razão da necessidade imediata de cuidados médicos indisponíveis no cárcere, bem como de estar em um ambiente salubre, onde o risco de contração da COVID-19 ou de outras comorbidades fosse minimizado. Diante dessas condições, a pena se tornaria, além de inoperante, efetivamente *nociva* à saúde do réu, nos termos de Roxin (1986, pp. 57-58).

Tais parâmetros permitiriam um possível caminho de releitura dos dispositivos inseridos nas leis penais, procurando autorizar, concretamente, a fixação de regime inicial mais brando no momento do proferimento da sentença em função do estado de saúde da pessoa sentenciada à pena privativa de liberdade, a despeito do que determinaria a previsão do art. 33, § 2º²³ do Código Penal (BRASIL, 1940) singularmente considerada.

É dizer: apesar de inexistir previsão infraconstitucional expressa para tanto, essa necessidade se justificaria diante dos direitos constitucionais à saúde, à vida e do

fundamento da República que é a dignidade da pessoa humana, contrastados com o atual estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

E especificamente em meio à crise sanitária materializada pela pandemia do SARS-CoV-2, salientamos que os corpos dos indivíduos em questão, necessariamente já debilitados - um requisito para serem abarcados pela interpretação aqui proposta - seriam protegidos da COVID-19. Isso porque a doença tende a se manifestar de forma muito mais grave em sujeitos de saúde fragilizada como idosos, pessoas com câncer, diabetes, tuberculose, doenças respiratórias e cardíacas, SIDA e outras condições imunossupressoras, além de se disseminar com maior risco em comunidades fechadas tais quais as prisões, onde as medidas de proteção recomendadas pela Organização Mundial da Saúde para prevenir o contágio seriam de difícil implementação (BOULOS, 2020).

6. Detração penal e direito à saúde no sentenciamento condenatório - possíveis aproximações na forma de aplicação

No que tange à necessidade de que o juízo de conhecimento fixe o regime inicial aberto por razões de saúde, notamos que raciocínio semelhante foi empregado pelo legislador ao tratar de previsões ligadas ao instituto jurídico da detração penal.

A detração encontra-se prevista no art. 42 do Código Penal, pelo qual computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória²⁴, no Brasil ou não, o de prisão administrativa e o de internação. Tal instituto visa, como lembrado por René Dotti (2002, p. 605), impedir que o Estado abuse do poder punitivo, obstando que a pessoa acusada fique sujeita a fração que exceda a pena sempre que houver perda da liberdade ou internação em etapas precedentes à sentença condenatória.

Guilherme Nucci (2016, p. 407) aborda esse tema destacando a imensa lentidão do Judiciário para dar fim ao processo criminal, o que gera ao preso cautelar vários problemas, tanto assim que se criou o direito à execução provisória da pena. Diante disso, seria justo computar o tempo de prisão provisória, extenso e difícil para o réu, no cálculo do regime inicial de cumprimento da pena.

Tal posição consagrou-se legislativamente com a Lei 12.736/12 (NUCCI, 2016, p. 407), que incluiu no art. 387 do Código de Processo Penal (CPP) o § 2º: “o tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade.” (BRASIL, 1941). Essa redação retrataria a intenção do legislador de vedar extrapolações oriundas da morosidade do Judiciário à pena justa, proporcional, necessária e suficiente, seja o dispositivo compreendido no âmbito do processo de conhecimento ou da antecipação de direitos de execução penal.²⁵ Nesse contexto,

a Exposição de Motivos²⁶ do Projeto de Lei que deu origem à Lei nº 12.736/12 previu explicitamente o intuito de promover a redução da população prisional, problema crônico do sistema carcerário brasileiro (PAVLOVSKY, 2013).

A lentidão aludida por Nucci produziria os mesmos efeitos deletérios no que tange à consideração tardia do estado de saúde do réu, com a diferença de que, a depender da situação da pessoa, a questão que se coloca é de vida ou morte. De uma forma ou de outra, a identidade de raciocínio é evidente na forma de aplicação do direito à saúde que aqui se propõe, fundada na Constituição Federal, e naquela da detração, já acolhida pelo legislador ordinário.

Em abono a esse argumento, na visão de Renato Brasileiro (2017, p. 1084), a intenção do legislador ao inovar no § 2º do artigo 387 do CPP foi tornar mais célere a concessão dos benefícios da execução penal, já que houve uma antecipação do momento de reconhecimento da detração²⁷ para fins de fixação do regime inicial do cumprimento da pena privativa de liberdade. Se antes o instituto era objeto de análise exclusiva pelo juízo da execução penal, com amparo nos artigos 66, III, “c” e 111, ambos da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), agora o exame de seu cabimento também pode ser feito pelo juízo do processo de conhecimento, que computará, para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade, no ato de prolação da sentença condenatória, “o tempo da prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação” (BRASIL, 1941) a que se submeteu a pessoa sentenciada.

Tendo assim por premissa o inquestionável objetivo do legislador em conferir maior concretude e eficácia aos benefícios da execução penal, a exemplo da inovação legislativa promovida na detração penal, nada obsta que o direito de saúde, antes aferido exclusivamente pelo juízo competente em matéria de execução criminal ao acolher a “prisão domiciliar pena”, também seja examinado de maneira concorrente pelo “juízo do processo de conhecimento”, mais especificamente no momento de estipulação do regime inicial de cumprimento de pena. Havendo identidade de razões entre os institutos tratados, impõe-se idêntica solução.

7. Fazendo a pergunta dos excluídos

Examinaremos, ainda, um último método de interpretação jurídica a fim de estruturar solidamente a leitura constitucional aqui idealizada. Este consiste em *fazer a pergunta dos excluídos*, tendo sido proposto por Katharine Bartlett.²⁸ A autora dispõe: “uma pergunta se torna um método quando é feita regularmente” (BARTLETT, 1990, p. 837, tradução nossa). A pergunta dos excluídos se refere, particularmente, a coletividades desconsideradas no processo de elaboração de uma lei e busca identificar um viés na norma cujos efeitos possam ser danosos a certo grupo minoritário sob uma aparência de neutralidade e objetividade (BARTLETT, 1990, p. 837; p. 847).

O método exige um conjunto de perguntas de longo alcance: “que suposições foram feitas pela lei sobre aqueles por ela afetados? Quais interesses estão invisíveis ou periféricos? Como os pontos de vista excluídos poderiam ser identificados e levados em conta?” (BARTLETT, 1990, p. 848, tradução nossa). Neste caso, a perspectiva das pessoas em estado grave de saúde não foi levada em conta pelo legislador do Código Penal ao disciplinar os regimes iniciais de cumprimento de pena.

Importa frisar que fazer a pergunta dos excluídos não implica, necessariamente, decidir em favor dos excluídos (BARTLETT, 1990, p. 846). Como qualquer método, a questão visa auxiliar o intérprete na tomada de decisão, trazendo luz a elementos que seriam outrora desconsiderados. No caso concreto, o resultado pode ser dos mais diversos; pode-se concluir, eventualmente, que o réu não se encontra em estado grave de saúde. Mas a pergunta dos excluídos terá amparado o juiz a voltar seu olhar para questões ligadas à saúde no momento de calcular o regime inicial da pena, independentemente da conclusão aferida na situação prática.

Há quem apresente objeções a este método acusando-o de ser político. A autora responde a essas críticas afirmando que a pergunta dos excluídos tem o propósito de desvendar na lei determinada desvantagem baseada em uma opressão. Para ela, a alegação de que essa informação pode existir é, de fato, política, mas apenas na medida em que a alegação explícita ou implícita de que essa informação não existe *também* é política (BARTLETT, 1990, p. 847).

E no tocante ao tema aqui enfrentado, observamos que nosso próprio ordenamento jurídico coloca o direito à saúde como uma norma constitucional de primeira grandeza, assim como a vedação a qualquer forma de discriminação, a dignidade da pessoa humana e a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Por isso, a questão dos excluídos pode e deve ser feita *com base na Constituição*, ficando mais ou menos assim: (i) que suposições foram feitas pela lei infraconstitucional sobre aqueles por ela afetados? - Neste caso, a suposição principal é a de que a pessoa condenada é/está saudável. Outra suposição presume o cárcere como um local salubre que não debilita a saúde das pessoas presas. Há, também, a suposição de que não existe uma pandemia em curso. (ii) De que forma o legislador ordinário deixou de respeitar a vontade do constituinte? - Ao desconsiderar o direito fundamental à saúde e o dever do estado de protegê-la, bem como sua massiva violação inconstitucional nos presídios brasileiros. (iii) Como os pontos de vista das pessoas com idade avançada e saúde frágil podem ser identificados e levados em conta? - Com a consideração, pelo julgador, do estado de saúde da pessoa sentenciada enquanto fator a ser ponderado quando da estipulação do regime inicial de cumprimento de pena.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que a aplicação do art. 14, § 2º da LEP²⁹ desde o proferimento da sentença se torna viável com base em uma leitura constitucional, reforçada pela declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário pelo STF na ADPF nº 347. O réu de saúde debilitada não poderia, afinal, responder pela inércia do Estado na insalubridade dos estabelecimentos prisionais.

A relevância de que tal juízo seja antecipado pelo julgador ao prolatar a decisão condenatória se justifica, também, de um ponto de vista concreto, tendo em vista o período de tempo potencialmente longo - irrecuperável à saúde do réu e perfeitamente evitável - decorrido até que tal análise seja enfim feita pelo juízo competente em matéria de execução penal.

A interpretação orientada para a Constituição que se propõe arremataria a jurisprudência tendente a conceder 'prisão domiciliar pena' em virtude de questões de saúde, jurisprudência já sensível a razões humanitárias atinentes à dignidade humana. Com isso, esta adquiriria mais uma dimensão: a dimensão do *tempo*, essencial à matéria da saúde.

Essa interpretação igualmente adquire forma com a consideração do princípio da (des)necessidade da pena previsto no Código Penal (art. 59), tendo em vista que cumprir pena em regime fechado ou semiaberto se torna inadequado e desnecessário em face de um estado de saúde grave e do risco de contágio por COVID-19.

A disciplina jurídica da detração penal, por sua vez, nos faz perceber que o legislador ordinário já se preocupou, em outras ocasiões, com a celeridade na concessão de direitos de execução penal desde o momento do sentenciamento. E fazendo a pergunta dos excluídos, adquire-se consciência que não foi este o caso no tema objeto de análise, sendo possível, assim, identificar e corrigir a ausência do ponto de vista das pessoas com saúde debilitada ou idade avançada na fixação do regime inicial de cumprimento de pena.

Nesse prisma de ideias, o exame do estado de saúde na estipulação do regime inicial pelo juízo de conhecimento reflete, em última análise, atuação judicial a partir do estado de coisas inconstitucional, permitindo que, sem as delongas para a formação do expediente da execução criminal (com guias de execuções provisórias e definitivas, cálculos de cumprimento de pena, vistas para manifestação do Ministério Público e defesa, decisões judiciais com comunicações às autoridades carcerárias, etc.), as pessoas com saúde frágil de forma mais célere sejam enquadradas no regime de cumprimento de pena adequado, necessário e proporcional.

Recebido: 22 de setembro de 2020.

Aprovado: 09 de novembro de 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACHOCHE, Munif Saliba. A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2102, 3 abr. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3kPCwek>. Acesso em: 8 set. 2020.
- AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed., rev., ampl., atual. Brasil: Malheiros, 1998.
- AGNU. [Princípios de Ética Médica aplicáveis à função do pessoal de saúde, especialmente aos médicos, na proteção de prisioneiros ou detidos contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas cruéis, desumanos ou degradantes. (1982)] *Resolução nº 37/194 da Assembleia Geral das Nações Unidas*. 18 dez. 1982. Disponível em: <https://bit.ly/31QSK8d>. Acesso em: 8 set. 2020.
- AGNU. [Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão. (1988)] *Resolução nº 43/173 da Assembleia Geral das Nações Unidas - 76ª Sessão Plenária*: 9 dez. 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3pQNYDK>. Acesso em: 7 set. 2020.
- AGNU. [Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos (1990)] *Resolução nº 45/111 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - 14 dez. 1990*. Disponível em: <https://bit.ly/3nKGCXa>. Acesso em: 10 set. 2020.
- ALMEIDA, Antonio Vitor Barbosa de. *Tese Institucional nº 04*. Defensoria Pública do Estado do Paraná. Redação aprovada pela maioria dos presentes - I Encontro Estadual, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3m4l5s9>. Acesso em: 17 nov. 2020.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. do grego de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARTLETT, Katharine. Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 4, p. 829-888, 1990. Disponível em: <https://bit.ly/2UOAwsl>. Acesso em: 17 set. 2020.
- BOULOS, Marcos. Doc. nº 2 - Resposta ao Ofício n. 03/2020, ao Instituto de Defesa do Direito de Defesa. *ADPF nº 347*. São Paulo: 15 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kOJhgv>. Acesso em: 4 set. 2020.
- BRASIL. [Código Penal (1940)]. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: <https://bit.ly/3pfpYiC>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: <https://bit.ly/331Og7G>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF:

- Presidência da República, 1984. Disponível em: <https://bit.ly/2UOtnqv>. Acesso em: 27 ago. 2020.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/2J1kOqU>. Acesso em: 31 ago. 2020.
- BRASIL. [Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1992)]. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b. Disponível em: <https://bit.ly/35Q6vyt>. Acesso em: 16 set. 2020.
- BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: <https://bit.ly/391Sdgh>. Acesso em: 15 nov. 2020.
- BRASIL. [Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1976)]. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*.
- BRASIL. [Regras Mínimas para o Tratamento de Presos no Brasil (1994)]. *Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária de 11 de novembro de 1994*. Publicação no DOU: 2 dez. 1994. Disponível em: <https://bit.ly/3njw3DH>. Acesso em: 14 set. 2020.
- BRASIL. TRF 3ª Região, HC 95.03.062424/0-SP, 5ª T., Rel. Des. Ramza Tartuce. Julgado em: 25 set. 1995. Publicação no DOU: 21 nov. 1995.
- BRASIL. TJ-SP, *Agravo nº 234.175-3, 2ª CCrim.*, Rel. Des. Egidio de Carvalho. São Paulo: 15 set. 1997.
- BRASIL. STF. *Súmula nº 718*. Data de publicação: DJ de 13 out. 2003.
- BRASIL. STF. *Súmula nº 719*. Data de publicação: DJ de 13 out. 2003.
- BRASIL. STF. RE nº 349703/RS. Rel. para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJe: 05 jun. 2009.
- BRASIL, STJ. RHC nº 26.814/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe: 29 abr. 2010a.
- BRASIL, STJ. *Súmula 440*, Terceira Seção, j. em 28 abr. 2010, DJe: 13 mai. 2010b.
- BRASIL. *Exposição de Motivos nº 00176/MJ*. Projeto de Lei 2.784/2011. Brasília, 29 ago. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3nMWybt>. Acesso em: 19 nov. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília: 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2HIPbIh>. Acesso em: 2 set. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 56*. Brasília, DF: 2016a. Disponível em: <https://bit.ly/2Kuqwmb>. Acesso em: 15 set. 2020.
- BRASIL. STJ. HC nº 366.517 - DF (2016/0211302-0). Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF: 11 out. 2016. DJe: 27 out. 2016b.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório de Gestão - supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do sistema de execução de medidas*

- socioeducativas* – DMF. Brasília, DF: 2017. Disponível em <https://bit.ly/3kMtXBb>. Acesso em: 2 set. 2020.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Infopen - *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Mantenedor: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília, DF: 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/2IOYgdA>. Acesso em: 7 set. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 9.706, de 8 de fevereiro de 2019*. Concede indulto humanitário e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: <https://bit.ly/391F6M1>. Acesso em: 15 set. 2020.
- BRASIL. TJ-AP. *Ação de Execução Penal nº 0059221-91.2016.8.03.0001*. Des. João Guilherme Lages Mendes. Amapá: 30 abr. 2019c.
- BRASIL. Depen atualiza dados sobre a população carcerária do Brasil. *Ministério da Justiça e Segurança Pública*. Brasília, DF: 14 fev. 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/335IYbc>. Acesso em: 7 set. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020*. Brasília: 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/36XNtFF>. Acesso em: 18 set. 2020.
- BRASIL. Covid 19 Painel Mundial 19 Maio 20. *DEPEN*. 19 mai. 2020c. Disponível em: <https://bit.ly/3910OD1>. Acesso em: 10 set. 2020.
- BRASILEIRO, Renato. *Código de Processo Penal Comentado*. 2ª ed., Salvador: Jus Podivm, 2017.
- BRISO, Caio Barretto. Com poucos juízes e excesso de ações, Vara de Execuções Penais atrasa benefícios. *O Globo*. 10 ago. 2014. Disponível em: <https://glo.bo/3nG1KAc>. Acesso em: 17 set. 2020.
- BRITO, Alexis Couto de. *Execução penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CASTRO, Alexandre Samy. Indicadores Básicos e desempenho da Justiça Estadual de primeiro grau no Brasil. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Governo Federal. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. Brasília: abr. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/35N4OlX>. Acesso em: 17 set. 2020.
- CIDH. *Resolução de 28 de novembro de 2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Medidas provisórias: Brasil. Complexo Penitenciário de Curado. 28 nov. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3fn9Fx4>. Acesso em: 28 ago. 2020.
- COLETÂNEA de enunciados das Defensorias Públicas Estaduais, do Distrito Federal e da União. *Teses Institucionais*. Conselho Nacional de Corregedores-Gerais. [2020]. Disponível em: <https://bit.ly/3lSM49F>. Acesso em: 18 nov. 2020.
- CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- DOTTI, René. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 29ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOMES, Juliana Cesario Alvim et al. *Petição Inicial da ADPF 347*. Rio de Janeiro: 26 mai. 2015. Disponível em <https://bit.ly/2UKWYTh>. Acesso em: 8 de set. 2020.
- GOMES, Luiz Flávio; DE MOLINA, Antonio García-pablos. *Direito penal*: parte geral. v. 2. São Paulo: RT, 2007.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- GRECO, Rogério. *Código Penal*: comentado. 11ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.
- JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. Palestra ministrada no Laboratório de Ciências Criminais de São Paulo/SP do IBCCrim, em 14 mai. 2018.
- LERMEN, Helena Salgueiro et al. Saúde no cárcere: análise das políticas sociais de saúde voltadas à população prisional brasileira. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 905-924, set. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3kQXvoz>. Acesso em: 8 set. 2020.
- MARCÃO, Renato. *Curso de execução penal*. 10ª ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.403/2011 (prisões cautelares, liberdade provisória e medidas cautelares restritivas) e 12.433/2011 (remição de pena). São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Justiça Deontica. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Um diálogo sobre a justiça*: a justiça arquetípica e a justiça deontica. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NETO, Arcílio. *Com testagem de presos, casos de coronavírus explodem em Sorocaba*: 620 registros em 24h. G1. São Paulo, 18 jun. 2020, 18:37. Disponível em: <https://globo/2IQMaQF>. Acesso em: 31 jul. 2020.
- PAVLOVSKY, Fernando Awensztern. A nova redação do artigo 387, § 2º do Código de Processo Penal: considerações, natureza jurídica e aplicação da nova regra. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3521, 20 fev. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23774>. Acesso em: 19 nov. 2020.
- ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr./jun. 2005.
- STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional. *Notícias STF*. Brasília: 28 ago. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/35No826>. Acesso em: 19 jun. 2020.
- UNODC. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos*. 1955. Disponível em: <https://bit.ly/394dyWf>. Acesso em: 11 set. 2020.

WHO Coronavirus Disease (COVID-19). *Organização Mundial de Saúde (OMS)*. Última atualização dos dados: 11 fev. 2021, 10:55am CET. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em: 11 fev. 2021.

NOTAS DE FIM

- 1 De acordo com dados do Infopen 2019, os números atingem o espantoso total de 7,7 mil soropositivos para HIV e 8,6 mil casos de tuberculose (BRASIL, 2019a).
- 2 “Dado que está fora de qualquer dúvida que a degradação em curso decorre da superpopulação do Complexo de Curado, cuja densidade é superior a 200%, ou seja, duas vezes sua capacidade, disso se deduziria que duplica também a inflicção anti-jurídica eivada de dor da pena que se está executando, o que imporia que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes.” (CIDH, 2018, p. 28).
- 3 Em 19 de maio de 2020, o Depen publicou pesquisa expondo o número de presos de 49 países, número de infectados, detentos com suspeitas, pessoas presas mortas em razão de complicações causadas pela COVID-19 e existência ou não de protocolo específico ao sistema prisional, assim como as medidas que têm sido adotadas, como suspensões de visitas ou outras restrições (BRASIL, 2020c).
- 4 Mesmo que não se concorde, eventualmente, com a referida eficácia plena do direito à saúde, este já possui ampla regulamentação infraconstitucional, notadamente pela Lei nº 8.080/1990. Além disso, o direito ora tratado também vem amplamente regulamentado no plano internacional, como demonstrado ao longo do texto, o que reforça sua densidade normativa, ainda mais em se considerando que tratados internacionais sobre direitos humanos, quando incorporados no ordenamento jurídico pátrio, assumem status normativo supralegal (conclusão adotada pelo STF no julgamento do RE 349.703-1). Independentemente disso, porém, é importante ter em mente que o resultado prático da interpretação aqui proposta - que pessoas em estado debilitado de saúde cumpram pena em suas casas - não importa qualquer ônus ao Estado, seja legislativo, programático ou financeiro. Muito pelo contrário: o processo de superencarceramento é que configura o único “saco sem fundo” do orçamento público, nas palavras de Gustavo Junqueira (2018, informação verbal).
- 5 Cabe destacar que, além da classificação de José Afonso da Silva, existem muitas outras possíveis, como a de Maria Helena Diniz (2003) ou a de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2002). Para aquela autora, as cláusulas pétreas (dentre elas o direito fundamental à saúde) podem ser consideradas normas constitucionais com eficácia absoluta (supereficazes). Já para este autor, o direito à saúde estaria abrangido dentre as normas autoexecutáveis (completas), tendo aplicação imediata. Para a específica finalidade deste trabalho, pretende-se destacar que, a despeito da classificação sugerida, o direito fundamental à saúde deverá ser lido de maneira a incidir imediatamente e sem condicionamentos, o que decorre da máxima efetividade consagrada no § 1º do artigo 5º da CRFB/88.

- 6 Lembramos que a saúde constitui direito fundamental, estando tais direitos dispostos ao longo de todo o texto constitucional. Conforme explica Ieda Tatiana Cury, “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 tal direito merece tratamento especial” (CURY, 2005, p. XVII).
- 7 “Regra 13 Todos os locais destinados aos reclusos, especialmente os dormitórios, devem satisfazer todas as exigências de higiene e saúde, tomando-se devidamente em consideração as condições climáticas e, especialmente, a cubicagem de ar disponível, o espaço mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação. [...] Regra 24 1. A prestação de serviços médicos aos reclusos é da responsabilidade do Estado. Os reclusos devem poder usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade e ter acesso gratuito aos serviços de saúde necessários, sem discriminação em razão da sua situação jurídica. [...] Regra 25 1. Todos os estabelecimentos prisionais devem ter um serviço de saúde incumbido de avaliar, promover, proteger e melhorar a saúde física e mental dos reclusos, prestando particular atenção aos reclusos com necessidades especiais ou problemas de saúde que dificultam sua reabilitação.
2. Os serviços de saúde devem ser compostos por uma equipa interdisciplinar, com pessoal qualificado e suficiente, capaz de exercer a sua atividade com total independência clínica, devendo ter conhecimentos especializados de psicologia e psiquiatria. Todos os reclusos devem poder beneficiar dos serviços de um dentista qualificado.” (UNODC, 1955). Os serviços médicos encontram-se previstos e detalhados também nas regras seguintes, até a Regra 35; destacam-se, também, as Regras 52.1, 52.2 e 82.4.
- 8 “Princípio 24: A pessoa detida ou presa deve beneficiar de um exame médico adequado, em prazo tão breve quanto possível após o seu ingresso no local de detenção ou prisão; posteriormente deve beneficiar cuidados e tratamentos médicos sempre que tal se mostre necessário. Esses cuidados e tratamentos são gratuitos.” (AGNU, 1988).
- 9 “Princípio 1 O Pessoal de saúde, especialmente os médicos, encarregado da atenção médica a pessoas presas ou detidas tem o dever de oferecer proteção física e mental para tais pessoas e de tratar de suas enfermidades ao mesmo nível de qualidade que oferecem a pessoas que não estejam presas ou detidas.” (AGNU, 1982).
- 10 “9. Os reclusos devem ter acesso aos serviços de saúde existentes no país, sem discriminação nenhuma decorrente do seu estatuto jurídico.” (AGNU, 1990).
- 11 O §2º do mesmo artigo dispõe que as penas privativas de liberdade devem ser executadas progressivamente, conforme o mérito do sentenciado. Os critérios para a determinação do regime inicial de cumprimento de pena são elencados nas alíneas seguintes:

“§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.” (BRASIL, 1940).

12 Valem ser destacadas, em caráter complementar, algumas discussões críticas sobre as regras de fixação do regime inicial. Há teses que caminham no sentido de que os regimes para início de cumprimento de pena indicados no § 2º do art. 33 do Código Penal não são vinculantes quando as circunstâncias judiciais forem favoráveis, mesmo havendo reincidência, ou, ainda, de que com fundamento no princípio da proporcionalidade, a reincidência não impede a fixação de regime aberto para início de cumprimento de pena. Citamos, nessa direção, a Tese Institucional nº 4 da Defensoria Pública do Estado do Paraná (ALMEIDA, 2017), a Tese nº 82 da Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Tese Institucional nº 4 da Defensoria Pública do Estado de Goiás (COLETÂNEA..., [2020]). Tais teses baseiam-se no direito ao cumprimento de uma sanção penal justa e à individualização da pena, além de aludirem à Súmula nº 719 do STF, que estabelece que a imposição de regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada exige fundamentação idônea.

Nesse impulso, aproveitamos para mencionar dois outros enunciados que são referência no tema da fixação do regime inicial: a Súmula nº 718 do STF, que dispõe que “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.” (BRASIL, 2003), e a Súmula nº 440 do STJ: “Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.” (BRASIL, 2010b).

Outra discussão interessante relativa à fixação do regime de início de cumprimento de pena diz respeito à antiga determinação legal de que pessoas sentenciadas pela prática de crimes previstos como hediondos cumprissem sua pena integralmente em regime fechado. No julgamento do HC 82.959-7/SP, o STF declarou essa previsão inconstitucional. Assim, o legislador ordinário alterou a redação do dispositivo em questão (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990), impondo o regime inicialmente fechado para condenados por esses delitos. Diante dessa alteração legislativa, o Supremo Tribunal Federal analisou novamente a redação legal, decidindo mais uma vez pela

inconstitucionalidade, neste caso da determinação de regime inicialmente fechado para cumprimento de pena de crimes hediondos (ALMEIDA, 2017, p. 4-5).

- 13 Aludindo ao dispositivo citado acima, o art. 120, II, dessa mesma lei dispõe que os condenados que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto e os presos provisórios poderão obter permissão para sair do estabelecimento, mediante escolta, quando ocorrer necessidade de tratamento médico (BRASIL, 1984).
- 14 No intuito de reforçar a importância de questões humanitárias quando da aplicação do direito penal, lembramos algumas situações nas quais o legislador atentou-se à saúde do agente como um fator que influi na forma de cumprimento de pena: a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o réu estiver debilitado por motivo de doença grave (art. 318, II do CPP) e o chamado *sursis* humanitário (art. 77, § 2º, CP): “O *sursis* humanitário foi uma inovação trazida pela Lei nº 9.714/98. [...] condenados portadores do vírus HIV, tuberculosos, paraplégicos ou aqueles que tenham sua saúde seriamente abalada poderão ser beneficiados com o *sursis*, evitando, dessa forma, o agravamento da sua situação que certamente aconteceria se fosse jogado no cárcere.” (GRECO, 2017, p. 360). Salientamos, também, a existência de Decretos Presidenciais regulamentando o indulto humanitário para situações de doença grave (ver, por exemplo, BRASIL, 2019b).
- 15 Não foram encontrados julgados com essa tese em particular.
- 16 “Art. 1º Recomendar aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo.
Parágrafo único. As recomendações têm como finalidades específicas:
I – a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados, e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções;” (BRASIL, 2020b).
- 17 Não discutiremos as teorias da justiça voltadas ao plano da existência, vez que aquelas aplicadas ao plano da validade são mais flexíveis a abranger uma quantidade e variedade maior de casos, sendo suficientes para cumprir os propósitos da interpretação que aqui se propõe. Ou seja, não se cogita a inexistência das regras de fixação de regime inicial de cumprimento de pena, mas sim a invalidade de interpretá-las desconsiderando o direito à saúde e à vida.
- 18 Pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada de 2011 analisou o número de processos pendentes por juiz/mês, UF e tipo de serventia, referentes a outubro de 2008. A média nacional constatada foi de 4.587 casos, com significativa variância

entre tipos de serventia. As varas de fazenda pública apresentaram número excessivo de processos pendentes de julgamento: 24.584. Muito atrás, mas ainda acima da média, encontravam-se as varas de execuções criminais (CASTRO, 2011, p. 19).

- 19 “Com poucos juízes e excesso de ações, Vara de Execuções Penais atrasa benefícios: [...] Chama a atenção a estrutura acanhada da VEP, especialmente porque, nos últimos cinco anos, o número de presos no Rio subiu 164% – foi o sétimo estado a ter o maior aumento. Para acompanhar a carga de trabalho, a Defensoria Pública passou a contar com 43 defensores na execução penal (antes, eram 35). O Ministério Público também reforçou seus quadros e hoje tem 17 promotores na área. Só a VEP não cresceu. Ou melhor, encolheu. Embora a vara continue com cinco juízes, o número de servidores responsáveis pelas tramitações nela caiu de 103 para 80.” (BRISO, 2014).
- 20 Para exames mais detidos no tema da interpretação conforme, Martins indica o estudo de Virgílio Afonso da Silva, *La interpretación conforme a la Constitución: entre la trivialidad y la centralización judicial*.
- 21 Para além disso, se duas ou mais interpretações forem possíveis, nenhuma incompatível com a Constituição, porém uma delas mostrar-se mais adequada à axiologia constitucional que as outras, ela é obrigatória ao intérprete. Esta última hipótese costuma ser chamada de *interpretação orientada para a Constituição* (MARTINS, 2011, p. 43, grifos do autor).
- 22 “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário** e **suficiente** para reprovação e prevenção do crime: [...] III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;” (BRASIL, 1940, grifo nosso).
- 23 “Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
§2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)
a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.” (BRASIL, 1940).

- 24 Brito (2019, p. 347) nota que não interessa qual a natureza da prisão provisória (flagrante, temporária, preventiva): deverá, obrigatoriamente, ser descontada da execução da pena definitiva.
- 25 Sabemos que a natureza do dispositivo em análise é controversa; Pavlovsky narra que de acordo com alguns, a alteração teria antecipado para o juízo de conhecimento a detração da pena. Já outros teriam lido o dispositivo como uma antecipação para a sentença da análise do direito à progressão de regime, o que para parte dessa corrente violaria a individualização da pena em sua fase executória (PAVLOVSKY, 2013). Ressalvados posicionamentos em sentido diverso, nos parece, conforme Pavlovsky, que a regra do art. 387, § 2º do CPP prevê circunstância a ser avaliada pelo juiz para determinar o regime inicial do cumprimento de pena, ao lado das já estabelecidas no art. 59 do Código Penal. Saliente-se, apenas, que o aprofundamento das diversas polêmicas envolvendo a natureza da detração penal é aqui evitado, já que para fins deste estudo, a possibilidade de aplicação do instituto pelo juízo do processo de conhecimento, por força do § 2º do art. 387 do CPP, é citada apenas como argumento de reforço à tese defendida. Queremos, com o trabalho, estimular conhecimento sobre instrumentos aptos à redução do encarceramento, a despeito da forma como são chamados.
- 26 A Exposição de Motivos nº00176/MJ, do PL nº 2.784/11 enuncia: “Comumente ocorre que após a sentença condenatória ter sido proferida, tenha o réu que aguardar a decisão do juiz da execução penal, permanecendo nesta espera alguns meses em regime mais gravoso ao que pela lei faz jus, em razão de não existir previsão expressa no Código de Processo Penal conferindo ao juiz do processo de conhecimento a possibilidade de, no momento da sentença, realizar o desconto da pena já cumprida. [...] Tal situação, ademais de gerar sofrimento desnecessário e injusto à pessoa presa, visto que impõe cumprimento de pena além do judicialmente estabelecido, termina por aumentar o gasto público nas unidades prisionais com o encarceramento desnecessário. Ademais, atualmente, essa realidade acaba por gerar uma grande quantidade de recursos aos tribunais superiores com a finalidade de se detrair da pena aplicada ao réu o período em que esteve preso provisoriamente.”(BRASIL, 2011).
- 27 A palavra detração penal foi aqui empregada na perspectiva do autor, ressaltando-se que, para parcela da doutrina, haveria dúvidas se o § 2º, do artigo 387 do CPP, efetivamente consagraria o referido instituto. De qualquer modo, pretendemos deixar claro que a norma contida no referido dispositivo legal escancara maiores possibilidades permitidas ao juízo do processo de conhecimento, aplicáveis por identidade de razões na consideração de peculiaridades da saúde do acusado no ato de fixação do regime inicial de cumprimento de pena.
- 28 *A pergunta dos excluídos* é inicialmente apresentada por Bartlett como a *pergunta da mulher*. Adiante, porém, a autora mostra a importância de converter a pergunta da mulher na pergunta dos excluídos: “Estendida para além da conta para identificar

a opressão baseada apenas no gênero, a questão da mulher pode alcançar formas de opressão tornadas invisíveis não apenas pelas estruturas dominantes de poder, mas também pelos esforços para descobrir preconceitos em nome apenas das mulheres. Essas formas de opressão diferem da subordinação de gênero tanto em espécie quanto em grau, e aqueles que não as experimentaram provavelmente acharão difícil reconhecê-las. A dificuldade em reconhecer a opressão que não se experimentou, entretanto, torna a necessidade de um “método” ainda mais aparente. Como indiquei anteriormente, um método não garante um resultado particular nem mesmo o resultado correto. Proporciona, no entanto, alguma disciplina quando alguém busca algo que não corresponde aos seus próprios interesses.” (BARTLETT, 1990, p. 848-849).

- 29 “Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento.” (BRASIL, 1984).