

IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA AIDS NO DIREITO PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

Rodrigo de Almeida Amoy*

Cheker Miguel Haddad Kury**

Renata de Azevedo Crespo da Silva***

RESUMO

A epidemia da AIDS nas prisões brasileiras já pode ser apontada como um grave problema de saúde pública, considerando as elevadas taxas de detentos contaminados e a constante rotatividade dos presos que diariamente são postos em liberdade, constituindo-se num foco de dispersão da doença para a população em geral. Segundo as pesquisas científicas, no Brasil os índices de infectados pelo vírus podem chegar a 20% da população carcerária, percentual muito maior do que o da incidência da doença sobre a população que se encontra em liberdade. Muitos são os fatores que contribuem para esta preocupante estatística, tais como precárias condições de confinamento, decorrentes da superlotação das celas e da insalubridade do ambiente, práticas sexuais desprotegidas, compartilhamento de seringas e agulhas contaminadas, atendimento médico insuficiente, falta de políticas públicas eficazes de prevenção e tratamento das DST/AIDS, enfim, uma série de problemas que transformam as prisões em verdadeiros laboratórios concentradores e proliferadores da epidemia. Este artigo chama a atenção para a existência de um Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, criado no ano de 2003, pelos Ministérios da Saúde e da Justiça, através Portaria Interministerial nº 1.777. Definidor de ações e metas para a promoção da saúde e a prevenção de doenças nos presídios, dentre elas a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, tal Plano Nacional surge como grande esperança para a enorme população penitenciária brasileira.

* Mestrando em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos. Integrante dos Grupos de Pesquisa de Direito Ambiental e Desenvolvimento Municipal da FDC. Bolsista da CAPES.

** Mestrando em Políticas Públicas e Processo pela Faculdade de Direito de Campos. Advogado.

*** Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Campos.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO PENAL; DIREITO À SAÚDE; POPULAÇÃO CARCERÁRIA; AIDS; PREVENÇÃO.

ABSTRACT

The AIDS epidemic in the Brazilian prisons can be pointed as a serious problem to public health, considering the rise tolls by contaminated detents and constant turnover by prisoners who everyday are put in freedom, constituting a dispersion focus of the disease to the population in general. According to the scientific researches, in Brazil the index of the infected by HIV virus can be arrive on 20% of the jailed population, percentage very larger than incidence of the disease over the population who are in freedom. Many are the factors that contribute to this worrying statistic, such as precarious conditions of confinement, due the overcrowding of the jails and the unhealthily environment, unprotected sexual practices, contaminated syringes and needles sharing, inadequate medical care, lack of the effective prevention and treatments of AIDS public policies, finally, a sequence of problems that change the prisons in a real laboratories concentrators and proliferators of the epidemic. This article call attention to the existence of a National Health Plan in the Penitentiary System, created in 2003 by the Health and Justice Ministries, through the Administrative rule nº 1.777. Definitor of the actions and targets for the health promotion and disease prevention in the prisons, among then the Acquired Immune Deficiency Syndrome, such National Plan emerge like a great hope to the big Brazilian penitentiary population.

KEY-WORDS: CRIMINAL LAW; HEALTH RIGHT; JAILED POPULATION; AIDS; PREVENTION.

1. Introdução

Inicialmente será feita uma abordagem com o escopo de apresentar, em ordem hierárquica, a legislação referente ao tema do direito à saúde da população carcerária e a questão da infecção pelo vírus HIV, a necessidade da sua prevenção e as ações governamentais adotadas para esse mister. Analisar-se-á primeiramente a legislação internacional, onde serão apontados os principais acordos, documentos e declarações internacionais. Na seqüência, ganha espaço a legislação nacional, começando pela

Constituição Federal, passando pelas normas federais pertinentes e culminando na apresentação das normas estaduais e locais relacionadas ao tema do artigo. O capítulo seguinte aborda um tópico de caráter mais educativo e informativo a fim de apresentar o atual quadro de risco que representam as prisões brasileiras, bem como apontar as principais formas de prevenção do vírus HIV e a questão do acesso à saúde nas prisões. Por fim, será abordada em detalhes a jurisprudência existente, sobretudo quanto à possibilidade de modificação da pena por razões sanitárias.

2. Apresentação da legislação referente à AIDS e as prisões

Em obediência à Teoria das Fontes do Direito, serão analisadas em primeiro lugar as normas e disposições internacionais e internas que tratam da epidemia da AIDS relacionando-a à população compreendida no sistema carcerário nacional, que, atualmente, forma um contingente com mais de 400.000 pessoas, segundo dados do *International Center for Prison Studies*. A principal proposta deste trabalho será, além de apresentar um panorama do direito positivo brasileiro sobre o combate à AIDS no sistema penitenciário, analisar se o acesso à saúde nas prisões brasileiras pode ser encarado como eficaz. Passa-se a seguir à análise da legislação internacional pertinente.

2.1. A legislação internacional

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, pode ser apontada como o primeiro documento internacional a tratar do direito à saúde. Ainda que de forma tímida, haja vista que o principal objetivo da Declaração não era a proteção de direitos sociais, mas garantir a liberdade individual e o respeito de que é merecedor todo e qualquer ser humano, a DUDH menciona o direito à saúde em seu art. XXV, afirmando que:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.¹

¹ Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. XXV. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/legislacao/>>. Legislação sobre DST e AIDS no Brasil. Acesso em: 10 dez. 2007.

Após a DUDH de 1948, e seguindo em ordem cronológica, pode-se apontar o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, adotado pela XXI Assembléia Geral das Nações Unidas de 16 de dezembro de 1966, ratificado pelo Brasil em 06 de julho de 1992 pelo Decreto nº 592, que em seu artigo 10, item 1, garante a *toda pessoa privada de sua liberdade um tratamento com humanidade e respeito à dignidade inerente a toda pessoa humana*. Assim, e com base nesse princípio geral, não é preciso muito esforço para se concluir que a pessoa que se encontra com sua liberdade temporariamente cerceada pelo Estado, não deve ser privada de assistência à saúde, que deverá ser mantida e providenciada pelo Estado, responsável pela integridade física do preso.

Na seqüência, e já constituindo-se num documento mais detalhado a respeito do direito à saúde, surge o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Aqui o direito à saúde é, pela primeira vez, tratado em detalhes num documento internacional. O mencionado Pacto foi aprovado três dias após o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também na XXI Assembléia Geral das Nações Unidas. Sua ratificação pelo Brasil ocorreu em 06 de julho de 1992, com o Decreto nº 591. É importante reconhecer que os ideais de liberdade pregados pela Declaração de 1948 e pelo já citado Pacto de Direitos Civis e Políticos, não podem ser plenamente realizados se não houver igualdade de oportunidades a todos, isto é, se não forem criadas condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais. Para tanto, no item 1 do art. 12, “os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar *o mais elevado nível de saúde física e mental*”. E continua:

As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

- a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sã das crianças;
- b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.²

Após os dois Pactos Internacionais de 1966, outros dois marcos internacionais na proteção da saúde integral a todos os seres humanos, inclusive dos presos, são provenientes do continente americano. Primeiramente, vale destacar a *Convenção Americana de Direitos Humanos*, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos em 22 de novembro de 1969, tendo entrado em vigor no ano de 1978 e ratificada pelo Brasil em 06 de novembro de 1992, pelo Decreto nº 678. O art. 5º da Convenção trata do Direito à integridade pessoal e estabelece nos itens 1 e 2:

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o devido respeito à dignidade inerente ao ser humano.

Em 1988, foi aprovado o *Protocolo adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, conhecido como Protocolo de São Salvador, cujo texto foi ratificado pelo Brasil em 19 de abril de 1995, via Decreto Legislativo nº 56. O art. 10 do Protocolo é todo dedicado ao Direito à saúde e assim estabelece:

Artigo 10. Direito à Saúde

1. Toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados-Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir esse direito:
 - a) Assistência primária à saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
 - b) Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
 - c) Total imunização contra as principais doenças infecciosas;

² Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Art. 12, 1 e 2. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/legislacao/>>. Legislação sobre DST e AIDS no Brasil. Acesso em: 10 dez. 2007.

- d) Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
- e) Educação da população com referência à prevenção e ao tratamento dos problemas da saúde; e
- f) Satisfação das necessidades de saúde dos *grupos de mais alto risco* e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis. (grifo nosso).

Não há nenhuma dúvida de que a população carcerária constitui-se em *grupo de alto risco* para a disseminação da síndrome da imunodeficiência adquirida. As condições insalubres das prisões, as celas superlotadas, as práticas de risco, tais como o uso de substâncias nocivas à saúde via compartilhamento de seringas, as atividades sexuais sem o uso de preservativos, enfim, toda a sorte de problemas e condições adversas contribui para que as prisões sejam um lugar onde as ações de prevenção e combate às epidemias devam ser intensificadas.

Por último, na abordagem da legislação internacional que trata da proteção à saúde das pessoas, especialmente no que se refere à AIDS e as prisões, é possível citar a *Declaração de compromisso sobre HIV/AIDS das Nações Unidas*, de 27 de junho de 2001, sob o lema: “Uma ação mundial para superar uma crise global”, documento que estabelece diversas metas visando à redução da epidemia da AIDS a nível mundial. Em se tratando do vírus da AIDS, não há dúvidas de que a prevenção deve ser a base de uma ação organizada. Vale destacar que a Declaração demonstra uma grande preocupação com a questão do acesso aos medicamentos, reconhecendo que “o acesso aos medicamentos no contexto da pandemia como a do HIV/AIDS, é um dos elementos fundamentais para alcançar, progressivamente, a plena realização do direito de toda pessoa ao gozo do mais alto nível possível de saúde física e mental”. A Declaração conclui que “o respeito aos direitos das pessoas que vivem com HIV/AIDS é um fator determinante para uma resposta eficaz”.

2.2. Legislação interna

Em âmbito doméstico, forçoso é começar pelo exame da Carta Constitucional de 1988, documento que consagra em detalhes o direito à saúde como direito fundamental social de todos. É possível destacar, antes de qualquer outra coisa, o art. 1º, III, da Constituição Federal, que coloca a *dignidade da pessoa humana* como fundamento da

República Federativa do Brasil. Dignidade humana, no entanto, é o que está faltando em muitas instituições prisionais deste país.³ Outros artigos da Constituição também podem ser destacados e, interpretados sistematicamente, indicam que aqueles que se encontram presos não perdem o seu direito à saúde. De acordo com o inciso XLIX do art. 5º, *é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral*. O art. 6º, por sua vez, relaciona o direito à saúde como direito social e, a partir do Título VIII, que trata da Ordem Social, o direito à saúde é abordado de forma mais minuciosa.

Nos termos do art. 194, o direito à saúde é tratado dentro da Seguridade Social, que compreende, além deste, o direito à previdência e à assistência social. Dispõe o art. 196 da Carta de 1988:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.⁴

Os artigos 197 a 200 tratam pormenorizadamente da questão da saúde, inclusive do Sistema Único de Saúde (SUS), nos artigos 198 e 200.

De grande importância para o tema deste artigo é a *Lei Federal nº 7.210/84*, chamada de Lei de Execução Penal. Nos termos do art. 1º, “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. O art. 10 cuida da assistência ao preso, dever do Estado, e, nela, está compreendido o direito à saúde. Nos termos do art. 14 e seu § 2º:

A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§2. 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.⁵

³ Para se ter uma idéia da constante violação dos direitos humanos, no final de 2007 foi noticiado em rede nacional o caso de uma adolescente de 15 anos de idade que ficou trancafiada por 26 dias com 20 homens numa cela da cadeia do município de Abaetetuba, localizado no Estado do Pará. Após exames médicos, foi verificado que a jovem foi obrigada a manter relações sexuais com diversos dos presos que com ela dividiam a cela.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Vade Mecum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 79.

⁵ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Vade Mecum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1411-1425.

A assistência à saúde constitui expressamente direito do preso (art. 41, VII, Lei nº 7.210/84). Além disso “é garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento” (art. 43).

A seguir serão analisadas outras normas federais, tais como resoluções e portarias, mais diretamente relacionadas ao tema dos presos portadores do vírus HIV e seu tratamento. A primeira dessas normas é a *Resolução nº 01 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP)*, de 30 de março de 1999, que confere aos presos de ambos os sexos o direito de visita íntima. No entanto, o art. 9º adverte:

Incumbe à direção do estabelecimento prisional informar ao preso, cônjuge ou outro parceiro da visita íntima sobre assuntos pertinentes à prevenção do uso de drogas, de doenças sexualmente transmissíveis e, particularmente, a AIDS.⁶

Em 08 de novembro de 2001, através da *Portaria Interministerial nº 2.035*, os Ministros de Estado da Saúde e da Justiça, considerando as condições desfavoráveis de habitabilidade e salubridade da maioria das unidades prisionais do país, bem como as elevadas taxas de prevalência de infecção pelo HIV/AIDS, tuberculose, hepatites e outras doenças sexualmente transmissíveis e infecto-contagiosas no âmbito do Sistema Penitenciário Nacional, instituem Comissão Interministerial com a atribuição de definir estratégias e alternativas de promoção e assistência à saúde no âmbito do Sistema Penitenciário Nacional.

Pode-se dizer que a Portaria Interministerial nº 2.035, tendo criado a Comissão, representou o primeiro passo para a formação de um verdadeiro programa de prevenção e combate às doenças sexualmente transmissíveis nas prisões brasileiras. Demorou, mas no fim do ano de 2001, parece que o Poder Público resolveu enxergar a gravidade da situação das prisões nacionais. A partir dos trabalhos da Comissão chegou-se, em 2003, ao *Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário*, criado pela *Portaria Interministerial nº 1.777*, do dia 09 de setembro.

⁶ Resolução nº 01 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). Art. 9º. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/legislacao/>>. Legislação sobre DST e AIDS no Brasil. Acesso em: 10 dez. 2007.

O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário consiste num conjunto de ações e serviços com a finalidade de promover a saúde da população prisional e contribuir para o controle e/ou redução dos agravos mais frequentes que as acometem, dentre eles a AIDS. São prioridades do Plano, dentre outras:

- a implantação de ações de promoção da saúde, em especial no âmbito da alimentação, atividades físicas, condições salubres de confinamento e acesso a atividades laborais;
- a implantação de ações para a prevenção de tuberculose, hanseníase, diabetes, hipertensão, hepatites, DST/Aids e dos agravos psicossociais decorrentes do confinamento, bem como a distribuição de preservativos e insumos para a redução de danos associados ao uso de drogas.⁷

O Plano ainda prevê uma atuação organizada e setorizada, prevendo o envolvimento e a participação dos Estados-membros e dos Municípios, respectivamente, através de suas Secretarias Estaduais de Saúde e de Justiça e das Secretarias Municipais de Saúde.

Em relação à prevenção, ao diagnóstico e ao tratamento das doenças sexualmente transmissíveis (DST/HIV/AIDS), foram estabelecidas as seguintes ações complementares:

- ações de coleta para o diagnóstico do HIV;
- distribuição de preservativos para as pessoas presas e servidores;
- ações de redução de danos nas unidades prisionais;
- elaboração de material educativo e instrucional;
- fornecimentos de medicamentos específicos para a aids e outras DST;
- ações de diagnóstico e tratamento das DST segundo a estratégia de abordagem sindrômica;
- ações de vigilância de Aids, HIV e DST;
- alimentação do Siclom e Siscel (respectivamente Sistema Integrado de Controle de Medicamentos e Sistema Integrado de Controle de Exames Laboratoriais).⁸

⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário. 2. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2005. 64 p. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_pnssp.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2007.

⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário. 2. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2005. 64 p. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_pnssp.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2007.

Em 2004, a *Portaria Interministerial nº 1.426, de 14 de julho* aprovou diretrizes para a implantação e implementação da atenção à saúde dos adolescentes em conflito com a lei, visando promover a saúde de tais adolescentes. Para o alcance desta finalidade ficou estabelecida a seguinte prioridade:

Art. 1º, § 2º, II- a implantação de ações de prevenção e tratamento, cuidados específicos, conforme elenco da atenção básica (NOAS, Jan. 2002), com prioridade para o desenvolvimento integral dos adolescentes, acrescido das especificidades da fase evolutiva da adolescência, em particular, da saúde mental; a atenção aos agravos psicossociais, a atenção aos agravos associados ao uso de álcool e outras drogas, sob a perspectiva da redução de danos, a saúde sexual e saúde reprodutiva, da atenção às DST/HIV/Aids e às hepatites e a atenção aos adolescentes com deficiências.⁹

Complementando a Portaria acima, no mesmo dia foi criada a *Portaria nº 340 do Ministério da Saúde*. Nos termos da Portaria nº 340, a atenção à saúde dos adolescentes em conflito com a lei será realizada por meio de ações de assistência à saúde, compreendendo a saúde sexual e a saúde reprodutiva. As ações consistirão em orientações e distribuição de preservativos.

Enfrentadas as principais normas federais pertinentes à epidemia da AIDS e o direito à saúde no sistema prisional brasileiro, examinar-se-á agora a *Constituição do Estado do Rio de Janeiro*, de 05 de outubro de 1989, que em seu art. 27 dispõe:

O Estado garantirá a *dignidade e a integridade física e moral dos presos*, facultando-lhes assistência espiritual, assegurando o direito de visita e de encontros íntimos a ambos os sexos, *assistência médica* e jurídica, aprendizado profissionalizante, trabalho produtivo e remunerado, além de acesso a dados relativos ao andamento dos processos em que sejam partes e à execução das respectivas penas.

Assim, é inadmissível que o preso portador do vírus da AIDS fique sem o devido e correto tratamento. É responsabilidade do Estado fornecer-lhe os medicamentos necessários ao controle da doença. Na letra do texto constitucional, é *assegurado o direito à assistência médica ao preso*.

⁹ Portaria Interministerial nº 1.426, de 14 de julho de 2004. Art. 1º, § 2º, II. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/legislacao/>>. Legislação sobre DST e AIDS no Brasil. Acesso em: 13 dez. 2007.

Para encerrar este capítulo, cabe ainda destacar algumas leis estaduais que tratam da questão ora examinada. No Estado da Bahia, a *lei estadual nº 6.338, de 06 de novembro de 1991* obriga a Administração Estadual à realização periódica de exames médicos e laboratoriais em todos os componentes da população carcerária do Estado, a fim de constatar se estão eles contaminados pela AIDS ou outras doenças infecto-contagiosas que possam ser disseminadas através do contato com os demais internos. Ficando comprovada a contaminação de qualquer detento, a Administração Estadual será obrigada a dar ao mesmo tratamento médico necessário, isolando-o da comunidade.¹⁰

A *lei estadual nº 11.404, de 25 de janeiro de 1994*, cria normas de execução penal no Estado de Minas Gerais. Logo em seu art. 3º afirma: “ao sentenciado é garantido o exercício de seus direitos civis, políticos, sociais e econômicos, exceto os que forem incompatíveis com a detenção ou com a condenação”. Ora, o direito à assistência à saúde não é incompatível com o direito de ir e vir. Nessa linha confira-se o disposto no art. 195, V:

Art. 195 São especificamente penitenciários os direitos:

V- à assistência material e à *saúde, em especial o tratamento clínico e a assistência psicossocial ao portador de AIDS.* (grifo nosso).¹¹

Por fim, em 14 de dezembro de 2005, com a *lei estadual nº 2.483*, o Poder Executivo foi autorizado a criar Programas de Prevenção da AIDS e doenças sexualmente transmissíveis dentro do sistema penitenciário, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Segundo o art. 2º:

O programa de prevenção da AIDS e doenças sexualmente transmissíveis dentro do sistema penitenciário estadual consiste:

I - Campanhas elucidativas;

II - Ciclo de palestras ministradas por profissionais da área de saúde;

III - Distribuição de preservativos;

IV - Divulgação através de vídeos orientando como prevenir as citadas doenças e sua profilaxia.

¹⁰ Lei estadual nº 6.338, de 06 de novembro de 1991. Art. 1º e §§ 1º e 2º. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/legislacao/>>. Legislação sobre DST e AIDS no Brasil. Acesso em: 13 dez. 2007.

¹¹ Lei estadual nº 11.404, de 25 de janeiro de 1994. Art. 195, V. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/legislacao/>>. Legislação sobre DST e AIDS no Brasil. Acesso em: 13 dez. 2007.

Na seqüência, serão analisados os métodos e as formas de prevenção do HIV nas prisões e a qualidade do acesso à saúde nestas mesmas instituições totais.

3. A prevenção do HIV e o acesso à saúde nas prisões

O Sistema Penitenciário Brasileiro atual está muito longe de corresponder aos objetivos mundiais de humanização da pena e valorização da pessoa humana. O surgimento da instituição prisão da forma como a conhecemos hoje, como penalidade a infratores da lei, não tem suas raízes na reforma do sistema judiciário e penal do século XVIII, mas sim nas instituições de correção da idade clássica. Nas palavras de Foucault:

(...) a prisão é sem exterior nem lacuna; não se interrompe, a não ser depois de terminada totalmente sua tarefa; sua ação sobre o indivíduo deve ser ininterrupta; disciplina incessante. Enfim. Ela dá um poder quase total sobre os detentos; tem seus mecanismos internos de repressão e de castigo: disciplina despótica.¹²

Com o passar dos anos a prisão deixa de ser um observatório do sujeito, de seu corpo, seu comportamento como outrora o era e passa a ser vista pelo direito penal como elemento indispensável na sociedade moderna. A detenção penal acaba por abranger tanto a privação da liberdade como a técnica de transformação dos indivíduos. Deve-se ter em conta que o encarceramento penal jamais deve ser visto como mera privação da liberdade ou desrespeito aos direitos humanos, mas sim, e, talvez, principalmente, como um mecanismo institucional de correção do ser humano.

Caminhando na contramão de um dos objetivos centrais da detenção, qual seja, a ressocialização, as prisões se transformaram em verdadeiras fábricas de delinqüentes. A total falta de infra-estrutura dos espaços físicos, o despreparo do corpo de funcionários, a superlotação, condições sanitárias rudimentares e insalubres, alimentação deteriorada, precária assistência médica, judiciária, social, educacional e profissional, a violência constante e incontida entre os presos, o problema das rebeliões e das fugas, a não implementação das políticas de saúde, enfim, uma verdadeira escola para o criminoso se aperfeiçoar cada vez mais no universo do crime.

O inchaço das celas é uma realidade constante na maior parte das prisões brasileiras, tornando-se origem imediata de muitos problemas, em especial, a

¹² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 211.

proliferação de doenças entre os detentos. Duas são as situações que tornam o quadro da superlotação ainda mais evidente, são elas: a não separação da população encarcerada nos distritos e delegacias policiais, nas quais se encontram indistintamente presos condenados primários e reincidentes, pessoas detidas para averiguações e presos em flagrante delito, aguardando julgamento, e a má conservação da saúde individual e coletiva dos presos, que são obrigados a fazer o sistema de rodízio, a fim de que todos os reclusos possam dormir, uma vez que não há espaço para nada.

No que tange à falta de estrutura sanitária, os problemas são intermináveis. A precariedade está desde a falta de água corrente para banho e higiene pessoal até a má ventilação e iluminação das celas. Os recursos médicos, sejam clínicos, ambulatoriais ou hospitalares são escassos, os equipamentos médicos, quando existentes, são obsoletos, além, é claro, da ausência de profissionais da saúde em número suficiente ao atendimento da demanda.

Todos os fatores acima elencados favorecem a proliferação de epidemias de tuberculose, além de várias doenças sexualmente transmissíveis, em especial, a AIDS. É fato que as taxas de infecção de HIV/AIDS são mais altas nas prisões do que nas comunidades. O ambiente de alto risco das prisões envolve o compartilhamento de seringas contaminadas para uso de drogas, as práticas sexuais de risco, o uso de tatuagens e *piercings* com equipamentos sem esterilização, atividades que somadas ao alto grau de violência existente no interior das prisões, contribui sensivelmente para a propagação do HIV em tais estabelecimentos.

A solução para minorar este grave problema de saúde pública está na implementação de políticas públicas de prevenção e combate das DST/AIDS no ambiente prisional, a fim de reduzir os riscos. Dentre as medidas de prevenção, podem ser apontadas: informação e educação sobre HIV/AIDS, tratamento da dependência química nas prisões, fornecimento de insumos de prevenção, diagnóstico e tratamento de DST, testagem e aconselhamento em HIV/AIDS voluntário e confidencial, tratamento anti-retroviral para reclusos com HIV/AIDS.

Antes de tudo é necessário que as autoridades públicas reconheçam a existência dos problemas aqui enfrentados, o que parece começa a ser levado em conta a partir de setembro de 2003, com a elaboração do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, que aponta para a necessidade de haver estudos de abrangência nacional

que revelem o perfil epidemiológico da população presidiária brasileira, já que, pelos fatores de risco à que estão expostos grande parte dessa população, estima-se que haja um significativo número de casos de pessoas infectadas pelo vírus da AIDS.

4. A jurisprudência referente ao HIV nas prisões e a questão da modificação da pena por razões sanitárias

O art. 117, II, da LEP é o fundamento para o pedido de modificação do regime de cumprimento da pena de preso portador do vírus HIV. Na forma da lei:

Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

II- condenado acometido de doença grave;

Contudo, a jurisprudência dominante entende que não basta ao condenado comprovar estar acometido de doença grave para que faça jus ao benefício. A AIDS é, por si só, uma doença grave, mas pode estar devidamente controlada ou ainda não ter se manifestado. Deve o condenado demonstrar a impossibilidade de prestação da devida assistência médica pelo estabelecimento penal em que se encontra recolhido. Nesse sentido as seguintes decisões:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. PRISÃO ESPECIAL (CPP, ART. 295). TRANSFORMAÇÃO EM PRISÃO DOMICILIAR. RÉ ACOMETIDA DE DOENÇA GRAVE. AIDS. IMPOSSIBILIDADE.

- O cumprimento da pena em residência particular somente é admissível, além das hipóteses previstas no art. 117, da Lei de Execução Penal, em situações excepcionais.

- O Superior Tribunal de Justiça tem admitido, excepcionalmente, o cumprimento da pena em residência particular nos casos em que o réu é acometido de doença grave e diante da absoluta inexistência de estabelecimento especial adequado à sua condição pessoal.

- Não obstante ser a paciente portadora do vírus HIV, moléstia considerada grave, este fato, por si só, não enseja a concessão da prisão domiciliar, sendo necessário prova incontestada no sentido de que a condenada não está tendo a devida assistência médica no estabelecimento penal em que se encontra.

- Habeas-corpus denegado.¹³

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 24.256/RJ. Processo nº 20020109854-8. Sexta Turma. Rel. Min. Vicente Leal. Julgado em: 12 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. CRIME HEDIONDO PROGRESSÃO DO REGIME. DOENÇA GRAVE. AIDS.

I – Para os crimes hediondos, assim também para os assemelhados (art. 2º, caput e § 1º da Lei nº 8.072/90), na execução da pena privativa de liberdade deve ser observado o regime integralmente fechado.

II – A Lei nº 9.455/97 trata tão só do crime de tortura, não se aplicando em sede do art. 2º § 1º da Lei nº 8.072/90, a outros crimes.

III – Excepcionalmente, concede-se regime prisional mais benéfico ao réu portador de doença grave que, no regime fechado, demonstra a impossibilidade da aplicação da devida assistência médica no estabelecimento penal em que se encontra recolhido.

IV – Não restando provado de plano que o réu depende de tratamento médico que não pode ser prestado no estabelecimento prisional, a ordem não pode ser concedida.

Writ denegado.¹⁴

TRAFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTE. CARÁTER EXCEPCIONAL DA MEDIDA DE PRISÃO. PRISÃO DOMICILIAR. APELAÇÃO TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

Prova. Dúvidas inexistem quanto ao fato e à destinação das substâncias apreendidas quando a prova testemunhal deixa incontestes que a maconha e a cocaína apreendidas se encontravam no interior de uma bolsa que estava em poder da apelante, em cujo interior também foram apreendidos dois grampeadores, uma caixa de grampo e cerca de 200 pequenos sacos plásticos normalmente utilizados para endolação de drogas. Substituição da pena privativa de liberdade. O regime fechado para o cumprimento integral da pena privativa de liberdade, estabelecido na Lei 8.072/90, cuja constitucionalidade já foi reconhecida pelo plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal, é incompatível com a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, prevista nos arts. 43 e seguintes do Cód. Penal, com a redação que lhes deu a Lei 9.714/98, não se aplicando, entre outros, aos que foram condenados pela prática de crime de tráfico de entorpecente, a teor do disposto no art. 12, do Cód. Penal. Regime. Prisão domiciliar. *A excepcionalíssima situação da apelante, grávida, que sofre de AIDS, correndo risco de vida, como se vê do laudo médico que se encontra nos autos, demanda solução compatível com o sentimento de justiça que deve nortear qualquer decisão judicial, recomendando, embora sem previsão*

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 21047/PR. Quinta Turma. Rel. Min. Félix Fischer. Julgado em: 25 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 14 dez. 2007.

*legal, que a apelante cumpra a sua pena em prisão domiciliar, o que poderá possibilitar que, apesar das péssimas condições da saúde pública no Brasil, possa conseguir um mínimo de atendimento médico-hospitalar que, pelo menos, assegure o prolongamento de sua existência com melhor qualidade de vida, amenizando, na medida do possível, a tragédia pessoal dessa jovem. Recurso a que se nega provimento. (grifo nosso).*¹⁵

A situação de carência no atendimento à saúde nas prisões brasileiras não é de difícil comprovação. A grande maioria dos ambientes prisionais no Brasil apresenta um quadro grave de insalubridade e superlotação. A elaboração do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, em 2003, visa proporcionar um acesso à saúde de mais qualidade à população prisional, mas, para que tenha êxito, é fundamental a participação das Secretarias Estaduais de Saúde e de Justiça e das Secretarias Municipais de Saúde, no âmbito de suas responsabilidades:

É preciso reforçar a premissa de que as pessoas presas, qualquer que seja a natureza de sua transgressão, mantêm todos os direitos fundamentais a que têm direito todas as pessoas humanas, e principalmente o direito de gozar dos mais elevados padrões de saúde física e mental. As pessoas estão privadas de liberdade e não dos direitos humanos inerentes à sua cidadania.¹⁶

Uma outra questão também encarada pelos tribunais diz respeito à possibilidade da concessão de indulto humanitário ao apenado portador do vírus HIV. Nos termos do art. 1º, VI, b, do Decreto nº 5.295/04, será concedido indulto condicional ao condenado:

b- acometido, cumulativamente, de doença grave, permanente, apresentando incapacidade severa, com grave limitação de atividade e restrição de participação, exigindo cuidados contínuos, comprovada por laudo médico oficial ou, na falta deste, por dois médicos designados pelo Juízo da Execução, constando o histórico da doença, desde que não haja oposição do

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº 2004.050.01199. Terceira Câmara Criminal. Rel. Des. Manoel Alberto. Julgado em: 05 out. 2004. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário. 2. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2005. 64 p. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_pnssp.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2007.

beneficiado, mantido o direito de assistência nos termos do art. 196 da Constituição.¹⁷

Seguindo o disposto no Decreto nº 5.295/04, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu pela concessão do indulto a preso portador do vírus HIV. Veja-se a ementa da decisão:

EXECUÇÃO PENAL. INDULTO HUMANITÁRIO. PRESENTES, CUMULATIVAMENTE, TODOS OS REQUISITOS DO ART. 1º, VI, "B", DO DECRETO nº 5295/04, A CONCESSÃO DO INDULTO É DE RIGOR: PRINCÍPIO DA HUMANIDADE DAS PENAS. APENADO PORTADOR DE VÍRUS SIDA E TUBERCULOSE.

A pena não tem um fim em si mesmo, de modo a converter-se em pura retribuição e aniquilamento da condição humana do apenado. Não! Ela encontra limites - claros - no sistema de garantias estabelecidos pela Carta Política. - O suplício gótico imposto pelo sistema prisional ao apenado hígido torna-se inegavelmente mais gravoso ao apenado adoentado. Em outras palavras, se a prisão, por si só, infringe uma carga de sofrimento ao preso, revela-se cruel e desumana - logo, irracional - quando o apenado está acometido de doença grave. - A finalidade segregacional da pena privativa de liberdade, mesmo que por meios tortuosos, resta atingida. Não no sentido de retirar do cidadão condenado a liberdade de ir e vir - a imposição do cárcere - , mas por força do ostracismo a que indubitavelmente o apenado será submetido enquanto portador de AIDS. Ou seja, além de estigmatizado pelo sistema de persecução penal, o estigma da doença acaba por lhe subtrair a "liberdade". - Lições de Luigi Ferrajoli, Nilo Batista e Eugenio Raúl Zaffaroni. À unanimidade, deram provimento ao recurso.¹⁸

Após a pesquisa realizada, verificou-se que, em sede jurisprudencial, a questão do preso portador do vírus SIDA se restringe ao pleito de modificação do regime de cumprimento de pena e à possibilidade de concessão do indulto condicional. Obviamente que, a partir da sedimentação do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, ainda muito recente, e da atuação do Poder Público na forma como

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 5.295, de 2 de dezembro de 2004. Concede indulto condicional, comutação e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo nº 70015235948. Quinta Câmara Criminal. Rel. Des. Hamilton Bueno de Carvalho. Julgado em: 14 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

indicada no Plano, espera-se que a saúde no sistema prisional brasileiro ganhe em qualidade e possibilite um tratamento mais humano e eficaz ao portador do vírus HIV.

5. Considerações finais

Em linhas gerais, é possível concluir que a implementação de políticas públicas de prevenção e tratamento das DST/AIDS dentro das prisões brasileiras demanda urgência e eficácia, devendo ser encarada como prioridade pelos entes políticos da nação. Nessa perspectiva, foi criado o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, com o escopo de combater as precárias condições de saúde reinantes nos nossos estabelecimentos prisionais. Cabe reiterar que, dentre as medidas que devem ser implementadas, estão aquelas que visem a melhorar as condições de habitabilidade nas prisões, seja através da criação de novos presídios, com vistas a resolver os problemas da superlotação,¹⁹ seja através de ações concretas de enfrentamento da epidemia nesses ambientes, incentivando e propiciando um acesso eficaz aos preservativos, distribuindo agulhas e seringas esterilizadas na base da troca – uma agulha nova por outra usada, disponibilizando o uso de desinfetante líquido concentrado, garantindo ao preso toxicod dependente tratamento de substituição ou terapia de manutenção; promovendo a educação sobre os riscos de contágio e transmissão da AIDS e de outras doenças sexualmente transmissíveis etc.

Noutra seara, cabe ao Estado admitir que as prisões brasileiras não estão cumprindo sua função ressocializadora, mas apenas se tornando um problema de saúde pública, uma vez que o sistema penal está funcionando como um “concentrador” de doenças sexualmente transmissíveis e, portanto, um foco de dispersão para a população em geral, tendo em vista a constante rotatividade dos presos.

Deve ser dito, ainda, que, nesta corrida contra o tempo para se evitar uma epidemia ainda maior, é imprescindível a união de forças entre os entes federativos e a

¹⁹ Segundo notícia veiculada no portal de notícias *yahoo*, o Ministro de Estado da Justiça, Tarso Genro, anunciou no último dia 19 de dezembro a liberação de uma verba suplementar de R\$218.000.000,00 (duzentos e dezoito milhões de reais) para a construção de novas penitenciárias no País a partir de janeiro de 2008. Essa verba se somará a mais de R\$230.000.000,00 (duzentos e trinta milhões de reais) previstos no Orçamento do próximo ano, totalizando cerca de 450.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta milhões de reais) colocados à disposição dos Estados. O Brasil tem atualmente um déficit de 200 mil vagas no sistema penitenciário, que cresce a um índice de 10% a cada ano. Esperemos que tal verba seja de fato empregada para amenizar os problemas da superlotação e do ambiente carcerário nas prisões brasileiras. Disponível em: <<http://br.noticias.yahoo.com/s/19122007/25/manchetes-genro-anuncia-r-218-mi-construir-prisoas.html>>. Acesso em: 20 dez. 2007.

sociedade como um todo, no sentido de garantir aos condenados o efetivo respeito aos direitos humanos e de assistência nos termos do que prevê a Lei nº 7.210/84. Não se alcança a segurança social apenas com punição, mas também com trabalhos de recuperação e respeito à dignidade da pessoa humana.

Desta forma, preservar a saúde dos presos, garantindo-lhes o acesso a uma assistência médica de qualidade, além da necessária informação, educação e dos recursos necessários para se controlar os casos de infecção pelo vírus HIV, deve ser o principal objetivo do Estado neste momento de calamidade, haja vista que os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça não são utopias, mas garantias Constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Vade Mecum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Decreto nº 5.295, de 2 de dezembro de 2004. Concede indulto condicional, comutação e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Vade Mecum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário. 2. ed. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2005. 64 p. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartilha_pnssp.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 21047/PR. Quinta Turma. Rel. Min. Félix Fischer. Julgado em: 25 jun. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 14 dez. 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 24.256/RJ. Processo nº 20020109854-8. Sexta Turma. Rel. Min. Vicente Leal. Julgado em: 12 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Criminal nº 2004.050.01199. Terceira Câmara Criminal. Rel. Des. Manoel Alberto. Julgado em: 05 out. 2004. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo nº 70015235948. Quinta Câmara Criminal. Rel. Des. Hamilton Bueno de Carvalho. Julgado em: 14 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 15 dez. 2007.

CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. Aspectos jurídico-penais da transmissão da SIDA por via sexual. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Petrópolis*, Síntese, v. 2, p. 113-127, 2000.

EMERIQUE, Lílian Márcia Balmant. A AIDS e os direitos humanos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Campos dos Goytacazes, Faculdade de Direito de Campos, ano VI, nº 6, p. 169-205, jun. 2005.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

GUIMARÃES, Marcelo Brito. Aids e Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 148, 1 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4560>>. Acesso em: 13 dez. 2007.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Aspectos jurídico-penais da transmissão da AIDS. da transmissão da AIDS. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, ano 10, nº 37, p. 209-234, jan-mar. 2002.

TEIXEIRA, Alessandra. Indulto humanitário – favor legal ou direito do condenado? *Boletim IBCCRIM*, ano 7, nº 84, p. 3-4, nov. 1999.

<http://www.aids.gov.br>.