

VACINAÇÃO CONTRA A COVID-19: COMO TRATAR A RECUSA VACINAL EM ESPAÇOS DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE?

Adriana Menezes¹

RESUMO: A superlotação do sistema prisional brasileiro traz consigo uma série de obstáculos à autonomia individual, assim como nega necessidades básicas de higiene para a dignidade pessoal dos detentos. Durante a pandemia de COVID-19 o alto contingente de pessoas por cela acentuou a possibilidade de contaminação do referido vírus, dada a sua alta transmissibilidade. Com o emergir de um imunizante, os debates sobre a obrigatoriedade de vacinação contra a doença se intensificaram no mundo fora das prisões. Enquanto isso, dentro das prisões brasileiras pairou o questionamento sobre o direito à recusa vacinal, sendo esta uma garantia de autodeterminação dos reclusos, contudo, salienta-se que se choca com a proteção da vida e da saúde de seus companheiros. Portanto, este trabalho busca debater o respeito à autonomia dos detentos brasileiros no que diz respeito à recusa de vacinação contra a COVID-19. Objetiva-se, assim, explorar meios de garantir a autonomia individual das pessoas privadas de liberdade que optem por não se vacinar, considerando a proteção da vida e da saúde de seus companheiros. O trabalho foi norteado por um método hipotético-dedutivo, amparado pelo comparativo; ainda será uma pesquisa qualitativa, com análises bibliográfica e documental. Como resultado dos cenários avaliados para que se possa salvaguardar o direito de não se vacinar de alguns detentos e a saúde de outros, o ideal seria ainda a criação de espaços separados para aqueles que optassem pela não vacinação, embora seja reconhecido que as prisões brasileiras não estão estruturalmente prontas para isso. Porém, diante da gravidade da doença, este caminho deveria ser pensado para que haja a garantia do direito à autodeterminação dessa população. Para isso, seria necessária também uma mudança na forma como a sociedade e o Estado enxergam esses sujeitos: compreendendo o sistema prisional como um local de castigo e vingança social ao detento.

Palavras-chave: COVID-19; Autonomia individual; Recusa vacinal; Sistema Prisional; Direito Penal.

ABSTRACT: The overcrowding of the Brazilian prison system brings with it a series of obstacles to individual autonomy, as well as denying basic hygiene needs for the personal dignity of inmates. During the COVID-19 pandemic, the high number of people per cell increased the possibility of contamination by the aforementioned virus, given its high transmissibility. With the emergence of an immunizer, debates about mandatory vaccination against the disease intensified in the world outside prisons. Meanwhile, within Brazilian prisons, there was a question about the right to refuse vaccination, which is a guarantee of self-determination for inmates, however, it should be noted that it clashes with the protection of the life and health of their companions. Therefore, this work seeks to debate respect for the

¹ Mestranda em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP).

autonomy of Brazilian inmates with regard to refusing vaccination against COVID-19. The aim, therefore, is to explore ways of guaranteeing the individual autonomy of people deprived of their liberty who choose not to be vaccinated, considering the protection of the lives and health of their companions. The work was guided by a hypothetical-deductive method, supported by comparison; It will still be a qualitative research, with bibliographic and documentary analysis. As a result of the scenarios evaluated in order to safeguard the right not to be vaccinated of some inmates and the health of others, the ideal would still be to create separate spaces for those who choose not to be vaccinated, although it is recognized that Brazilian prisons do not are structurally ready for this. However, given the severity of the disease, this path should be considered so that the right to self-determination of this population is guaranteed. For this, it would also be necessary to change the way society and the State see these subjects: understanding the prison system as a place of punishment and social revenge for the inmate.

Keywords: COVID-19; Individual autonomy; Vaccination refusal; Prison System; Criminal Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Sobre a Autonomia Individual; 2.1. Considerações sobre a Autonomia Individual no Cárcere; 3. Da Recusa Vacinal no Cárcere Brasileiro; 3.1. Panorama da Adesão à Vacinação contra a COVID-19 nos Presídios Brasileiros; 3.2. O Tratamento da Recusa Vacinal por Detentos; 3.2.1 Subsunção da Recusa Vacinal por Detentos ao Art. 268 do CPB; 3.2.2. Separação dos detentos recalcitrantes; 3.2.3 Reconhecimento de Falta Grave; 4. Considerações Finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia de COVID-19 tomou o mundo inteiro de surpresa, para tentar frear a sua proliferação, foram necessárias novas medidas para adaptar o cotidiano a um vírus de alta transmissibilidade. O trabalho e o ensino à distância foram instaurados, a implementação de horários restritos para estabelecimentos, a obrigatoriedade do uso de máscara, entre tantas outras medidas foram tomadas na primeira metade de 2020. Uma das medidas consideradas indispensáveis para o enfrentamento do vírus era a proibição de aglomerações de pessoas, sobretudo em espaços fechados. Contudo, é importante ressaltar que tal determinação encontrou resistência no cárcere brasileiro, em virtude da já conhecida superlotação de celas.

As condições degradantes do sistema carcerário brasileiro são por vezes veiculadas para o resto do país. Celas superlotadas, alimentos insalubres, mínimas condições de higiene, entre outras violações fazem parte de uma fração do que a população brasileira sabe sobre os presídios no país. Antes de adentrar no foco deste trabalho, qual seja, o direito de autodeterminação da população carcerária à recusa vacinal, vale passar pela evolução da discussão acerca desse tema para os demais cidadãos.

Sem que existisse um imunizante com eficácia e segurança confirmadas contra a COVID-19, a Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, em seu art. 3º, inciso III, alínea d), f) já fazia referência à vacinação compulsória contra a doença em questão². Tal previsão foi alvo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6586 e 6587, a primeira ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) e a segunda pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB).

A ADI 6586 defendia o dispositivo supramencionado, aduzindo o papel relevante da vacinação para o alcance da imunidade de rebanho. É importante salientar que o conceito de imunidade de rebanho se pauta na ideia de que os indivíduos não imunes, sobretudo aqueles que não podem se vacinar por questões de saúde, poderão ser beneficiados pelos imunes – por meio da recuperação da doença ou vacinação (Holland; Zachary, 2020). A ADI 6587, por sua vez, que alega a inconstitucionalidade do art. 3º, III, d), da Lei 13.979/2020, sob a justificativa de que a vacinação compulsória nesse contexto, violaria os artigos 5º, caput, 6º e 196 e seguintes, da CF/88.

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou as ADIs em 2020, entendendo pela constitucionalidade da vacinação compulsória – desde que os imunizantes sejam seguros. Contudo, a Suprema Corte frisou a diferença entre vacinação compulsória e vacinação forçada, esta distinção é importante para salientar que o cidadão possui o direito de recusar o imunizante. Entretanto, é possível que o Estado, por meio de medidas indiretas, previstas em

² **Projeto de lei Nº 1.562, de 2020.** Altera a lei Nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos durante a vigência das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da COVID-19. Atividade Legislativa. 2020.

lei, tais como a restrição ao exercício de determinadas atividades ou a entrada em estabelecimentos específicos, garanta que a população seja vacinada³.

Portanto, é legítimo que um indivíduo recuse a vacinação, porém, é necessário ter atenção se essa decisão vai de encontro ao interesse de terceiros. A título de exemplo, é legítima a decisão do profissional de saúde que atua ativamente contra a pandemia ao recusar a inoculação do imunizante em seu corpo.

Contudo, não é legítimo que siga desempenhando a sua profissão, dado o alto risco de transmissão aos seus colegas e aos pacientes. Nessa situação, nota-se que a legitimidade da recusa à vacinação reside puramente na sua vontade individual, ou seja, na autonomia do sujeito; contudo, a possível proibição está relacionada com o perigo concreto de transmissão – mesmo obedecendo às medidas de segurança necessárias (Siqueira; Soares, 2021, p. 26).

Retomando os sujeitos do tema central deste trabalho, qual seja, os detentos brasileiros. Pode-se dizer que, em tese, estas pessoas têm propriedade para exercer sua autonomia individual ao recusar a vacinação contra a COVID-19. Todavia, transpondo essa questão para a realidade dos presídios brasileiros, nos quais a superlotação de celas e a quase inexistência de políticas públicas de saúde imperam, emerge o questionamento a respeito das formas pelas quais pode ser garantido o direito à autonomia dos reclusos neste caso, de forma que se proteja a saúde dos demais. Considerando isso, o objetivo deste trabalho é realizar uma análise a respeito de qual seria a melhor solução para que seja certificado o direito à recusa da vacinação de determinados custodiados, ao mesmo tempo em que se possa proteger o direito à saúde daqueles que escolheram a vacinação.

³ “Isso posto, voto pela parcial procedência das ADIs 6.586/DF e 6.587/DF, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (I) **a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário**, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência”. (Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.586. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 dez. 2020)

Por conseguinte, neste artigo será apresentada a noção de autonomia individual, a qual será transposta para o cenário do cárcere brasileiro. Além da adesão ao imunizante no cárcere, a partir disso e de um caso concreto ocorrido no Mato Grosso, serão formuladas hipóteses para o tratamento da recusa vacinal pelos custodiados, tais hipóteses serão concebidas e avaliadas de acordo com a realidade brasileira no cárcere. Visto que a determinação sobre evitar lugares aglomerados dificilmente poderia ser imposta nesses ambientes, reforça-se que aqui se buscará destacar qual seria a melhor solução para a recusa à vacinação por detentos brasileiros.

2. SOBRE A AUTONOMIA INDIVIDUAL

A CRFB não menciona a autonomia explicitamente, porém, esta decorre dos direitos de liberdade e da dignidade humana (Toller, 2012), este último elencado como um dos princípios basilares da República Federativa do Brasil. Além disso, comumente, a dignidade da pessoa humana é considerada como uma característica intrínseca à natureza do indivíduo, de modo que a autonomia se encontra intimamente relacionada ao direito fundamental à liberdade de ação, tornando-se, assim, parte essencial do núcleo da dignidade humana (Siqueira, 2019, p. 63).

Antes de prosseguir, para que seja possível abordar a legitimidade de recusa vacinal por pessoas privadas de liberdade (PPL), no contexto do imunizante contra a COVID-19, é preciso tratar sobre o que se entende por autonomia, tendo em mente que esse é um termo com múltiplos significados. A título de exemplo, Dworkin (1988, p. 48) estabelece como autonomia como a capacidade de um indivíduo, de maneira crítica, refletir sobre aceitar ou modificar traços da sua personalidade, tais como valores, preferências etc.

Outrossim, por sua vez, (Feinberg, 1986, p.28) entende que o termo autonomia tem quatro significados: a capacidade de governar a si mesmo; a real condição para autodeterminação; um ideal de caráter associado à autossuficiência; ou, fazendo analogia aos Estados, a autoridade soberana para se autogovernar. Em todos esses sentidos, observa-se que o autor relaciona a autonomia com a independência, em algum nível.

Para os fins deste trabalho, a autonomia será entendida como o “direito de viver segundo a sua própria concepção de vida boa, conferindo ao indivíduo o domínio soberano

sobre seu próprio corpo” (Siqueira, 2019, p. 468). Será considerado, ainda, que a autonomia consiste em um conjunto de direitos de liberdade, que se concentram na “vedação de interferências na esfera da subjetividade de outrem nos casos em que as atitudes autônomas não lesionem terceiros” (Neto, 2014).

Entretanto, há limites para a autonomia individual, principalmente quando ocorre a afetação de terceiros. A partir disso surgem sugestões de caráter paternalista – que não serão aprofundados neste trabalho – os quais apontam a prerrogativa do Estado em proteger o indivíduo, assim como de sacrificar a autonomia deste em prol da coletividade.

Com a intenção de compreender até que ponto se sustenta a autonomia do sujeito em um caso específico, é possível usar o teste da *universalizabilidade*, o qual preconiza que “a esfera de autonomia de um não pode negar a esfera de autonomia de outro, mas deve com ela se coadunar” (Siqueira, 2019, p. 54). O que o referido teste busca assegurar é que todo indivíduo tenha sua autonomia respeitada, desde que não afete a autonomia do próximo.

2.1. Considerações sobre a autonomia individual no cárcere

Comumente, quando se pensa em autonomia, a liberdade de locomoção ou a liberdade para agir conforme seus desejos é o que surge à mente. A partir dessa compreensão, certamente a autonomia dos detentos brasileiros está restrita por conta de uma pena privativa de liberdade. Porém, aqui, deve-se considerar a autonomia como direito de o indivíduo manter suas convicções morais, as quais moldam a sua personalidade (Neto, 2014).

Tendo em vista que a autonomia individual é inerente ao ser humano, haja vista a sua relação com a dignidade humana, pergunta-se se o direito de se autodeterminar conforme suas convicções – filosóficas, morais ou religiosas – deve ser suprimido, em virtude da aplicação de penas privativas de liberdade. Sobretudo se for levado em consideração que no sistema carcerário brasileiro, o detento não somente deixa de dispor de sua liberdade, como também, por questões externas, é privado de componentes da dignidade humana.

Pode-se observar que algumas interferências na autodeterminação, utilizadas para homogeneizar o contingente de custodiados – como o uso de uniformes – são capazes de gerar um impacto na identidade do sujeito (Barcinski; Cúnico, 2014). Contudo, existem temas relacionadas às convicções pessoais, as quais povoam somente a intimidade do sujeito,

tais como a religião, a filosofia de vida adotada; ou mesmo aspectos mais básicos, como gostos e desejos. Esses aspectos dificilmente poderão ser uniformizados em sua totalidade durante a vida no cárcere e, fundamentalmente, não devem ser coagidos à tal uniformização.

Como exemplo de iniciativa que contribui para manter a individualidade dos apenados, a Lei de Execução Penal (LEP), em seu art. 41, inciso IV, disciplina como um direito do detento, a permissão para cultos religiosos nas prisões, de modo que os detentos possam participar das cerimônias de suas respectivas religiões (Braga, 2021).

No cenário de vacinação, fortemente atrelado à autonomia, além de a integridade física ser um dos fatores evocados, tendo em vista que esta será exercida de maneira mais eficaz quando o indivíduo tiver amplo acesso à informação sobre a eficácia e ação do imunizante. Também se está diante dos direitos fundamentais à liberdade de crença e de convicção filosófica, os quais, contudo, não estão totalmente separados da integridade física, uma vez que este é um conceito que tem uma dimensão psicológica. Isto porque as intervenções no corpo do indivíduo podem deixar sequelas e ecoar na esfera de sua mente (Moraes; Castro, 2014).

Portanto, o intuito de preservar a autonomia está relacionado com a proteção à integridade física – e psicológica – do sujeito, uma vez que são aspectos que não estão dissociados. Com isso, explicita-se que a relação entre autonomia e direito à integridade física tem por objetivo garantir a inviolabilidade do corpo do titular, porém, a partir dessa leitura, é possível inferir que “a autonomia também atribui ao indivíduo o direito de dispor do seu corpo, caso o queira” (Fabbro, 1999).

Vale ressaltar, aqui, que ao tratar da recusa à vacinação no contexto do cárcere, a referência que se faz é àqueles custodiados que por convicções de ordem religiosa, filosófica e afins, optam por não se vacinar. Dito isso, ao ser aplicado o *teste de universalizabilidade* no caso da recusa vacinal do imunizante contra a COVID-19, por presidiários brasileiros, alguns problemas podem ser observados. Sobretudo quando se tem conhecimento da superlotação dos presídios no Brasil, oriunda da – exaustivamente discutida – falta de preocupação estatal em relação a esse grupo, que surge no entendimento de que as prisões são feitas para castigar, deixando de lado a ideia de ressocializar os reclusos (Oliveira; Santos, 2022).

3. DA RECUSA VACINAL NO CÁRCERE BRASILEIRO

Em meio à pandemia, a OMS lançou um guia para a prevenção do contágio pela COVID-19 nos estabelecimentos prisionais. O documento parte da premissa de que as PPL estão mais vulneráveis à contaminação pelo vírus, pois encontram-se reclusas – com outros indivíduos – por um longo período de tempo, em espaços com dificuldade de acesso à higiene pessoal (Who, 2021).

3.1. Panorama da adesão à vacinação contra a COVID-19 nos presídios brasileiros

Desde as primeiras notícias a respeito da viabilidade de um imunizante seguro e eficaz contra a COVID-19, os debates sobre os grupos prioritários para a vacinação já estavam presentes, entre os grupos apontados estava o das PPL no país. Tal preocupação com essa população durante a pandemia foi ressaltada pela Organização das Nações Unidas (ONU), ao alertar para a superlotação de presídios, principalmente, nas Américas (ONU News, 2020).

A ONU demonstrou-se especialmente preocupada com as prisões no Brasil, haja vista o elevado número de apenados e os obstáculos estruturais presentes nesses estabelecimentos. Visto que, além de colocar em risco a saúde e a vida desses indivíduos, há, ainda, o risco de fugas por conta das péssimas condições de higiene e, por conseguinte, a dificuldade de prevenção do contágio pela doença. Isto foi o que ocorreu em Manaus, onde custodiados da Unidade Prisional de Puraquequara fizeram agentes penitenciários reféns, por conta da inércia estatal diante de mais de 300 presos contaminados (Calvi, 2020).

Outrossim, um surto da doença em um estabelecimento prisional não só põe em situação vulnerável os detentos e trabalhadores desses locais, é possível, também, que ocorra um espraiamento desses casos para a comunidade no entorno desses lugares. Sendo assim, proteger todo o corpo social dos presídios significa proteger toda uma coletividade (Schacht, 2021).

Dado o exposto, ressaltou-se a importância de inserir as PPL no rol dos grupos prioritários para o recebimento da imunização contra a COVID-19. O argumento para tal inserção foi pautado na superpopulação dos estabelecimentos prisionais no Brasil. Em vista das incontáveis violações à dignidade humana encontradas no sistema prisional brasileiro, que – entre outras questões – se reflete também na privação de condições básicas de higiene e

saúde, voltou-se um olhar cauteloso para o espraçamento dos casos de COVID-19 nessa população.

Isto porque a maioria dos indivíduos privados de liberdade no país, encontram-se em celas lotadas e sem muita ventilação. Além de contar com a impossibilidade de manter as recomendações de higiene pessoal recomendadas pelas autoridades de saúde – sobretudo a orientação de evitar lugares lotados – e da falta de acesso aos equipamentos de proteção individual disponíveis (Simas et al, 2021). Sendo assim, os apenados brasileiros seguiram em espaços insalubres e a dificuldade de acesso à saúde, que já era um entrave antes da pandemia, se intensificou nesse período, demonstrando, assim, a negligência estatal no que concerne à saúde desses indivíduos (Lermen, 2022).

Em vista desse cenário de lotação de celas, a estimativa é de que cada preso infectado coloca em risco de infecção até 10 pessoas, enquanto que fora das prisões esse número cai para 3 pessoas em risco de infecção. Analisou-se que os momentos em que estes sujeitos estão passíveis de contaminação são “na abordagem para a prisão, nas transferências de presos entre casas prisionais, durante as visitas no cárcere, inclusive de advogados, e na distribuição cruzada de funcionários” (Benetti et al, 2021).

Com a chegada do imunizante ao Brasil, o Ministério da Saúde elaborou o Plano Nacional de Operacionalização da Vacina contra a Covid-19, no qual foram elencados os grupos considerados prioritários, tomando por base as diretrizes da OMS. Nessa lista, encontram-se as PPL.

O monitoramento da imunização dos PPL no Brasil, foi realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da emissão de boletins informativos a respeito dos números de infectados e vítimas fatais da doença, os quais foram interrompidos em dezembro de 2022. No último boletim do CNJ (2022, p. 4), as prisões estaduais contavam com 633.903 apenados com o esquema vacinal completo desde abril de 2021 – com duas doses do imunizante ou dose única. Destes, 469.443 também receberam uma dose adicional.

Com base nos dados acima mencionados, nota-se que houve, nas prisões dos estados, uma quantidade significativa de detentos vacinados. Isto se deu, sobretudo, por conta das campanhas voltadas para a sensibilização da comunidade no cárcere em relação aos cuidados

para prevenção da doença, além da vacinação contra a gripe e triagem de novos detentos (Benetti et al, 2021).

Levando em consideração a conjuntura acima narrada, é patente que a transmissão do vírus causador da doença encontra circunstâncias favoráveis no caso em questão. Tendo isso em mente, assim como atentando-se ao fato de que a vacinação – no momento – é o meio mais eficaz de garantir uma maior proteção contra a COVID-19, emerge uma situação em que a escolha individual do sujeito que opta por não se vacinar, deixa de impactar somente sua esfera individual, de modo que os demais reclusos com os quais divide o espaço, também acabam afetados por essa escolha.

3.2.O tratamento da recusa vacinal por detentos

Um caso ocorrido na Cadeia Pública do município de Paranatinga (MT) trouxe à tona a recusa de vacinação contra a COVID-19 por um detento. O Ministério Público de Mato Grosso (MPMT) se manifestou sobre o caso e a Justiça Estadual estabeleceu que, caso o apenado siga com a recusa, esta será compreendida como falta grave prevista no art. 50 da LEP⁴.

O argumento utilizado pelo MPMT é o de que a saúde dos demais presos, bem como dos agentes penitenciários e de toda a comunidade deve prevalecer sobre a autonomia individual. Esta justificativa também foi acatada e reforçada pela Justiça Estadual, a qual destacou a aglomeração no local e a dificuldade de circulação de ar (Anache, 2021).

De fato, haja vista o cenário dos estabelecimentos prisionais brasileiros, nos quais faz-se presente a restrição de direitos básicos, como o acesso à água, itens de higiene e insuficiência de profissionais de saúde para cuidados com os apenados, verifica-se um ambiente propício para a contaminação pelo vírus causador da COVID-19 (Bechara, 2020).

À vista do fato de que a recusa vacinal por um preso é capaz de comprometer a integridade física e a saúde dos seus companheiros, vislumbra-se o perigo concreto da ação de recusa. O surgimento da concretude do perigo pode ser verificado, nesse caso, dado que a

⁴ A Justiça acolheu manifestação do Ministério Público de Mato Grosso e determinou a intimação de um reeducando da Cadeia Pública de Paranatinga (a 373km de Cuiabá) para que seja informado de que a recusa em tomar a vacina contra a Covid-19 poderá ser entendida como falta grave, nos termos do artigo 50 da Lei de Execução Penal (LEP). O juízo da 2º Vara da comarca também oficiou ao diretor da unidade para que informe, no prazo de cinco dias, se aquele aceitou se vacinar e em qual data será imunizado.”

não contaminação dos outros presos estaria à mercê de mera questão probabilística, pois é possível demonstrar a situação de risco efetivo ao bem jurídico tutelado (Bitencourt, 2022). Em outras palavras, estão evidentemente presentes, nesse contexto, as condições ambientais que cooperam para a infecção pelo vírus, de maneira que o acaso determinará o momento da contaminação (Siqueira; Soares, 2021, p. 8).

Conquanto seja nítida a inviabilidade da sanção penal aos detentos que não aceitam a inoculação do imunizante em seus corpos, não resta claro qual seria o tratamento adequado nessa ocasião em que há um choque de direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal: a liberdade individual (do apenado) e o direito à saúde de seus companheiros.

Com esse contexto em mente, pergunta-se, então, quais as possíveis maneiras de lidar com esse impasse. Levando-se em consideração que, ao aplicar o *teste da universalizabilidade*, a esfera da autonomia de um indivíduo pode colidir com a dos demais.

3.2.1. Subsunção da recusa vacinal por detentos ao Art. 268 do CPB

Evocou-se durante os períodos mais agudos da pandemia a figura do art. 268 do Código Penal Brasileiro (CPB), que versa sobre a violação de medida sanitária preventiva: “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”. Um crime de perigo abstrato, isto é, que a mera prática da ação já pressupõe a criação de perigo (Bitencourt, 2022, p. 375).

É passível de questionamentos se o Direito Penal e Processual Penal, realmente, seriam uma saída eficiente para esse entrave. Desconsidere-se, por ora, o problema do uso desenfreado do Direito Penal que, em tese, deve ser encarado como última instância no ordenamento jurídico, a ser convocado somente nas situações em que os demais ramos do Direito não foram suficientes. Porém, apesar de o Direito Penal ser considerado *ultima ratio*, isto é, ter um caráter subsidiário em relação aos demais, nota-se que, em alguns casos, essa ideia é deixada de lado, sob o pretexto de punir uma conduta supostamente lesiva (Reginato, 2014).

Essa ideia de obrigatoriedade da punição que advém do *jus puniendi* estatal, na qual se apoia a racionalidade penal moderna ocidental, compreende como obrigatória e/ou necessária a punição de um determinado sujeito, uma vez que há a subsunção do fato à norma em abstrato. Nessa esteira, quanto mais aflitiva se tornar a pena, cria-se a sensação de proteção (Pires, 2004, p. 40).

O uso do art. 268 do CPB nos casos de recusa à vacinação, para além das questões que circundam a sua natureza de lei penal em branco, foi discutido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento conjunto das ADIs 6586 e 6587, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, entendeu pela inaplicabilidade do art. 268 do CPB aos que recusam a vacinação. Isto porque, de acordo com a Suprema Corte, os princípios penais da proporcionalidade e da ofensividade não seriam observados, o que tornaria inconstitucional a observância do dispositivo. Ademais, o STF apregoa a aplicação de sanções indiretas aos que recusarem o imunizante, de modo que se demonstraria desnecessária o uso da lei penal⁵.

A partir da particularidade do grupo analisado neste trabalho, que reside justamente na privação de liberdade de seus integrantes, é perceptível que, nesse caso, parece uma decisão delicada optar por valer-se de medidas indiretas, para fazer com que esses indivíduos sejam compelidos a aceitar a inoculação do imunizante em seus corpos. Esta fragilidade se dá, pois os sujeitos em questão já se encontram privados do convívio social e restringir, ainda mais, a liberdade dessas pessoas pode ser um caminho que gerará ainda mais violações a direitos humanos.

Não obstante a referida fragilidade, a decisão do STF acerca da obrigatoriedade de vacinação torna dispensável a aplicação do art. 268 do CPB. Dessa maneira, não se pode considerar a ameaça de sanção penal como uma saída para evitar a recusa vacinal. Outrossim, não parece razoável usar desse tipo de artifício contra os PPL nesse caso, na medida em que essa prática apenas denotaria a incapacidade do Estado em dispor de outros meios de intervenção, diferentes do Direito Penal – o qual deixaria de ser o último recurso nesse contexto.

⁵ “Ressalto, ainda, que constitui crime, segundo o art. 269 do Código Penal ‘infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa’. Entretanto, segundo a doutrina, a aplicação desse preceito encontra limitações, eis que, “em face dos princípios da proporcionalidade e ofensividade”. (Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.586. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 17 dez. 2020)

3.2.2. Separação dos detentos recalcitrantes

Do ponto de vista ideal, o resguardo da autonomia individual dos detentos que não aceitam vacinar-se seria a primeira ordem. Contudo, para tanto, imprescindível seria que as violações de direitos humanos fossem nulas, de maneira que a superlotação fosse uma realidade inexistente.

Porém, considerando o que ocorre no Brasil, a garantia da autonomia individual dos apenados esbarra em problemas estruturais profundos. Especialmente porque o papel de reeducação, que os estabelecimentos prisionais deveriam desempenhar, é afetado pela mentalidade de que a pena deve ser aflitiva em vários sentidos (Pires, 2004, p. 43). Na medida em que se naturaliza o sofrimento da população privada de liberdade.

Na realidade brasileira, portanto, demonstra-se impraticável a adoção de celas distintas para aqueles que recusam a vacinação. De acordo com o último levantamento do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), relativo ao período de julho a dezembro de 2022, há um déficit de 171.636 vagas nas prisões estaduais. Ainda de acordo com o mesmo levantamento, apenas 36% dos estabelecimentos possuem celas separadas para a observação de detentos que passaram ou precisam de procedimentos de saúde (Departamento Penitenciário Nacional, 2022).

Com isso, demonstra-se a insuficiência de celas nos espaços de privação de liberdade no país, de maneira que destinar espaços para apenados que recusam a vacinação se mostra inviável nesse modelo. Contudo, diante de uma pandemia avassaladora que causou circunstâncias antes impensáveis, este seria o momento ideal para repensar a distribuição de PPL por cela.

Como consequência disso, uma reestruturação do sistema carcerário com espaços para os apenados que recusam o imunizante seria a forma mais eficaz de sustentar a autodeterminação desses sujeitos, ao mesmo tempo em que se protege a saúde dos detentos que optaram pela vacinação.

3.2.3. Reconhecimento de falta grave

O caso ocorrido no município de Paranatinga (MT) levantou a questão do tratamento a ser dispensado em casos de detentos recusarem o imunizante. Na situação em questão, a Justiça Estadual determinou que o apenado se submetesse à vacinação, sob pena de reconhecer tal conduta como falta grave, nos termos do art. 50 da LEP. Isto por considerar a conduta prejudicial aos demais indivíduos que dividem o local com aquele que não aceita a vacinação.

Embora seja adequado compreender que um detento, em uma cela lotada, precisa resguardar a integridade física de seus colegas, dado o conflito de direitos fundamentais. Nesse caso em tela, se o preso seguir com a rejeição, a atribuição de falta grave a esse comportamento, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), haveria a interrupção da contagem do prazo para a progressão de regime, que seria contado a partir do cometimento da falta⁶.

Contudo, reconhecer como falta grave o comportamento em análise iria de encontro ao entendimento do STJ no HC 481699/RS a respeito da taxatividade do rol previsto no art. 50 da LEP. De acordo com a Tribunal, não há a possibilidade de extensão ou complementaridade na interpretação do dispositivo⁷.

Pelo exposto, a interpretação da recusa vacinal como falta grave por detentos em qualquer lugar do Brasil manifesta-se inexecutável, em virtude da determinação do STJ. Sendo assim, esta também não parece ser uma solução para o problema em debate.

⁶ Súmula 534 do STJ: "A prática de falta grave interrompe a contagem do prazo para a progressão de regime de cumprimento de pena, o qual se reinicia a partir do cometimento dessa infração.

⁷ HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REGIME ABERTO. FALTA GRAVE. INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MONITORAMENTO ELETRÔNICO. VIOLAÇÃO DE PERÍMETRO. ART. 50, V, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. **1. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de ser taxativo o rol de faltas graves previsto no art. 50 da Lei de Execução Penal, não sendo cabível a realização de interpretação extensiva ou complementar a fim de ampliar o alcance das condutas ali previstas.** Precedentes. 2. In casu, o paciente, durante o cumprimento de pena em regime aberto mediante o uso de tornozeleira eletrônica, violou o perímetro estabelecido como condição do benefício pelo Juízo da execução. 3. Como houve, ao menos em tese, desrespeito às condições impostas no regime aberto, fato previsto como passível de configurar falta grave, nos termos do art. 50, V, da Lei de Execução Penal, não há falar em constrangimento ilegal decorrente da instauração de processo administrativo disciplinar com a finalidade de apurar a ocorrência desse tipo de infração. 4. Ordem denegada, revogando-se a medida liminar anteriormente deferida. (HC 481.699/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 19/03/2019)

Dado esse impasse, bem como sempre lembrando que vacinação compulsória e vacinação forçada não são conceitos iguais, é notório que há dificuldade em estabelecer uma solução para o caso em apreço. Observa-se, então, que este é um problema com raízes muito mais profundas, que têm como substrato questões anteriores à pandemia de COVID-19, tendo esta, na verdade, contribuído para que o abandono estatal nas prisões brasileiras fosse visto de um novo ângulo.

CONCLUSÃO

Este trabalho buscou trazer para debate alguns pontos acerca da recusa de vacinação contra a COVID-19, no que diz respeito ao caso de detentos brasileiros. Dessa maneira, realizou-se uma discussão sobre o direito à autodeterminação desses indivíduos diante desse cenário, passando, para tanto, por conceitos de autonomia e debatendo as consequências, bem como limitações, da recusa vacinal no sistema carcerário.

Além disso, apontou-se que a escolha pela recusa vacinal, parte de um sujeito que levou em conta tão somente suas convicções de cunho pessoal, as quais estão fortemente ligadas à autonomia individual. Entretanto, se submeter essa ação ao *teste de universalizabilidade*, o qual tem o intuito de determinar até que ponto a autonomia de um sujeito, não interfere no âmbito individual dos demais; notou-se que, no caso do custodiado, a recusa vacinal toca as esferas dos demais indivíduos que com ele convive – dado o cenário de superlotação dos presídios no Brasil.

Partindo disso, pensou-se em três maneiras de coibir a recusa vacinal de maneira que seja respeitada a autonomia de todos os envolvidos: a aplicação do art. 268 do CPB; a criação de celas separadas; reconhecimento de falta grave de acordo com o art. 50 da LEP. Não foi possível, porém, considerar adequados tais meios em virtude de entendimentos jurisprudenciais e dos óbices estruturais que permeiam o cárcere brasileiro.

Dado o exposto, pode-se afirmar que a ausência de ambientes salubres nos presídios brasileiros, denota que as barreiras que circundam este trabalho têm sua origem no tratamento dispensado, pelo Estado, aos custodiados brasileiros. Ademais, a forma como essas pessoas são enxergadas pela sociedade, bem como pelo Estado, contribuem para violações à dignidade humana nesses ambientes.

A insuficiência de celas nos espaços de privação de liberdade no país, de maneira que destinar espaços para apenados que recusam a vacinação se mostra inviável no modelo atual. Todavia, situações extremas demandam medidas outrora descartadas, desse modo, depreende-se que a criação de espaços destinados aos indivíduos que se opõem à vacinação seria capaz de garantir a autodeterminação não só dos que recusam a vacinação, como também daqueles que escolhem o imunizante.

Outrossim, destaca-se que a tentativa de garantir a autonomia individual da população carcerária brasileira – não só no caso aqui abordado – tem como um de seus obstáculos, também, a visão social a respeito da função dos espaços de privação de liberdade em um Estado Democrático de Direito. A partir disso, pode-se dizer que é árduo o caminho em direção à garantia da autonomia individual nos espaços de privação de liberdade, visto que está cristalizada a ideia de que os apenados devem conviver em situação de privação. A fim de que essa concepção seja revertida, primordialmente, é indispensável que haja dedicação em fazer com que se compreenda que o sistema prisional não consiste em um espaço de vingança social.

AGRADECIMENTOS

À Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Processo n^o 20/15913-5 (FAPESP).

REFERÊNCIAS

ANACHE, Ana Luíza. Recusa de reeducando em receber vacina pode acarretar sanções. **ASCOM MPMT**, 16 ago. 2021. Disponível em: <https://www.mpmt.mp.br/conteudo/58/104283/recusa-de-reeducando-em-receber-vacina-pod-e-acarretar-sancoes>. Acesso em: 20 mai. 2023.

BARCINSKI, Mariana; CÚNICO, Sabrina Daiana. Os efeitos (in)visibilizadores do cárcere: As contradições do sistema prisional. **Psicologia**, n. 28, p. 63-70, 2014. Disponível em: <https://revista.appsicologia.org/index.php/rpsicologia/article/view/696>. Acesso em: 19 mai. 2023.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direito penal em tempos de pandemia: como a crise atual desnuda a irracionalidade do sistema. In: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro; ARRUDA, Carmen Silvia; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael (Org.). **Direito em tempos de crise: Covid-19**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 50-70.

BENETTI, Sabrina Azevedo Wagner et al. Estratégias de enfrentamento da COVID-19 no cárcere: relato de experiência. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, n. 46, p. 1-8, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbso/a/xkctcyDpNGYgNQXKHVb4b6Ky/?lang=pt>. Acesso em: 18 mai. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: Parte Geral**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRAGA, Ivando das Neves. As violações aos direitos e garantias dos presos ao cárcere. **Jornal Tribuna**, 2021. Disponível em: <https://jornaltribuna.com.br/2021/05/as-violacoes-aos-direitos-e-garantias-dos-presos-ao-carcere/>. Acesso em: 18 mai. 2023.

CALVI, Pedro. ONU faz alerta sobre presídios no Brasil e apoia desencarceramento por causa da pandemia; presidente da CDHM endossou iniciativa em março. **Câmara dos Deputados – Comissão de Direitos Humanos, Minorias e Igualdade Racial**, 05 mai. 2020. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/onu-faz-alerta-sobre-presidios-no-brasil-e-apoia-desencarceramento-por-causa-da-pandemia-presidente-da-cdhm-endossou-iniciativa-em-marco>. Acesso em: 15 mai. 2023.

CNJ. **Boletim Mensal CNJ de Monitoramento Covid-19: dezembro**. 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/boletim-de-casos-obitos-e-vacinacao/>. Acesso em: 18 mai. 2023.

DEPEN. **Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário: Julho a Dezembro de 2022.** Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 03 jun. 2023.

DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy.** Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

FABBRO, Leonardo. Limitações jurídicas à autonomia do paciente. **Revista Bioética**, Brasília, v. 7, nº 1, 1999. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/revista_bioetica/article/view/286. Acesso em: 20 mai. 2023.

FEINBERG, Joel. **The Moral Limits of Criminal Law Volume 3: Harm to Self.** Oxford: Oxford University Press, 1986.

HOLLAND, Mary.; ZACHARY, Chase E. Herd Immunity and Compulsory Childhood Vaccination: Does the Theory Justify the Law. **Oregon Law Review**, Eugene, v. 93, n. 1, 2020. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/orglr93&div=3&id=&page=>. Acesso em: 15 nov. 2020.

LERMEN, Helena Salgueiro. Preso tem família: sofrimentos e resistências de familiares de encarcerados ao longo de um ano de pandemia. **Cadernos Ibero-americanos de Direito Sanitário**, n. 11, p. 71-87, 2022. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/884>. Acesso em: 15 mai. 2023.

MORAES, Cecília Baldin de; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. A Autonomia Existencial nos Atos de Disposição do Próprio Corpo. **Pensar**, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, 2014. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/3433>. Acesso em: 10 mai. 2023.

NETO, Heráclito Mota Barreto. O princípio constitucional da autonomia individual. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, a. 13 – n. 42-43, p. 331-366 – jan./dez. 2014. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/428>. Acesso em: 06 dez. 2020.

NOGUEIRA, Pablo. Fim da emergência de saúde pública para a covid-19 decretado pela OMS não implica término da pandemia, alerta pesquisadora da Unesp. **Jornal da Unesp**, 09 mai. 2023. Disponível em: <https://jornal.unesp.br/2023/05/09/fim-da-emergencia-de-saude-publica-para-a-covid-19-decretado-pela-oms-nao-implica-termino-da-pandemia-alerta-pesquisadora-da-unesp/>. Acesso em: 12 mai. 2023.

OLIVEIRA, Samyle Regina Matos; SANTOS, Ariel Sousa. A Priorização da Vacinação Contra a Covid-19 das Pessoas Privadas de Liberdade no Brasil. **Interfaces Científicas - Direito**, n. 8, 192–212, 2022. Disponível em: <https://periodicos.grupotiradentes.com/direito/article/view/10575>. Acesso em: 12 mar. 2023.

ONU preocupada com piora em prisões na América Latina após pandemia. **ONU News**, 05 mai. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/05/1712612>. Acesso em: 15 mai. 2023.

OPAS – Organização Pan-Americana de Saúde. **OMS declara fim da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional referente à COVID-19**. 05 mai. 2023. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/noticias/5-5-2023-oms-declara-fim-da-emergencia-saude-publica-importancia-internacional-referente>. Acesso em: 12 mai. 2023.

PIRES, Álvaro. **A Racionalidade Penal Moderna, o Público e os Direitos Humanos**. Novos Estudos Cebrap, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.

REGINATO, Andréa Depieri de Albuquerque. **Obrigação de Punir: Racionalidade Penal Moderna e as Estratégias de Controle da Violência Doméstica contra a Mulher**. 2014. Tese (Doutorado em Sociologia) – Curso de Sociologia – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2014. Disponível em: <https://ri.ufs.br/jspui/handle/123456789/6242>. Acesso em: 28 mar. 2022.

SCHACHT, Kira. COVID: How Europe's prisons have fared in the pandemic. **Deutsche Welle**, Bonn, 12 jun. 2021. Disponível em: <https://www.dw.com/en/covid-how-europes-prisons-have-fared-in-the-pandemic/a-60006262>. Acesso em: 18 mai. 2023.

SIMAS, Luciana et al. Por uma estratégia equitativa de vacinação da população privada de liberdade contra a COVID-19. **Cadernos de Saúde Pública**, n. 37, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csp/a/kZcgCcjRBNQtdBZHSMWz9vg/?format=html&lang=pt>. Acesso em: 31 mar. 2022.

SIQUEIRA, Flavia; SOARES, Hugo. VACINAÇÃO COMPULSÓRIA? Sobre os limites da atuação do Estado no combate à COVID-19. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 81, 2021.

SIQUEIRA, Flavia. **Autonomia, Consentimento e Direito penal: Uma proposta de superação do modelo paternalista no tratamento dogmático das intervenções médicas**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2019.

TOLLER, Fernando. La armonización de derechos mediante el control de razonabilidad. Reflexiones sobre el principio de proporcionalidad y aplicación práctica a partir de un caso de

vacunación obligatoria. **Persona y Derecho**, Navarra, n. 66-67, p. 109-146, 2012. Disponível em: <https://dadun.unav.edu/handle/10171/34997>. Acesso em: 19 dez. 2020.

WHO – World Health Organization. **Preparedness, prevention and control of COVID-19 in prisons and other places of detention: interim guidance**. 28 fev. 2021. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/339830>. Acesso em: 15 mai. 2023.