

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

PATRÍCIA DE PAULA QUEIROZ BONATO

Mecanismos de compensação em saúde prisional: do excesso e do desvio de execução

Ribeirão Preto

2017

PATRÍCIA DE PAULA QUEIROZ BONATO

Mecanismos de compensação em saúde prisional: do excesso e do desvio de execução

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências. Versão corrigida. A original está disponível na FDRP.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Cláudio do Prado Amaral

Ribeirão Preto

2017

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca e
Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

B697m Bonato, Patrícia de Paula Queiroz
Mecanismos de compensação em saúde prisional: do excesso e do
desvio de execução / Patrícia de Paula Queiroz Bonato; orientador
Cláudio do Prado Amaral. -- Ribeirão Preto, 2017.
157 p.

Dissertação (Mestrado - Departamento de Direito Público) --
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo,
2017.

1. EXECUÇÃO PENAL. 2. SAÚDE PRISIONAL. 3.
VULNERABILIDADE. 4. INCIDENTES DE EXCESSO E DESVIO.
5. MECANISMOS DE COMPENSAÇÃO. I. Amaral, Cláudio do
Prado, orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: BONATO, Patrícia

Título: Mecanismos de compensação em saúde prisional: do excesso e do desvio de execução

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico meu trabalho a todos aqueles
que fizeram e fazem parte da minha
caminhada.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Dr. Cláudio do Prado Amaral, agradeço por todas as lições e pela confiança em mim depositada nos últimos dois anos.

Aos meus pais e irmãos, agradeço pela paciência, amor e por estarem sempre ao meu lado.

Aos docentes da disciplina “Medicina do Confinamento” – FMRP/USP, agradeço por toda a atenção que me deram logo no início do mestrado. Foi, de longe, a mais rica experiência junto ao meu objeto de pesquisa.

Às docentes da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da USP, agradeço pela agradável companhia e por toda inspiração. Vocês são incríveis. Eu me ressignifiquei a cada encontro às sextas-feiras.

Aos amigos que fiz, e mantive, nessa trajetória de mestrado, de dentro ou de fora da USP, agradeço pela amizade e por todo o apoio. Obrigada por tudo!

Aos meus queridos alunos e amigos da Faculdade São Luís de Jaboticabal, agradeço pela compreensão, carinho e torcida até aqui.

A promoção da saúde na prisão repousa sobre um paradoxo original: o universo carcerário enquanto lugar de privação de liberdade está em contradição com o próprio princípio de educação em saúde: o princípio da autonomia do paciente.

Frédéric Le Marcis

RESUMO

BONATO, P.P. Q. **Mecanismos de compensação em saúde prisional: do excesso e do desvio de execução.** 2017. 159 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto/SP, 2017.

A presente dissertação tem por objetivo a proposição de mecanismos de compensação, pela via judicial, das iniquidades provocadas à saúde dos presos em regime fechado de reclusão, tendo em vista que os presídios brasileiros são, hoje, ambientes potencialmente endêmicos à saúde humana. Considerando-se que o acesso aos serviços de saúde nas prisões é modulado por julgamentos morais entre agentes penitenciários e os detentos, e que o sistema mantém e produz excessos e desvios durante a execução penal, serão objeto primordial desse estudo os incidentes processuais do art. 185 da Lei de Execução Penal, aos quais se delinearão hipóteses de aplicação com vistas a individualizar a pena nos casos de adoecimento do recluso. Para tanto, a argumentação se construirá no sentido de que a manutenção de presos em situação de agravo ou enfermos, por negligência do Estado, é uma conduta que mantém pontos de aproximação com a tortura institucional, inadmissível no contexto do Estado Democrático de Direito. O trabalho será eminentemente teórico e propositivo, e articulará temas de saúde pública, direito da execução penal e política criminal.

Palavras-chave: Execução Penal – Saúde Prisional- Vulnerabilidade – Incidentes de excesso e desvio – Mecanismos de compensação

ABSTRACT

BONATO, P.P. Q. **Mechanisms of compensation in prison health: excess and deviation of execution.** 2017. 159 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto/SP, 2017.

The purpose of this dissertation is to propose mechanisms of compensation, through the judicial way, of the iniquities provoked to the health of prisoners in closed regime of incarceration, bearing in mind that Brazilian prisons are now potentially endemic ambience for human health. Whereas access to health services in prisons is modulated by moral judgments between prison staff and prisoners, and that the system maintains and produces excesses and deviations during the criminal execution, the primary object of this study will be the procedural incidents of article 185 of the Criminal Execution Law which will outline hypotheses of application with a view to individualizing the sentence in cases of illness of the prisoner. Therefore, an argument will be built in the sense of maintaining prisoners in situations of injury or illness, by negligence of the State, it is a conduct that maintains points of approximation with the institutional torture, inadmissible in the context of the Democratic State of Law. The work will be eminently theoretical and propositive, and articulate issues of public health, criminal enforcement law and criminal politics.

Keywords: Criminal Execution – Prison Health - Vulnerability – Incidents of excess and deviation – Mechanisms of compensation

LISTA DE TABELAS

Figura 1 Unidades prisionais com espaços mínimos de saúde.....	87
Figura 2 Profissionais da saúde em atividade nas unidades prisionais.....	89
Figura 3 Resultados da pesquisa jurisprudencial.....	92

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACNDUDH – Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos

CAT – Convenção contra a Tortura

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNDSS – Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde

CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

LEP – Lei de Execução Penal de 1984

MEPCT - Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura

MNPCT - Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura

MPN – Mecanismos Preventivos Nacionais

ONU – Organização das Nações Unidas

PNSSP – Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário

PNAISP – Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional

SNPCT – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura

SPT – Subcomitê de Prevenção da Tortura

SUS – Sistema Único de Saúde

UF - Unidade da Federação

UP - Unidade Prisional

WHO – World Health Organization

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	25
1 MÉTODO E ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO	29
1.1 Pressupostos metodológicos: dogmática e racionalidade para a fundamentação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.....	29
1.2 Marcos fáticos e jurídicos em saúde prisional: uma radiografia do sistema.....	31
1.3 Processo de categorização e o delineamento dos mecanismos de compensação.....	33
2. O ENCARCERAMENTO NO BRASIL: POR ENTRE AGRAVOS E INIQUIDADES	35
2.1 A prisão enquanto instituição total: breves considerações sociológicas.....	37
2.2 As funções (propagadas) da pena privativa de liberdade.....	40
2.2.1 Teorias retributivas.....	40
2.2.2 Teorias preventivas.....	43
2.2.2.1 Prevenção geral.....	44
2.2.2.2 Prevenção especial.....	46
2.3 As funções não declaradas da pena privativa de liberdade no Brasil e a vida íntima da prisão.....	48
2.4 A condição de vulnerabilidade do detento e os determinantes sociais em saúde: um contexto de iniquidades.....	52
3. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PRISIONAL	59
3.1 O conceito de saúde.....	61
3.2 A saúde enquanto direito humano fundamental.....	63
3.3 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988.....	66
3.3.1 Sistema Único de Saúde- SUS.....	68
3.3.2 Desafios do SUS na vigilância epidemiológica nas prisões.....	69
3.4 O direito à saúde prisional.....	72

3.4.1 Regras mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos.....	72
3.4.2 Lei de Execução Penal.....	74
3.4.3 O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário- PNSSP.....	75
3.4.4 A Política Nacional de Assistência Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional- PNAISP.....	76
3.4.5 Gestão da saúde prisional no Brasil.....	77
4. SITUAÇÃO DE SAÚDE DO DETENTO.....	79
4.1 Marcos fáticos.....	82
4.1.1 Doenças prevalentes.....	83
4.1.1.1 Tuberculose.....	84
4.1.1.2 AIDS/HIV.....	85
4.1.2 Infraestrutura.....	86
4.1.3 Recursos humanos em saúde e número de atendimentos realizados.....	87
4.2 Marcos jurídicos.....	90
4.3 O adoecimento e a dor no contexto carcerário: uma aproximação à tortura institucional.....	94
4.3.1 Salvaguardas internacionais contra a tortura e maus tratos.....	98
4.3.2 O Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.....	100
4.3.3 O conceito de tortura.....	102
4.3.4 O combate à tortura no contexto carcerário brasileiro: o Sistema Nacional de Combate e Prevenção à Tortura.....	105
4.3.5 Agravos de saúde no contexto prisional brasileiro: uma aproximação teórica à prática de tortura.....	107
5. MECANISMOS DE COMPENSAÇÃO EM SAÚDE PRISIONAL.....	111
5.1 A jurisdicionalização da execução penal e a adaptabilidade da pena às exigências do Estado Democrático de Direito.....	113
5.2 O primado da individualização da pena.....	116
5.3 Execução penal e política criminal: uma relação necessária.....	117
5.4 Intercorrências no curso do processo e os incidentes.....	121
5.5 Incidentes de excesso e desvio de execução.....	125

5.5.1 Legitimação.....	129
5.5.2 Mecanismos de compensação em saúde prisional: propostas iniciais.....	130
5.5.3 <i>Categorias em saúde prisional</i>	132
5.5.3.1 <i>Doenças diagnosticadas antes do encarceramento</i>	134
5.5.3.1.1 <i>Com Possibilidade de tratamento durante o cumprimento da pena</i>	135
5.5.3.1.2 <i>Sem possibilidade de tratamento adequado</i>	135
5.5.3.2 <i>Doenças diagnosticadas durante o encarceramento</i>	136
5.5.3.3 <i>Agravos durante o encarceramento: debilidade permanente, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou deformidade permanente</i>	137
CONSIDERAÇÕES FINAIS	141
SUGESTÕES PARA FUTURAS PESQUISAS	145
BIBLIOGRAFIA	147

INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro tem demonstrado, dia após dia, a falência do projeto de reinserção do condenado à sociedade com preservação de seus direitos fundamentais durante o cumprimento da pena em regime fechado de reclusão.

Atualmente, ao menos 654.372 pessoas cumprem pena privativa de liberdade em nosso sistema prisional¹, estatística que posiciona o Brasil como o quarto país que mais encarcera no mundo². Ao mesmo tempo, há um déficit de 354 mil vagas no sistema carcerário como um todo.

Nesse contexto, a assistência à saúde revela-se um dos gargalos do sistema prisional, que apresenta uma ambiência endêmica alarmante devido à superlotação, insalubridade e à falta de infraestrutura para o atendimento à saúde nos estabelecimentos penais.

Tal situação provoca não somente o agravamento de condições de saúde prévias, mas também o desenvolvimento de novas doenças (FERNANDES; ALVARENGA; PAZIN FILHO et. al, 2014, p. 278), as quais muito raramente são diagnosticadas ou tratadas em razão de dificuldades impostas pela própria dinâmica do encarceramento.

Recentemente, apurou-se que mais de um terço da população privada de liberdade no país não tem acesso a qualquer serviço de atenção básica de saúde na unidade em que está recolhida.

Além dos gastos estatais com a saúde de cada preso serem pouco conhecidos e extremamente variáveis (INFOPEN, 2014, p. 31), o próprio acesso aos serviços de saúde nas prisões é modulado por julgamentos morais entre agentes penitenciários e os detentos, o que agrava consideravelmente todo esse cenário.

A lógica de interpretar a garantia do direito à saúde prisional como um dos meios de promoção da regeneração moral começou há menos de 20 anos (FREITAS, 2013). A iniciativa

¹Número obtido do levantamento de informações realizado pelos Tribunais de Justiça de vinte e cinco Estados brasileiros e compilado em janeiro de 2017 pelo Conselho Nacional de Justiça. Está disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>

² Segundo dados do *International Centre for Prison Studies* (ICPS), o Brasil fica atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia.

consolida uma perspectiva já apontada na Lei de Execução Penal (LEP): a de construção de possibilidades de reinserção social da população privada de liberdade pela via da saúde.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 assegura ao apenado o direito fundamental de respeito a sua integridade física, cujo mandamento é reforçado pela LEP, que garante o atendimento médico, odontológico e farmacêutico a todos os presos, inclusive quando não houver aparelhamento adequado no estabelecimento penal.

No plano infraconstitucional, a Lei de Execução Penal determina ainda, nos arts. 14 e 41, VII, que a administração penitenciária oferecerá condições para uma harmônica integração social do condenado, inserindo-se a assistência à saúde no rol dos direitos do preso.

Em 2014, a Portaria Interministerial nº 01, de 02 de janeiro de 2014, instituiu a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional-PNAISP, pela qual a população prisional foi formalmente inserida na cobertura do Sistema Único de Saúde, de forma integral e em todos os níveis de complexidade.

A adesão à PNAISP, no entanto, é facultativa, e até o presente momento 24 Estados e 266 municípios aderiram à Política (BRASIL, 2016).

Contudo, a despeito dos avanços legislativos na temática da saúde prisional, o que se percebe é que a previsão de garantias fundamentais às pessoas privadas de liberdade no Brasil encontra barreiras no momento de sua implementação, o que indica que a falta de assistência não é apenas médica, mas especialmente jurídica.

Nesse sentido apontou, recentemente, a relatoria especial de Juan Mendéz no Conselho de Direitos Humanos da ONU, que denunciou as más condições sanitárias decorrentes dos presídios brasileiros como uma das piores do mundo, recomendando medidas efetivas no combate à superlotação e às condições degradantes de saúde prisional (ONU, 2016, p. 21).

Dessa maneira, considerando-se que a condição de vulnerabilidade do preso se materializa em seu próprio estado de saúde, e tendo em vista que o sistema de justiça criminal mantém, ao mesmo tempo em que produz, excessos e desvios na execução penal, a presente pesquisa tem por objetivo central a proposição de mecanismos de compensação, pela via judicial, das iniquidades provocadas à saúde dos presos durante o confinamento.

O enfoque na solução jurídica se dá não por acaso, e são duas as razões para a proposta que se pretende formular: primeiramente, o zelo pelo correto cumprimento da pena privativa de

liberdade é um dever imposto expressamente a todos os órgãos da execução penal³, com exceção do Patronato, que fica incumbido de fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana (art. 78 da LEP).

Ademais, existem na LEP dois incidentes processuais que, aparentemente, podem ser potenciais instrumentos para o cumprimento desse dever de fiscalização pelo Poder Judiciário, mas que até hoje são ignorados, tanto no plano prático, pelos atores processuais, quanto no teórico, pois a abordagem desses institutos, quando realizada, é feita de modo extremamente superficial nas doutrinas de direito.

Trata-se dos incidentes de excesso e desvio de execução, previstos no art. 185 da Lei de Execução Penal, que indica haver excesso ou desvio de execução “sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”.

Assim, pretende-se delinear hipóteses de aplicação desses incidentes nos casos em que houver acometimento de doença ou agravos à integridade física do preso por negligência ou omissão do Estado que, sob a leitura dessa pesquisa, guardam estreita aproximação teórica às situações de tortura e maus tratos, inadmissíveis em quaisquer circunstâncias e a qualquer pretexto.

Existem mecanismos nacionais e internacionais voltados especificamente ao monitoramento dos presídios para o combate à tortura institucionalizada, que surgiram a partir do Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e que instituíram, nos países membros, os chamados Mecanismos Preventivos Nacionais (MPN).

No Brasil, a fiscalização ocorre no âmbito do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, que em 2013 instituiu o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT) em âmbito nacional.

As recomendações do último Relatório Nacional do MNPCT, da relatoria especial de Direitos Humanos e do Alto Comissariado para os Direitos Humanos, ambos da ONU, apontam para a urgência na implementação dos mecanismos de prevenção e combate à tortura e penas cruéis no contexto carcerário, residindo aqui a inspiração para a presente pesquisa.

³ A Lei de Execução Penal categoricamente impõe o dever de inspecionar os estabelecimentos penais ou de fiscalizar o cumprimento da pena ao CNPCP (art. 64, VIII), Juízo da execução (art. 66, VII), Ministério Público (art. 67, caput), Conselho Penitenciário (art. 70, II), Departamentos Penitenciários Locais (art. 74) e Nacional (art. 72, II), Conselho da Comunidade (art. 81, I) e Defensoria Pública (art. 81-A).

Tendo em vista que algumas mazelas do sistema prisional já são combatidas, ao menos em parte, pelos Poderes Legislativo e Executivo que, através de medidas de política criminal, renunciam ao poder punitivo estatal no âmbito das chamadas clemências soberanas, questiona-se: o que impede o Judiciário, órgão responsável pela condenação e manutenção dos presos em situação de flagrante sofrimento de saúde, de fazer o mesmo?

Nesse sentido se desenvolverá a presente pesquisa.

1 MÉTODO E ESTRUTURAÇÃO DO TRABALHO

1.1 Pressupostos metodológicos: dogmática e racionalidade para a fundamentação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito

Toda opção metodológica pressupõe uma concepção, ainda que provisória, de uma realidade a ser conhecida; assim, a escolha da metodologia indica não somente o caminho pelo qual se construirá a pesquisa, mas em grande medida significa a adoção de uma postura político-ideológica acerca dessa realidade (GUSTIN, 2002, p. 39-42).

Dessa maneira, é importante que sejam estabelecidas as bases sobre as quais o trabalho se construiu, destacando-se os pressupostos teóricos e limitações metodológicas.

Tal inferência faz ainda mais sentido quando o estudo envolve o fenômeno do confinamento o qual, é importante ressaltar, não pode ser estudado de modo apartado do contexto político no qual se insere, ou seja, das instituições políticas, processos políticos e das políticas públicas (SILVA, 2015, p. 12). Aqui reside o primeiro dos pressupostos dessa pesquisa.

A investigação se desenvolveu, assim, congregando três aspectos de uma pesquisa em Direito: teórico, empírico- descritivo e dogmático, cuja orientação se encontra na lição de Robert Alexy:

Na dimensão empírico-descritiva pode-se distinguir, sobretudo, a descrição da práxis dos tribunais e a averiguação da vontade fática do legislador. A dimensão analítico-lógica inclui tanto a análise dos conceitos jurídicos como também a investigação das relações entre as diferentes normas e princípios. Finalmente, procede segundo uma dimensão prático-normativa, por exemplo, quem propõe e fundamenta a interpretação de uma norma, uma nova instituição, ou quem critica uma decisão judicial quanto a seus defeitos práticos e elabora uma contraproposta. Entre estas três dimensões há numerosas relações. Assim, a descrição do direito vigente pressupõe um determinado instrumental conceitual. A análise lógica do direito vigente não é possível sem sua descrição e, para elaborar propostas de normas e de

decisões, visto que elas ocorrem no âmbito do ordenamento jurídico existente, é necessário o conhecimento desse ordenamento jurídico. (2013, p. 248).

Nesse aspecto, justifica-se a escolha por uma investigação teórica e dogmática porque esta concentra, dentre suas diversas funções, algumas que traduzem de maneira clara as intenções pretendidas pelo presente estudo, quais sejam as de:

- a) Sistematização (e, portanto, elaboração de critérios interpretativos para superar problemas de aplicação ou inaplicação, cujo êxito se verificará a partir da influência no plano das futuras decisões judiciais); e
- b) Orientação prescritiva, que indica a construção dos argumentos para se preferir a sugerida interpretação da lei.

Conforme a lição de Silva Sánchez desenvolvida a partir de Munhoz Conde:

[...] a dogmática jurídico-penal cumpre uma das mais importantes funções dentre aquelas atribuídas à atividade jurídica geral de um Estado de Direito: a de garantir os direitos fundamentais do indivíduo perante o poder arbitrário do Estado, que, conservando-se dentro de certos limites, exige o controle e a segurança desses mesmos limites. A dogmática jurídico-penal se apresenta, assim, como uma consequência do princípio de intervenção lícita do poder punitivo estatal e, ao mesmo tempo, como uma conquista irreversível do pensamento democrático (SILVA SÁNCHEZ, 2009, p.81).

Ademais, deve ficar desde já consignada a opção pela abordagem da temática da saúde prisional apenas em sua manifestação clínica física, desconsiderando-se a saúde mental que, por apresentar um tratamento médico e jurídico diferenciados, demandaria a atenção exclusiva de um estudo de pesquisa.

O aspecto teórico marcou os capítulos iniciais desse trabalho. Desse modo, o segundo e o terceiro capítulos se voltam à introdução da temática da saúde prisional sob os aspectos sociológicos e legais.

O segundo capítulo foi dedicado à apresentação da dinâmica social que caracteriza os presídios enquanto instituições totais, segundo o conceito idealizado por Erving Goffman, sob cujo enfoque se estabeleceu, também, o marco teórico da presente pesquisa.

Nesse momento inicial, apurou-se, a partir de uma análise crítica das teorias finalísticas da pena feita sob a ótica dos determinantes sociais em saúde, a forma pela qual os comportamentos sociais descritos por Goffman, somados à condição de vulnerabilidade da população carcerária, influenciam o estado de saúde dos presos.

A preponderância do fim preventivo- especial na fase de execução da pena deve impulsionar a que os esforços da execução penal se voltem mais ao indivíduo encarcerado e menos à concretude pura e simples da prevenção- geral positiva.

Para que isso seja efetivado, é necessário, primeiramente, o respeito aos direitos fundamentais do preso que não foram atingidos pela sentença, entre eles o direito à saúde, objeto desse estudo, razão pela qual se fez necessário apresentar o âmbito de proteção, o suporte fático e o conteúdo essencial do direito fundamental à saúde prisional.

O terceiro capítulo, nesse sentido, foi dedicado à apresentação do conteúdo jurídico do direito à saúde prisional na ordem internacional e nacional, cujo destaque é, sem dúvidas, o paradigma brasileiro instituído pela Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional- PNAISP.

1.2 Marcos fáticos e jurídicos em saúde prisional: uma radiografia do sistema

Na dimensão empírico-descritiva de uma pesquisa jurídica, os esforços investigativos se concentram na atuação judicial para além do discurso, com vistas a analisar o comportamento dos Tribunais diante de uma realidade que se lhes apresenta.

O quarto capítulo representa, então, a segunda etapa da pesquisa, cujo objetivo foi a identificação do chamado “estado da arte” do assunto, ou seja, conhecer a realidade prisional no aspecto que nos interessa, que é o do direito à saúde prisional.

Realizou-se, dessa maneira, uma pesquisa documental organizada a partir de uma estratégia quali-quantitativa para coleta e também análise dos dados.

Com esta expressão, quali-quantitativo, pretende-se indicar que a forma de coleta de dados e sua interpretação buscaram identificar tanto algumas dimensões quantificáveis quanto extrair elementos para discussão e argumentação no momento final da proposição.

Assim, os dados coletados nessa etapa foram obtidos por meio de análise documental de relatórios oficiais dos sistemas de informação governamentais; de pesquisa bibliográfica em publicações de estudos quanti- qualitativos na área da saúde coletiva; bem como de pesquisa jurisprudencial junto aos sítios eletrônicos dos Tribunais brasileiros.

Todas as informações obtidas foram agrupadas em dois blocos, chamados por nós de marcos fáticos e marcos jurídicos; o primeiro refere-se aos números quanto à saúde prisional e o segundo corresponde ao número de processos no bojo dos quais foram suscitados incidentes de excesso e desvio de execução diante de questões relacionadas à violação do direito à saúde.

Os marcos fáticos consistiram em uma radiografia atual da estrutura e dos serviços de saúde disponíveis no sistema prisional, considerando-se os recursos materiais e humanos, bem como o quadro clínico de enfermidades mais frequentes no sistema prisional.

A análise documental foi o método de interpretação dos dados obtidos dos sistemas de informação *Infopen- Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* (2014) e plataforma eletrônica *Geopresídios* (2017).

A pesquisa se beneficiou, ainda, de farta literatura científica acerca da saúde prisional, o que permitiu o acesso a muitos dados por meio de pesquisa bibliográfica, com destaque às publicações: DIUANA et. al, 2008; SILVA, 2015; SOUZA; PASSOS, 2008.

Os marcos jurídicos, por sua vez, são o resultado de pesquisa jurisprudencial realizada na plataforma eletrônica dos Tribunais Superiores e dos Tribunais de Justiça brasileiros. Contudo, a investigação foi prejudicada junto ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que foi desconsiderado após todas as tentativas de consulta terem sido infrutíferas em razão de problemas no servidor do próprio Tribunal.

A pesquisa realizou-se da seguinte forma: junto aos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como dos Tribunais de Justiça de cada Estado, foram realizadas buscas com três parâmetros: o primeiro deles consistiu em “desvio de execução e “saúde”; o segundo em “excesso de execução” e “saúde”.

Como os resultados encontrados nas primeiras buscas foram muito modestos, arriscou-se um terceiro parâmetro, dessa vez identificado como “excesso de execução penal” e também “desvio de execução penal”.

Por fim, cabe ressaltar a decisão pela não fixação de um marco temporal em toda a pesquisa jurisprudencial com os três parâmetros; com isso, houve um filtro a menos no alcance de julgados, por si só bem escassos.

1.3 Processo de categorização e o delineamento dos mecanismos de compensação

O quinto e derradeiro capítulo consistiu na proposição de aplicação dos incidentes de excesso e desvio de execução diante das situações de adoecimento e agravos à saúde do preso. Ainda que estejam previstos no mesmo disposto legal (art. 185 da LEP), trata-se de incidentes que diferem entre si.

Como o objetivo da pesquisa se voltou à categorização de hipóteses de aplicação desses incidentes em tema de saúde prisional, não foi possível diferenciá-los na prática. Os esforços da pesquisa foram empreendidos no sentido de construir uma argumentação jurídica ao uso desses incidentes. Assumimos, pois, que esta é uma limitação da pesquisa.

Os termos *doença* e *agravo* foram diferenciados com fundamento na Portaria nº 104/2011 do Ministério da Saúde, que define as terminologias adotadas na legislação nacional, segundo o disposto no Regulamento Sanitário Internacional 2005 (RSI 2005).

Assim, doenças são enfermidades ou estados clínicos curáveis ou incuráveis, enquanto que agravos são “qualquer dano à integridade física, mental e social dos indivíduos provocado por circunstâncias nocivas, como acidentes, intoxicações, abuso de drogas, e lesões auto ou heteroinfligida”.

Para identificar os agravos à saúde, foram utilizados os parâmetros adotados no art. 129, §§ 1º e 2º, do Código Penal Brasileiro, ou seja, serão identificados como tal diante de quadros de debilidade permanente, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou mesmo de deformidade permanente no indivíduo encarcerado.

Dessa forma, foram idealizadas três amplas categorias em saúde prisional, que foram: a) doenças diagnosticadas antes do encarceramento; b) doenças diagnosticadas durante o encarceramento e c) agravos durante o encarceramento, sugerindo-se, em cada uma delas, uma racionalidade a ser adotada como remédio jurídico diante dos problemas em saúde prisional.

2 O ENCARCERAMENTO NO BRASIL: POR ENTRE AGRAVOS E INIQUIDADES

O Estado brasileiro, de há muito, não exerce o controle sobre a dinâmica prisional, se é que se pode afirmar que, efetivamente, algum dia o fez. Na maioria dos presídios do país, é notório o desrespeito à dignidade da população encarcerada, cujos condenados em regime fechado de reclusão convivem em um ambiente de superlotação e em condições precárias de sociabilidade, cidadania, higiene e, especialmente, de saúde.

Neste ambiente de opressão e caos financiados pelo Estado, os resultados não poderiam ser mais deletérios para o indivíduo preso, que é atingido por sentimentos de inferioridade, impotência, perda de identidade e empobrecimento psíquico (SÁ, 1998, p. 120), o que provoca nos operadores do Direito, e em alguns segmentos sociais, um profundo desconforto diante do discurso ensaiado sobre as finalidades da pena, além do descrédito diante das justificativas apresentadas para um fato controverso por natureza: busca-se a reinserção social de um indivíduo tirando-o do próprio seio social.

Em seus primórdios, a resposta aos conflitos penais foi marcadamente privada: a pena era assumidamente uma vingança da vítima, de seus parentes, ou mesmo do grupo ao qual pertencia. Os indivíduos, nesse período, se defendiam das investidas e demais ameaças de outros grupamentos humanos.

A execução das penas, além de desproporcional e cruenta, por vezes transcendia à pessoa do ofensor. Eram usuais as penas de morte (AMARAL, 2013, p. 12).

Na antiguidade, a prisão serviu como o lugar de custódia física do acusado para que ele aguardasse o julgamento sem possibilidade de fugir. Nesse período, a sanção penal consistia em mutilações, penas infamantes e até mesmo penas capitais. Para alguns estudiosos, não havia quaisquer indícios da prisão- pena nessa época (GUZMAN, 1983, apud AMARAL, 2013, p. 73).

Na Idade Média, raramente se observou o aprisionamento como sanção autônoma. Local por excelência onde os acusados aguardavam os seus julgamentos, os cárceres apenas em alguns casos serviam como locais de cumprimento de pena. Ainda assim, o nascedouro da pena prisão tal qual a conhecemos hoje tem sido atribuído ao período medieval (AMARAL, 2016, p. 26).

Por volta do século XVIII, o abandono definitivo dos suplícios físicos e públicos fez com que o encarceramento fosse eleito a principal forma de resposta penal, momento em que se atribuiu ao sistema de justiça criminal a marca da “humanidade” (FOUCAULT, 2013, p. 63).

Como se observa, a prisão enquanto sanção penal representa uma prática que se institucionalizou de maneira progressiva até chegar à conformação atual: um modelo de encarceramento rígido e disciplinante que, ainda que não desempenhe na prática os discursos que sustenta, parece cumprir um papel não declarado que tem- lhe sido útil.

Nesse contexto, as funções da pena privativa de liberdade constituem-se em uma construção filosófica cuja principal finalidade é conferir certa aparência de racionalidade ao sistema da execução penal.

No Brasil, devido à opção política pelo Estado Democrático de Direito, que automaticamente impede que se justifique o mal da pena pelo mal causado pelo delito, espera-se dela, em toda a sua dinâmica (de previsão, cominação e execução), uma harmonia entre os objetivos de retribuição e de prevenção (GOMES, 2008, p. 138), que serão detalhados mais adiante.

Especialmente no momento da execução da pena privativa de liberdade, enfoque do presente trabalho, e independentemente do tempo de condenação, prevalece o aspecto preventivo especial, o que significa dizer que os esforços do sistema se voltarão à reintegração social do condenado, com vistas a convencê-lo a não delinquir novamente.

O objetivo deste capítulo não será o de rememorar a história evolutiva da pena de prisão, pois isso certamente demandaria a atenção exclusiva de todo um trabalho dissertativo, mas se constituirá na apresentação dos aspectos sociológicos mais marcantes da dinâmica prisional enquanto uma instituição total, bem como dos objetivos declarados e daqueles encobertos na prática do encarceramento.

Por fim, e não perdendo de vista o objeto do presente estudo, será contextualizada a forma com que esses aspectos sociológicos influenciam a saúde dos detentos, fenômeno conhecido como determinantes sociais em saúde.

2.1 A prisão enquanto instituição total: breves considerações sociológicas

Na sociologia, não existe uma única forma ou uma maneira mais adequada de classificar as instituições sociais, de modo que estas podem ser identificadas a partir de variados critérios como, por exemplo, pelo objetivo que cumprem (em algumas, os indivíduos obtêm status na sociedade; em outras se reúnem para lazer, e etc.).

Porém em todas, é interessante observar, se destaca uma tendência ao fechamento, de sorte que “toda instituição conquistará parte do tempo e do interesse de seus participantes” (GOFFMAN, 2015, p.16).

Diante do objeto de pesquisa escolhido, a saúde prisional, considera-se imprescindível iniciar a discussão pela contextualização da realidade a ser estudada, ou seja, pelo ambiente em que esta se verifica.

Por isso, foi adotado como marco teórico da presente discussão o conceito de instituição total apresentado por Erving Goffman em sua obra “Manicômios, Prisões e Conventos”, construído a partir de sua pesquisa etnográfica no Hospital Psiquiátrico St. Elizabeths, em Washington D.C.

Nesta oportunidade, o sociológico canadense analisou as influências que as instituições isoladas e segregacionistas têm sobre os indivíduos que as habitam, concluindo, após muita observação, que se trata de um processo paulatino de aniquilamento de individualidades e de degenerações físico- mentais.

Em linhas gerais, as instituições sociais podem ser classificadas de acordo com cinco critérios (GOFFMAN, 2015, p. 16), sendo estes: a) locais voltados ao cuidado de pessoas incapazes e inofensivas (cegos, órgãos, idosos); b) instituições estabelecidas para cuidar de pessoas consideradas incapazes, mas que constituem uma ameaça em potencial à comunidade (leprosos, tuberculosos, doentes mentais); c) locais organizados para proteger a sociedade dos perigos intencionais de algumas pessoas (penitenciárias, campos de concentração e de prisioneiros de guerra); d) lugares que são instrumento para realizar determinadas atividades (quartéis, navios, internatos, colônias e moradias de empregados de mansões) e, por fim, e) lugares que servem de refúgio do mundo ou para instrução religiosa (conventos, abadias, mosteiros).

Inserindo-se as prisões na terceira classificação de Goffman, é importante observar que cada um dos cinco motivos que levam ao fechamento apresenta objetivos específicos e sem muita interconexão.

Assim, os presídios são locais primeiramente destinados à proteção da sociedade, cuja lógica de segurança, como se verá, não permite tão facilmente uma abertura a outras lógicas que lhe sejam aparentemente antagônicas. Por exemplo, a lógica do cuidado. A saúde ou o bem-estar desses indivíduos, por assim dizer, não é um problema imediato (GOFFMAN, 2015, p. 17).

O primeiro, e talvez o mais marcante, aspecto das instituições totais é o reconhecido processo de mortificação do “eu”. A partir do momento de sua recepção em uma instituição totalizante, o indivíduo é despojado de seus pertences pessoais, de sua identidade (pois raramente é chamado pelo nome), da privacidade e intimidade (pois os banheiros ou fossas não têm porta e se localizam nos dormitórios coletivos), cedendo, desse modo, a sua personalidade aos objetivos dessas organizações.

Um trecho da obra bem sintetiza os propósitos velados que identificam uma instituição total (GOFFMAN, 2015, p.22):

A instituição total é um híbrido social, parcialmente comunidade residencial, parcialmente organização formal; aí reside seu especial interesse sociológico. Há também outros motivos que suscitam nosso interesse por esses estabelecimentos. Em nossa sociedade, são as estufas para mudar pessoas; cada uma é um experimento natural sobre o que se pode fazer ao eu.

Sob o aspecto das subjetividades individuais, indignidades de fala e de ação, reconhecíveis na obrigação de curvar-se para receber castigos, ou se voltar aos membros da equipe dirigente com rigorosa formalidade, ser xingado, são outras contribuições à dinâmica de mortificação da individualidade (GOFFMAN, 2015, p. 29-30).

Sob o aspecto físico, além da deformação que decorre da perda do conjunto de identidade do sujeito, pode ocorrer também a desfiguração da aparência física, com marcas permanentes ou a perda de um membro. Ainda que a integridade física não seja comumente

atingida, a sensação de insegurança pessoal é predominante nesses locais (GOFFMAN, 2015, p. 29).

A dinâmica da instituição total é outra característica marcante, que pode ser resumida em três aspectos: rigor, vigilância e falta de privacidade.

Todos os aspectos da vida (higiene pessoal, alimentação, lazer, descanso) são realizados em um mesmo ambiente conjuntamente com as demais pessoas em idêntica condição, em horários rigorosamente preestabelecidos, e sob o olhar de uma mesma autoridade, representada pelo que Goffman denomina de equipe dirigente.

Essa organização burocrática, destinada ao controle das necessidades humanas mais básicas, não admite as rupturas comuns do cotidiano, a descontinuidade dos lugares nos quais praticamos as diversas atividades (FERREIRA, 2012, p. 75). As escolhas mais triviais do cotidiano, como o horário do almoço, nada mais são do que obediência a uma ordem superior.

Ademais, a simples obrigação de pedir permissão para realizar atividades secundárias, que no contexto da liberdade dispensariam qualquer ajuda, é uma fonte considerável de humilhação e submissão que atingem diretamente a “economia pessoal de ação”⁴.

Com isso, o indivíduo perde toda a sua autonomia⁵ e passa a viver de um modo que não demanda qualquer reflexão. E, nesse contexto, há uma tendência a que os membros da equipe dirigente se sintam superiores aos indivíduos do grupo dominado.

A partir daí, a hierarquia estabelecida na instituição total serve à reafirmação da distância social entre as duas categorias de agentes: a equipe dirigente e o grupo dos internados. Trata-se não apenas de uma supervisão, mas verdadeiramente de uma rigorosa vigilância (GOFFMAN, 2015, p. 19). A própria instituição tenderá a ser interpretada como propriedade da equipe dirigente.

Importante destacar, por fim, que a dinâmica das relações que serão estabelecidas no interior de uma instituição totalizante depende, em grande medida, do motivo do recrutamento.

⁴ Trata-se da economia das pequenas escolhas diárias, que nada mais é do que a liberdade de reajustar tarefas rotineiras para adequar melhor o tempo. No caso dos internados, não há sequer essa possibilidade (GOFFMAN, 2015, p. 42).

⁵ Goffman entende que apesar de toda a austeridade que identifica as instituições totais, ainda assim esse modelo não é capaz de se substituir à essência cultural do indivíduo que nelas é confinado. Alerta que, quando a estada for longa, pode ocorrer uma situação passageira de inaptidão para a tomada de algumas decisões sobre alguns aspectos da vida (GOFFMAN, 2015, p. 23).

Nas unidades prisionais, em que a clausura é consequência de uma imposição legal (decisão judicial) e, portanto, involuntária ao internado, o convívio tende a ser mais difícil, uma vez que as relações nesse contexto são atravessadas por alta carga moral e por muitos julgamentos. Nesse sentido, a partir da microsociologia de Goffman e das conclusões a que chegou em suas investigações etnográficas, é possível entender em que medida o processo de construção sociológica do eu é dependente da imagem que os demais interlocutores de nossa trajetória fazem de nós mesmos (FERREIRA, 2012, p.79).

Nas prisões, o papel de encarcerado se sobrepõe aos outros com os quais o indivíduo estava habituado, e talvez aqui resida o aspecto mais contraditório da escolha do encarceramento como resposta penal por excelência: alguns desses papéis sequer poderão ser restabelecidos (GOFFMAN, 2015, p. 25).

2.2 As funções (propagadas) da pena privativa de liberdade

As funções da pena-prisão representam uma construção filosófico-jurídica que varia conforme a concepção de Estado adotada em um determinado momento histórico, e objetivam, principalmente, conferir certa aparência de racionalidade à execução penal. Assim, pena e Estado são conceitos intimamente imbricados, de modo que uma análise minimamente comprometida de qual seja a finalidade da pena deve levar em conta a forma de Estado, nem como o modelo socioeconômico (BITENCOURT, 2011, p. 113).

A partir dessa organização, compreende-se melhor, inclusive, quais bens jurídicos interessam à proteção penal, revelando-se, com isso, de que mecanismos se valerá o ente estatal para cumprir tal finalidade.

2.2.1 Teorias retributivas

O sentido tradicional de pena está vinculado à noção de castigo, de um mal a ser imposto como consequência da violação de uma norma de conduta. A palavra “pena” provém do latim

poena, e do grego *poiné*, e tem como significado a infligção de dor física ou moral ao transgressor de uma lei (GRECO, 2015, p. 84).

Nesse sentido, as primeiras correntes teóricas de justificação dos fins da pena, chamadas de teorias retributivas ou absolutas, compreendiam que a função da pena se esgotava no castigo em si, e que este decorria de uma necessidade retribuição divina, pois a um fato ilícito deveria corresponder uma penitência.

As teorias retributivas, contextualizadas no bojo do Estado absolutista, se desenvolveram na segunda metade do século XVIII, o que fazia com que a ideia de sanção fosse intimamente influenciada pela tradição cristã, em que a prática do delito ofendia primeiramente a Deus (GOMES, 2008, p.64), personificado na imagem do soberano.

Nesse período, a dinâmica da execução da pena era ditada pela concentração de poderes e de capitais na classe burguesa emergente, e consistia basicamente em trabalhos forçados e exploração de mão de obra nos cárceres e nas *workhouses* (BITENCOURT, 2011, p.118).

Com a emergência do mercantilismo e a queda inevitável do absolutismo cristão, a concepção divina foi substituída pela concepção liberal de Estado e, conseqüentemente, os fundamentos religiosos que justificaram por tanto tempo a atuação estatal passaram a representar uma descabida ingerência do Estado na vida privada dos indivíduos.

Com a valorização da liberdade e dignidade humana, demarcadas pela ideia do contrato social, a finalidade da pena no Estado burguês passou a ser a de concretização da justiça enquanto valor, e o fundamento principal para as condenações era o questionável livre- arbítrio (BITENCOURT, 2011, p. 118).

Os principais representantes das teorias retributivas foram Kant e Hegel. As reflexões kantianas convergem para a ideia central de que a lei penal é um imperativo categórico, ou seja, é um “dever-ser”, mas que não tem origem em uma lei de conteúdo determinado, mas sim em uma legalidade que é puramente reflexo do respeito a uma moral universal.

Para Kant, no âmbito do direito penal ou, como se refere o autor, do direito de castigar (BITENCOURT, 2011, p. 121), o indivíduo que descumpra as disposições legais não é digno de cidadania, de modo que a função da pena não pode jamais ser a de provocar um bem ao condenado ou mesmo à sociedade (KANT, 2004, p. 167), mas sim como simples resposta ao fato de o sujeito haver delinquido.

Portanto, na concepção kantiana, a pena é uma retribuição ética que se justifica pelo valor moral da lei que o sujeito violou, e será executada independentemente de haver ou não utilidade em sua aplicação, pois seu único objetivo é a concretização da justiça. Do contrário, pretender qualquer utilidade social a partir da pena representaria uma verdadeira instrumentalização do ser humano, o que seria eticamente condenável (BITENCOURT, 2011, p. 122).

Como medida de aplicação da pena, Kant adotou o princípio *talional* como proporção, sob a única condição de ser aplicado por um tribunal.

Enquanto que para Immanuel Kant a fundamentação das finalidades da pena se apoia mais no plano ético, as razões de Hegel circunscrevem a ordem jurídica. Assim, sua tese procura afirmar que a pena deve ser aplicada como forma de negar a tentativa de negação do direito pelo delito.

Para Hegel, o direito é a representação de uma vontade geral e, portanto, racional. O delito, por sua vez, expressa a vontade particular do delinquente que, negando a ordem jurídica, deve ter sua conduta negada pelo castigo, que é a pena.

Para o autor, a aplicação da pena é a forma pela qual o Estado restabelece a ordem jurídica ou vontade geral, bem como se constitui na única maneira de tratar o criminoso com racionalidade e liberdade, pois uma eventual finalidade preventiva o reduziria a um animal, que se recua diante de uma ameaça de punição.

Diante dessa breve contextualização das teorias retributivas ou absolutas da pena, é possível destacar ao menos um aspecto positivo dessa concepção, e que inclusive constitui o fundamento da moderna pena privativa de liberdade, que é o caráter da proporcionalidade da retribuição (GOMES, 2008, p. 75).

No entanto, na atual concepção de Estado Democrático de Direito, seria flagrantemente inconstitucional admitir uma retribuição sem finalidade, ou pior, proclamar a necessidade da imposição de uma pena sem uma comprovação adequada (BITENCOURT, 2011, p. 129). Ademais, é insatisfatório justificar a retribuição estatal com fundamento na culpabilidade, uma vez que essa pressupõe um livre arbítrio que, na prática, torna-se indemonstrável (ROXIN, 1976, p. 13).

Como síntese da crítica até aqui exposta:

A realização da justiça é uma função praticamente incompatível com aquela atribuída ao direito penal, que consiste em castigar, parcialmente, os ataques que tenham por objeto os bens jurídicos protegidos pela ordem legal. O direito penal e, por conseguinte, a pena buscam fins bem mais racionais: torna possível a convivência social. A metafísica necessidade de realizar a justiça excede os fins do direito penal (BITENCOURT, 2011, p.131).

2.2.2 *Teorias preventivas*

Também conhecidas como teorias utilitárias da pena, as teorias preventivas repousam sua atenção menos no fundamento da punição e mais na utilidade a ser desempenhada com a sua imposição. Ao se distanciar do ideal retributivo, de compensação do um mal por outro mal, a pena, a partir dessa concepção, orienta-se para o futuro, para o que será do indivíduo egresso do sistema prisional.

Há quem defenda que os fins da pena só possam mesmo ser de natureza preventiva, uma vez que a atuação penal do Estado, com vistas à convivência em sociedade e à preservação de determinados bens jurídicos, deve ser mínima, subtraindo dos indivíduos uma ínfima parcela de autonomia para a consecução de tais objetivos (DIAS, 1999, p. 129).

Para além do mais, a atribuição à pena desta finalidade está ligada à secularização do direito penal: perdida a legitimação teológica e metafísica do *ius puniendi*, também a pena perde, em grande parte, a sua função de cunho retributivo e, justificado aquele à luz da necessidade – uma “amarga necessidade”, como já foi dito –, ganha esta uma finalidade terrena, limitada à prevenção do cometimento de outros crimes (RODRIGUES, 2012, p. 168).

A partir da tese preventiva da função da pena, a concepção de indivíduo deixa o plano ético e ingressa em uma abordagem funcional, na qual o criminoso pode ser reeducado ao convívio social. Aliás, essa é a pretensão das teorias utilitárias: manter o bem-estar social por meio da resposta penal que, afastada do ideal de Justiça, busca simplesmente a prevenção de novos delitos.

No entanto, a doutrina adverte para o alcance propositadamente limitado do intento de prevenção de novos crimes, ressaltando não haver uma pretensão ilusória de eliminar por completo as delinquências da sociedade, mas sim de nivelá-la a patamares toleráveis, já que “desvios de conduta são expressão da própria diversidade” (ZUGALDÍA Espinar, 1993 apud GOMES, 2008, p. 79).

Os teóricos das teorias preventivas, apesar de acordes quanto ao fundamento da reprimenda (prevenção de novos crimes), dissonavam quanto ao modo de atuação da pena no indivíduo condenado, e reconhecem duas amplas categorias no âmbito da prevenção: prevenção geral ou especial. (GOMES, 2008, p.81).

2.2.2.1 Prevenção geral

A prevenção geral representa os efeitos da atuação da pena na generalidade, na sociedade, com vistas a refrear eventuais intenções delitivas por parte dos demais indivíduos da coletividade. Assim, a aplicação da pena serviria para intimidar os demais cidadãos, para que desistam de cometer delitos ante o temor de sofrer o castigo (GOMES, 2008, p. 81).

Essa concepção se divide, ainda, em positiva ou negativa, e essa subdivisão se deve a Feuerbach, que teorizou pela primeira vez acerca da prevenção geral negativa (GOMES, 2008, p. 82).

Ao desenvolver uma teoria da coação psicológica da pena, o autor compreende que a simples cominação da sanção tem o objetivo de inibir os cidadãos à prática de crimes, incutindo-lhes a certeza de que a pena sempre se seguirá ao delito. A posterior execução da pena serviria para confirmar a seriedade da ameaça penal (MIR PUIG, 1998, p.50).

Assim, a finalidade de prevenção geral negativa nada mais é do que o poder de intimidação da generalidade de pessoas.

A prevenção geral positiva, ou de integração, por outro lado, tem carga extremamente formal e representa a estabilização da norma penal, ou seja, por meio da reação do Estado ao cometimento de crimes se restabelece a confiança da sociedade na lei. A aplicação da sanção promoveria, assim, a retomada da credibilidade do comando legal violado.

Trata-se de uma construção teórica recente, datada da segunda metade do século XX (GOMES, 2008, p. 92), e que apresenta duas correntes bem modernas.

A primeira delas é a da prevenção geral positiva fundamentadora. Seu principal representante é Jakobs, para quem a norma penal representa uma necessidade funcional de estabilização social, ou seja, o Direito Penal, em uma visão sistêmica (muito próxima à teoria *luhmanniana*), serve de instrumento apto a garantir a confiança de todos no ordenamento jurídico (SANZ MULAS, 2000, p. 63). Jakobs concebe o fim de prevenção geral, primeiramente, pelo reconhecimento da norma e, apenas secundariamente, através da intimidação (GOMES, 2008, p. 94).

Assim, para a prevenção geral positiva fundamentadora, a pena tem como função a preservação da norma para que esta continue representando o modelo a ser seguido por todos nas relações sociais. No entanto, essa teoria não estabelece qualquer parâmetro para fixação da pena, de modo que, na prática, torna-se difícil saber qual a medida para a estabilização do sistema.

A corrente da prevenção geral positiva limitadora, cujo principal representante é Winfried Hassemer, por seu turno, também desconsidera a intimidação como meio de concretizar a finalidade preventiva, defendendo que essa se verificaria através da proteção da “consciência social da norma” (GOMES, 2008, p. 97), servindo para limitar os excessos da pena decorrentes de razões intimidatórias. Assim, as penas corresponderiam à consciência social.

A despeito de toda a racionalidade laica que demarcou as teorias da prevenção geral da pena, e que fez com que estas apresentassem certa neutralidade e legalidade, muitas objeções são formuladas ao pensamento da função de intimidação coletiva da pena.

Do ponto de vista ético, a pena com esta conotação instrumentaliza o homem (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 2000, p. 141), transformando-o em objeto para atingir outros fins, pois a intensidade da pena imposta ao condenado seria medida por um aspecto subjetivo frágil de terceiros, que sequer estariam relacionados ao caso concreto.

Do ponto de vista psicológico, a equação formulada pela teoria da prevenção geral revela-se vergonhosa em sua cientificidade. Além de a contramotivação não ter sido demonstrada empiricamente (RAMÍREZ, 1999, apud GOMES, 2008, p. 88), é certo que em

determinados segmentos de delinquentes, a eficácia dissuasória da pena é ínfima, como se observa no fenômeno da criminalidade do colarinho branco.

Politicamente, pode-se contestar a teoria preventiva geral pela falta de um critério de autolimitação do poder punitivo (GOMES, 2008, p. 88), haja visto que a necessidade de eficácia para o utilitarismo é passível de justificar abusos irreparáveis. Segundo Zugaldía Espinar, novos crimes representariam o malogro da prevenção geral, que seria superável mediante um endurecimento progressivo das penas (ZUGALDÍA ESPINAR, 1993, p. 75).

Nesse sentido seguem as razões de Jorge de Figueiredo Dias (DIAS, 1999, p. 132):

Afirmar que a prevenção geral positiva ou de integração constitui a finalidade primordial da pena e o ponto de partida para a resolução de eventuais conflitos entre as diferentes finalidades preventivas traduz exatamente a convicção de que existe uma medida ótima de tutela dos bens jurídicos e das expectativas comunitárias que a pena se deve propor alcançar; medida esta que não pode ser excedida (princípio da necessidade) por considerações de qualquer tipo, nomeadamente por exigências (acrescidas) de prevenção especial, derivadas de uma particular perigosidade do delinquente.

2.2.2.2 Prevenção especial

A finalidade preventiva especial da pena privativa de liberdade representa, por excelência, a dinâmica da execução penal. Isso porque, até o momento da cominação, a pena se orienta pelos fins preventivos gerais, cuja preocupação repousa ainda nos efeitos da pena sobre o restante do corpo social (AMARAL, 2013, p. 149).

Iniciada a execução, contudo, o enfoque da pena passa a ser o indivíduo condenado, posto à disposição do Estado, que não deve medir esforços para efetivar o ideal da prevenção especial, ou seja, da própria reinserção social, com vistas ao convencimento do agente do delito para que este não volte a delinquir.

As primeiras manifestações acerca da prevenção especial podem ser identificadas na antiguidade grega, período em que se propagava a ideia de que a pena deveria ao menos servir para a melhora do indivíduo condenado (GOMES, 2008, p. 101). Ou seja, a pena deveria ser

útil, embora o utilitarismo enquanto ideia tenha sido idealizado apenas nos séculos XVII e XVIII, com alguns autores iluministas (GOMES, 2008, p. 102).

O contexto ideológico em que surgiu, de fato, o pensamento preventivo- especial é o do positivismo criminológico, cujo principal representante foi Franz Von Liszt, na segunda metade do século XIX, o que contribuiu para uma feição totalmente distinta da concepção atual de prevenção especial. Ainda que visasse à correção, esta só seria aplicável aos indivíduos considerados recuperáveis; do contrário, considerando-se algum deles predeterminados ao delito, a solução seria a inocuização, com a morte ou outros impedimentos físicos (GOMES, 2008, p.103).

Atualmente, a ideia de prevenção especial evoluiu, e pode ser analisada, da mesma forma da prevenção geral, sob duas óticas: uma negativa e outra positiva.

A prevenção especial negativa tem por objetivo desencorajar o autor do delito, ou seja, significa tanto “a intimidação do delinquente ainda *intimidável* quanto a inocuização do delinquente não mais *corrigível*” (ZULGADÍA ESPINAR, 1993, p. 74).

A prevenção especial positiva, por sua vez, tem por fim a recuperação do indivíduo, sua reinserção social⁶ por meio de um tratamento individualizado cientificamente, para o qual não se prescinde daquele que talvez seja o princípio de maior contribuição prática na dinâmica da execução penal: o da individualização das penas – sobre o qual serão feitos, no capítulo final da pesquisa, os devidos comentários.

Como se percebe, o ponto de partida do ideário da prevenção especial positiva é o de que o condenado apresenta um déficit social, um desajuste cuja expressão máxima é o delito que cometeu e que, por isso, necessita de um tratamento que o recupere⁷.

Historicamente, atribui-se à prevenção especial uma importância ímpar⁸: pela primeira vez, as teorias da pena direcionaram a preocupação ao indivíduo preso, e não mais ao crime

⁶O uso da expressão “reinserção social” no lugar do termo “ressocialização” é uma opção pessoal e ideológica da pesquisadora, que entende que a finalidade ressocializadora da pena se aproximaria de uma perseguição do Estado no sentido de inculcar no condenado um ideal útil esperado da sociedade, o qual não necessariamente lhe diz respeito.

⁷Paulo de Sousa Queiroz, em alusão ao “tratamento” destinado pela Justiça ao condenado, lamentavelmente usa o termo “medicina social”, que não pode ser confundido com essa disciplina médica cuja lógica, a propósito, é muito cara ao debate da saúde prisional (QUEIROZ, 2001, p. 53).

⁸ Também Roxin nesse sentido reconheceu: “(...) *quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigências del principio del Estado social*” (ROXIN, 1997, apud GOMES, 2008, p. 115)

enquanto fato jurídico, fornecendo inclusive uma base teórica para o desenvolvimento da ciência da criminologia (GOMES, 2008, p. 115).

Contudo, inúmeras críticas são formuladas ao aspecto preventivo especial, e a principal delas é no sentido de que este instrumentalizaria o indivíduo, submetendo-o à ação estatal com o objetivo de impor-lhe os valores da maioria, tendo em vista que, em determinadas situações, sequer existe a necessidade de correção do indivíduo, posto não haver qualquer indício de *dessocialização* por parte dele (SHECAIRA, 2002, p. 133).

Contudo, as objeções à função preventiva especial se projetam às hipóteses em que esta seria a única finalidade da pena (GOMES, 2008, p. 119), é certo que dela não pode prescindir a sistemática da execução penal, pois lhe confere um caráter humanitário do qual nenhuma instituição, no contexto do Estado Democrático de Direito, pode prescindir.

Há quem acredite que a prevenção especial é tarefa apenas para especialistas das ciências do comportamento e que, por essa razão, não faria sentido seu estudo por profissionais do Direito (RIPOLLÉS, 2007, apud AMARAL, 2013, p. 153). Porém, não prospera, em hipótese alguma, essa afirmação, porque a execução penal é uma disciplina multidisciplinar.

Devido à afinidade que guarda com o princípio da individualização das penas, a prevenção especial deve fazer parte dos estudos na temática da execução penal, pois é essa a diretriz que impõe o ritmo à dinâmica do cumprimento de penas, em especial ao da privativa de liberdade, tão carecedora de maiores estudos e debates.

2.3 As funções não declaradas da pena privativa de liberdade no Brasil e a vida íntima da prisão

Destacados os principais aspectos da prisão enquanto instituição total, com as características que a singularizam enquanto um lugar que absorve a totalidade da vida de seus integrantes, e apresentadas as teorias que buscam justificar as finalidades da pena, faz-se importante proceder a algumas correlações entre o aspecto teórico e prático.

O presente tópico visa, por assim dizer, a uma provocação: ainda que as leis, manuais de direito e algumas doutrinas insistam no ensino sistemático das funções da pena e sustentem

o discurso utópico da reinserção social, existe uma realidade extraoficial que em muito se distancia de todos esses ideais.

O mais grave é que esse descompasso entre o que se fala e o que se vê é conhecido por todos nós, constituindo-se em verdadeiro, não é arriscado dizer, fato notório.

Nesse contexto, tanto a consecução dos objetivos pretendidos pela pena privativa de liberdade, quanto os direitos assegurados em lei e documentos internacionais são de difícil acesso, e os entraves estão na concretização de objetivos não confessados pelo sistema.

Especialmente na temática do direito à saúde prisional, essas interrelações são ainda mais problemáticas, pois, às dificuldades estruturais e operacionais ínsitas ao sistema somam-se as barreiras que são construídas pelos próprios atores do sistema.

O Estado, a partir do momento em que tomou para si o direito de punir, substituiu, ao menos em tese, a antiga vingança pelo modelo público de aplicação de penas. Mas, no fundo, o que se percebe é que o *ius puniendi* estatal persegue os mesmos fins de outrora: retribuir com violência, mas agora em nome de uma coletividade, e não apenas individualmente, na esfera privada (FREUD, 1977, apud VALOIS, 2012, p. 20).

Segundo Goffman, os objetivos confessados das instituições totais são pouco numerosos; especificamente os das prisões podem ser reconhecidos como sendo, em linhas gerais, os de a educação, instrução e proteção da comunidade (GOFFMAN, 2015, p. 77).

A saúde ou o bem-estar dos indivíduos em um presídio, por exemplo, não se constitui, por assim dizer, em um problema imediato (GOFFMAN, 2015, p.17), razão pela qual alguns afirmam servirem as prisões, na realidade, à incapacitação, retribuição, intimidação e reforma dos sujeitos confinados (CRESSEY, 1958, apud GOFFMAN, 2015, p. 77)

O poder sobre os corpos, de infligência de dores físicas, foi paulatinamente substituído pelo poder sobre a alma e sobre a psique (FOUCAULT, 2013, p. 21). O relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, datada de 2009, em certa passagem bem sintetizou o processo de aniquilação psíquica e de dignidade do preso:

Nestes ambientes de estufa, a ociosidade é a regra; a intimidade, inevitável e profunda. A deterioração do caráter, resultante da influência corruptora de subcultura criminal, o hábito da ociosidade, a alienação mental, a perda paulatina da aptidão para o trabalho, o comprometimento da saúde, são

consequências desse tipo de confinamento promíscuo, já definido alhures como "sementeiras de reincidências", dados os seus efeitos criminógenos (BRASIL, 2009, p. 02)

Na concepção *foucaultiana*, as prisões passaram de lugar de genuína expiação física dos corpos a um local de administração racionalizada da violência social, como uma verdadeira gestão de virtualidades (FERREIRA, 2012, p. 81). As prisões servem como depósitos de pessoas segregadas dos serviços estatais mais basilares, como educação, segurança e também saúde.

Sugestões mais realistas afirmam que as prisões servem, na realidade, à incapacitação, retribuição, intimidação e reforma dos sujeitos (CRESSEY, 1958, apud GOFFMAN, 2015, p. 77). De acordo com os critérios de classificação das instituições totais, essa dose de realismo não representa um exagero pois, como será visto no terceiro capítulo desta pesquisa, a saúde ou o bem-estar dos indivíduos confinados, de fato, não parece ser uma urgência.

O que se observa nas prisões é um mecanismo de interpretação moralizante, uma espécie de identificação automática do internado ao papel que ocupará, que ocorre desde sua recepção no sistema (GOFFMAN, 2015, p. 78).

Desse modo, os agentes penitenciários promovem uma interpretação estereotipada dos presos, de tal forma que a perspectiva institucional das prisões é, na realidade, a própria moralidade pessoal desses profissionais, que tende a racionalizar suas atividades.

Essa dinâmica perdura até a data atual, provavelmente em razão de uma antiga dúvida que por durante muito tempo atormentou os estudiosos das prisões, e que recaía sobre a natureza da execução penal que, segundo o entendimento majoritário, era administrativa.

Ainda que atualmente não haja dúvidas quanto à natureza jurisdicional da execução, é certo que ela preservou seu aspecto administrativista, uma vez que toda a dinâmica executiva é movimentada pelas secretarias estaduais no âmbito do Poder Executivo.

Sobre as relações do modelo administrativista da gestão prisional, Roig explica que

O viés totalitário do sistema penitenciário continua a ser alimentado por um modelo administrativista e meritocrático que rege todo o aparato normativo em sede de execução penal e que pretende fazer do preso um refém e do Poder Judiciário um servo. Como afirma o autor, “a primeira implicação consiste na total submissão do preso ao exclusivo arbítrio da autoridade custodiante, que se vale da vagueza da norma para manejar utilitariamente a aplicação de sanções disciplinares, muitas vezes motivadas por desavenças pessoais, conveniência ou por necessidade de manutenção de respeito e ordem (ROIG, 2006, p. 272).

No âmbito da saúde prisional, o julgamento moral que é realizado pelos agentes penitenciários é ainda mais preocupante, uma vez que partirá desses agentes a decisão quanto ao acesso dos presos aos serviços de saúde; ou seja, os agentes de segurança penitenciária são os responsáveis pela avaliação das demandas de saúde, cujos parâmetros são, obviamente, completamente estranhos aos da medicina (DIUANA, 2008, p. 1892).

Nesse sentido:

O acesso à saúde está atravessado pelas representações sociais que informam as representações e as práticas. A imagem que os agentes de segurança penitenciária mantêm acerca das pessoas presas fundamenta uma desvalorização das queixas que estes últimos manifestam quanto a seu estado de saúde. Muitas vezes percebidos como incapazes, indolentes e dissimulados, os presos não são considerados como interlocutores confiáveis (DIUANA, 2008, p. 1892).

Como se percebe, a aproximação a qualquer um dentre os inúmeros aspectos da realidade prisional demanda, sempre, certa dose de criticismo. São inquestionáveis as disparidades existentes entre os planos teórico e o prático nas prisões, e o objetivo do presente tópico não foi o de esgotá-las, mas sim o de identificar aquelas que serão essenciais às ideias trazidas pelo presente trabalho.

Como se verá adiante, as implicâncias sociais influenciam diretamente não apenas a dinâmica da gestão da saúde prisional, mas igualmente o próprio estado de saúde dos detentos.

2.4 A condição de vulnerabilidade do detento e os determinantes sociais em saúde: um contexto de iniquidades

O conceito de vulnerabilidade inicialmente empregado em diversos estudos sociais era compreendido como insuficiência de recursos materiais, ou seja, identificava uma dada comunidade ou indivíduo como vulneráveis a partir de critérios como renda, pobreza, carência de recursos materiais.

Tais enfoques, no entanto, se mostraram insatisfatórios ao longo do tempo, porque apesar da identificação das populações mais pobres, ainda eram escassos os resultados das políticas públicas associadas, e os índices de vulnerabilidade não se alteravam significativamente considerando-se apenas o aspecto econômico (ABRAMOVAY, 2002, p. 28).

Na América Latina, a abordagem analítica do conceito de vulnerabilidade social foi sistematizada pela primeira vez com os estudos realizados por Caroline Moser e sua equipe no Banco Mundial (ABRAMOVAY, 2002, p. 28), a partir dos quais se observou que os riscos da mobilidade social descendente não são criados apenas em situações de pobreza abaixo da linha de miséria, mas que se estendem também a indivíduos que estejam, de alguma maneira, em situação de desvantagens ou debilidades de diversas ordens.

A partir de então, os estudos no tema ganharam maior aprofundamento. Atualmente, a identificação de uma situação de vulnerabilidade social leva em conta outras perspectivas, como altas taxas de desemprego, baixo investimento em educação e saúde, violência doméstica e outras formas de desarranjos nas relações familiares, aumento da criminalidade (MOSER, 1998, p.15).

Em estudo publicado pela UNESCO em 2002, em que foi apresentado o tema da vulnerabilidade social com vistas à promoção de políticas públicas na América Latina, o conceito foi bem sintetizado por Vignoli (VIGNOLI, 2001 apud ABRAMOVAY, 2002, p. 29-30):

Vale notar que a vulnerabilidade assim compreendida traduz a situação em que o conjunto de características, recursos e habilidades inerentes a um dado grupo social se revelam insuficientes, inadequados ou difíceis para lidar com o sistema de oportunidades oferecido pela sociedade, de forma a ascender a

maiores níveis de bem-estar ou diminuir probabilidades de deteriorização das condições de vida de determinados atores sociais;

(...) tem situado a vulnerabilidade social como o resultado negativo da relação entre a disponibilidade dos recursos materiais ou simbólicos dos atores, sejam eles indivíduos ou grupos, e o acesso à estrutura de oportunidades sociais, econômicas, culturais que provêm do Estado, do mercado e da sociedade. Esse resultado se traduz em debilidades ou desvantagens para o desempenho e mobilidade social dos atores.

Essa delimitação do conceito em muito se aproxima da concepção *rawlsiana* de justiça, que propõe igualdade de oportunidades e de distribuição de bens ou valores reputados essenciais às necessidades humanas. A justiça, nesse contexto, serviria como mecanismo de distribuição compensatória dos bens e recursos diante das “diferenças”.

Uma das premissas da teoria da justiça de John Rawls é a de que os indivíduos estão comprometidos a um ideal da boa vida, que, no entanto, só será alcançável a partir do que Rawls denomina de bens primários sociais e naturais (RAWLS, 2000, p. 98).

Nesse conceito de justiça, os bens primários sociais seriam aqueles diretamente distribuídos pelas instituições sociais, como renda, riqueza, oportunidades, direitos e liberdades. Os bens primários naturais não são promovidos pela organização social, mas em grande medida são afetados por ela, como ocorre nos aspectos relacionados à saúde, imaginação e demais talentos naturais.

Concluindo a associação *rawlsiana*, ainda que os bens primários sociais fossem distribuídos com igualdade entre os indivíduos, mesmo assim haveria desigualdades e níveis de vulnerabilidade devido à desigualdade na distribuição dos bens primários naturais.

Em outras palavras, a vulnerabilidade social compreende dois pressupostos: o primeiro deles compreendendo a gravidade de suportar algum risco diante da experimentação de situações indesejáveis de origem externa, e o segundo referente à capacidade de responder aos desafios impostos pela sociedade e pelo meio natural (MONTEIRO, 2011, p. 33-35).

Diante de todas as considerações, é inquestionável a identificação dos presos enquanto população vulnerável: são indivíduos postos à disposição do Estado para cumprir pena privativa de liberdade em uma instituição totalizante, no bojo da qual são tomados por sentimentos de

insegurança e medo, já que se encontram em estado de completa dependência em relação aos agentes penitenciários, aos quais estão subjugados.

Nesse contexto, além de todo o sofrimento destacado dos aspectos sociológicos do encarceramento em uma instituição total, outros males ainda podem surgir a partir da influência (direta) que a condição de vulnerabilidade da população prisional exerce sobre a saúde dos presos.

Não mais vista como um fenômeno puramente biológico, a saúde se transformou em um tema ainda mais complexo não apenas para os estudos na área da saúde em si considerada, mas em especial para os das ciências sociais aplicadas, como é o caso de estudos como os do direito à saúde.

Atualmente, as pesquisas em saúde levam em conta fatores socioambientais, econômicos e até mesmo educacionais como influência nos estudos em saúde pública.

Assim, a despeito dos fatores individuais que levam ao adoecimento ou agravos em saúde, como sistema imunológico, predisposições genéticas ou mesmo qualidade de vida (uso ou não de drogas lícitas e/ou ilícitas, sedentarismo), o adoecimento em algumas populações é reflexo do próprio recorte social considerado, ou seja, dos chamados determinantes sociais⁹.

Tratam-se os determinantes sociais de condições de desigualdades em saúde provocadas por circunstâncias sociais injustas vinculadas tanto à macroestrutura econômica, social e cultural, quanto aos comportamentos individuais e às condições de vida e de ambiência que geram iniquidades em saúde, ou seja, situações graves evitáveis.

Destaca-se o fato de que o Brasil foi o primeiro país no mundo a criar uma Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde- CNDSS (OLIVEIRA, 2008, p. 279).

A ocorrência de variações na distribuição de problemas de saúde é um fenômeno universal e contemporâneo (VIEIRA DA SILVA, 2009, p. 218), e que em grande medida se explica por aspectos sociais perversos que aprofundam desigualdades em saúde.

⁹ Para a Comissão Nacional sobre os Determinantes Sociais da Saúde (CNDSS), os determinantes sociais em saúde – DSS – são os fatores sociais, econômicos, culturais, étnicos/raciais, psicológicos e comportamentais que influenciam a ocorrência de problemas de saúde e seus fatores de risco na população

Nesse sentido compreendeu o epidemiólogo Jaime Breilh, que associou as variações e desigualdades em saúde não apenas a um significado político, mas também a um padrão estrutural (BREILH, 2003, p. 150).

Para Breilh, desigualdade em saúde representaria uma evidência de diversidade (características e atributos de uma dada população) que, quando observada por uma sociedade historicamente desigual e egoísta, adquire um sentido negativo, chamado por ele de inequidade.

Assim, as diferenças nos padrões de saúde seriam expressão da diversidade, em sociedades solidárias, ou de inequidade naquelas em que haja concentração de poder.

Esse é um tema que tem envolvido um número cada vez maior de pesquisas empíricas e teórico- sociais da saúde, haja vista que tais informações representam um reforço à formulação de políticas públicas em saúde.

Contudo, apesar dos avanços, a literatura sobre os determinantes sociais em saúde, mesmo prolífica, ainda

padece de pobreza teórica, na medida em que raramente se explicitam pressupostos epistemológicos e teorias sociais cruciais para a compreensão do significado dos conceitos relacionados às diferenças na saúde- doença- cuidado em populações (ALMEIDA FILHO, 2011. P. 95).

Diante do contexto sociológico apresentado neste capítulo, e da injustiça social que pulsa no sistema prisional brasileiro, já que 95% da população carcerária são compostos por indivíduos pobres¹⁰, a lógica dos determinantes sociais em saúde deve ser a lente para a leitura dos próximos capítulos, em especial a do terceiro, momento em que será apresentada a realidade (a que se tem acesso) da saúde prisional no Brasil.

Nesse sentido informou o último Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, de 2015, acerca da vulnerabilidade social dos mais pobres ao poder punitivo do Estado:

A concentração da população carcerária entre as pessoas de baixa renda é uma característica que se perpetua no sistema punitivo brasileiro. Os mecanismos de seleção dos processos de criminalização, desde a elaboração de leis até a

¹⁰ Nível socioeconômico da clientela dos sistemas; Censo Penitenciário Nacional 1994; Ministério da Justiça/Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1994, p. 65.

atuação da polícia e do sistema de justiça, são influenciados por estereótipos e padrões que favorecem a inclusão de pessoas pobres no sistema carcerário. É necessário reconhecer a maior vulnerabilidade das pessoas de baixa renda ao poder punitivo e enfrentar as razões que levam a esse quadro (PNPCP, 2015, p. 15).

A importância prática dessa discussão reside na delimitação do alcance da atuação dos órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde, uma vez que, como dito, muitos são os fatores que influenciam o estado de saúde das pessoas¹¹, tais como o meio ambiente, saneamento básico, desigualdade social, insegurança alimentar, nem todos pertencentes à esfera de competência direta do SUS, ou seja, concretizáveis a todos os cidadãos (encarcerados ou em liberdade).

Muito pelo contrário, ainda que as pessoas se submetam a medidas curativas de excelência, aquelas que vivem em condição precária são fatalmente acometidas de outros agravos ou doenças. É esse o retrato da saúde prisional no Brasil.

Tendo em vista que a ambiência epidêmica dos presídios brasileiros em muito se deve à superlotação e a todos os imbróglis sociológicos que dela advêm, nesse contexto melhor compreendidos a partir dos estudos de Goffman e das considerações quanto aos determinantes sociais, resta problematizar que de nada adiantarão as garantias legais e demais políticas públicas em saúde prisional se a práxis continuar a mesma.

Portanto, a inspiração para mudanças concretas na prática da execução penal reside em uma nova compreensão do próprio termo vigilância, muito comum na temática prisional, cujo sentido empregado é sempre o de fiscalização ostensiva, precaução, prevenção.

No entanto, uma rápida consulta ao dicionário¹² permite a apreensão de um outro sentido ao termo vigilância: diligência, cuidado. Assim, se a lógica da segurança que predomina as ações no âmbito da execução penal ceder, ainda que em pequena escala, à lógica da atenção à saúde, possivelmente surgirão posturas mais criativas ao enfrentamento das vulnerabilidades sociais da população carcerária.

¹¹ Essa concepção se encontra estatuída no art. 3º da Lei n. 8.080/90, que dispõe ter a saúde fatores condicionantes como a alimentação, moradia, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e acesso aos bens e serviços essenciais.

¹² O termo foi pesquisado no dicionário Aurelio, versão online disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/vigilancia>. Acesso em 15 maio 2017.

Esse é o ponto de partida para a leitura dos próximos capítulos, cuja ideia acompanhará todo o esforço da pesquisa na proposição dos mecanismos de compensação em saúde prisional.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PRISIONAL

A discussão do direito à saúde no ambiente prisional insere-se em um contexto indiscutivelmente emblemático, no qual estão solidamente estabelecidas barreiras financeiras, físico- estruturais, de capacitação, hierárquicas mas, principalmente, culturais¹³.

Dessa maneira, a garantia dos direitos dos presos, em especial o da saúde, perpassa pelas relações hierárquicas intrincadas descritas no capítulo anterior, de modo que, na prática, é comum que tais garantias se subordinem aos preceitos próprios da segurança pública.

No plano internacional, a Organização das Nações Unidas- ONU aprovou, no I Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, um conjunto de regras de tratamento dos presos ao redor do mundo conhecidas por Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento dos Reclusos (LEAL, 2010, p. 149).

Por esse documento, foram estabelecidas diretrizes a serem seguidas pela administração penitenciária no tratamento dos presos, as quais foram adaptadas à realidade brasileira por meio da Resolução 14, de 11.11.1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária- CNPCP, sob o nome de Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. O art. 15 dessas regras de aplicação geral é enfático ao garantir a assistência à saúde prisional em caráter preventivo e curativo.

O Brasil, é importante registrar, foi o único membro da comunidade das Nações Unidas que redigiu suas próprias Regras Mínimas; contudo, “é o país latino-americano que mais denigre os direitos humanos de seus cidadãos em cativo” (LEAL, 2010, p. 136). O direito à saúde encontra-se entre esses direitos violados.

No Brasil a efetivação do direito à saúde universal, equitativa e integral é garantida pelo Sistema Único de Saúde (SUS), conforme preconizam a Constituição Federal, no art. 196, e a Lei Orgânica da Saúde- Lei n. 8.080/90.

No texto constitucional, o reconhecimento formal desse direito (art. 6º) como um direito humano fundamental encontra-se contextualizado no que se convencionou chamar de direitos de

¹³ No sentido cultural, “qualquer processo de enunciação e realização de direitos dos presos está fortemente permeado pelo desvalor que lhes dispensamos” (SÁ e Silva, 2006, p. 14).

segunda geração ou direitos sociais, o que implica a sua extensão a todos os cidadãos, indistintamente.

Ademais, significa também que, como direito social, pode o direito à saúde ser exigido do Estado por meio de ações efetivas de promoção, prevenção e recuperação da saúde.

Transportando-se a discussão para o ambiente prisional, a garantia ao direito à saúde permanece inalterada, pois os presos conservam sua condição de cidadania, e apenas suportam restrições em alguns aspectos de sua situação jurídica, dentre eles a privação da liberdade e a suspensão dos direitos políticos.

Em matéria de saúde prisional, a Constituição Federal vai além, pois exige expressamente, no art. 5º, XLIX, o respeito à integridade física e moral dos presos, o que denota claramente a preocupação quanto ao acometimento de agravos na estrutura física dos detentos.

O debate relacionando a garantia do direito à saúde prisional como um dos meios de promoção da *regeneração* moral começou há menos de 20 anos (FREITAS, 2013, p. 98). Tal iniciativa consolida uma perspectiva apontada na Lei de Execuções Penais no sentido de possibilitar a reinserção social da população privada de liberdade pela via da educação, do trabalho ou da saúde.

Assim, no plano infraconstitucional, a Lei de Execução Penal- LEP define, na Seção III do Capítulo II, que a assistência material à saúde do preso consistirá no atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Historicamente, a atenção à saúde prisional no Brasil tem sido feita sob uma ótica reducionista, na medida em que as ações desenvolvidas limitam-se àquelas voltadas para doenças sexualmente transmissíveis (DST) e redução de danos associados ao uso abusivo de álcool e de outras drogas, enquanto são apurados, nos ambientes prisionais, altos índices de tuberculose, pneumonias, dermatoses, transtornos mentais, traumas, diarreias infecciosas, além do agravamento de doenças previamente diagnosticadas (BRASIL, 2004).

No entanto, a preocupação com a saúde da população privada de liberdade tem ocupado as esferas governamentais que, nos últimos anos, desempenharam esforços intersetoriais com vistas à concretização desse direito, cujos principais expoentes são o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário- PNSSP, instituído em 2003 e extinto em 2010, e a Política Nacional

de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional- PNAISP, instituída em 2014, em vigor até os dias atuais.

Ambos, como se analisará com maior detalhamento, convergem com um dos pilares estabelecidos no art. 196 da Constituição Federal: redução do risco de doença e outros agravos. Dessa forma, no sentido sugerido ao final capítulo anterior, tais políticas públicas estimulam a vigilância (cuidado) à saúde no contexto prisional.

“Além de tema nacional relevante, a saúde penitenciária é uma área científica” (SILVA, 2015, p. 12), cujas peculiaridades serão analisadas nas páginas seguintes.

3.1 O conceito de saúde

Definir o conceito do que seja a saúde talvez represente um dos esforços mais antigos para os pesquisadores o qual, é forçoso reconhecer, representa uma empreitada quase insuperável.

Imiscuir-se na definição de saúde, portanto, não está entre os objetivos da presente discussão, já que aquela, inclusive, é questionada enquanto objeto científico, dada a sua amplitude: trata-se de um problema simultaneamente filosófico, científico, político e também prático.

Como analisado anteriormente, o estado de saúde decorre, inclusive, de fatores socioambientais, econômicos, culturais ligados ao estilo de vida do indivíduo; são os determinantes sociais em saúde.

Para muitos autores, entre eles Alessandro Sepilli, a saúde é “a condição harmoniosa do equilíbrio funcional, físico e psíquico do indivíduo integrado dinamicamente no seu ambiente natural e social” (apud DALLARI, 2003, p.45), ou então a busca constante por esse estado (DEJOURS, 1986, p. 7).

Outro entendimento bastante simplificado, mas que até hoje permeia o ideário do que seja saúde, a concebe como a ausência de doença. Haveria um antagonismo entre saúde e doença, a que inclusive Immanuel Kant atribuiu à perspectiva curativa que é praticada pela medicina tradicional, majoritariamente voltada à clínica e com enfoque na doença (ALMEIDA

FILHO, 2011, p. 21). Para o filósofo, a saúde seria apenas um conceito vulgar, não podendo sequer ser analisada como um objeto científico (ALMEIDA FILHO, p. 24).

Atualmente, com o enfoque crescente da racionalidade médica na prevenção, concentrando-se gradativamente na redução dos riscos de novas doenças, a associação entre saúde e doença passou a ser abordada de maneira menos opositiva.

Importantes filósofos contemporâneos notabilizaram-se por escrever sobre essa temática, destacando-se Gadamer, Foucault e Canguilhem (ALMEIDA FILHO, 2011, p. 22).

No século XVIII, Michel Foucault propôs uma definição de saúde sob uma perspectiva social, entendendo a saúde como capacidade de submissão aos poderes disciplinares (ALMEIDA FILHO, 2011, p. 23), o que explica pela contextualização histórica na Revolução Industrial, cujo enfoque estava na produção e na recuperação dos indivíduos para produzirem mais.

O conceito mais singelo talvez tenha sido proposto por Gadamer, que defendia uma concepção privada de saúde, profundamente subjetiva, que diria respeito apenas à pessoa enferma, razão pela qual o filósofo não a compreendia enquanto objeto científico, posto interessar apenas ao indivíduo.

Na perspectiva de Canguilhem, não haveria oposição entre os conceitos de saúde-doença, normal-patológico, porque cada um representaria um conjunto diferente de normas no contexto da ordem fisiológica. Para ele, ambas, saúde e doença, são subcategorias do que ele chamou de “normalidade”.

Diferentemente de Gadamer, Canguilhem defendia a saúde enquanto objeto de estudo científico filosófico. Assim, “a saúde filosófica não incorpora apenas a saúde individual, mas também o seu complemento, reconhecível como uma saúde pública, ou melhor, publicizada (ou, melhor ainda, politizada)” (ALMEIDA FILHO, 2011, p. 25).

Essa saúde politizada se reconhece por saúde coletiva, cuja lógica, como veremos adiante, é fundamental ao objeto de estudo da saúde prisional.

O conceito de saúde que direcionará a presente pesquisa será aquele adotado atualmente pela Organização Mundial da Saúde- OMS que, no preâmbulo de sua Constituição, assinada em 1946, estabelece ser a saúde “um estado de completo bem-estar físico, mental e social”, não consistindo apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Como se vê, a conceituação formulada pela OMS quase aproxima o estado saudável ao estágio de nirvana da religião budista ao pressupor um estado de equilíbrio total, uma elevação espiritual que transcende ao apego material, aos excessos mundanos, inclusive à própria dor.

Nesse contexto de abstração, a OMS atribui uma definição também ao termo qualidade de vida, indicando-a como “a percepção do indivíduo de sua inserção na vida no contexto da cultura e sistemas de valores nos quais ele vive e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações” (OMS, 1995, p. 404).

O conceito de qualidade de vida, também muito amplo, relaciona-se às considerações formuladas quanto aos determinantes sociais em saúde, pois ainda que haja qualidade de vida (nação rica, com poucas desigualdades sociais, meio ambiente ecológico e social equilibrados), o modo de vida individual interferirá nesse estado.

A despeito das inúmeras críticas que são formuladas à amplitude dessa definição (SANTOS, 2010; BERLINGER, 1996), deve-se compreendê-la como uma diretriz, um conceito- guia a todos os países, para que não meçam esforços na promoção dos serviços de saúde a seus cidadãos.

Tal matriz, importa dizer, foi adotada pelo Estado brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988.

3.2 A saúde enquanto direito humano fundamental

Partindo de um conceito de saúde tão amplo, estabelecido pela OMS, e considerando que ela, enquanto valor, supera em muito a dimensão unicamente econômica dos problemas sociais em saúde, é necessário contextualizar a noção de saúde enquanto direito fundamental, cujo reconhecimento implica em uma maior impositividade dos argumentos por melhores condições sociais determinantes do estado de saúde: educação, saneamento, meio ambiente (ecológico, de trabalho, de cumprimento de pena).

O período pós- Segunda Guerra Mundial foi um marco histórico não apenas em razão do consenso firmado entre as nações para a promoção da paz e do desenvolvimento mundiais,

mas especialmente pelo reconhecimento internacional dos direitos humanos, após o que talvez tenha sido um dos momentos mais trágicos da História da humanidade.

A criação da Organização das Nações Unidas, em outubro de 1945, representou um novo paradigma para a retomada do diálogo entre os países, e para o reconhecimento dos direitos humanos, que foi se delineando desde o final do século XVIII.

O primeiro comando da Carta da ONU não deixou dúvidas quanto ao objetivo de sua criação:

Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Na 3ª Assembleia Geral da ONU, dois anos após a criação da Comissão de Direitos Humanos em 1946, adotou-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948. Os direitos humanos representam o reconhecimento internacional dos direitos fundamentais do homem.

Assim, os direitos humanos se estabelecem sobre princípios jurídicos que justificam sua existência, destacando-se, para a presente contextualização do direito à saúde prisional, o princípio da dignidade humana.

O conceito de dignidade humana é dotado de alta complexidade, de modo que não seria pertinente, nesse momento, buscar aprofundá-lo para discutir todas as possibilidades hermenêuticas que a ele se oferecem. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado.

Por dignidade humana, ao menos para a maioria da doutrina brasileira, entende-se por uma correspondência intrínseca dos direitos humanos a todos os indivíduos pela simples razão de integrarem o gênero humano. Na lição de Ingo Sarlet:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2001, p. 60).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, nesse sentido, já em seu primeiro artigo estabelece os pilares sobre os quais se apoiará a dignidade humana: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.”

Desse modo, o atributo da dignidade humana implica não apenas no reconhecimento de que todos os indivíduos serão tratados com igual consideração e poderão exercer livremente seus direitos essenciais, mas principalmente que são a medida para a atuação estatal. Independentemente do contexto em que esteja inserido, o homem deve ser o fim primeiro dos atos do Estado.

O estudo dos direitos humanos tradicionalmente se realiza sob a clássica divisão de Norberto Bobbio em dimensões ou gerações de direitos humanos.

A primeira dimensão compreende os direitos individuais, como a liberdade, surgidos no contexto do Estado liberal; a segunda dimensão abarca os direitos sociais, enquanto que a terceira dimensão envolve os direitos coletivos e difusos. Os direitos de quarta e quinta dimensões se relacionam, respectivamente, à bioética e à realidade virtual.

Tradicionalmente, o direito à saúde é estudado sob a ótica da segunda dimensão dos direitos humanos, pois trata-se de um direito social, eminentemente prestacional no contexto do Estado Democrático e Social.

No entanto, devido ao caráter multifacetado do direito à saúde, é possível reconhecê-lo em mais de uma dimensão (BOBBIO, 1992, p. 217). Desse modo, o direito à saúde deve ser compreendido como um direito humano de 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, e 5ª dimensões.

Como direito de primeira dimensão, a saúde protege a vida e preserva a autonomia da vontade individual; como direito de segunda dimensão, trata-se de um direito eminentemente social. Na terceira dimensão, o direito à saúde constitui direito que pode ser tutelado coletivamente, devido a seu caráter difuso. Na quarta e quinta dimensões, o direito à saúde remete aos direitos de bioética, biotecnologia e bioengenharia e à revolução cibernética e internet.

É importante chamar a atenção, por fim, quanto à diferença existente entre os conceitos *direitos humanos* e *direitos fundamentais*. Ainda que os seus conteúdos não sejam, em si, profundamente distintos, a doutrina recomenda atenção aos termos.

Assim, os direitos humanos se constituem em verdadeiras “posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano enquanto tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional” (SARLET, 2001, p. 33).

Os direitos fundamentais, por outro lado, representam a positivação dos direitos humanos no ordenamento jurídico de um Estado, em sua ordem nacional, portanto.

No Brasil, os direitos fundamentais encontram densa previsão constitucional. O direito à saúde, como não poderia deixar de ser, também foi erigido ao *status* de direito fundamental.

3.3 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 reconheceu expressamente¹⁴ a saúde como direito fundamental, cuja previsão se encontra nos arts. 6º e 196. Trata-se de um verdadeiro direito subjetivo, em nome do qual pode o cidadão exigir, para si ou para os demais, prestações positivas de promoção, proteção e recuperação da saúde por parte do Estado.

A dogmática constitucional contemporânea classifica os direitos fundamentais em direitos de defesa (em geral contextualizados no âmbito do Estado liberal) e direitos a prestações materiais (situados no âmbito do Estado Democrático Social), tanto sob o aspecto fático quanto jurídico (RAMOS, 2010, p. 53).

Embora se reconheça uma interpenetração entre os direitos de defesa e os direitos sociais, é imprescindível notar suas diferenças, que não estão concentradas apenas na medida do absentismo ou não do Estado, mas sim no reconhecimento do direito subjetivo a prestações materiais (RAMOS, 2010, p. 59).

Isso porque as normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais não o fazem com a mesma eficácia:

Com relação à eficácia das normas constitucionais veiculadoras do direito fundamental à saúde, vê-se já no Preâmbulo da Constituição Federal, e ainda no art. 3.º, inc. III, que os direitos sociais prestacionais encontram-se intimamente vinculados às funções do Estado na sua expressão como Estado

¹⁴ É importante lembrar que, antes de 1988, a saúde não era reconhecida enquanto direito no Brasil (AITH, 2010, p. 184).

Democrático Social, que deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes, a fim de reduzir as desigualdades sociais (RAMOS, 2010, p. 62).

É importante esclarecer que, nessa relação, não apenas o Estado tem o dever de garantir a saúde da coletividade, mas também que o próprio cidadão tem a responsabilidade do cuidado de si mesmo (SANTOS, 2010, p. 147).

Pela leitura do art. 196 da Constituição Federal, compreende-se que 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.

Assim, o direito à saúde, partindo-se de seu conceito, contempla ações estatais que, efetivadas por meio de políticas sociais e econômicas, visam à redução de doenças e agravos, além de serviços públicos de promoção, proteção e recuperação da saúde de forma universal.

Importante destacar que esse conceito de saúde leva em conta os determinantes sociais e os fatores que os condiciona, como alimentação, meio ambiente, trabalho, educação, etc., (SANTOS, 2010, p. 148), por isso a consideração às políticas sociais e econômicas.

Observa-se que o art. 196, de dicção consideravelmente genérica, compõe-se de duas partes: a primeira relacionada aos programas sociais e econômicos com vistas à redução de agravos de toda a coletividade por meio de políticas públicas, enquanto a segunda, mais objetiva, se refere à rede de serviços regionalizados na qual se efetivam as assistências preventiva e curativa.

A efetivação da saúde universal, equitativa e integrada a ser promovida pelo SUS¹⁵ está preconizada em alguns dispositivos da Constituição Federal e na Lei Orgânica da Saúde- Lei n. 8.080/90, que regulamenta os serviços públicos de saúde.

¹⁵ Nada impede, no entanto, que a promoção de saúde também seja realizada pela iniciativa privada, sob as formas complementar e suplementar, quando se mostrarem insuficientes os recursos para garantir a cobertura assistencial de determinada área, nos termos do art. 199, §1º, da CF/88.

3.3.1 Sistema Único de Saúde- SUS

O Sistema Único de Saúde- SUS é uma instituição jurídica estratégica no âmbito do direito sanitário brasileiro (AITH, 2010, p.202) e se constitui em uma rede de ações e serviços públicos de saúde prestados de acordo com os princípios e diretrizes estabelecidos na Constituição Federal. Representa, pois, a materialização da garantia do direito fundamental à saúde.

O art. 4º da Lei 8.080/90 define o sistema como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”. Trata-se de uma instituição- organismo que, no entanto, não possui personalidade jurídica própria (AITH, 2010, p. 205).

O financiamento do sistema único é composto de recursos públicos oriundos da seguridade social e dos orçamentos federal, estaduais, distrital e municipais. No entanto, a rede hierarquizada do SUS não está obrigada a custear, com os recursos do fundo de saúde, as políticas públicas nessa matéria. Estas últimas são políticas governamentais, e não políticas setoriais.

No texto constitucional, quatro são os dispositivos que tratam do SUS: o art. 198, incisos I a III, menciona suas diretrizes, enquanto que os §§ 1º a 3º fixam os parâmetros de financiamento; o art. 200 traz o rol não taxativo de atribuições, cujo desempenho é direcionado aos agentes públicos ou privados nos arts. 196 e 197.

Dentre os objetivos do SUS estão a redução dos riscos de doenças e demais agravos à saúde, bem como sua promoção, proteção e recuperação por meio do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, identificação e divulgação dos fatores condicionantes da saúde e formulação de políticas econômicas e sociais que concretizem todos os objetivos anteriores.

Nesse aspecto, cabe esclarecer que aos órgãos e entidades do SUS compete informar ao governo e à sociedade sobre os fatores que interferem na saúde, o que não significa que devam intervir concretamente, ou seja, não estão obrigados a utilizar recursos do fundo de saúde para o enfrentamento dessas questões (SANTOS, 2010, p. 156).

No âmbito da saúde prisional, esse aspecto também se sobressai, uma vez que após a implementação da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional- PNAISP, ao SUS cabe a responsabilidade pelos serviços de saúde, mas não pelos de segurança, por exemplo.

O Sistema Único de Saúde rege-se pelas diretrizes que orientam o direito sanitário (AITH, 2010, p. 207), destacando-se as da integralidade do atendimento, descentralização e democratização da gestão. Todas encontram previsão no art. 198 da Constituição Federal de 1988.

A integralidade da assistência indica que os serviços e ações preventivas e curativas serão estendidos a todos, individual e coletivamente, em todos os níveis de complexidade; no entanto, na saúde, os entes federativos são autônomos, mas interdependentes, o que significa que tais serviços não serão prestados por um único ente da federação (SANTOS, 2010, p. 162).

Ademais, o texto constitucional dispõe que, no âmbito da assistência integral, serão priorizados os serviços preventivos.

A diretriz da descentralização significa que cada esfera de governo estará capacitada aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Por fim, por democratização da gestão entende-se a participação da comunidade na formulação, gestão e execução dos serviços de saúde oferecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde.

3.3.2 Desafios do SUS na vigilância epidemiológica nas prisões

Antes de adentrar aos aspectos legais do direito à saúde prisional, faz-se necessário informar que o estudo da realidade prisional deve ser realizado sob a ótica da vigilância epidemiológica no âmbito da saúde coletiva que, como visto, é uma das competências do SUS, nos termos do art. 200, II, da Constituição Federal de 1988.

A saúde coletiva está intimamente relacionada à epidemiologia e, enquanto prática social, liga-se umbilicalmente à da promoção da saúde. Seu enfoque reside no aspecto sanitário

e nas formas de intervenção em cuidado a um grupo, que em geral ocorre sob a forma de políticas públicas.

No entanto,

Como campo de conhecimento, a saúde coletiva estuda fatos da saúde/doença em populações como processo social; investiga a dinâmica das doenças na sociedade como fluxos de reprodução social; busca compreender práticas de saúde na sua articulação com as demais práticas sociais; analisa as formas com que a sociedade identifica suas necessidades e problemas de saúde, busca sua explicação e, para enfrenta-los, constitui, organiza e sustenta um campo social específico (ALMEIDA, 2011, p.112).

Etimologicamente, o vocábulo epidemiologia, formado pelo prefixo *epí* (sobre), radical *demós* (povo) e sufixo *logos* (discurso, estudo), significa “ciência do que ocorre (se abate) sobre o povo” (ALMEIDA FILHO, 2006, p. 2). De modo mais interessante, alguns livros reconhecem a origem da palavra no grego *epedeméion*, que significa “aquele que visita”. Em ambos os casos, é possível associar à epidemiologia uma postura ativa que em muito se assemelha à atividade de um pesquisador: observação atenta de uma realidade para, a partir disso, formular hipóteses no fenômeno observado.

A epidemiologia consiste em uma abordagem quantitativa do fenômeno saúde-doença, que busca apreender os fatores que levam ao adoecimento de uma dada população; para tanto, se utiliza não apenas das estatísticas de amostragem e de análise, mas também de várias técnicas alternativas para o estudo da saúde coletiva (ALMEIDA FILHO, 2006, p.1).

Ademais, ao cumprir seu papel fundamental de apontar os fatores que determinam a distribuição e a frequência de doenças em uma coletividade humana, a epidemiologia também contribui como fonte de dados, razão pela qual é reconhecida como a “principal ciência da informação em saúde” (ALMEIDA FILHO, 2006, p. 1).

Hoje considerada uma ciência essencial para diversas formações profissionais em saúde, a epidemiologia se sustenta sob três pilares fundamentais: clínica, estatística e medicina social que, quando foram associados, resultaram na institucionalização da ciência epidemiológica (ALMEIDA FILHO, 2006, p. 2).

A importância da epidemiologia no contexto prisional repousa no fato de que esse campo autônomo da ciência também leva em consideração processos sociais na determinação do evento saúde- doença, como fatores ambientais, culturais e socioeconômicos; ademais, os esforços investigatórios voltam-se à saúde de uma coletividade, razão pela qual se aproxima da medicina social ou de grupo.

No entanto, é preciso esclarecer que, em países como o Brasil, que apresentam sistemas de informação em saúde pouco desenvolvidos (no caso da saúde prisional, estes sequer existem), a medicina clínica, do contato individual médico- paciente, talvez seja ainda a principal fonte abastecedora de dados nessa área. Mas os estudiosos do tema advertem: essas potencialidades enquanto fonte de saberes são, em geral, pouco exploradas pelos clínicos (ALMEIDA FILHO, 2006, p. 120).

Com isso, a saúde prisional, que é parte de uma saúde coletiva e pública, constitui-se em um objeto ideal para a epidemiologia enquanto área do saber de observação vigilante, apta a preencher as lacunas existentes entre discursos e ações em saúde prisional.

Resta lembrar, por fim, que a vigilância epidemiológica, um dos meios de investigação mais eficazes a obtenção de respostas, deve ocorrer de forma integrada e concomitante às demais ações relacionadas à promoção e assistência ao controle e prevenção de doenças e agravos (BRASIL, 2016, p.738).

Considerando que, atualmente, o sistema brasileiro concentra uma elevada taxa populacional, quarta maior do mundo, abrigando ao menos 654.372 pessoas¹⁶ e que, apenas ao longo do ano de 2014, aproximadamente 1 milhão de pessoas passou pelo sistema prisional brasileiro (INFOPEN,2014, p. 23), é possível dimensionar o enlace da situação de saúde nos presídios com a saúde pública: devido ao fluxo intenso de pessoas que, previamente saudáveis ou não, entram em contato com esse ambiente insalubre e depois voltam à sociedade, o problema sanitário dos presídios é um desafio no âmbito do SUS.

Nesse sentido reconhece a doutrina, que considera a articulação dos serviços de saúde e os de vigilância sanitária uma urgência nacional (AITH, 2010, 226), cujas maiores dificuldades têm sido uma abordagem adequada dos determinantes sociais em saúde, bem como a dispersão

¹⁶ Número obtido do levantamento de informações realizado pelos Tribunais de Justiça de vinte e cinco Estados brasileiros e compilado em janeiro de 2017 pelo Conselho Nacional de Justiça. Está disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>

legislativa sobre as competências dos órgãos executivos em áreas que demandam atuação intersetorial, como é o caso dos presídios brasileiros.

3.4 O direito à saúde prisional

A saúde penitenciária, além de ser uma área científica (SILVA, 2015, p. 12) é também uma matéria de relevância nacional, uma vez que o Brasil concentra a quarta maior população carcerária do mundo, cujo crescimento, nos últimos 10 anos, foi superior ao do resto da população brasileira.

O estudo da saúde penitenciária, como já comentado, deve ser realizado sob a ótica da epidemiologia e da saúde coletiva, e necessariamente perpassa por considerações sociais que, como se verá, influenciam as políticas públicas intersetoriais.

3.4.1 Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos

As regras mínimas representam um conjunto de diretrizes gerais sobre o tratamento dos indivíduos presos, estabelecidas em 1929 pela Comissão Internacional Penal e Penitenciária e aprovadas em 1934 pela Liga das Nações Unidas (LEAL, 2010, p. 149).

Alteradas em maio de 2015, as regras mínimas incorporaram parâmetros mais modernos de tratamento das pessoas custodiadas, respeitando as novas doutrinas em matéria de direitos humanos e levando em consideração instrumentos internacionais como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e seu Protocolo Facultativo, motivos pelos quais são também conhecidas por Regras de Mandela (BRASIL, 2016, p. 09).

A despeito de sua palmar importância, as Regras mínimas têm caráter convencional e são invocáveis após sua incorporação ao direito interno (FRAGOSO; CATÃO, 1980, p.18). No direito brasileiro, tais regras foram adaptadas à realidade do país por meio da Resolução

14/1994 do CNPCP, que estabeleceu as 65 Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil.

Por serem levadas em consideração as diferenças socioeconômicas e legais de cada país, o objetivo dessas diretrizes não é o de padronizar um modelo de sistema prisional, mas sim o de estabelecer um regramento mínimo universal de práticas humanizadas durante o encarceramento, seja este provisório ou definitivo.

Dividas em duas partes (a primeira referente à administração dos estabelecimentos prisionais e a segunda voltada a cada uma das categoriais especiais), as Regras mínimas partem do pressuposto de que o aprisionamento não poderá agravar o sofrimento inerente à privação da autonomia individual, por si só aflitivas, conforme se depreende da terceira dentre as Regras de Aplicação Geral.

Em relação às prescrições mínimas de cuidados em saúde, destacam-se as Regras de números 13, 14, 16, 21, 22 e 23, que dizem respeito, modo geral, às exigências quanto a condições climáticas, conteúdo volumétrico de ar, espaço mínimo, luminosidade (evitando prejuízos à visão), aquecimento (inclusive quanto aos banhos, cujas temperaturas devem ser ajustadas às épocas do ano), ventilação, troca de roupas íntimas e de cama, alimentação e oportunidade para a prática de atividades físicas.

Quanto aos serviços de saúde oferecidos nas prisões, o regramento mínimo é claro e direto: tratam-se de uma responsabilidade do Estado, devendo ser organizados conjuntamente com a administração geral da saúde pública a fim de garantir a continuidade dos tratamentos e da assistência. Toda unidade prisional, ademais, deverá contar com equipes multidisciplinares de saúde.

As regras ressaltam, ainda, a necessidade de manutenção e atualização dos registros médicos individuais, que devem ser, além de confidenciais e precisos, encaminhados aos serviços de saúde da unidade prisional para onde o preso for transferido (regras 26 e 27), exigindo-se a confidencialidade das informações contidas nesses prontuários.

3.4.2 *Lei de Execução Penal*

A Lei de Execução Penal – LEP, já antevendo possíveis, e bem prováveis, perturbações à saúde dos presos, estabelece, dentre os direitos garantidos na execução penal, o direito à saúde. Como analisado no capítulo anterior, a condição de confinamento influencia diretamente a saúde do detento, podendo propiciar, inclusive, “um possível trauma psicológico provocado pelo primeiro contato com o ambiente prisional, capaz de desencadear doença latente” (MIRABETE, 2007, p. 69).

Nesse sentido, a LEP impõe o dever do Estado de assistência à saúde do preso nos arts. 11 e art. 41, VII, dispondo que esta compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Desse modo, os estabelecimentos penais devem estar equipados com aparelhagem, serviços de material odontológico, remédios e equipes de saúde, conforme dispõem as Regras Mínimas.

A assistência médica, como exigido no âmbito do SUS, compreenderá ações preventivas e curativas no âmbito do encarceramento. Para tanto, é indispensável que as unidades prisionais comportem instalações adequadas aos atendimentos.

Nesse sentido, a Resolução nº 7, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, prevê que cada unidade deva conter um ambulatório, um médico, um psiquiatra, um odontólogo, um psicólogo, um assistente social, dois auxiliares de enfermagem e um auxiliar de consultório dentário, nos termos do art. 1º, IV.

A garantia do direito à saúde prisional, é importante lembrar, possui regência normativa de direito fundamental, o que implica deva ser atendida como verdadeiro princípio que não se limita ao plano teórico e formal, mas, sim, que deve invadir a prática judiciária também na esfera criminal, e estar efetivamente a serviço de todos os cidadãos presos (MIR PUIG, 2007, p. 98).

3.4.3 O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário- PNSSP

O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP) representou a primeira tentativa de organização da saúde penitenciária no Brasil, e foi instituído pela Portaria Interministerial nº 1.777, de 9 de setembro de 2003, assinada pelos Ministérios da Saúde e da Justiça, sob uma coordenação conjunta. Foi extinto em 2014 com a implementação da PNAISP.

O propósito da instituição do Plano era o de “contribuir para o controle e ou redução dos agravos mais frequentes à saúde da população penitenciária brasileira”, cujo enfoque, segundo o texto da Portaria, seriam os procedimentos de promoção e prevenção de agravos. Como se observa, em plena consonância com os objetivos do próprio Sistema Único de Saúde.

Durante o tempo em que vigorou, o Plano foi muito criticado por sua restrita cobertura: os atendimentos médicos eram destinados apenas aos presos condenados que cumpriam pena em presídios, e não aos presos provisórios ou aos que se encontravam em estabelecimentos penais.

O financiamento do Plano provinha do fundo de incentivo para atenção à saúde no sistema penitenciário, do qual 70% era garantido pelo Ministério da Saúde, e o restante pelo Ministério da Justiça (BRASIL, 2004, p. 16). Enquanto a reforma ou construção de ambulatórios, por exemplo, eram atribuições da Justiça, a compra e distribuição de medicamentos para abastecimento das unidades prisionais ficavam sob responsabilidade do Ministério da Saúde (SILVA E SÁ, 2008, p. 248).

O repasse desses valores, no entanto, realizava-se apenas a título de incentivo para que o Estado aderisse ao Plano e estava condicionado à concretização de metas preestabelecidas.

Todos os estados e o Distrito Federal aderiram ao Plano, de modo que ao final de 2013 havia 235 equipes ativas, o que correspondia a uma cobertura aproximada de 30% da população presa (BRASIL, 2014, p. 05).

No entanto, em 2010, o Plano Nacional de Saúde foi questionado por diversos profissionais do sistema penitenciário, que relatavam dificuldades em inúmeros aspectos, mas em especial quanto aos recursos humanos.

Os problemas de acesso da população prisional aos serviços básicos do SUS acabaram por ser os mesmos enfrentados pelos demais usuários do sistema, e o motivo é apenas um: superlotação:

Quando o Plano foi lançado, antes do momento em que o INFOPEN era alimentado regularmente pelos Estados da Federação, estimava-se em 230 mil a população prisional no país, enquanto os últimos dados disponibilizados pelo INFOPEN apontam para aproximadamente 540 mil pessoas privadas de liberdade. Para o Conselho Nacional de Justiça esse número chega a 700 mil. Nesse intervalo de quase 10 anos, a população prisional cresceu muito mais do que a população brasileira (SILVA, 2015, p. 46).

De qualquer modo, o PNSSP representou o primeiro passo em direção à mudança da cultura de gestão em saúde prisional, pois estabeleceu uma visão integral da condição de saúde do encarcerado em substituição à visão meramente institucionalista, e foi a primeira tentativa efetiva de romper com a tradição de negligência na assistência material à saúde dos presos.

3.4.4 A Política Nacional de Assistência Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional- PNAISP

A Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional- PNAISP, instituída pela Portaria Interministerial nº 1, de 2 de janeiro de 2014, é a mais recente política pública em saúde nos presídios, e também representa uma iniciativa conjunta dos Ministérios da Saúde e da Justiça.

Oriunda da avaliação dos resultados do primeiro decênio do PNSSP, que não atenderam às expectativas desejadas, a nova política revela-se inovadora porque pretende assegurar a assistência à saúde dos detentos de modo integral¹⁷, ou seja, contemplando a totalidade do itinerário carcerário: delegacias e distritos policiais, cadeias públicas, penitenciárias, colônias agrícolas ou agroindustriais, hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, penitenciárias federais.

¹⁷ A PNAISP oferece também ações de promoção da saúde e prevenção de agravos para os profissionais dos serviços penais, familiares e outras pessoas relacionadas ao sistema, e até mesmo voluntários.

Assim, cada unidade prisional desse itinerário deverá contar com uma Unidade Básica de Saúde Prisional, composta de equipes multiprofissionais que possibilitem ações de promoção e prevenção a um só tempo.

Caso não haja ambiência na unidade prisional, a Unidade Básica de Saúde do território poderá se responsabilizar por essas ações. E aqui reside a lógica central que norteia a PNAISP: compreender a saúde prisional como uma responsabilidade da instância governamental onde se localiza a unidade prisional.

Dentre as mudanças advindas após o implemento da PNAISP, um estudo documental identificou, inclusive, mudanças na nomenclatura de referência aos condenados pela Justiça. No momento de redemocratização, década de 80, era comum o uso de expressões “preso” e “condenado” em documentos públicos; nos anos 2000, utilizavam-se “pessoa privada de liberdade” ou “população confinada em unidades prisionais”, enquanto que, no momento atual de políticas públicas, se observam “beneficiários” ou “sob custódia do Estado” (LERMEN, 2015, p. 25).

A adesão à PNAISP, no entanto, é facultativa, e até o presente momento 23 Estados e 232 municípios aderiram à Política (BRASIL, 2016).

3.4.5 Gestão da saúde prisional no Brasil

A gestão prisional, devido à particularidade de seu objeto (gerir o encarceramento humano), apresenta alta complexidade programática, senão a maior dentre todas as demais coordenações do Estado brasileiro.

A despeito da estrutura precária em que se estruturam os serviços prisionais¹⁸, sua organização representa um acúmulo de quase todos os serviços estatais, porém sob um contexto de privação de liberdade. Nesse sentido, importa destacar, a gestão em saúde prisional é atravessada por uma profunda peculiaridade prática, que é a de conduzir, sob um mesmo contexto, valores quase antagônicos: segurança e saúde (coerção e cuidado).

¹⁸Segundo o último levantamento de Informações Penitenciárias- INFOPEN, datado de junho de 2014, ao menos 36% das unidades prisionais do país foram adaptadas para essa finalidade, não tendo sido inicialmente idealizadas como locais de cumprimento de pena privativa de liberdade.

Uma análise superficial dos dados disponibilizados pelo INFOPEN permite inferir que a gestão prisional prioriza a segurança, em detrimento da saúde. Quase 7 em cada dez funcionários do sistema prisional são agentes penitenciários. O Apoio administrativo representa cerca de 10% e a categoria "outros" ao redor de 7% (INFOPEN, 2014, p. 72).

Na prática, e de modo geral, compete ao governo a adoção de políticas públicas sociais e econômicas para evitar o risco de doenças e agravos, e não do setor da saúde propriamente dito, cuja atuação circunscreve-se às políticas setoriais. Nos presídios, a regra é a mesma.

Na temática da saúde prisional, a condição de encarceramento pode ser vista como uma situação peculiar que permite a implementação de ações educativas, preventivas e também terapêuticas (BATISTA E SILVA, 2016, p. 2023), e não apenas uma situação de grades e muros que dificultam o acesso à promoção da saúde.

Atualmente, novas ações governamentais estão em curso no sentido de aprimorar a gestão da saúde prisional. Em 2016, o Conselho Nacional de Justiça criou o Projeto de Assistência à Saúde e Assistência Social, cujo principal objetivo é o de assegurar condições sanitárias e sociais mínimas à pena privativa de liberdade no Brasil.

Os quatro eixos que nortearão a atuação do Judiciário, Executivo e sociedade civil são a Universalização do Acesso à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade, Saúde das Mulheres Privadas de Liberdade, Medidas Terapêuticas Aplicáveis à Pessoa com Transtorno Mental em Conflito com a Lei; Indicador CNJ de fiscalização e monitoramento da dignidade humana.

4 SITUAÇÃO DE SAÚDE DO DETENTO

Ainda que a privação de liberdade seja “uma realidade necessária, a sua execução, a médio prazo, continua sendo um problema jurídico” (MUNÕZ CONDE, 1979 apud BITENCOURT, 2011, p. 163), o que torna obrigatório um olhar detido na realidade da situação prisional que, no aspecto que interessa à pesquisa, são as condições de saúde apresentadas durante o confinamento, tanto sob o aspecto dos diagnósticos prevalentes no sistema, quanto da infraestrutura disponibilizada para o atendimento dos presos.

Todas as investigações quantitativas envolvendo prisões relatam um mesmo problema: a dificuldade no acesso aos dados e informações prisionais, desafio que também foi enfrentado no presente estudo.

Recente pesquisa¹⁹ realizada pelo Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo- GECAP/USP apurou que nenhum Estado brasileiro atende, de forma satisfatória, ao disposto na Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/11; pelo contrário, todos deixam de informar aspectos mínimos e indispensáveis no tema da saúde no sistema prisional.

De outra sorte, em análise sociológica das estatísticas governamentais empreendida por Renato Sérgio de Lima, é possível compreender o fenômeno da falta de dados por um viés crítico capaz de revelar uma opacidade²⁰ das informações em matéria de justiça criminal e penitenciária, cujo destaque torna-se indispensável nessa introdução ao presente capítulo.

Sob a referida perspectiva, compreende-se que existem, sim, dados na mesma medida da evolução tecnológica, mas que estes não se transformam em informação ou conhecimento devido à opacidade em sua exposição, cuja dinâmica guarda menos “relação com aspectos técnicos, que são controláveis e dependem da tomada de decisões, e, mais, com aspectos políticos que deem conta de atribuir responsabilidades e resolver conflitos” (LIMA, 2008, p.66).

¹⁹Trata-se da 2ª edição da pesquisa sobre o cumprimento da Lei de Acesso à Informação pelos Estados quanto a informações prisionais, realizada pelo Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo- GECAP/USP.

²⁰Termo referido por Renato Sérgio de Lima que, por meio de interpretação sociológica das estatísticas criminais e policiais, aponta que o uso destas não visa a mudanças no modo de pensar das instituições de justiça, mas que, em realidade, serviriam para justificar seus padrões de funcionamento.

Nesse contexto, é fundamental lembrar, conforme indicado no primeiro capítulo, que o fenômeno do confinamento não pode ser estudado de modo apartado do contexto político no qual se insere, ou seja, das instituições políticas, processos políticos e das políticas públicas (SILVA, 2015, p. 12).

Isso implica que, mesmo após o alcance dos dados prisionais, não se prescinde de analisá-los com uma certa dose de suspeita. Uma evidência que representa o entrelaçamento ao contexto político foi o próprio lançamento da PNAISP: embora já estivesse pronta para ser lançada no final de 2013, aquele teve que ser adiado para 2014 devido às manifestações de junho de 2013 no país, a fim de evitar o risco de possível ressignificação²¹.

Feitas as devidas ressalvas, os dados utilizados nesta pesquisa foram obtidos por meio de análise documental dos relatórios dos sistemas de informação de instituições governamentais; de pesquisa bibliográfica em publicações de estudo quali- quantitativo; bem como de pesquisa jurisprudencial nos buscadores disponibilizados nos sítios eletrônicos dos Tribunais brasileiros.

Representando o chamado “estado da arte”, os dados foram organizados em duas etapas, a primeira delas referente aos números quanto à saúde prisional e a segunda quanto aos incidentes processuais de excesso e desvio de execução.

A primeira categoria consistiu em uma radiografia atual da estrutura e dos serviços de saúde disponíveis no sistema prisional, em termos de recursos materiais e humanos, bem como do quadro clínico de enfermidades constatado de maneira geral dos presídios brasileiros.

O primeiro dos sistemas de informação consultados foi o *Infopen*- Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Realizado de forma sistemática desde o ano de 2005, trata-se de uma compilação de dados feita pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça- DEPEN, com o apoio e a assistência técnica do Fórum Nacional de Segurança Pública, em que são coletados junto às unidades prisionais por meio de formulários online disponíveis em uma plataforma digital de pesquisas (INFOPEN, 2014, p. 10).

Salienta-se que, até o ano de 2014, não havia a sistematização de dados acerca das pessoas custodiadas em carceragens de delegacias ou similares. Tais informações provinham

²¹ Martinho Silva, um dos pesquisadores do projeto “Do Plano à Política: garantindo o direito à saúde para todas as pessoas do sistema prisional” e também assessor da gestão federal na transição do Plano para a Política, esclarece que o lançamento da PNAISP no mesmo ano das manifestações associadas ao “mensalão” poderia significar favorecimento de parlamentares condenados no STF (SILVA, 2015, p. 12).

das secretarias estaduais de administração penitenciária, distintas das Secretarias de Segurança Pública, o que muitas vezes impedia o acesso a qualquer informação.

A partir do convênio firmado com a Secretaria Nacional de Segurança Pública, tais dados passaram a ser obtidos e foram, inclusive, considerados no levantamento de 2014.

Os dados do Infopen são inicialmente considerados desagregados e, por isso, são enviados aos gestores estaduais de cada Unidade da Federação para eventuais retificações e validação. Nesse sistema, em geral, é possível obter números quanto à infraestrutura, seções internas, recursos humanos, capacidade, gestão, assistências, população prisional, perfil das pessoas presas, entre outros dados²².

Os dados considerados para a presente pesquisa constam do último levantamento (ano referência 2014) e foram coletados entre os dias 02 de setembro e 24 de novembro de 2015, mas as informações foram repassadas pelos gestores até 31/12/2014 (INFOPEN, 2014, p. 10). O lapso de um ano entre o período de referência e o refinamento e posterior publicação dos dados é um indicativo da complexidade do percurso de coleta dos dados prisionais no Brasil.

É importante destacar que nem sempre os questionários são respondidos de forma completa, seja por falta de disponibilização da informação na unidade prisional, seja por falta de disposição de seus gestores.

Ademais, apesar de todos os esforços promovidos pelo Depen, o Estado de São Paulo não respondeu ao levantamento, o que é profundamente lamentável diante do fato de que esse Estado é responsável pelo encarceramento de quase um terço da população prisional total. Desse modo, as informações relativas a essa UF foram obtidas no portal da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado (INFOPEN, 2014, p. 9-10).

Como já alertado, foi necessária cautela na interpretação dos dados obtidos, pois a prevalência de uma determinada doença em uma UF não necessariamente significa uma pior qualidade na prestação dos serviços de saúde; pelo contrário, pode simplesmente indicar que foram adotados mecanismos mais eficientes na detecção desta enfermidade nas unidades prisionais do Estado (INFOPEN, 2014, p.56)²³.

²²Informações sobre os relatórios sintéticos, analíticos, bem como o modelo de instrumento de coleta podem ser obtidas no sítio eletrônico: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>

²³A literatura realiza idêntica ressalva, como se verifica em SANCHEZ; LAROUZE, 2016, p. 2.072.

Por fim, a coleta de informações nessa primeira etapa de dados também foi também realizada na plataforma eletrônica *Geopresídios*, sistema instituído em 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça (conforme Resolução nº 47, de 18 de dezembro de 2007), mensalmente alimentado pelos relatórios de inspeção realizados por juízes da execução criminal, nos estabelecimentos penais sob sua jurisdição, que são encaminhados ao Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais.

Esse último sistema, também chamado de radiografia do sistema carcerário, contempla um panorama das principais unidades prisionais - penitenciárias, cadeias públicas, delegacias, hospitais de custódia, entre outras.

A segunda etapa do “estado da arte” da pesquisa procurou levantar o número de processos judiciais nos quais foram suscitados os incidentes de excesso e desvio de execução com fundamentos em saúde prisional.

Com isso, pretendeu-se investigar se os incidentes são utilizados diante das condições de ameaça e flagrante desrespeito à saúde e integridade física dos detentos, bem como analisar qual tem sido a resposta jurídica diante desses casos, os argumentos e práticas. Para tanto, foi realizada pesquisa jurisprudencial na plataforma eletrônica dos Tribunais Superiores e de todos os Tribunais de Justiça brasileiros.

Esse capítulo identificou, portanto, quais os marcos fáticos e jurídicos existentes no âmbito da saúde prisional no Brasil, encerrando-se com uma aproximação teórica da situação de adoecimento e de dor no contexto carcerário à prática de tortura institucional.

4.1 Marcos fáticos

Atualmente, 63% das pessoas privadas de liberdade no Brasil estão concentradas nos 37% das unidades sem módulo de saúde, ou seja, mais de um terço da população presa no país não tem acesso a qualquer serviço de atenção básica durante a execução penal (INFOPEN, 2014, p. 107).

Um dos maiores desafios do SUS – e, por extensão, também da saúde prisional, já que esta é integrada à saúde pública – tem sido a gestão e a capilarização das ações e serviços de

saúde frente às demandas, em especial quanto ao atendimento das populações vulneráveis, grupo no qual se enquadra a população privada de liberdade.

A complexa interação de fatores individuais, sociais e ambientais, tanto prévia quanto posterior ao encarceramento, resulta no aumento do risco de novos agravos à saúde dos presos, o que faz com que a prevalência de certas doenças, entre elas a AIDS/HIV, hepatites B e C e tuberculose seja maior nas prisões do que na população em geral (KAMARULZAMAN, 2016, p. 1.115).

A endemicidade é ampliada devido à própria ambiência da maior parte dos presídios brasileiros: arquitetura inadequada somada à baixa ou nenhuma ventilação nas celas, reduzida luminosidade, má nutrição, uso de drogas associado ao sedentarismo, superlotação e insalubridade²⁴, que aumenta exponencialmente o risco de agravos não apenas à saúde dos detentos, mas também à de seus familiares que periodicamente os visitam, à saúde dos agentes e demais profissionais que trabalham nos complexos prisionais (SANCHEZ; LAROUZE, 2016, p. 2.072).

4.1.1 Doenças prevalentes

A identificação das doenças predominantes no sistema prisional brasileiro foi realizada a partir de pesquisa recente, realizada na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e financiada pelo Ministério da Saúde, que apontou a prevalência de doenças na seguinte ordem²⁵: tuberculose, seguida da dengue, HIV/Aids, hepatites virais, sífilis adquirida, atendimento antirrábico humano, hanseníase (SOARES FILHO, 2016, p. 2007).

Ressalta-se que todas essas doenças são de notificação compulsória e estão previstas na Portaria nº 204 de fevereiro de 2016, que definiu a Lista Nacional de Notificação Compulsória de doenças e agravos de 2016.

A seguir, foram analisados, com maior detalhamento, os dados referentes à tuberculose e à ADIS, por serem a principal emergência no sistema prisional.

²⁴ Apontado como o principal problema de saúde no sistema prisional (SILVA, 2015, p. 55).

²⁵ A relação de doenças foi formulada a partir dos casos notificados entre 2007 e 2014, nas unidades prisionais, segundo agravo e ano de notificação.

4.1.1.1 Tuberculose

O Brasil apresenta um dos maiores números de casos de tuberculose de todo o mundo²⁶, e talvez essa tenha sido a principal razão que levou o país a se destacar na Assembleia Mundial de Saúde na ONU realizada em 2014, pois foi o principal proponente da estratégia global para enfrentamento da doença (BRASIL, 2017, p. 6).

Apesar dos esforços e da tendência de redução dos índices de novos casos ou de mortes por tuberculose no Brasil, em 2016 foram registrados 66.796 casos novos e, no ano anterior, 4.543 óbitos pela doença (BRASIL, 2017, p. 1).

A doença, que é transmissível por uma bactéria pela via aérea, encontra nos presídios brasileiros as condições ideais para sua disseminação devido ao encarceramento massivo, que ocasiona a superlotação em condições deploráveis de acomodação coletiva e de atenção à saúde.

O encarceramento, por si só, é uma condição que aumenta em aproximadamente 18 vezes (INFOPEN, 2014, p. 55) o risco de transmissão da tuberculose, e isso se explica pelas instalações insalubres nas quais a maioria dos presos é alocada, que congregam pouca ou nenhuma ventilação, reduzida iluminação das celas, coinfeção por HIV, nutrição precária, uso de drogas mas, principalmente, a superlotação.

Devido a essa ambiência, o Brasil apresenta um quadro epidêmico de tuberculose nos presídios de todo o país. Estima-se, inclusive, que os índices da doença nas prisões representem 7,8% dos casos novos de tuberculose notificados no país; só em 2014 foram 5.367 registros (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

Ademais, o caráter seletivo do sistema de justiça criminal contribui para que o número de diagnósticos de tuberculose seja tão alarmante no país, afinal, a maioria dos presos possuem fragilidades sociais prévias ao encarceramento, como baixo acompanhamento médico-hospitalar, reduzida qualidade de vida.

Atualmente, o exame de baciloscopia é a principal forma de detecção da doença, que também pode ser identificada por meio de raio-X. No entanto, apenas 15 unidades prisionais, dentre as 1.424

²⁶ Desde 2003, a doença recebe tratamento prioritário na agenda política do Ministério da Saúde, uma vez que a cada ano são registrados, em média, 4.500 óbitos no Brasil, segundo dados disponibilizados no Plano nacional pelo fim da tuberculose. Disponível: <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/fevereiro/24/Plano-Nacional-Tuberculose.pdf>. Acesso em 7 jun 2017.

unidades do país, apresentam um espaço complementar equipado com esse aparelho (INFOPEN, 2014, p. 108). O tratamento da tuberculose é realizado à base de antibióticos e dura em torno de 6 meses, sem abandono.

Ainda que a tuberculose seja, hoje, uma emergência em saúde prisional, trata-se de uma doença benigna e de fácil diagnóstico.

4.1.1.2 AIDS/ HIV

Segundo o levantamento, a cada 100 pessoas presas em dezembro de 2014, 1,3 viviam com HIV, identificando-se 7.412 pessoas infectadas pelo vírus HIV (INFOPEN, 2014, p. 55).

No Brasil, a taxa de incidência é de 1.215,5 pessoas soropositivas para cada cem mil presos, proporção esta que supera em sessenta vezes a taxa da população brasileira total, que é de 20,4 (INFOPEN, 2014, p. 114).

No contexto carcerário, uma possível medida profilática ao risco de contração do vírus HIV é a adoção da profilaxia pré- exposição (PrEP), um medicamento antirretroviral (conhecido por Truvada) que bloqueia a multiplicação do vírus e impede a infecção de organismos saudáveis, cuja venda foi liberada no Brasil em 2015.

Desde 2012 a Organização Mundial da Saúde (OMS) recomenda o uso da medicação para pessoas que constituem grupos de risco, como profissionais do sexo e transgêneros.

O Ministério da Saúde anunciou, em 24 maio de 2017, durante a 7ª Assembleia Mundial da Saúde, em Genebra, a incorporação dessa terapia ao SUS²⁷, sem ainda definir quais grupos de risco terão prioridade na oferta da droga, inicialmente disponibilizada em quantidade para apenas 7.000 pessoas mais expostas à infecção (PORTAL BRASIL, 2017).

²⁷Com essa medida, o Brasil se torna o primeiro país da América Latina a adotar essa estratégia de prevenção como política pública de saúde.

4.1.2 Infraestrutura

Apesar da alta complexidade programática que a gestão de um presídio concentra, já que se propõe a oferecer, em seus espaços, serviços de trabalho, educação e saúde, mais de um terço das unidades prisionais do país (36%) não foi originalmente concebido para ser um estabelecimento penal (INFOPEN, 2014, p. 31). Nestas unidades adaptadas, apenas 22% abrigam módulos de saúde.

Em todo o país, apenas 37% das unidades prisionais, ou seja, 462 estabelecimentos abrigam um módulo de saúde em seu interior, sendo a porcentagem maior nos presídios femininos (52%) quando em comparação aos masculinos, dos quais apenas 34% estão equipados para o atendimento à saúde durante a execução da pena (INFOPEN, 2014, p. 103).

De todas as UF, o Distrito Federal e a Bahia são os entes que apresentam a melhor infraestrutura, dispondo de médicos e de módulos de saúde em todas as unidades prisionais do Estado (INFOPEN, 2014, p. 105). Nenhum estabelecimento prisional do Estado do Rio de Janeiro, por outro lado, informou a existência de médicos em atividade nas suas unidades, situação agravada pelo fato de mais de 80% destas não disporem de módulos de saúde; Minas Gerais concentra o maior número de unidades que informaram a existência de médico em seus quadros de servidores (INFOPEN, 2014, p. 105).

Por fim, a tabela abaixo sintetiza, de modo claro, a realidade da infraestrutura mínima de saúde em todas as unidades prisionais que contribuíram para o levantamento nacional junto ao Departamento Penitenciário Nacional (INFOPEN, 2014, p. 108). Importante observar, quanto à disposição de consultórios odontológicos, que apenas 394 unidades apresentam essa infraestrutura em seus interiores, o que leva à conclusão de que o art. 14, *caput*, parte final, também não é cumprido adequadamente.

Espaços mínimos	Com espaço	Sem informação	Sem espaço
Consultório médico	462	28	768
Consultório odontológico	394	28	836
Sala de coleta de material para laboratório	197	28	1.033
Sala de curativos, suturas, vacinas e posto de enfermagem	463	27	768
Cela de observação	219	28	1.011
Cela de enfermagem com solário	71	28	1.159
Sanitário para pacientes	217	28	1.013
Sanitário para equipe de saúde	417	28	813
Farmácia ou sala de estoque/dispensação de medicamentos	449	28	781
Central de material esterilizado/expurgo	153	28	1.077
Sala de lavagem e descontaminação	96	28	1.134
Sala de esterilização	132	28	1.098
Vestiário	111	28	1.119
Depósito de material de limpeza – DML	333	28	897

Fonte: Infopen, junho/2014

Tabela 1- Unidades prisionais com espaços mínimos de saúde

Por fim, importante esclarecer que o custo estimado para a equipagem de cada módulo de saúde é de R\$ 50 mil reais; no caso de construção de um novo módulo, este valor sobe para R\$ 500 mil reais (BRASIL, 2009, p. 207).

4.1.3 Recursos humanos em saúde e número de atendimentos realizados

O último relatório do INFOPEN levantou também o número de servidores que atuam no sistema prisional brasileiro. Ao todo são 76.766 profissionais, dos quais 24.563 e 15.861 estão lotados, respectivamente, nas UF de São Paulo e Minas Gerais, Estados que, a despeito

de apresentarem o maior número em recursos humanos, também apresentam a maior concentração de pessoas encarceradas por servidor²⁸ (INFOPEN, 2014, p. 69).

No âmbito da saúde, atuam no sistema prisional ao menos 3.490 servidores (INFOPEN, 2014, p. 109), considerando-se apenas médicos, enfermeiros, auxiliares e técnicos de enfermagem e dentistas²⁹. O Estado de Minas Gerais é o que apresenta o maior número de profissionais de saúde, conforme se depreende da Tabela 2 abaixo, retirada do último relatório do INFOPEN.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias apurou ainda o número de atendimentos realizados em cada uma das UP brasileiras. No entanto, apenas 69% destas responderam ao questionamento (ou seja, 872 UP), sendo que o Distrito Federal e Espírito Santos foram os únicos Estados em que todas as unidades prisionais compartilharam informações (INFOPEN, 2014, p. 111), ou seja, que detêm controle sobre essa etapa tão fundamental do cuidado à saúde.

A radiografia do sistema ainda revela que, de todas as consultas médicas realizadas à população encarcerada, 28% foram realizadas fora do estabelecimento prisional. Sergipe e Amapá são os dois Estados em que ocorre o menor número de consultas: um preso recebe a visita de um médico uma vez a cada dois anos (INFOPEN, 2014, p. 111).

²⁸ Os Estados de SP e MG ficam atrás apenas de Santa Catarina, que concentra 410 pessoas por servidor.

²⁹ Os profissionais da saúde mental (psiquiatras, psicólogos) não foram considerados nessa estatística.

UF	enfermeiros	auxiliar e técnico de enfermagem	dentistas	técnico/ auxiliar odontológico	médicos clínicos gerais	médicos - ginecologistas	médicos - psiquiatras	médicos - outras especialidades	Total de profissionais da área de saúde
AC	4	12	6	2	6	1	2	0	33
AL	11	38	8	4	8	0	4	1	74
AM	18	44	14	9	12	0	6	3	106
AP	15	5	10	3	4	0	2	0	39
BA	54	140	37	27	32	4	25	1	320
CE	27	51	15	9	18	8	8	3	139
DF	15	21	14	10	10	1	3	1	75
ES	29	94	22	12	26	1	11	1	196
GO	24	35	14	13	12	0	1	0	99
MA	50	77	7	4	9	1	2	2	152
MG	135	363	64	37	79	5	28	3	714
MS	19	49	27	15	25	2	8	2	147
MT	24	84	17	13	27	4	2	3	174
PA	28	102	23	2	21	1	1	2	180
PB	18	22	19	12	19	3	3	0	96
PE	30	56	20	17	23	1	10	4	161
PI	12	24	12	8	10	0	7	1	74
PR	30	114	21	3	26	2	20	0	216
RJ	0	0	0	0	0	0	0	0	0
RN	7	14	2	1	4	0	1	0	29
RO	35	93	22	15	13	1	7	2	188
RR	0	1	0	0	1	0	0	0	2
RS	30	93	27	51	37	2	20	3	263
SC	28	44	18	8	19	0	14	1	132
SE	5	15	3	1	2	0	1	0	27
SP	NI	NI	NI	NI	NI	NI	NI	NI	NI
TO	11	13	6	4	6	0	1	0	41
Total	659	1.604	428	280	449	37	182	33	3.677

Tabela 2- Profissionais da saúde em atividade nas unidades prisionais

Diante da análise documental do material recolhido dos sistemas de informação oficiais, bem como dos dados levantados a partir da seleção do material bibliográfico, é possível inferir preliminarmente, a título de “diagnóstico preliminar” dos marcos fáticos em saúde prisional, o seguinte:

- a) Falta uma uniformização na escolha dos critérios de avaliação da saúde prisional. Os parâmetros utilizados variam de Estado a Estado, o que pode levar a uma interpretação equivocada por parte dos gestores públicos na formulação de políticas públicas no setor da saúde.
- b) Como não há indicadores seguros, nota-se a ausência de um monitoramento tanto dos programas de controle como também das Secretarias Municipais e Estaduais de Saúde.
- c) Apesar das controvérsias acerca dos dados prisionais (opacidade das estatísticas e desconfiança das informações), os estudos quantitativos preponderam sobre os qualitativos, sendo incomuns os quali- quantitativos;
- d) Ainda não foi publicada, no Brasil, uma pesquisa de cunho epidemiológico de âmbito nacional da população prisional, apenas em São Paulo e Rio de Janeiro (SILVA, 2015, p. 53);
- e) Há consideráveis barreiras na concretização do direito à saúde prisional devido à presença irregular de recursos humanos nos presídios brasileiros (SILVA, 2015, p.19);

Por fim, a literatura também relata limitações, de cunho sociológico, na assistência à saúde, destacando-se, por exemplo, que a presença do agente penitenciário dificulta a autonomia do profissional de saúde, em geral enfermeiros, em seus atendimentos (SOUZA; PASSOS, 2008); que é maior a preocupação com o aspecto da segurança (integridade dos agentes e dos detentos) no ambiente prisional, em detrimento da observação quanto a doenças e (DIUANA et. al, 2008, p. 149).

4.2 Marcos jurídicos

As condições sanitárias aviltantes, somadas à insuficiência de atendimento médico na maior parte dos presídios brasileiros, provocam consternação nos profissionais de saúde, no meio acadêmico e nos organismos internacionais de proteção aos direitos humanos. Já se chegou a afirmar que a realidade da saúde prisional brasileira representa, hoje, uma “catástrofe sanitária”³⁰.

³⁰DALCOMO, M. Brasil é o 20º país com maior incidência de tuberculose e enfrenta desafios: depoimento. [20 de abril de 2017]. *Conselho Federal de Medicina*. Disponível em:

Considerando-se que a radiografia da saúde prisional reflete a ineficiência das gestões prisionais pelo país, essa etapa da pesquisa buscou identificar em que medida essa consternação atinge também os órgãos da execução penal, ou seja, pretendeu-se analisar como têm sido as respostas jurídicas diante das graves violações em saúde verificadas nas prisões.

Como o presente estudo focaliza os dois incidentes processuais previstos no art. 185 da Lei de Execução Penal, uma vez que se constituem em mecanismos legais de ajustamento da pena aos objetivos convencionais, a pesquisa jurisprudencial limitou-se à análise dos argumentos expostos em eventuais suscitações desses incidentes no curso de processos de execução penal por todo o país.

A pesquisa realizou-se da seguinte forma: junto aos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, bem como dos Tribunais de Justiça de cada Estado, foram realizadas buscas com três parâmetros: o primeiro deles consistiu em “desvio de execução e “saúde”; o segundo em “excesso de execução” e “saúde”³¹. O terceiro parâmetro foi identificado como “excesso de execução penal” e também “desvio de execução penal”.

Como a expressão “excesso de execução” é facilmente identificável também nas áreas cível e fiscal, a busca com esse parâmetro foi refinada por meio de três diferentes maneiras, que variaram dentre as opções dos sítios dos próprios Tribunais: indicação da legislação correspondente (Lei de Execução Penal), classe do processo (criminal) ou mesmo pela inserção do termo “penal” logo após o termo “excesso de execução”.

Como os resultados encontrados nas primeiras buscas foram muito modestos, decidiu-se por não fixar um marco temporal na pesquisa jurisprudencial; com isso, houve um filtro a menos no alcance de julgados, por si só, tão escassos.

Os dados encontrados estão organizados na tabela abaixo. Com isso, é possível confirmar o estado da arte quanto ao espectro do uso dos incidentes de excesso e desvio de execução enquanto tentativas de socorrer os detentos das situações aflitivas de saúde.

https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26873:2017-04-20-18-02-48&catid=3. Acesso em 5 maio 2017. Entrevista ao Conselho Federal de Medicina.

³¹O uso de aspas foi proposital, pois segundo orientação constante do sítio dos Tribunais, esse parâmetro localiza a expressão exata pretendida. Ademais, o uso do conectivo “e” seleciona os julgados que contenham todas as expressões, simultaneamente, na mesma ementa.

TRIBUNAIS	Parâmetro 1 (Desvio)	Parâmetro 2 (Excesso)	Parâmetro 3	Mecanismo jurídico
STF	0	0	Não	Prejudicado
STJ	5	0	Sim	HC e Resp
TJAM	0	0	Não	Prejudicado
TJAC	0	0	Sim	HC e Agravo em execução
TJRO	0	0	Não	Prejudicado
TJRR	0	0	Não	Prejudicado
TJAP	0	0	Não	Prejudicado
TJPA	0	0	Não	Prejudicado
TJTO	0	0	Sim	Agravo em execução
TJMA	0	0	Não	Prejudicado
TJPI	0	0	Não	Prejudicado
TJCE	0	0	Não	Prejudicado
TJRN	0	0	Não	
TJPB	0	0	Sim	HC e Agravo em execução
TJPE	0	0	Não	Prejudicado
TJAL	0	0	Sim	HC
TJSE	0	0	Não	Prejudicado
TJBA	0	0	Não	Prejudicado
TJMT	0	0	Não	Prejudicado
TJGO	0	0	Não	Prejudicado
TJMS	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado	Prejudicado
TJMG	0	0	Sim	HC
TJRJ	0	0	Sim	HC
TJES	0	0	0	Prejudicado
TJSP	0	0	Sim	HC
TJPR	0	0	Sim	HC
TJSC	0	0	0	Prejudicado
TJRS	0	0	Sim	Agravo em execução

Tabela 3- Resultados da pesquisa jurisprudencial

Parâmetro 1- “desvio de execução” e “saúde”

Parâmetro 2- “excesso de execução” e “saúde”

Parâmetro 3- “excesso de execução penal” ou “desvio de execução penal”

Como se observa, não foi encontrado nenhum registro do uso dos incidentes com argumentação voltada à saúde, parâmetros 1 e 2, em qualquer Tribunal de Justiça³² do país; do

³² A pesquisa foi prejudicada junto ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, que foi desconsiderado após todas as tentativas de consulta terem restado infrutíferas devido a problemas na plataforma de buscar no sítio eletrônico.

mesmo modo, a busca não trouxe nenhum resultado nos Tribunais Superiores. A busca com o parâmetro 1 resultou em 5 acórdãos do STJ, mas nenhum deles envolveu a suscitação do incidente para questionar condições de saúde.

Quando o terceiro parâmetro foi utilizado, a busca aparentemente trouxe mais resultados. Contudo, nenhum deles envolveu o uso direto dos incidentes processuais, mas tão somente a referência a “excesso e desvio de execução” enquanto ideia de um descaminho no curso da execução penal. A sinuosidade apontada nos julgados foi suscitada, curiosamente, tanto a favor como contra a situação do detento.

Ademais, nenhum julgado sob o terceiro parâmetro se baseou em argumentos quanto a condições de saúde, mas apenas quanto ao regime de cumprimento de pena e, em todos os casos, em sede de *habeas corpus* ou agravo em execução.

Importante registrar que o TJRS foi o Tribunal com o maior número de resultados a partir do parâmetro 3: foram 177 julgados, nos quais o termo “excesso e desvio de execução” foi também abordado de maneira teórica, e não técnica (enquanto incidente processual com previsão legal no art. 185 da LEP).

A adoção do termo “excesso e desvio de execução” nos julgados do Tribunal sul-riograndense, ainda que não relacionada ao objeto da saúde prisional, pôde ser coligida em três grandes grupos: a) que a fixação da data-base para a progressão de regime ser a de seu deferimento, e não do implemento da condição pelo apenado, não configura excesso de execução; b) que a concessão do benefício da prisão domiciliar como substituição ao regime aberto é uma saída para a superlotação ou para a ausência de casa prisional adequada, ou seja, uma saída ao excesso ou desvio de execução.

A última situação encontrada no TJRS representa um uso do termo contrário ao detento. Como reação ao deferimento de inúmeros pedidos de prisão domiciliar, o Ministério Público do Rio Grande do Sul agravou das decisões sob o argumento de que estas desrespeitavam as hipóteses do art. 117, da LEP, e que, por isso, representavam um verdadeiro excesso e desvio de execução.

Como se percebe, os marcos jurídicos confirmam a suspeita inicial que levou ao desenvolvimento da presente pesquisa: existem possíveis mecanismos de compensação previstos na LEP que são completamente ignorados pela comunidade jurídica.

Devido à ausência de estudos no tema, de debates nas doutrinas e na academia, e de uma abordagem do assunto no ensino jurídico³³, os incidentes de excesso e desvio de execução se encontram ainda despojados da praticidade esperada pelo legislador.

Diante da realidade exposta pelos marcos jurídicos, somados às condições aviltantes dos marcos fáticos em saúde prisional, é possível interpretar a ausência deliberada de remediação dos problemas de saúde nos cárceres como uma conduta negligente do Estado brasileiro e, assim, uma prática de violência institucionalizada.

Nesse sentido, encerra-se o presente capítulo com uma aproximação teórica do adoecimento no contexto prisional à tortura, não para sugerir uma responsabilização objetiva dos agentes estatais, mas com o intuito de sinalizar para uma sistemática de prevenção e combate à tortura no sistema prisional, já implementada no Brasil.

4.3 O adoecimento e a dor no contexto carcerário: uma aproximação à tortura institucional

O ato de encarcerar, por si só, traduz um sofrimento inexorável durante o cumprimento da pena privativa de liberdade ou de medida preventiva, que advém da própria inquietude da medida do tempo e da austeridade característica da dinâmica da execução penal.

Para o pensamento ocidental moderno, o conceito de violência está relacionado a qualquer ato que cause constrangimento à autonomia absoluta do indivíduo (ADORNO; DIAS, 2014, p. 157). Nesses termos, o modelo de correção pela via do encarceramento em uma instituição total, por si só, já significaria uma violência.

Em outras palavras: a prisão, mesmo quando realizada com a mais estrita obediência à lei e em meio a condições reais de reinserção social, implicará sempre um sofrimento.

No contexto da realidade prisional brasileira, então, o problema ganha um alcance indiscutivelmente maior.

³³ O que inclusive é esperado, uma vez que o próprio ensino da Execução Penal não é uma matéria obrigatória na maioria dos cursos de Direito no Brasil. Existe uma lacuna na formação dos bacharéis em direito no país.

A análise dos marcos fáticos em saúde prisional comprovou a insuficiência do Estado no que tange à prestação de serviços de saúde nos presídios: faltam módulos de saúde e profissionais ao alcance dos presos. A arquitetura irregular, somada à falta de vigilância (cuidado) em saúde em um ambiente profundamente insalubre, potencializa a proliferação de doenças infectocontagiosas e de agravos à integridade física dos detentos.

Relatórios oficiais de monitoramento dos direitos humanos em presídios brasileiros escancaram as consequências advindas da falta de assistência à saúde: contaminação por doenças em níveis epidêmicos, lesões intratadas que levam à amputação de membros, contração de doenças incuráveis e demais danos somáticos e fisiológicos ofensivos à integridade física dos presos.

O encarceramento de seres humanos levado a efeito nesse contexto, com o aval do Poder Judiciário e sob a administração negligente compartilhada com os demais órgãos da execução penal, leva a uma só constatação: o Estado brasileiro, sob o pretexto de corrigir e reinserir no bojo social, é conivente a práticas que em muito se aproximam da tortura.

Verifica-se, assim, que por trás da realidade endêmica do sistema prisional brasileiro reside outra de difícil detecção, possivelmente mais lesiva aos presos e à toda a sociedade no geral, que é a da cultura de violência institucional nas prisões.

No início deste século XXI, o uso persistente de tortura e de outras formas cruéis, desumanas e degradantes de tratamento no Brasil, empregadas por muitos agentes públicos em pleno contexto democrático, permanece difundido como método consagrado de diversas instituições, especialmente dos locais de privação de liberdade.

Apontada como herança da longa história de escravidão e do recente período de governo militar no país, a tortura tem se mostrado uma prática persistente que, lamentavelmente, é aceita pela maior parte da população quando as vítimas desses crimes são os condenados da justiça.

O longo período de escravidão negra no Brasil, somada à estratégia perversa de sua abolição, contribuíram para a configuração atual da sociedade brasileira, marcada por profundas injustiças sociais e pela discriminação racial; negros e pobres são a clientela por excelência do sistema de justiça criminal e geralmente não são defendidos em seus direitos humanos mais fundamentais, especialmente no contexto do encarceramento.

Para a sociedade, de um modo geral, os presos que se tornam vítimas de maus tratos ou de tortura no curso da execução penal não são merecedores de cuidado ou mesmo de compensação³⁴; a maioria entende que sofrimentos físicos ou mentais são uma decorrência natural do aspecto retributivo da pena, de modo que aqueles que levantam coro em defesa dos direitos humanos dos presos são rotulados de “defensores de bandidos” (ANISTIA INTERNACIONAL, 2001, p. 12).

A discussão acerca da tortura institucional no contexto carcerário brasileiro é de extrema pertinência, uma vez que, de acordo com os casos que chegam ao sistema de justiça, os agentes públicos são maioria entre os acusados de tortura (61%), e os locais de privação de liberdade³⁵ são os lugares onde, com a segunda maior frequência (31%), esse crime é cometido, aparecendo logo em seguida às residências (CONNECTAS DIREITOS HUMANOS, 2015, p.31).

No ano de 2015, foi publicada uma importante pesquisa no tema, intitulada “Julgando a Tortura”, responsável pela análise de 455 acórdãos dos Tribunais de Justiça brasileiros entre os anos de 2005 e 2010, com o objetivo de apurar de que forma a Lei de Tortura, Lei 9.455/97, é aplicada e qual a percepção dos julgadores sobre os casos que chegam à Justiça. Foram identificados 752 réus e 800 vítimas (CONNECTAS DIREITOS HUMANOS, 2015, p.32) na discussão.

O estudo, que foi realizado por cinco organizações de defesa dos direitos humanos³⁶ com distinta atuação no âmbito penal, concluiu que os agentes estatais são os maiores perpetradores da prática de tortura nos dias atuais e que, por outro lado, são os que possuem maiores chances de absolvição em grau recursal, quando em comparação ao julgamento de agentes privados na mesma instância (CONNECTAS DIREITOS HUMANOS, 2015, p. 44)³⁷.

Importante destacar, ainda, outra evidência do referido estudo e que servirá de fundamento à discussão da presente pesquisa: constatou-se que a maioria dos acórdãos versou

³⁴ Um exemplo emblemático que confirma essa afirmação é o do julgamento, ocorrido em junho de 2017, de 14 agentes penitenciários acusados de tortura no Presídio Regional de Joinville, que em 2013 atingiram os detentos com sprays de pimenta, granadas de efeito moral, chutes e balas de borracha. Apesar de o crime ter sido registrado por câmeras do circuito interno do presídio, os acusados foram absolvidos pela Justiça.

³⁵Empregou-se o termo em seu sentido amplo, que compreende cadeias, presídios, penitenciárias, delegacias, casas de albergado, colônias penais agrícolas, hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico, dentre outros.

³⁶Conectas Direitos Humanos, Núcleo de Pesquisas do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Pastoral Carcerária, Ação dos Cristãos para a Abolição da Tortura (Acat) e Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP).

³⁷ A Região Sul foi a que, proporcionalmente, apresentou mais casos de absolvição de agentes públicos do que as demais regiões.

sobre a tortura como forma de castigo ou meio de obtenção de prova, mas poucos foram os casos que abrangeram o crime de tortura em sua modalidade omissiva.

Tendo em vista que a omissão ocorre em locais de privação de liberdade, e que estes representaram apenas 2,4% de todos os casos analisados no período (CONNECTAS DIREITOS HUMANOS, 2015, p. 62), essa talvez seja uma forte evidência de que, apesar dos avanços legislativos verificados com o implemento da Lei de Tortura e com a assunção dos compromissos internacionais no combate à tortura, o problema continua sendo a cultura da violência institucional que permanece à sombra no sistema penitenciário.

Como se percebe, existe nítida complacência à prática da tortura ou maus tratos quando o sujeito ativo é um agente penitenciário e a vítima um custodiado do Estado que cumpre pena privativa de liberdade.

Ademais, a negação de atos de violência pelas próprias autoridades responsáveis direta ou indiretamente, nos casos em que há omissão, “é um comportamento praticamente generalizado no mundo moderno” (OLIVEIRA, 2014, p. 386), que dificulta a responsabilização dos torturadores e, indiretamente, contribui para a impunidade nos casos de tortura, hoje regra³⁸ no sistema penitenciário.

Diante dessa constatação, desponta um possível caminho ao enfrentamento do problema das iniquidades em saúde no sistema prisional brasileiro: enxergá-las sob o viés da tortura institucional, interpretando-se a omissão do Estado no atendimento à saúde de um preso com sofrimento enquanto uma violação de um direito fundamental que mantém pontos de contato com o crime de tortura.

Essa abordagem do problema, mais incisiva, é capaz de garantir argumentos mais contundentes à suscitação dos incidentes de excesso e desvio de execução enquanto mecanismos não apenas de individualização, mas principalmente de humanização das penas.

³⁸ Segundo pronunciamento do representante regional para América do Sul do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos (ACNUDH), Amerigo Incalcaterra, no início de 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-impunidade-por-tortura-nas-prisoas-e-regra-no-brasil/>. Acesso em 01 jul. 2017.

4.3.1 Salvaguardas internacionais contra a tortura e maus tratos

A tortura é em um crime contra a humanidade³⁹. A inflição intencional de suplícios físicos ou morais em outro ser humano como forma de castigo, de investigação ou por quaisquer razões discriminatórias é terminantemente proibida em qualquer circunstância e em todas as épocas⁴⁰.

No plano internacional, as lutas contra a tortura se intensificaram após a Segunda Guerra Mundial, no contexto da formação de um Estado de Direito Internacional (ANISTIA INTERNACIONAL, 2003, p. 5), ou seja, com o estabelecimento de um Estado conduzido sob os ditames legais, com a devida responsabilização de seus agentes por práticas abusivas e contrárias à lei. As atrocidades cometidas por alguns governos durante a guerra consternaram a opinião pública, levando os Estados a um verdadeiro consenso quanto ao direito a não ser torturado.

O primeiro documento afirmando a proteção dos direitos humanos e que contém expressa proibição contra a tortura foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 na Assembleia Geral da ONU. O artigo 5 da Declaração determina: “Ninguém deve ser submetido à tortura ou a outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

Como forma de especificar a proteção genérica conferida pela Declaração Universal de 1948, a ONU aprovou o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos os quais, ao lado do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, é um instrumento voltado à autodeterminação dos povos. Adotado em 1966, o Pacto reafirmou expressamente a proibição contra as práticas de tortura no mundo (Artigo 7).

Nos anos 60, e no contexto de reconhecimento dos direitos humanos, um episódio de prisão arbitrária de dois estudantes portugueses levou o advogado Peter Benenson a iniciar uma mobilização pela liberdade dos jovens cuja importância deu origem, em 1961, à Anistia Internacional.

³⁹ Cf. previsão do artigo 7 (1) (f), do Estatuto de Roma, convenção internacional que criou o Tribunal Penal Internacional.

⁴⁰ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado em 1966, assegura que a proteção contra qualquer prática de tortura jamais deve ser reduzida, mesmo em situações que excepcionais que ameacem a própria vida de uma nação (Artigo 4).

Trata-se de um movimento global, que hoje conta com mais de 7 milhões de apoiadores e se faz presente em mais de 150 países do mundo, idealizador de ações e campanhas em prol do reconhecimento internacional dos direitos humanos. Pela proximidade com prisioneiros de diversas regiões do mundo, a Anistia Internacional foi responsável pela denúncia de diversos casos de tortura, o que demonstrava a ineficácia do comprometimento do mundo no combate às práticas de tortura.

A partir da exposição da Anistia Internacional, em 1975 foi adotada pela ONU a chamada Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, que instituiu com maior detalhamento as medidas a serem adotadas pelos governos na prevenção e combate à tortura.

Especificamente no contexto de privação de liberdade, a Declaração exige que os Estados mantenham sob exame as disposições sobre o tratamento de pessoas custodiadas em prisões (Artigo 11), bem como que assegurem um treinamento dos profissionais desses locais alinhado às diretrizes da Declaração (Artigo 10).

Com a persistência da tortura ao redor do mundo, mesmo diante de todo o arcabouço convencional e com o florescimento de inúmeras organizações não governamentais de apoio às vítimas (ANISTIA INTERNACIONAL, 2003, p. 8), os esforços foram concentrados em ações preventivas.

Nesse contexto, em 10 de dezembro de 1984, a Assembleia Geral da ONU adotou a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penais Cruéis, Desumanos ou Degradantes (CAT), um tratado internacional que obriga os Estados- Partes a adotarem mecanismos de prevenção e investigação dos crimes de tortura nos presídios. Instituiu-se, com isso, uma jurisdição universal contra supostos torturadores (ANISTIA INTERNACIONAL, 2003, p. 08).

Na mesma oportunidade da Convenção, foi criado o Comitê contra a Tortura, formado por peritos, cuja função consiste em monitorar a implementação de suas disposições, com apresentação de relatórios periódicos, formulados pelos Estados- Partes, com a descrição da realidade do país; dependendo das informações, o Comitê realizará recomendações.

No âmbito regional, destaca-se a adoção da Convenção Europeia para Prevenção da Tortura, adotada em 1987 pelo Conselho da Europa, e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, adotada pela Organização dos Estados Americanos, em 1985.

No âmbito nacional, o Brasil ratificou a Convenção contra a Tortura em 28 de setembro de 1989.

Como se percebe, ainda que os primeiros passos no combate à tortura já tenham sido dados por muitos países do mundo, a prática desse crime ainda se faz presente⁴¹ nos dias atuais, muito possivelmente devido à impunidade dos torturadores ou mesmo à falta de alcance dos mecanismos de prevenção, em especial nas instituições totais, como as prisões.

4.3.2 O Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes

O Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (OPCAT), adotado pela Assembleia Geral da ONU em 2002 e em vigor desde 2006, tem como objetivo estabelecer uma sistemática de visitas rotineiras aos locais de privação de liberdade⁴², a fim de prevenir a ocorrência de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Trata-se, portanto, de uma nova era de prevenção à tortura, neste início do século XXI (IIDH, 2010, p. 01), cujo pressuposto é o de que a tortura ocorre majoritariamente em locais de privação de liberdade.

Para a consecução dos objetivos preventivos, na mesma oportunidade de adoção do Protocolo Facultativo foram criados dois outros institutos: o Subcomitê de Prevenção da Tortura (SPT) e os Mecanismos Preventivos Nacionais (MPN).

Os trabalhos do Subcomitê de Prevenção da Tortura (SPT), que se iniciaram já em 2007, consistem em visitas de campo, aconselhamento e recomendações aos Estados- Partes quanto

⁴¹Conforme se apurou, a tortura deixa marcas, ainda hoje, em pelo menos 82% dos países que ratificaram a Convenção da ONU Contra a Tortura. Disponível em: <https://anistia.org.br/noticias/tortura-uma-crise-global/>. Acesso em 5 jul 2017.

⁴² Importante registrar que, para os fins do Protocolo Facultativo, privação da liberdade significa qualquer forma de detenção ou aprisionamento ou colocação de uma pessoa em estabelecimento público ou privado de vigilância, de onde não tenha permissão para sair, seja por força de ordem judicial, administrativa ou de outra autoridade (Artigo 4, inciso I). Para a presente pesquisa, consideraremos apenas a privação de liberdade ocorrida no sistema prisional, ou seja, institucionalizada.

aos mecanismos preventivos, dentre outras atribuições, que serão sempre realizadas de forma confidencial.

Os Mecanismos Preventivos Nacionais, por sua vez, também compreendem ações de fiscalização dos locais de detenção, porém no âmbito doméstico de cada Estado Parte, que deverá assegurar a mais ampla independência aos peritos que os compõem.

Nesse sentido, o Princípio da independência constitutiva impõe que os mecanismos tenham sua administração separada daquela dos Poderes Executivo e Judiciário, garantindo-se, desse modo, que sua atuação não seja atingida por qualquer mudança política ou interferência de autoridades externas. Importante, também, que sejam compostos por especialistas de áreas diversas e distintos das autoridades do Estado (SALLA, 2005, p. 22).

Assim, os MPN concentram ao menos três competências internas: fiscalização rotineira do tratamento oferecido às pessoas privadas de liberdade nos locais de detenção; proceder a recomendações às autoridades a partir das observações realizadas; submeter propostas acerca da legislação existente ou idealizada (SALLA, 2005, p. 4).

Quanto ao modo de atuação desses MPN, o Artigo 20 do Protocolo delimita uma ampla margem de liberdade para que os mecanismos alcancem os objetivos almejados; dentre as possibilidades estão: o acesso a todas as informações sobre a população privada de liberdade; acesso às informações sobre o tratamento das pessoas mantidas nos locais de detenção, bem como sobre as condições destes; acesso aos locais de detenção, seus equipamentos e instalações; possibilidade de entrevistar-se reservadamente com as pessoas privadas de liberdade, sem testemunhas; liberdade de escolha dos locais a serem visitados e das pessoas a serem entrevistadas.

Evidentemente, há tantos modelos de MPN como há Estados Partes: cada MPN reflete as tradições – culturais, históricas, legais, sociais, políticas e econômicas – de seu país. Deseja-se que tal diversidade assegure que cada órgão autenticamente nacional floresça em seu contexto particular, enquanto mantenha os princípios centrais inerentes ao Protocolo Facultativo (IIDH, 2010, p. 02)

Como se observa, os Mecanismos Preventivos Nacionais foram idealizados para configurar uma verdadeira rede de proteção interna no âmbito de cada país. O Protocolo Facultativo, ao conferir essa ampla margem de liberdade para que os Estados definam seus

mecanismos de combate à tortura, garante efetividade à prevenção, uma vez que este trabalho poderá realizar-se de forma mais ágil, próxima e permanente, complementando de forma harmônica os esforços do Subcomitê, “que provavelmente terá uma presença mais esporádica junto aos Estados Partes” (SALLA, 2005, p. 04).

4.3.3 *O conceito de tortura*

Alguns delineamentos foram realizados com vistas à definição do que seja a tortura enquanto prática. Seu conceito normativo varia conforme o documento legal em que o termo se inscreve; a definição contida no texto da Convenção contra a Tortura, por exemplo, difere em muito da adotada no Brasil pela Lei 9.455/97–Lei de Tortura, conforme se verá adiante.

Segundo o Artigo 1 da CAT, a tortura indica a infligência de dor ou sofrimento, físico ou mental, intensos, praticados por agentes públicos ou demais pessoas, no exercício da função pública:

qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.

No âmbito da jurisdição americana, o conceito de tortura, conforme dispõe o Artigo 2 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, também abriga a elementar funcionário público na conduta, que também se configurará nas situações em que, a despeito de não existir dor física ou mental, a vítima tiver anulada sua personalidade em decorrência da aplicação de substâncias químicas ou outros métodos que alterem suas expressões de humor, caráter, etc. (MAIA, 2006, p. 114):

Todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais, com fins de investigação criminal, como meio

de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.

Como se observa, o conceito de tortura trazido pelas principais salvaguardas internacionais compreende- a como uma prática própria de agentes do Estado ou de outras pessoas, porém sob seus comandos⁴³, aspecto que tem provocado inúmeras críticas por parte dos juristas (MAIA, 2006, p. 114).

Nesse contexto, merece destaque a legislação brasileira, cujo conceito de tortura foi significativamente ampliado, na esteira da ressalva feita ao final do Artigo 1 da Convenção contra a Tortura.

A Lei 9.455/97 inovou ao responsabilizar não apenas agentes públicos, mas também quaisquer pessoas que inflijam dor ou sofrimento no âmbito privado. Desse modo, ao contrário das convenções internacionais, a lei brasileira tipificou o crime de tortura como exclusivo de agentes públicos apenas nas hipóteses do art. 1º, §1º e §2º.

Regra geral, a lei prevê três modalidades comissivas de conduta típica, além de prever também uma quarta hipótese de responsabilização, porém na forma omissiva.

Assim, no direito brasileiro, diversas condutas podem configurar tortura, tais como submeter alguém, mediante violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental para variados objetivos ou mesmo com o fim de discriminação racial e religiosa (hipóteses do art. 1º, I) ou como forma de aplicação de castigo ou prevenção a alguém sob guarda, poder ou autoridade (hipótese do art. 1º, II):

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico e mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma

⁴³ Sobre esse aspecto, importante registrar a ressalva contida na parte final do Artigo 1 da CAT, segundo a qual o conceito previsto na Convenção não prejudicará disposições de maior alcance, porventura previstas em outros documentos internacionais ou nacionais, como é o caso do Brasil.

de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Além dessas, há mais duas hipóteses de tortura, que são as hipóteses de subjugação de preso ou de pessoa submetida à medida de segurança a sofrimento físico ou mental, sendo despidendo nesses casos qualquer fim especial de agir (art. 1º, §1º): “Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita à medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal”.

A lei também incrimina a conduta omissiva da autoridade que concentre o dever de evitar ou apurar a tortura no contexto do encarceramento e que se responsabilizada, incorrerá em uma pena de detenção de um a quatro anos (art. 1º, §2º).

Como se observa, o conceito de tortura para a legislação brasileira é significativamente mais amplo que o previsto na Convenção contra a Tortura. Em outro aspecto inovou também o legislador ao equiparar à tortura hipóteses de crimes próprios, praticados por funcionários públicos, mas contra presos, cujo efeito automático da condenação, em ambas as situações, será a perda do cargo.

A primeira das condutas, tipificada no art. 1º, §1º, indica a responsabilização do funcionário público que, comissivamente, impõe sofrimento físico ou mental à pessoa privada de liberdade sob custódia do Estado.

Por outro lado, trata-se a segunda conduta, descrita no §2º, de omissão penalmente relevante, pois o agente tem o dever de cuidado ou vigilância previsto em lei e descumpe-o. No entanto, pela teoria normativa adotada no art. 13, §2º, do Código Penal, não é suficiente o dever de agir, devendo ele estar associado ao poder de agir, ou seja, deve existir uma possibilidade real e efetiva de evitar o resultado penalmente relevante.

4.3.4 O combate à tortura no contexto carcerário brasileiro: o Sistema Nacional de Combate e Prevenção à Tortura

A Constituição Federal de 1988 preceitua, no art. 5º, III, que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Trata-se de uma garantia fundamental contextualizada no Estado Democrático de Direito, que inadmite a prática de tortura contra qualquer pessoa, em qualquer contexto.

Nesse sentido, o Estado brasileiro assumiu, no ano de 2007, a partir da ratificação do Protocolo Facultativo à Convenção Contra Tortura, um compromisso internacional de impedir que os indivíduos privados de liberdade em carceragens de delegacias, presídios, hospitais e outros locais de detenção sejam submetidos à tortura e a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Decorridos oito anos, foi promulgada a Lei 12.847/13, que instituiu o Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. Sua importância reside não apenas no atendimento ao compromisso internacionalmente firmado com a ratificação do Protocolo Facultativo, mas em especial no que, de fato, a promulgação representa: a ação integrada do Estado para impedir que indivíduos privados de liberdade sejam vítimas de tortura institucional.

Nesse contexto emblemático, os presídios brasileiros encontram-se sob a fiscalização do chamado Comitê Nacional de Prevenção à Tortura, cuja função é combater e prevenir a tortura e também outros tratamentos e penas cruéis, desumanos ou degradantes no contexto do encarceramento.

O Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura é composto por dois órgãos, que são o Comitê Nacional de Prevenção e Combate a Tortura (CNPCT) e o Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT). Além destes, também os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público com atuação na área da execução penal e os Conselhos da Comunidade e Penitenciários estaduais e distrital podem integrar Sistema Nacional, conforme prevê o art. 2º, §2º, II e IV, da Lei 12.847/13.

No âmbito do Sistema Nacional, destaca-se a atuação do MNPCT, que é um “dos braços operativos mais importantes” desse sistema (MNPCT, 2016, p. 5). É o órgão integrante da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República cuja principal atribuição é a de planejar, articular e monitorar as visitas aos locais de privação de liberdade, nos termos do art.

9º, I, da Lei 12.847/13, a fim de identificar rotinas e padrões que indiquem a prática de tortura ou de maus tratos.

O órgão é formado por 11 especialistas, denominados de peritos pela lei, que possuem autonomia suficiente para visitar, com livre acesso, os presídios de sua escolha, e liberdade para, ao final, emitir relatórios com recomendações a quaisquer autoridades.

O Comitê Nacional, composto por 23 membros escolhidos e designados pelo Presidente da República, sendo 11 representantes de órgãos do Poder Executivo federal e 12 de conselhos de classes profissionais e de organizações da sociedade civil, concentra, dentre outras, as funções de acompanhar e avaliar as ações de prevenção, bem como de recomendar a elaboração de estudos e pesquisas e incentivar a realização de campanhas.

Por fim, importa chamar a atenção para um dispositivo da lei de especial importância prática, que é o art. 8º, § 5º, que prevê a possibilidade de também os Estados criarem seus Mecanismos Estaduais de Prevenção e Combate à Tortura (MEPCT).

Como se vê, a instituição de um sistema nacional de prevenção à tortura voltado à população carcerária é uma iniciativa louvável com vistas à humanização das penas privativas de liberdade no Brasil, que possui uma das maiores concentrações de pessoas presas do mundo, destacando-se também por ser um dos países que encarceram nas piores condições do mundo, como alertaram recentemente a relatoria especial de Direitos Humanos da ONU e a representação regional da América do Sul do Alto Comissariado da ONU para os Direitos Humanos (ACNUDH).

Assim, observa-se que o Brasil, para além do compromisso formal, tem se empenhado, na prática, no monitoramento dos presídios através dos mecanismos previstos no Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.

Devido à instituição recente, grandes são os desafios que se revelam aos órgãos que o compõem; o principal deles talvez esteja na definição dos critérios de escolha dos seus membros que, se bem acertada, possibilitará uma tradição de boas práticas de prevenção à tortura e de humanização dos cárceres brasileiros, uma urgência nos dias de hoje.

4.3.5 *Agravos de saúde no contexto prisional brasileiro: uma aproximação teórica à prática de tortura*

Os crimes de tortura costumam ser de difícil apuração, pois em geral ocorrem de maneira velada, em locais secretos ou em ambientes privados, mesmo quando praticados por agentes públicos.

Neste último caso, quando a tortura é praticada por um agente público contra um investigado ou mesmo contra um condenado da justiça, o desafio de se provar a ocorrência criminosa é ainda maior, e duas são as razões para tanto: a tendência do sistema de justiça em absolver as autoridades estatais, que o faz sob o fundamento da precariedade das provas produzidas contra esses funcionários, conforme demonstrou a pesquisa “Julgando a Tortura”, bem como a conivência da sociedade em aceitar com naturalidade práticas de tortura no âmbito da justiça criminal:

Daí o complicador com que se defrontam seus militantes: a oposição Estado-torturador *versus* sociedade civil-torturada, tão clara e ideologicamente reconfortante dos anos 1970, foi substituída por uma relação bem mais complexa, talvez impossível de ser definida com um termo menos impreciso do que *ambiguidade*, pois ela varia da repulsa quando a vítima é um trabalhador inocente ao apoio tácito à chacina do Carandiru (OLIVEIRA, 2014, p. 386).

Transportando essa discussão para o contexto prisional, então, as dificuldades se potencializam, uma vez que, consideradas as constatações anteriores, práticas de tortura nesses locais são amplamente facilitadas por se tratarem, como explicitado no primeiro capítulo, de instituições totais, fechadas ao mundo exterior e marcadas por uma lógica de subjugação ostensiva dos indivíduos presos.

Todo esse cenário deve ser levado em conta, uma vez que a decisão quanto ao acesso ou não do preso aos serviços médicos é realizada também pelos agentes penitenciários⁴⁴,

⁴⁴ Ao indivíduo encarcerado é negada a condição de paciente exatamente por estar submetido, antes de mais nada, à relação de dívida e gratidão, inscrita em uma rígida ordem disciplinar; para acessar os serviços de saúde prisional é preciso que se submeta aos valores hierárquicos nessa rede de relações (DIUANA, 2008, p. 1892).

constituindo-se assim no primeiro filtro para a detecção de doenças e, conseqüentemente, de violências. Trata-se de uma decisão consciente da autoridade pública.

Ainda que a violência (e a tortura não o deixa de ser) seja um tema sócio- histórico e, portanto, não afeto diretamente à área da saúde, com ela dialogando apenas quando resultar em lesões, agravos, adoecimento, mortes físicas e emocionais (MINAYO, 2006, p. 08), a tentativa do argumento de nossa pesquisa está, no entanto, em interpretar no sentido oposto, tomando os adoecimentos e outros agravos à saúde como práticas que tangenciam o conceito de tortura à luz da legislação brasileira.

Nesse sentido, a consideração das situações aviltantes à saúde dos presos como tortura é um empreendimento que deve, necessariamente, ser realizado sob a ótica da violência estrutural que demarca alguns sistemas sociais, dentre eles o sistema carcerário, e que foi consistentemente apresentada por Galtung:

Violência estrutural frequentemente pode ser bem mais difícil de reconhecer e compreender. Esta é a violência construída dentro dos próprios sistemas sociais, políticos e econômicos que governam as sociedades, os Estados e o mundo. É a diferente alocação de bens, recursos, oportunidades, entre diferentes grupos, classes, gêneros, nacionalidades, etc., em razão da estrutura que governa suas relações. [...] sua relação com a violência direta é semelhante aos nove décimos de um iceberg, escondidos da superfície, enquanto apenas sua ponta aparece sobre a linha d'água (GALTUNG, 2002 apud MAIA, 2006, p. 132).

Para a leitura que se pretende fazer, é importante esclarecer que, ainda que o legislador não tenha exigido uma finalidade específica por parte do agente público para a configuração da tortura nas modalidades dos §§1º e 2º do artigo 1º da Lei 9.455/97, não se pode perder de vista que se trata de condutas dolosas, que demandam intenção de agir e, principalmente, individualização de condutas.

Com isso, não se objetiva defender que toda situação grave de saúde nas prisões de que resulte sofrimento físico intenso de um preso por falta de tratamento, ou por um tratamento inadequado, categoricamente configurará tortura, muito menos a partir dessa ideia sugerir uma responsabilização objetiva de agentes penitenciários e demais profissionais do sistema prisional.

Pretende-se apenas sinalizar para um contexto amplo de prevenção e combate à prática de tortura no sistema prisional o qual, inclusive, corrobora a consideração, feita ao final do primeiro capítulo, de que a população carcerária é, incontestavelmente, uma população vulnerável, que demanda vigilância e intervenções durante a execução da pena.

Como visto, existem mecanismos nacionais e internacionais de monitoramento dos presídios, com equipes de peritos que, periodicamente, visitarão os locais de privação de liberdade e determinarão medidas para evitar lesão à condição humana dos detentos.

No contexto prisional, situações de flagrantes sofrimentos causados pelo agravamento ou desenvolvimento de doenças guardam pontos de aproximação com os crimes de tortura e maus tratos, expressamente vedados tanto pela Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, quanto pelas demais garantias às pessoas privadas de liberdade, nacionais e internacionais.

Quando presenciadas pelo diretor do presídio, agentes penitenciários ou demais profissionais, tais situações de sofrimento devem ser prontamente remediadas, seja esta compensação pela via médica ou, quando esta for ausente, pela via judicial, conforme será sugerido no próximo capítulo.

É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, respeitando-se os direitos fundamentais não atingidos pela sentença, dentre eles o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal) e o direito à saúde prisional (art. 14 da LEP).

Para fins penais, o Estado brasileiro responsabiliza-se pela saúde do detento, posto ocupar a posição de garantidor, nos termos do art. 13, §2º, a, do Código Penal. Assim, à luz da Lei 9.455/97, será possível o enquadramento de agentes públicos prisionais na chamada tortura imprópria, modalidade do art. 1º, §2º, caso individualizada a conduta do agente e comprovado o dolo.

A realização de exame médico tão logo o preso seja admitido no local de detenção, bem como em momento posterior sempre que se fizer necessário, é uma exigência contida na Regra 30 das Regras Mínimas da ONU para Tratamento de Preso que se constitui, além de concretização da devida vigilância em saúde, também em um mecanismo de combate às práticas de tortura institucional.

Organismos internacionais de direitos humanos vão mais além e exigem o exame médico também no momento anterior à apresentação dos prisioneiros ao juiz ou da soltura, ou seja, ao final do cumprimento da pena (ANISTIA INTERNACIONAL, 2003, p.115).

Por fim, é importante ressaltar que a falta de assistência à saúde resulta na fragilização dos próprios mecanismos de detecção das demais modalidades de tortura do Sistema Nacional de Prevenção e Combate, uma vez que a falta de consultas e exames nos detentos retira-lhes a oportunidade de produzir provas contra seus agressores.

A contextualização dos marcos fáticos e jurídicos no âmbito do Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura representa uma tentativa de ressignificar a omissão do Estado na atenção à saúde dos presos enquanto uma prática que mantém pontos de aproximação à tortura institucional.

Ainda que o objetivo da presente discussão não tenha sido propor uma responsabilização penal objetiva dos agentes públicos diretamente ligados à execução penal, e aqui também se incluiriam juízes e promotores de justiça, a realidade da saúde prisional brasileira requer outra leitura por parte do sistema de justiça criminal.

Nesse sentido, e considerando-se as recomendações do último Relatório Nacional do MNPCT, da relatoria especial de Direitos Humanos e o Alto Comissariado para os Direitos Humanos, ambos da ONU, medidas de prevenção à tortura e a penas cruéis, com vistas a proteger a saúde e integridade física das pessoas privadas de liberdade, representam uma urgência nacional, que não é ignorada pela presente pesquisa.

Considerando-se a lógica dos mecanismos de prevenção instituídos a partir do SNPCT, o capítulo final do trabalho tem como objetivo propor um uso para os incidentes de excesso e desvio de execução como mecanismos de compensação dos agravos causados à saúde dos presos no Brasil.

5 MECANISMOS DE COMPENSAÇÃO EM SAÚDE PRISIONAL

A cultura do encarceramento, predominante no Brasil, faz com que nossa população carcerária apresente um crescimento vertiginoso e contínuo, porém sem qualquer impacto na melhoria dos indicadores de segurança pública (CNPCCP, 2015, p. 5). Esse modelo sequer tem se mostrado eficaz quanto ao principal objetivo de toda sua estruturação: reinserção social ou não dessocialização.

Considerando-se que as ações de combate às doenças prevalentes nos presídios brasileiros devem necessariamente passar por uma reformulação estrutural dos presídios e carceragens ao redor do país⁴⁵, bem como pela redução imediata da superlotação, este capítulo dedica-se à sugestão de uma remediação, pela via judicial, nos casos de ausência ou insuficiência na prestação de serviços de saúde durante o cumprimento da pena privativa de liberdade.

O objetivo desse derradeiro capítulo será, dessa forma, o delineamento dos mecanismos judiciais de compensação dos malefícios causados à saúde dos presos em razão do confinamento descontrolado que se verifica há anos no sistema prisional brasileiro e que, como visto no capítulo anterior, representa hoje uma das maiores urgências no cenário brasileiro.

O ponto de partida, como já apresentado em momento anterior, será a previsão legal contida no art. 185 da Lei de Execução Penal, que indica haver excesso ou desvio de execução “sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”.

Sem delinear hipóteses de cabimento, o artigo seguinte da LEP menciona tão somente os legitimados a suscitá-los: Ministério Público, Conselho Penitenciário, o próprio sentenciado, bem como qualquer dos demais órgãos da execução penal.

Levando-se em conta a potencial nocividade do confinamento de grandes massas populacionais em condições insalubres e sem a devida assistência à saúde, o estudo dos incidentes de excesso e desvio de execução revela-se oportuno, já que estes permitem reajustar

⁴⁵ Este objetivo atingir-se-ia com uma profunda readequação arquitetônica das unidades prisionais, com melhor ambientação das celas e construção de módulos de saúde em todas as unidades, contratação de mais médicos e outros profissionais da saúde.

à legalidade uma pena que, na ótica de nossa pesquisa, em muito se assemelha à tortura institucional quando inflija sofrimentos físicos decorrentes do adoecimento ou falta de cuidados a doenças preexistentes nos detentos.

Intimamente relacionados ao princípio da individualização da pena, os incidentes de excesso e desvio de execução representam uma margem de liberdade oferecida aos órgãos da execução para retomar a legalidade da pena privativa de liberdade quando esta se mostrar excessiva à saúde dos detentos.

Para a proposição das possibilidades de aplicação com fundamento em problemas de saúde durante o confinamento, serão consideradas malefícios à saúde do preso tanto as situações de acometimento de doenças em presos inicialmente saudáveis, quanto aquelas de agravamento de condições de saúde prévias ao encarceramento.

Lesões à integridade física (perda de sentidos ou de membros e de suas correspondentes funções) serão consideradas agravos à saúde, tendo como parâmetros aqueles previstos no art. 129, §§ 1º e 2º, do Código Penal (lesão corporal qualificada).

Ainda que os esforços para a proposição que se formulará sejam eminentemente teóricos, busca-se atingir resultados práticos; afinal, essa tem sido a preocupação da processualística penal na atualidade: “descobrir instrumentos e mecanismos para tornar efetiva a contribuição advinda de suas construções teóricas para a melhor atuação concreta do direito” (SCARANCA FERNANDES, 1993, p. 246).

Diante da essencialidade da saúde, a dogmática jurídica que identifica a presente pesquisa, pretendendo assegurar o direito à saúde dos presos, acaba por resguardar, além da dignidade da pessoa humana, outro valor ínsito ao qualquer ser humano que parece ter sido esquecido na prática jurídica, em especial na seara do processo de execução penal: o da humanidade, “único capaz de evitar a destruição da personalidade do condenado” (PASAMAR, 2000, apud AMARAL, 2013, p. 213).

5.1 A jurisdicionalização da execução penal e a adaptabilidade da pena às exigências do Estado Democrático de Direito

Durante muito tempo, acreditou-se que a natureza jurídica da atividade desempenhada pelo juiz da execução penal fosse essencialmente administrativa, e que a atuação desse magistrado se resumisse à mera vigilância e controle sobre os atos da autoridade administrativa; portanto, não lhe caberiam poderes decisórios na fase executiva.

Nesse sentido, foi predominante a doutrina de Chiovenda. Segundo suas lições, não haveria jurisdição na execução penal por uma simples razão: faltaria à execução da sentença penal o elemento “substitutividade”, já que a vontade da lei seria exercida pelos órgãos públicos e não pelas partes em causa, ou seja, não haveria substituição da atividade material do Estado (SCARANCA FERANDES, 2012, p. 252).

Essa posição se mostrou profundamente insatisfatória, uma vez que os valores em disputa no processo penal são indisponíveis, de modo que a solução para os conflitos nessa seara ultrapassa a simples atuação das partes.

Superado esse entendimento, atualmente são duas as correntes teóricas que buscam explicar a natureza jurídica da execução penal no Brasil. A primeira delas, que leva em conta os dois aspectos essenciais da dinâmica executiva (administrativo e judicial), reconhece uma natureza complexa ou mista no procedimento de execução.

Para os adeptos desse posicionamento, a execução da pena, que não prescinde de atividades administrativas, se desenvolveria nos planos administrativo e judicial (GRINOVER, 2001, p. 303).

A Exposição de Motivos de número 213, 9 de maio de 1983, que justificou a promulgação da Lei de Execução Penal, silenciou qualquer voz em defesa da índole predominantemente administrativa da atuação do juiz da execução penal, pois reconheceu verdadeira autonomia científica a esse ramo do Direito. E aqui se apresenta a segunda corrente teórica.

A Lei de Execução Penal institucionalizou um modelo jurisdicional de execução penal no Brasil (ALMEIDA, 2014, p. 40), o que é confirmado pela leitura de alguns dispositivos expostos na lei. O art. 2º enuncia a jurisdição, o art. 66 se refere à competência do juízo da

execução, e até mesmo a previsão de incidentes e outras questões incidentais sinalizam para um primacial caráter processual, ou seja, jurisdicional.

Desse modo, a execução penal deixou de ser um Livro do Código de Processo para constituir-se em um novo ramo jurídico, cuja prática deve se alinhar aos princípios idealizados ao Estado Democrático de Direito, no bojo da qual o condenado seja visto não apenas como parte no processo, mas como verdadeiro sujeito de direitos que é.

Ainda que seja inegável a intensa atividade administrativa durante todo o percurso da execução penal, é também inegável que, nos moldes em que esta se encontra atualmente, a realidade da administração das penas é nefanda e incompatível com o sistema jurisdicional e o Estado Democrático de Direito (ALMEIDA, 2014, p. 42).

Ainda que não haja unanimidade na doutrina quanto às diferenças entre a atividade jurisdicional e a administrativa, há um consenso em relação a alguns elementos que distinguem ambas as naturezas. Além da marca da imparcialidade, a função jurisdicional é desempenhada por uma autoridade segundo um dever funcional com vistas a promover o direito em si, o que ocorre com a aplicação irrestrita da lei, mas não apenas:

Outro é agora o entendimento. Admite-se como atividade jurisdicional não somente aquela consistente em declarar e atuar a vontade da lei ao caso concreto, mas também a que leva o juiz a adotar, de ofício ou devido pedido da parte vencedora, providências para que o comando da sentença seja realidade, se torne efetivo (CINTRA, GRINOVER.et al, 1992, p. 61)

Dinamarco distingue a função jurisdição pela sua destinação aos casos concretos (DINAMARCO, 1987, p. 165), característica intrinsecamente relacionada ao princípio da individualização da pena, que será o fundamento nuclear na proposição de nossa pesquisa.

Nesse sentido, também a coisa julgada em matéria de sentença condenatória relaciona-se à individualização executória e merece maior detalhamento. Nas palavras da ilustre professora Ada Pellegrini Grinover:

A sentença determinativa, que também se encontra no campo não penal, transita em julgado e assume a qualidade própria da coisa julgada: mas, em obediência à cláusula que contém, é suscetível de revisão, nos casos expressamente autorizados em lei, exatamente por obedecer ao comando emergente da sentença e à cláusula *rebus sic stantibus* nele contida. É assim

que se explica, processualmente, o fenômeno das modificações da condenação penal passada em julgado, no curso do processo de execução (GRINOVER, 1978, p.7).

Desse modo, a sentença condenatória apresenta uma natureza de sentença determinativa cujo conteúdo se reveste da *cláusula rebus sic stantibus*, ou seja, permanece imutável se as circunstâncias fáticas também permanecerem as mesmas. Diante de uma mudança do contexto fático, com o afastamento da situação idealizada no momento da condenação, é típica função jurisdicional o reajuste da pena às exigências legais.

O limite do poder decisório durante a fase de execução é, assim, a própria coisa julgada penal; assim, o proferimento de decisões que afetam diretamente a pena privativa de liberdade (incidentes de excesso ou desvio, graça ou indulto) não representarão uma afronta à decisão condenatória do juízo da cognição, mas tão somente são uma decorrência do caráter essencialmente jurisdicional do juízo das execuções.

São exemplos de limites às modificações decisórias na execução as questões relativas ao direito material, tais como as condições do fato constitutivo do crime, circunstâncias agravantes ou atenuantes, e outras relativas à determinação da pena; bem como rediscussões de aspectos formais do processo, como eventuais vícios de fases antecedentes, decadência pela inobservância de prazos peremptórios, reanálise da validade do trânsito em julgado da sentença condenatória (SCARANCA FERNANDES, 2012, p. 261).

Quanto às decisões em sede de incidentes no processo de execução, a doutrina entende-os como mecanismos legítimos para declarar a falta de idoneidade do título executório, constituindo-se no “insubstituível remédio contra uma situação antijurídica” (GIANZI, 1965, apud SCARANCA FERNANDES, 2012, p. 261).

Assim, reconhecida a natureza eminentemente jurisdicional dos atos do juiz da execução penal, as decisões que representam modificações na pena, nas situações excepcionalmente autorizadas ao juízo, como as relativas ao indulto, redução de pena e incidentes de excesso e desvio de execução terão força de coisa julgada material (SCARANCA FERNANDES, 2012, p. 265).

5.2 O primado da individualização da pena

O excesso e o desvio estão intimamente ligados à ideia de individualização da pena, princípio por excelência da fase de execução penal, no âmbito da qual a finalidade preventiva-especial se volta à dinâmica do processo de cumprimento de pena.

A individualização da pena se projeta sobre todas as etapas de produção e de aplicação do direito, e são três os momentos distintos e sucessivos nos quais atuará: o legislativo, o da condenação e o da execução penal (SILVA, 2012, p. 1.274).

No primeiro momento, a individualização é reconhecida quando o legislador tipifica as condutas criminosas e formula o preceito sancionador das normas incriminadoras.

O momento legislativo define, portanto, a tônica do tratamento penal, pois dirige a atuação do juiz e dos demais órgãos da execução (MARQUES, 1980 apud SILVA, 2012, p. 1.274).

Nas etapas seguintes, cognitiva e executória, a adequação da pretensão punitiva prevista no comando legal se manifesta, inicialmente, no juízo da condenação, para se tornar efetiva exatamente na da execução (SILVA, 2012, p. 1.274); isso porque o enfoque da sentença condenatória está nos elementos do caso concreto e na consideração dos detalhes da conduta criminosa, ao passo que na fase de execução serão analisados a personalidade e o modo de ser do indivíduo, o que, inclusive, possibilita maiores condições para uma efetiva individualização da reprimenda.

Assim, no juízo da cognição, a individualização da pena tem um caráter provisório, porquanto seja reflexo de um primeiro contato, consideravelmente sumário, com o condenado, cujo juízo de valor é passível, inclusive, de reforma em sede de recurso.

É fundamental, portanto, compreender que a individualização na fase de execução da pena não deve ser considerada apenas em seu início, a partir do conteúdo decisório do juiz da fase de conhecimento, mas especialmente no seu transcurso.

Tomando-se o sentido de vigilância enquanto atenção e cuidado, conforme proposto inicialmente para a abordagem da execução penal na presente pesquisa, compreende-se que o princípio da individualização é uma constante na fase executória. Se a pena privativa de

liberdade, por qualquer motivo, desviar-se de suas finalidades, ou se exceder à medida quantitativamente imposta, deverá ser reajustada de ofício pelo juiz ou por intervenção dos demais órgãos da execução penal.

Nos moldes em que a execução penal se processa no Brasil, com total disparidade entre o que é garantido pela lei e a realidade que se apresenta a quem tem coragem de enxergá-la, os desvios e excessos à saúde dos presos são inexoráveis à execução penal, razão pela qual qualquer proposta de mudança dessa realidade perpassa, necessariamente, por considerações de política criminal.

5.3 Execução penal e política criminal: uma relação necessária

A legitimidade do direito penal e, por extensão, também a da execução penal, é medida a partir da sua capacidade de redução da violência na sociedade. Para que esse intento seja alcançado, o Estado concentra a exclusividade da função punitiva que, ainda que conserve resquícios dos aspectos retributivos da penalização, é legitimada pela formalização em lei. Ainda que seja uma medida grave (ADORNO; DIAS, 2014, p. 157), a pena de prisão é legítima porque é consensual, é legal.

Nesse sentido, a atuação do direito penal exterioriza um mal autorizado, seja sob a forma de ameaça da pena ou por sua real aplicação, mas que, ao menos em tese, será menor do que aquele mal combatido (RODRIGUES, 2012, p. 170). A evolução do direito penal se resume a um constante auto questionamento em relação à medida da resposta frente às novas formas de criminalidade e demandas sociais.

A política criminal é, então, o mecanismo por excelência desse questionamento da atuação penal, e basicamente concentra duas funções precípuas: a de selecionar os bens jurídicos que merecerão proteção penal em determinado contexto social, e também a de criticar os caminhos já eleitos para a proteção desses bens e para o combate à criminalidade (ZAFFARONI, 1999, P. 132).

Importante lembrar que a tendência da política criminal dependente do próprio contexto social em que se insere, contribuindo para uma maior ou menor intervenção do próprio direito penal. Na década de 70, por exemplo, assistiu-se à derrocada da ideia de socialização enquanto

elemento central da política criminal moderna, o que provocou intensa repressão e desumanização nas punições.

Atualmente, o que se observa é que as novas formas de criminalidade – especialmente no contexto das sociedades de risco –, somadas ao aumento da violência, incutem nos cidadãos sentimentos quase inesgotáveis de insegurança:

De um lado, a complexificação das relações sociais e os riscos da moderna tecnologia são vivenciados como algo ameaçador, abrangente, devastador, difuso; de outro, as instâncias de controle social (mundo profissional, vizinhança, escola) perdem a sua força para fixar normas óbvias e indiscutidas da vida em sociedade e a tendência é para o isolamento e dessolidarização (RODRIGUES, 2012, p. 174).

Assim, e considerando-se o aspecto sociológico, as novas tensões sociais atualmente se justificam pelo significativo enfraquecimento das relações sociais e pelas injustiças nelas verificadas. Esse contexto faz com que as soluções à criminalidade de massa apontem para políticas de prevenção, o que por vezes inclusive torna a política criminal confundível com políticas de segurança.

Apesar disso, a política criminal ainda tem sido a solução mais incisiva frente ao problema do descontrole da execução penal no Brasil, razão pela qual tem ocupado cada vez mais os espaços de discussão sobre a realidade criminal e penitenciária.

Nesse contexto, destacam-se três atos de soberania estatal que também se constituem em medidas de política criminal, conhecidos por clemências soberanas, que resultarão na extinção da punibilidade, conforme previsão do art. 107 do Código Penal brasileiro e no art. 187, da LEP: são a anistia, a graça e o indulto coletivo⁴⁶. Todas representam renúncia ao poder de punir do Estado pelos Poderes Legislativo ou Executivo.

A anistia é medida de interesse coletivo extintiva da punibilidade, prevista no art. 48, VIII, da CF/88, concedida por meio de lei do Congresso Nacional, pela qual se esquece o fato criminoso, em geral crimes políticos, militares e eleitorais (MIRABETE, 2007, p. 782), extinguindo-se ao mesmo tempo todos os efeitos penais decorrentes da prática delitiva.

⁴⁶ Conforme previsão do art. 2º da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8072/90), os condenados pela prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes, drogas afins e terrorismo são insuscetíveis de graça, anistia e indulto.

A concessão da anistia pode ser geral, quando beneficiar todas as pessoas que participaram dos fatos criminosos, como parcial, quando excluir da clemência alguns infratores por exigir requisitos pessoais aos quais não atenderam.

A graça, também conhecida como indulto individual, e o indulto coletivo são medidas favoráveis ao (s) condenado(s) que preencher (em) os requisitos estabelecidos no decreto presidencial; dessa forma, são ato de indulgência do Poder Executivo. Ambas as concessões podem ser totais (alcance de todas as sanções), ou parciais, com redução ou substituição da pena, caso em que se verificará a chamada comutação.

No indulto individual, provoca-se o Presidente da República por simples petição, cujo pedido pode ser uma mera súplica ou por razões humanitárias (NORONHA, 1964, apud MIRABETE, 2007, p. 784).

O indulto coletivo é o “perdão” concedido a um grupo de condenados que se constitui, sem dúvida, no instrumento de política criminal mais utilizado atualmente.

Previsto no art. 84, XII, da Constituição Federal de 1988, o indulto é uma das medidas, por excelência, de política criminal, pelo qual se estabelecem, ano a ano, as situações que serão dignas de “perdão” dos condenados que cumprem pena privativa de liberdade. Trata-se de um ato de clemência genérica e coletiva oferecida aos presos que preencherem os requisitos determinados no decreto presidencial, com vistas à extinção da punibilidade.

Incumbe, assim, ao Presidente da República, assessorado pelo Ministério da Justiça, a assinatura do decreto de fim ano para concessão do indulto e comutação de penas. Concedido o indulto, são extintas as sanções, permanecendo os demais efeitos da sentença condenatória.

Para a concessão do indulto coletivo é indispensável a manifestação do Conselho Penitenciário, nos termos do art. 70, I, da Lei de Execução Penal, cuja obrigatoriedade apenas será afastada quando o pedido se referir a estado de saúde do preso. Estes são os chamados indultos humanitários, nos quais a clemência do poder público recai sobre situações de debilidade de saúde.

No Brasil, com exceção feita ao último decreto, Decreto 8.940/2016, vinha-se estabelecendo uma tradição muito rica nos decretos presidenciais de indulto, que demonstravam atenção às situações de fragilidade mais graves nos presídios.

No Decreto 7.648/11, houve proposta de concessão de indulto humanitário às pessoas acometidas de doença grave e permanente que apresentassem grave limitação de atividade e restrição de participação ou que exigissem cuidados contínuos que não pudessem ser prestados no estabelecimento penal.

A previsão do indulto humanitário, nos mesmos termos do decreto presidencial de 2011, foi repetida nos anos seguintes nos Decretos 7.873/12; 8.172/13, 8.380/14 e 8.615/15.

Nos decretos de 2014 e de 2015, ademais, a possibilidade de indulto se estendeu também às pessoas condenadas que, no curso do cumprimento da pena, foram vítimas de tortura, o que sinaliza o crescimento da preocupação com a população carcerária no contexto do Sistema Nacional de Combate e Prevenção à Tortura.

A presente discussão visa a chamar a atenção para a falta de protagonismo do Judiciário nas medidas que desafogam o sistema prisional brasileiro.

E, nesse ponto, surge espaço para um novo questionamento: como é possível definir a renúncia ao poder punitivo estatal como indulgência se, na realidade, ele se mostra ilegal em sua execução? A infligência de dores físicas pelo adoecimento e pela falta de atenção à saúde do preso é inaceitável no contexto do Estado Democrático de Direito, de modo que a clemência deve se dar, com mais justiça, no sentido contrário: ao Estado cabe o pedido de perdão.

Assim, as medidas de política criminal, destacando-se a importância do indulto, idealizam situações de readequação da execução penal à realidade, enxergando-as como excessivas ou desviantes das finalidades da pena privativa de liberdade.

Como discutido, não cabe apenas ao Executivo o enfrentamento das situações de excesso e de desvio de execução, pois existe espaço na própria lei de execução para que o juiz e os demais órgãos da execução perdoem as situações mais urgentes no contexto carcerário.

Os mecanismos de compensação em saúde prisional pela via judicial representam uma possibilidade de atuação nesse sentido. Indiretamente, representam também um fortalecimento da integração social que se espera do sistema prisional, conforme reconhecido no último Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária do CNPCP (BRASIL, 2015, p. 25).

Antes de proceder à análise de ambos os incidentes, é importante contextualizá-los na teoria geral do processo.

5.4 Intercorrências no curso do processo penal e os incidentes

Assim como nas demais searas do Direito, a execução penal também tem por objetivo o cumprimento de uma obrigação prevista em um título executivo judicial, ou seja, compreende uma sucessão de atos tendentes à concretização do comando da sentença condenatória.

No âmbito penal, contudo, por estarem imbricados direitos individuais indisponíveis, como os direitos políticos e a própria liberdade, a atenção à fase de execução deve ser redobrada para que sejam respeitados os demais direitos não atingidos pela sentença, o que impõe a constante vigília do desenvolvimento executacional, a ser feita tanto pelo juiz quanto pelos demais órgãos da execução.

Tendo em vista o conteúdo mínimo de proteção previsto no art. 3º da Lei de Execução Penal (que impõe a preservação dos direitos que não foram alcançados pela condenação), a lei estabelece que a prática de qualquer ato fora dos limites fixados pela sentença, ou por normas legais ou regulamentares, será considerada excessiva ou desviante. Essa é a ideia que deve iluminar toda a fase executória, especialmente no estudo dos incidentes de excesso e desvio de execução.

Ademais, não se pode perder de vista que o condenado, submetido a uma execução forçada cuja prestação é a sua própria liberdade, continua sendo, sob o aspecto processual, uma das partes na relação jurídico- processual, que não deve suportar, em nenhuma hipótese, excessos ou arbítrio por parte do Estado.

Nesse sentido, a execução penal demanda ampla flexibilidade, a fim de que o juiz consiga acompanhar constantemente a postura do condenado no processo de reinserção social (SILVA, 2012, p. 1.276) e, desse modo, possa reajustar a pena sempre que a adequação se fizer necessária.

Nas lições de Salo Carvalho:

O processo penal deve operar de maneira otimizada na execução, controlando os atos administrativos de forma a resguardar a dignidade e a humanidade dos apenados, pois o juízo de execução tem poderes para interferir diretamente nas relações entre a administração dos estabelecimentos penais e os detentos (CARVALHO, 2008, p. 168).

No decorrer da execução penal, existem modificações na forma de cumprimento da pena que reclamam a atuação jurisdicional, mas que já são esperadas de antemão, posto serem direito subjetivo dos condenados, como ocorre na progressão de regime, remição, livramento condicional, autorizações de saída.

De outra sorte, a Lei de Execução Penal prevê alguns mecanismos de controle do cumprimento da pena em situações inesperadas, fatos jurídicos gravosos que demandam a atuação jurisdicional com vistas à redução, substituição ou mesmo extinção da sanção penal (MIRABETE, 2007, p. 216), e que estão à disposição do juiz e dos demais órgãos da execução penal. Trata-se dos incidentes processuais.

Etimologicamente⁴⁷, ao vocábulo incidente podem ser relacionados diversos significados, que abrigam os sentidos de “cair sobre” ou suceder; de interromper ou suspender; de algo que obstaculiza o processo; de acidente; de algo não essencial. Como se observa, diversos são os pontos de partida para a abordagem do instituto, que merece uma diferenciação cuidadosa.

Para alguns autores, dentre eles Sabatini, o incidente processual seria um meio de introdução de uma questão – seja ela preliminar, incidental ou prejudicial – cujo deslinde será distinto do desenvolvimento da própria questão (SABATINI, 1953, p. 33).

O incidente serviria, em outras palavras, como um momento de decisão quanto à recepção ou não de uma questão nos autos do processo principal, ideia prontamente refutada por Scarance Fernandes, que lembra que não haverá sempre uma forma destacada para a introdução de uma questão, podendo esta ser, inclusive, originada de um ponto no curso do processo principal (SCARANCA FERNANDES, 1991, p. 40).

Para outros teóricos da teoria geral do processo, o incidente possuiria natureza jurídica de recurso (LEONE, 1961, apud GIUSEPPE, 1953, p. 35). Mas, ainda que ambos levem ao conhecimento do juiz um questionamento sobre o processo, as diferenças entre os dois institutos são abissais: o incidente traz à baila a necessidade de resolução de uma questão, enquanto o recurso se constitui em instrumento para a rediscussão de uma decisão.

⁴⁷Os significados etimológicos aqui expostos foram resumidos para facilitar a leitura; foram retirados do estudo feito por Antonio Scarance Fernandes em sua obra “Incidentes Processuais”, na qual são abordados com maior detalhamento.

Por fim, houve já quem compreendesse o incidente processual como espécie de ação penal, embora não se confundisse sempre com ela (MASSARI, 1934, apud SCARANCE FERNANDES, 1991, p. 41). Existem, é certo, espécies de ações incidentais no processo penal, do que o *habeas corpus* talvez seja o melhor exemplo; nestas, no entanto, o aspecto incidental se volta à resolução definitiva de uma questão, em geral prejudicial, com vistas à decisão, o que não se confunde com a função dos incidentes processuais.

Desse modo, à medida em que a doutrina foi buscando aperfeiçoar o conceito dos incidentes processuais, ainda hoje persistem certas confusões e dúvidas no campo teórico dessa matéria, e que envolvem pelo menos três termos: o incidente, a questão incidental e o procedimento incidental (SCARANCE FERNANDES, 1991, p. 21).

A questão incidental se caracteriza como um ponto controvertido⁴⁸ que demanda a consecução de novos atos processuais no curso do procedimento principal, e que nele provoca desvios ou mesmo a instauração de procedimentos colaterais (SCARANCE FERNANDES, 1991, p. 147). Seus elementos essenciais são a acessoriedade e acidentalidade.

Os procedimentos incidentais, de outra sorte, são uma nova série de atos ou fases que exsurtem diante de um ponto controvertido, mas cuja solução dependerá, necessariamente, de um procedimento colateral ao processo principal, com o qual guarda autonomia estrutural, ao mesmo tempo em que mantém uma vinculação funcional, ou seja, trata-se de uma sequência nova de atos cujo desfecho sempre estará atrelado ao efeito do processo principal (TORNAGHI, 1978, p.271).

Os incidentes, por fim, são tudo aquilo que se insere no curso do processo com potencial de interrompê-lo, de obstaculizar a sua trajetória, porém sem a necessidade de formalização de novos atos. Podem ser definidos como:

Um acontecimento jurídico que ocorre no curso da execução da pena, ocasionando, por atividade jurisdicional, a sua alteração, redução ou extinção. No incidente de execução, o juiz não procede a reexame crítico e alteração do julgado no processo de conhecimento, mas, diante de situações jurídicas que rompem com a normalidade do procedimento executório, altera ou extingue o curso da execução (MIRABETE, 2007, p. 765)

⁴⁸Conforme a clássica lição de Carnelutti, a questão é o ponto duvidoso no qual se questiona a afirmação de uma razão (conformidade da pretensão ao direito objetivo) de uma das partes (CARNELUTTI, 2004, p. 353).

No aspecto legal, é possível reconhecer duas tendências legislativas na matéria dos incidentes processuais: uma que reflete a preocupação do legislador em regulamentar detalhadamente o instituto, e outra que apenas procede a uma referência esparsa no tratamento da matéria (SCARANCE FERNANDES, 1991, p. 22). O que se observa é que

Essas tendências legislativas são manifestações concretas da preocupação de solucionar a difícil problemática do incidente; ora prevalece o entendimento de que o melhor caminho é regulamentá-lo e delimitá-lo; por outras vezes entende-se ser preferível só cuidar de alguns procedimentos incidentais, estabelecer poucas regras sobre os incidentes, abrindo-se espaço para a maior atuação do juiz (SCARANCE FERNANDES, 1991, p. 24).

O Código de Processo Penal brasileiro, por exemplo, dedicou o Título VI ao tratamento dos processos incidentes, mas dispensou a previsão de um procedimento genérico para os demais incidentes.

A Lei de Execução Penal, por outro lado, prevê incidentes específicos, como é o caso do excesso e desvio de execução, estipulando ainda, nos arts. 195 e 196, um procedimento genérico para a decisão dos demais incidentes. Como se observa, o legislador brasileiro optou por deixar ao juiz maior liberdade para a resolução dos incidentes, que é a tendência legislativa mais recomendável atualmente⁴⁹.

O juiz, com o passar do tempo, foi assumido um papel de maior protagonismo na dinâmica processual, adotando, inclusive, uma postura de condução dos processos sob a sua jurisdição. A ideia de inércia do julgador é algo superado.

Levando em consideração a natureza complexa da execução penal, uma postura ativa do magistrado é ainda mais esperada, já que a administração das penas pelo Executivo deve permanecer sob a constante vigília do Judiciário.

Nesse sentido, os incidentes da execução servem para reduzir, ou mesmo eliminar, as discrepâncias verificadas entre a previsão legal e a realidade vivenciada no processo.

No entanto, é importante desde já esclarecer que são poucos os estudos dos incidentes no âmbito do processo penal; no da execução penal, então, esses números são ainda menores.

⁴⁹ Ressalva feita já no início do século passado por Olivieri: “Os códigos não devem ser dogmáticos (...) São perigosas as definições que, por mais perfeitas, ocasionam dúvidas e questionamentos (OLIVIERI, 1903, p. 523).

Ainda que os contornos mais elementares da temática tenham sido já delineados, é necessário reconhecer as profundas diferenças que marcam a discussão na seara cível daquela realizada na esfera executiva penal. A própria lógica de efetividade e celeridade são muito distintas de um âmbito para outro.

A questão acessória trazida pelo incidente no processo cível somente será importante quando puder, efetivamente, influir na solução do tema fundamental (SCARANCA FERNANDES, 1991, p. 145), ao passo que, na execução penal, a questão acessória liga-se intimamente a direitos fundamentais, como a liberdade, saúde, respeito à integridade física.

Como é sabido, a execução penal no Brasil experimenta inúmeras “acidentalidades” em seu curso, se é que se pode considerá-las dessa forma, uma vez que, diante da nossa realidade prisional, elas constituem-se em verdadeiros fatos notórios e esperados desde o momento da condenação.

A Lei de Execução Penal, possivelmente antevendo as inúmeras intercorrências que poderiam advir de um sistema de correção tão rigoroso como o regime fechado de reclusão, dispôs sobre os incidentes de excesso e desvio, no art. 185, que poderão ser suscitados “sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares”. No artigo seguinte, a lei autoriza a que todos os órgãos da execução suscitem tais incidentes.

Contudo, conforme constatado no capítulo anterior, os incidentes de excesso e desvio de execução são ignorados pelos operadores do Direito, o que possivelmente é um reflexo do pouco debate que se dedica à matéria ou, indo mais além, talvez seja um sintoma da falta de criatividade ou iniciativa por parte dos próprios órgãos da execução, que até hoje não se atentaram para um importante mecanismo oferecido, ao final da LEP, como possibilidade de adequação da pena aos princípios conformadores da execução penal, como os da individualização e humanização da pena.

5.5 Incidentes de excesso e desvio de execução

Contextualizados os incidentes na teoria geral do processo, e feitas as ressalvas quanto às diferenças que marcam o tratamento da matéria no âmbito cível (área onde se concentram os

esforços doutrinários no assunto) e no penal (especialmente no da execução penal), faz-se necessário, neste momento, apresentar os incidentes do art. 185 da LEP para, na sequência, sugerir hipóteses de aplicação dos mesmos diante de situações afrontosas à saúde dos presos.

Enquanto no processo cível a preocupação central na suscitação dos incidentes circunscreve-se aos pressupostos da celeridade e eficácia, no processo de execução penal os incidentes servem ao socorro imediato do princípio da legalidade⁵⁰.

Durante muito tempo, a falta de compreensão quanto ao uso dos incidentes processuais na execução residia exatamente no grau de autonomia que esse processo guardava em relação ao principal (GIANZI, 1965, p. 10). Atualmente, com o avanço da teoria geral do processo, restou plenamente aceitável tal suscitação, já que a finalidade dos incidentes é a de sobrestar o feito principal para a solução de alguma questão.

De acordo com a Lei de Execução Penal, Título VII, são incidentes da execução as conversões (favoráveis ou desfavoráveis ao acusado), a anistia, o indulto e os incidentes de excesso e desvio de execução.

É importante lembrar que o Título VII não esgota as possibilidades de interrupção da execução penal, pois não se trata de uma previsão *numerus clausus*, ou seja, de uma previsão taxativa. A Lei de Execução Penal prevê ainda outros incidentes além destes, mas de modo esparso, sendo exemplos disso os incidentes de unificação ou extinção da pena (BENETI, 1996, p. 129).

Como já delineado nos tópicos anteriores, os incidentes de excesso e desvio são, por assim dizer, uma forma de controle jurisdicional da administração penitenciária, revelando-se como uma possibilidade de enfrentamento dos abusos de poder e desproporcionalidades que se mostram tão ofensivos ao *status* jurídico do sentenciado nos presídios brasileiros (MIRABETE, 2007, p.780), em especial à saúde dos presos.

A despeito da previsão legal, a doutrina nunca se pronunciou com muita profundidade quanto à operacionalização e hipóteses de cabimento desses incidentes, tampouco indicou, até hoje, como os juízes da execução penal poderiam julgá-los a fim de inovar a execução da pena.

⁵⁰Essa ideia também é identificada na definição de incidente formulada por Cordero, para quem esse seria: “o procedimento contencioso no qual são decididas as controvérsias sobre a existência de um válido título executivo e todas as outras especificadas na lei” (CORDERO, 1983, p. 806)

Poucos são os doutrinadores que se arriscaram a diferenciar que situações configurariam excesso e quais seriam as de desvio, se subdividindo ao menos em três posicionamentos distintos (NUCCI, 2012?, p. 2): no primeiro entendimento, a diferenciação ocorre por aspectos polarizados dos prejuízos sofridos pelo preso, se as modificações na pena são positivas (tratamento mais brando que o previsto em lei) ou negativas (desvio qualitativo) para o detento.

O segundo entendimento diz respeito à natureza da adversidade, de modo que se a ilegalidade for qualitativa, seja em prejuízo ou benefício do condenado, tal situação configuraria desvio de execução, enquanto que o excesso se verificaria pelo aspecto quantitativo ligado ao tempo excedente de prisão.

Nesse entendimento, haverá desvio quando o condenado, permanecendo em um regime, já fizer jus a outro menos rigoroso, situação essa de nítida dissonância entre os fatos e os parâmetros legais estabelecidos (CUNHA, 1985, p. 181). Também haveria desvio na hipótese de permissão de saída temporária sem o preenchimento dos requisitos do art. 123 da LEP, por exemplo.

O excesso de execução, por sua vez, se caracterizaria pela aplicação de uma sanção administrativa fora dos limites legais.

A doutrina, por fim, reconhece ainda uma terceira corrente, que não aponta quaisquer diferenças entre os dois incidentes

A despeito da importância de algumas classificações doutrinárias – e aqui a relevância está em distinguir dois incidentes que, apesar de distintos, são tratados pela lei como se fossem apenas um – o objetivo da presente discussão é o de inspirar seu uso sob a lógica da compensação das iniquidades em saúde causadas durante a execução penal.

Assim, o caminho a ser trilhado para identificar as possibilidades de aplicação de ambos os incidentes, independentemente do motivo que leve à suscitação, é, e não poderia ser outro, o do conteúdo do artigo 3º da LEP: a execução da pena não deve privar o sentenciado dos direitos não atingidos pela condenação.

A ideia que deve iluminar o estudo dos incidentes da execução penal é a de que a medida da pena não pode ultrapassar os limites estabelecidos na sentença condenatória ou na lei (MIRABETE, 2007, p. 779); ou seja, a pena de prisão deve obediência irrestrita aos postulados da proporcionalidade, legalidade, individualização e humanidade das penas.

Isso porque todos os esforços da execução penal têm como objetivo final o cumprimento da pena privativa de liberdade acompanhada do menor grau de dessocialização, ou seja, com a menor afetação possível da sociabilidade do condenado.

E nesse sentido, apura-se o mínimo abalo à sociabilidade do indivíduo pelo grau de preservação do seu *status* jurídico. Em outras palavras, a pena privativa de liberdade será legítima quando resguarde os direitos não atingidos pela sentença, e também quando ofereça mecanismos de socialização ao condenado durante o encarceramento.

Em sua teoria da devida execução da pena privativa de liberdade, Cláudio Amaral vislumbra como um dos pressupostos processuais da execução penal a regularidade procedimental (AMARAL, 2013, p. 208), que pode ser entendida sob duas perspectivas – uma interna e outra externa.

Ambas se referem a fatos que encurtam a privação de liberdade diante da correspondência positiva do condenado às expectativas não dessocializadoras do sistema.

Pela regularidade procedimental interna, entende-se o processo como uma realidade unitária formada por “conjuntos parciais com efeitos internos e provisórios em relação ao efeito final”, que será obtido após o alcance de efeitos parciais que incidirão em cada uma dessas etapas da progressão da pena. São exemplos disso o livramento condicional e as penas substitutivas.

A regularidade procedimental externa, por sua vez, significa que o processo de execução penal deve se concretizar sob um sistema que assegure eficiência e garantismo, ou seja, que se coadune com os valores fundamentais do processo moderno (SCARANCA FERNANDES, 2005, p. 40). Expressa-se, pois, em fatos externos ao encarceramento, de que são exemplos as posturas do condenado vistas por um observador externo à execução, tais como a reparação do dano ou remição da pena pelo trabalho ou estudo.

Toda a construção teórica da devida execução da pena privativa de liberdade confirma a finalidade preventiva-especial da pena: o enfoque da execução é unicamente o indivíduo sentenciado, pois é a sua condição humana que limita o poder punitivo estatal.

Assim, para o objetivo a que se propõe a presente pesquisa, são levados em conta também os acontecimentos externos capazes de encurtar ou extinguir a pena.

A racionalidade empregada nessa etapa da pesquisa considera fatos acidentais à execução cuja externalidade, ainda que não enfoque em condutas positivas do preso (como ocorre na análise da regularidade procedimental externa), consistirá em situações de doença e agravo à saúde do preso que não podem, e não devem, ser suportadas durante a execução.

5.5.1 Legitimação

A Lei de Execução Penal dispõe, no art. 186, que são legitimados a suscitar os incidentes de excesso ou desvio de execução o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, o sentenciado ou qualquer dos demais órgãos da execução penal. Por sentenciado entenda-se o preso, o interno, aquele submetido à pena de multa ou restritiva de direito e até mesmo o liberado condicional (MIRABETE, 2007, p. 780).

Como se observa, a redação desse dispositivo legal peca pela falta de técnica, pois bastaria mencionar apenas os órgãos da execução penal, já que o Ministério Público e o Conselho Penitenciário também integram os chamados órgãos da execução.

Seja como for, os legitimados a suscitar os incidentes de excesso e desvio de execução são as pessoas previstas no rol do art. 61 da LEP, ou seja, o Juízo da execução, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, os Departamentos Penitenciários, o Patronato, o Conselho da Comunidade e a Defensoria Pública.

Nesse contexto, é importante observar a amplitude da legitimação para a suscitação desses incidentes durante a execução, e isso se deve à condição, já discutida no primeiro capítulo deste trabalho, de vulnerabilidade dos condenados, aos quais não restam muitas possibilidades de comunicação com o mundo exterior.

A legitimação do detento na suscitação destes incidentes é decorrência direta do imperativo constitucional previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, ou seja, do direito de ação. Porém, isolados do convívio social, com pouco ou às vezes nenhum contato com familiares ou pessoas de sua confiança, dificilmente conseguirá o preso, por conta própria, denunciar os desvios ou excessos sofridos na prisão.

Quanto à defesa técnica, e aqui referimo-nos à Defensoria Pública, que é a instituição responsável pela defesa de grande parcela das pessoas presas hoje no Brasil, sabe-se que, mesmo com os grandiosos esforços que vem promovendo⁵¹, ainda são inúmeras as dificuldades enfrentadas por essa novel instituição: além do excessivo acúmulo de demandas nos locais onde se faz presente, ao menos ainda 72% das comarcas brasileiras não têm defensores públicos (IPEA, 2013, p. 70).

Por isso, a proposição de aplicação dos incidentes sugerida estende-se a todos os órgãos da execução penal, atentando-se para as peculiaridades e possibilidades da administração penitenciária local de cada região do país.

5.5.2 Mecanismos de compensação em saúde prisional: propostas iniciais

Na dinâmica executacional penal é possível notar, ao menos no plano teórico, um ínsito desapego à própria pena, já que dela se espera, desde o momento da condenação, que não seja cumprida até o final. Incentiva-se, a todo tempo, a possibilidade de encurtamento, ou mesmo de extinção, da reprimenda durante o seu curso (AMARAL, 2013, p. 210).

As finalidades da pena evoluíram ao longo do tempo, se conformando ao próprio desenvolvimento dos Estados nacionais e do pensamento e práticas em direitos humanos, de modo que hoje se confere, ao menos em tese, maior atenção ao aspecto preventivo- especial da pena, voltando-se os esforços mais à reinserção social ou à não dessocialização do indivíduo condenado do que à retribuição.

No entanto, por razões culturais, o enfoque da execução penal no Brasil tem se confundido com a genuína prestação de contas do condenado à Justiça. Muitos se esquecem de que, na realidade, o fundamento da pena de prisão repousa na própria responsabilidade do Estado pelo futuro dos indivíduos postos à sua disposição (LYRA, 1963, p. 13).

Nesse sentido, o direito à saúde, um dos direitos mais caros ao ser humano, irrompe como a garantia mais importante no contexto do confinamento; sem ela não haverá vida,

⁵¹ Em agosto de 2009, foi criada a Força Nacional da Defensoria Pública em execução penal, por meio de termo de cooperação entre Ministério da Justiça, Defensoria Pública da União e Defensoria Pública dos Estados, com o escopo de levar assistência jurídica aos presos e familiares.

esvaziando-se de sentido, automaticamente, todas as demais garantias. Sem saúde não haverá disposição ao trabalho, ao estudo, ao lazer, à qualquer chance de socialização dentro e fora do cárcere.

A processualística penal, dessa maneira, não pode pretender esvaziar o conteúdo dos direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde, com vistas a garantir o cumprimento da pena privativa de liberdade a qualquer custo com o fim apenas de fazer cumprir uma decisão condenatória evidentemente sem muita perspectiva de efetivação dos objetivos reintegradores (não dessocializantes).

É chegado o momento de a processualística ceder ao conteúdo do direito material que, diante da sua aplicação formalista irreflexiva, é constantemente violado. Nesse sentido vão as críticas que Renato Sérgio de Lima dirige aos padrões de funcionamento da justiça criminal:

O uso de estatísticas criminais não é incorporado como um modo de pensar a ação das instituições de justiça criminal e segurança pública no país. Diante desse quadro, em nome de uma linguagem técnico-processual, procedimentos burocráticos são mobilizados para justificar os padrões de funcionamento do sistema de justiça criminal e os principais dilemas da área não ganham o benefício da transparência e do envolvimento sistemático de outros atores relevantes (LIMA, 2008, p.68).

Tendo em vista toda a legislação assecuratória do direito à saúde prisional no Brasil, bem como que o produto final da execução só será válido se a pena tiver sido cumprida com o menor prejuízo à sociabilidade do preso, o adoecimento ocasionado pela pena ou que, sendo uma intercorrência independente, não puder ser tratado durante seu cumprimento, é uma situação de flagrante ilegalidade.

Desse modo:

(...) independentemente do mal que haja causado, o delito deve anular-se porque é em si mesmo um mal. A reparação de suas consequências não constitui a pena. Embora possa ocorrer uma coincidência de fato, esta coincidência nunca é conceitual. Por isso à pergunta de Nietzsche – “como pode o ‘fazer sofrer’ ser uma reparação’? – cabe responder que o “fazer” sofrer da pena não visa reparar, mas castigar (MESSUTI, 2003, p. 21).

Assim, três serão as premissas que deverão ser levadas em conta na proposição sugerida: a primeira é a de que a omissão dolosa ou culposa do Estado frente à falta de assistência à saúde, ou à falta de respeito à integridade física dos indivíduos que estejam sob sua custódia, implica em vedada sobrevalorização do aspecto retributivo da pena em detrimento do preventivo.

Em outras palavras, a pena de reclusão em regime fechado que violar o direito à saúde do preso será considerada apenas como castigo⁵², o que é absolutamente inadmissível frente à opção política, adotada no Brasil, pelo Estado Democrático de Direito.

A segunda premissa é a de que uma execução ilegal, que afronta os direitos mais fundamentais de um indivíduo, é pior do que a inexecução, justamente por implicar desobediência à lei (LYRA, 1978, apud SILVA, 2012, p. 1.278) e, assim, deslegitimar um modelo de resposta penal em si muito duvidoso.

Por fim, toda a categorização partirá do pressuposto de atendimento integral das unidades prisionais à Regra 30 das Regras Mínimas da ONU para Tratamento de Preso, ou seja, de que são realizados exames médicos tão logo o preso seja admitido nos locais de privação de liberdade.

Definidas as premissas, é agora possível prosseguir à proposição do uso dos incidentes de excesso e desvio de execução, sugerindo-se também possíveis posturas a serem adotadas pelos juízes da execução, no caso concreto.

Trata-se de um delineamento inicial de mecanismos genéricos de compensação em saúde prisional, que podem ser alternativos ou peremptórios à pena privativa de liberdade.

5.5.3 Categorias em saúde prisional

Para a categorização das situações de saúde prisional, considerou-se primeiramente a relação dos diagnósticos das doenças e dos agravos com o encarceramento, isto é, se foram as

⁵² Se dolosa, conforme já argumentado na presente discussão, tratar-se-á de conduta muito próxima à da tortura institucional, que demandará a mobilização do Sistema Nacional de Combate e Prevenção à Tortura e do sistema de justiça criminal.

condições do confinamento que provocaram dano à normalidade da estrutura física do corpo dos indivíduos presos.

Trata-se de um critério temporal, cuja objetivo é avaliar se o preso adoeceu antes ou após o encarceramento para, neste caso, apurar-se o nexo de causalidade entre o confinamento e o dano à normalidade da estrutura física do corpo humano.

A normalidade da estrutura do corpo humano foi aqui compreendida segundo a abordagem do crime de lesão corporal qualificada previsto no art. 129, §§ 1º e 2º do Código Penal brasileiro.

Dessa maneira, foram considerados excesso ou desvio de execução em saúde tanto as doenças, que são enfermidades ou estados clínicos curáveis ou incuráveis, quanto os agravos.

Os agravos correspondem a “qualquer dano à integridade física, mental e social dos indivíduos provocado por circunstâncias nocivas, como acidentes, intoxicações, abuso de drogas, e lesões auto ou heteroinfligida”, nos termos da definição adotada na Portaria 104 do Ministério da Saúde⁵³.

Evento, nesse contexto, significa toda manifestação de doença ou uma ocorrência que apresente potencial para causá-la, conforme dispõe o art. 1º, III, da Portaria 104/2011.

No mesmo sentido da conceituação adotada pelo Código Penal, agravos indicam disfuncionalidades físicas que abarcam debilidade permanente, perda ou inutilização de membro, sentido ou função e, portanto, dano à integridade física do sentenciado.

Identificadas, se possível, as razões clínicas que desencadearam o malefício à saúde dos presos, a segunda consideração a que se procedeu nesta categorização foi no sentido de avaliar a possibilidade de continuidade do cumprimento da pena privativa de liberdade com a devida obediência ao protocolo médico indicado para o tratamento.

Ressalta-se que a identificação da origem das enfermidades é uma atividade complexa, que envolve a consideração de inúmeras variáveis médicas e que, na maioria das vezes, sequer é possível.

⁵³A Portaria nº 104 do Ministério da Saúde, de 25 de janeiro de 2011, define as terminologias adotadas em legislação nacional, conforme o disposto no Regulamento Sanitário Internacional 2005 (RSI 2005), bem como a relação de doenças, agravos e eventos em saúde pública de notificação compulsória em todo o território nacional.

Contudo, a investigação quanto aos motivos do adoecimento se mostra válida por uma importante razão: qualquer pena que, no contexto do Estado Democrático de Direito, inflija danos à saúde ou à integridade física dos presos torna-se automaticamente ilegal. Diante disso, portanto, a reação jurídica só poderá ser no sentido de flexibilização da reprimenda.

Seja como for, no momento seguinte ao diagnóstico deve o juiz da execução, auxiliado por médicos do estabelecimento penal, avaliar se esse está estruturado para conduzir um tratamento adequado da enfermidade durante a execução da pena (critério material), seja sob o aspecto da infraestrutura física, de recursos humanos ou mesmo farmacológica.

Assim, diante de impossibilidades materiais no tratamento das doenças, tais como ausência de estrutura adequada ao atendimento, de profissionais de saúde nos ambulatórios prisionais, ou mesmo impossibilidade quanto ao fornecimento da medicação necessária, deve o juízo da execução proceder a medidas alternativas ao encarceramento que, sem a devida assistência à saúde, será excessivo.

Desse modo, levando-se em conta o fundamento apresentado para a aplicação dos incidentes de excesso e desvio de execução como mecanismos de compensação em saúde prisional, foram idealizadas três grandes categorias em saúde que são, conforme já salientado, apenas propostas iniciais à ideia aqui apresentada.

5.5.3.1 Doenças diagnosticadas antes do encarceramento

O diagnóstico já realizado previamente à recepção do preso no sistema prisional, por óbvio, não implicará em investigação quanto à responsabilização do Estado pelo evento de saúde.

No entanto, sendo a fragilidade da saúde do réu uma certeza no momento da prolação da decisão condenatória ou da prisão preventiva, deve o juiz ter atenção acerca da possibilidade de manter o tratamento durante a privação de liberdade.

5.5.3.1.1 Com possibilidade de tratamento durante o cumprimento da pena

Se a infraestrutura do estabelecimento penal se mostrar minimamente adequada para a manutenção do cuidado à saúde durante o cumprimento da pena, ou seja, se houver profissionais de saúde, ambulatório ou sala de isolamento, bem como medicamentos, o condenado imediatamente iniciará o cumprimento da pena, responsabilizando-se os órgãos da execução, com exceção do Patronato, pelo monitoramento da execução da pena e, conseqüentemente, do tratamento também.

5.5.3.3.1.2 Sem possibilidade de tratamento durante o cumprimento da pena

Se não houver possibilidade de prosseguir com o tratamento médico concomitantemente à execução penal, deverá o juiz proceder a medidas alternativas ao confinamento, que será potencialmente nocivo a partir da certeza de que o condenado possui uma debilidade de saúde.

Desse modo, as soluções serão diversas, e dependerão em grande medida da aplicação do princípio da individualização da pena; deverá o juiz, nessa hipótese, analisar como é a personalidade do condenado, seus antecedentes e circunstâncias do crime para, nesse momento inicial do processo de execução, decidir de que modo a pena se aproximará com maior retidão da finalidade preventiva- especial, no caso concreto.

Dentre as possíveis soluções, destaca-se a da prisão domiciliar através de monitoramento eletrônico do preso, pelo uso de tornozeleiras eletrônicas, conforme autoriza o art. 146-B, IV, da Lei de Execução Penal.

Trata-se de medida que, por demonstrar alto grau de respeito à dignidade da pessoa monitorada, é inclusive incentivada como política penitenciária de desencarceramento (CNPCCP, 2015, p. 6).

5.5.3.2 Doenças diagnosticadas durante o encarceramento

Se, no curso da execução penal, for o preso diagnosticado com alguma doença, deve-se proceder à imediata interrupção do processo, via incidente de excesso ou desvio, para o fim de análise do caso concreto e individualização da pena, se for o caso.

Suscitado o incidente de excesso ou desvio por quaisquer dos órgãos da execução penal, deve o juiz aplicar a racionalidade anteriormente construída, avaliando se há, ou não, possibilidade de tratamento no estabelecimento penal, nos mesmos moldes idealizados na categoria anterior.

Quando o diagnóstico é feito durante o encarceramento, é cabível a consideração quanto à apuração do nexo de causalidade, a fim de investigar ter sido o evento de saúde ocasionado pelas condições do confinamento.

Essa apuração pode ser feita pela análise do prontuário do preso, comparando-se o quadro atual de enfermidade com o do momento de ingresso do indivíduo no estabelecimento penal. O prontuário, a despeito de não ser informatizado nos presídios do país, obrigatoriamente deve acompanhar o detento desde o início do cumprimento da pena.

Na maioria dos casos, como já mencionado, é muito difícil identificar o nexo de causalidade entre a doença e o encarceramento; porém, ainda assim, trata-se de medida altamente recomendável no contexto prisional.

Caso seja infrutífera a confirmação do nexo de causalidade, volta-se aos parâmetros estabelecidos na primeira categoria, no sentido de avaliar ser ou não cabível o tratamento de saúde concomitante ao do cumprimento da pena.

Caso seja possível a identificação da origem da enfermidade, e tendo ela sido causada pelas condições carcerárias (adoecimento por: doença infectocontagiosa provocada pela superlotação; doença sexualmente transmissível contraída por falta de políticas de prevenção, como o fornecimento de preservativos), o evento, obrigatoriamente, influirá na medida da pena.

Nesse ponto, será também importante a consideração acerca da probabilidade de cura da doença. A doença curável é aquela cujo prognóstico é positivo, no qual os efeitos da doença serão combatidos e extintos.

A incurabilidade, por outro lado, se trata de um conceito de probabilidade de que não haverá cura, com os recursos ora dispostos pela medicina, “em relação à enfermidade ou às condições pessoais do paciente” (PENNA, 2007, p. 82).

Assim, caso o diagnóstico indique uma doença curável, como por exemplo uma doença de pele, ou tuberculose, cujo tratamento possa ser realizado durante o cumprimento da pena, esse prosseguirá; poderá o juiz, contudo, avaliando o caso concreto, proceder ou não a um desconto nominal da pena devido à falta de vigilância à saúde pois, mesmo existindo cura, houve adoecimento em razão do confinamento.

No entanto, caso o preso tenha contraído uma doença incurável durante e em razão do confinamento, a única solução plausível aponta para a imediata extinção da punibilidade, já que a pena serve para a melhoria ou não dessocialização do condenado, jamais para atingi-lo em seus direitos mais fundamentais.

5.5.3.3 Agravos durante o encarceramento: debilidade permanente, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou deformidade permanente

A presente pesquisa circunscreveu-se também à proposição de remédios jurídicos aos agravos à integridade física dos presos durante o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Dessa forma, para sugerir hipóteses fáticas em que os incidentes de excesso ou desvio de execução poderiam ser suscitados, socorremo-nos dos parâmetros adotados no art. 129, §§ 1º e 2º, do Código Penal brasileiro, que se refere aos crimes de lesões pessoais. Também aqui foram sugeridas, a títulos de propostas iniciais, as possíveis respostas jurídicas frente aos casos concretos.

Assim, poderão ser suscitados os incidentes de excesso ou desvio de execução quando, em razão do confinamento massivo e insalubre, houver debilidade permanente, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou mesmo deformidade permanente no indivíduo encarcerado.

É importante ressaltar que se trata de um dispositivo polêmico do Código Penal porque, além de abarcar conceitos médicos não compreendidos por juristas, sobre estes também não há consenso entre tratadistas legistas, médicos e doutrinas jurídicas (PENNA, 2007, p.42).

Desse modo, a identificação dos agravos teve como fundamento teórico o dispositivo destacado do Código Penal sob à luz da revisão de literatura realizada na pesquisa qualitativa de João Bosco Penna em sua análise crítica dos termos debilidade permanente, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, e enfermidade incurável.

Configura-se debilidade permanente de membro⁵⁴, sentido⁵⁵ ou função⁵⁶, quando houver a perda ou inutilização de membro em um grau atenuado, que pode se originar de um dano anatômico ou funcional (PENNA, 2007, p. 48).

Nos casos em que não seja possível detectar de imediato a seqüela, aguarda-se o prazo de dois anos para avaliação quanto à permanência.

Para Hungria, mesmo que haja um tratamento de correção à debilidade, como o uso de próteses, intervenções cirúrgicas, etc., aquela ainda assim conservaria a sua condição de lesão grave (HUNGRIA, 1955, apud PENNA, 2007, p. 48), caso corresponda a uma debilidade significativa e não um mero “enfraquecimento funcional” (PENNA, 2007, p. 53).

A perda ou inutilização de membro, sentido ou função correspondem ao dano máximo em suas funcionalidades, ou seja, no próprio uso destes.

Assim, a perda, como o próprio nome indica, corresponde à extirpação, total ou parcial, que em geral ocorre por mutilação ou amputação; esta última corresponde à intervenção cirúrgica para salvara própria vida, enquanto que a mutilação corresponde à separação de um membro ou parte deste do corpo por uma ação traumática (PENNA, 2007, p. 62).

Por fim, inutilização é a perda funcional, pela qual os órgãos ou membros deixam de desempenhar suas funções.

⁵⁴ “Membros são os apêndices do tronco, a ele ligados por meio de articulações (...). Destinam-se os inferiores ao equilíbrio, à deambulação e à sustentação do corpo; os superiores destinam-se à preensão ao tato e ao equilíbrio” (PENNA, 2007, p. 49).

⁵⁵ São as faculdades por meio das quais percebe-se o mundo (a visão, audição, tato, olfato e paladar).

⁵⁶ “Função é o modo de atuação específica de qualquer órgão, aparelho ou sistema” (ALMEIDA; COSTA, 1974, p. 56).

Deformidade permanente é o dano estético duradouro a alguma parte do corpo humano cujo aspecto seja vexatório, conforme entendimento predominante (MASSON, 2017, p. 575).

Em todas as ocorrências de agravos à saúde dos presos, a solução jurídica deve ser a de extinção da punibilidade, uma vez que a pena, ao atingir a integridade física dos indivíduos encarcerados, ultrapassou todos os limites definidos nas Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Presos

Nesses termos, o art. 66, II, da Lei de Execução Penal informa ter o juiz da execução penal competência para declarar extinta a punibilidade.

Quanto aos limites à interpretação desse dispositivo, a doutrina ensina que o juiz da execução somente pode extinguir a punibilidade por fatos posteriores à sentença penal condenatória, do contrário a competência será do juiz do processo de cognição, ainda que não tenha havido qualquer contato com a existência da causa extintiva antes da condenação (SCARANCE FERNANDES, 2012, p. 262).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo processo investigatório que tenha como objeto de estudo as prisões, sob qualquer perspectiva, representa um enorme desafio a quem reúne coragem para pesquisá-lo, pois o ponto de partida da análise raramente se constitui em uma suspeita, mas sim em uma quase evidência: há um profundo distanciamento entre os enunciados legais e a realidade prisional.

Como já era esperado, com a presente pesquisa não foi diferente. O *dever-ser* disposto na Lei de Execução Penal, em confrontação com o que *é* a realidade prisional, talvez represente uma das maiores ficções de nossa literatura jurídica.

Nesse sentido, então, se dá a primeira das conclusões a que se chegou a partir de nossa investigação: a gestão prisional é imbricada por práticas sociais hierarquizantes e por uma lógica própria das instituições totais que em muito diferem da sistemática esperada pela Lei de Execução Penal. Estas, somadas, dificultam o acesso aos direitos garantidos por lei à população privada de liberdade. Assim ocorre com o direito à saúde.

Sob o aspecto da radiografia da situação da saúde prisional brasileira (marcos fáticos), a análise documental dos relatórios oficiais e a pesquisa bibliográfica de artigos científicos da área da saúde coletiva permitiram identificar grave insuficiência na assistência à saúde dos presos, com destaque a algumas conclusões no aspecto da saúde:

- a) 63% das pessoas privadas de liberdade no Brasil, hoje, estão concentradas em 37% das unidades sem módulo de saúde, ou seja, mais de um terço da população presa no país não tem acesso a qualquer serviço de atenção básica durante a execução penal. Ainda, nem todas contam com equipes multidisciplinares de saúde;
- b) Não foi encontrado qualquer registro de prontuários físicos ou eletrônicos nos sistemas consultados, o que representa grave violação ao disposto na Regra 26 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, além de impossibilitar por completo o acompanhamento do estado de saúde do preso que é transferido de um estabelecimento penal a outro;
- c) Falta uniformização na escolha dos critérios de avaliação pelos sistemas de informação governamentais. Os dados coletados se mostraram pouco confiáveis, porque o padrão de respostas aos questionários enviados pelo INFOPEN, e que também abastecem o

sistema Geopresídios, variou entre os Tribunais, o que pode levar a uma interpretação equivocada por parte dos gestores públicos e prejudicar a efetivação de políticas públicas prisionais. Ademais, não há informação quanto à responsabilização do Estado que descumpra o dever de informação (São Paulo foi o único Estado que não respondeu à pesquisa do INFOPEN de 2014);

- d) A implementação da PNAISP representou um enorme avanço em termos de garantia do direito à saúde; contudo, ainda não existem indicadores seguros de seus reflexos práticos, de modo que também não há um monitoramento de programas de controle municipais e estaduais.

Desse modo, a despeito da opacidade dos dados disponíveis sobre saúde prisional, estes foram suficientes à conclusão de que a realidade da assistência à saúde é muito precária: nossos presídios são potencialmente endêmicos e insalubres, e não apresentam condições técnicas e operacionais mínimas para atender a todas as demandas apresentadas durante a execução penal.

Quanto aos marcos jurídicos, as pesquisas jurisprudenciais confirmaram a suspeita inicial que motivou a presente pesquisa: não foi encontrado nenhum processo, no âmbito de todos os Tribunais pesquisados, nos quais tivessem sido suscitados os incidentes de excesso e desvio de execução com fundamento na saúde prisional.

Pela análise dos poucos resultados encontrados nas buscas, foi possível identificar que os problemas à saúde dos presos são, em geral, desafiados por meio de *habeas corpus* ou agravo em execução.

Ademais, a busca com o terceiro parâmetro, identificado pelas expressões “excesso de execução penal” ou “desvio de execução penal” desvinculadas do termo “saúde”, trouxe alguns resultados; no entanto, nenhum deles envolveu o uso direto dos incidentes processuais, mas tão somente uma referência ao “excesso e desvio de execução” enquanto ideia de um descaminho no curso da execução penal.

Confirmou-se, assim, que os incidentes de excesso e desvio de execução são completamente ignorados pela comunidade jurídica, tanto no aspecto prático quanto no científico.

Diante dessa constatação, e considerando-se que a prisão representa uma articulação entre os três Poderes do Estado, na etapa final da pesquisa foram construídas as hipóteses de aplicação desses incidentes como compensação, pela via judicial, dos prejuízos causados à saúde dos presos durante o cumprimento da pena, tendo em vista que, no país, os Poderes

Legislativo e Executivo já compensam tais mazelas por meio das chamadas indulgências soberanas.

Assim, foram idealizadas três categorias: a) doenças diagnosticadas antes do encarceramento; b) doenças diagnosticadas durante o encarceramento e c) agravos durante o encarceramento.

Foram considerados excesso ou desvio de execução em saúde tanto as doenças, que são enfermidades curáveis ou incuráveis, quanto os agravos, que são lesões à integridade física dos indivíduos. Os termos *doença* e *agravo* são definições adotadas pelo Ministério da Saúde (Portaria 104/2011), e foram os parâmetros adotados em nossa categorização.

Na consideração dos agravos à saúde, a integridade física foi compreendida segundo a abordagem do crime de lesão corporal qualificada, previsto no art. 129, §§ 1º e 2º do Código Penal Brasileiro. Desse modo, considerou-se agravo a debilidade permanente, a perda ou inutilização de membro, sentido ou função e a deformidade permanente.

Por fim, a etapa propositiva da pesquisa sugeriu uma racionalidade que pode ser adotada nos futuros julgamentos, no sentido de averiguar, em casos de doenças, a possibilidade, ou não, de tratamento na unidade prisional. Caso este não seja possível, recomenda-se a adoção de alternativas penais, a exemplo da prisão domiciliar através de monitoramento eletrônico do preso, conforme autoriza o art. 146-B, IV, da Lei de Execução Penal.

Por outro lado, nos casos envolvendo lesão à integridade física do preso, recomenda-se como solução jurídica a extinção da punibilidade, tendo em vista que a pena que inflige dor e sofrimento aos indivíduos ultrapassa os limites mínimos definidos nas Regras Mínimas da ONU para o Tratamento de Presos.

Dessa forma, a criação das categorias em saúde permitiu estabelecer um padrão na abordagem dos problemas de saúde dos presos, com a intenção não apenas de orientar as futuras decisões judiciais, mas também de chamar a atenção para a existência dos incidentes de excesso e desvio, que, em nossa percepção, são verdadeiros mecanismos aptos à compensação de ilegalidades na execução penal.

Por todo o exposto, pode-se concluir pela total ausência de vigilância, aqui compreendida como cuidado, por parte do Poder Judiciário, no sistema prisional brasileiro.

Como se observou, há uma presença ostensiva do ente público no aspecto da segurança, mas uma acentuada omissão em relação à assistência à saúde. Nesse sentido, e tendo em vista o avanço de políticas públicas intersetoriais nos presídios, é necessária muita atenção para que a lógica do sistema prisional não contamine a dos demais sistemas, como o da saúde.

SUGESTÕES PARA FUTURAS PESQUISAS

A pesquisa não pretendeu esgotar a sugestão ao enfrentamento das urgências de saúde prisionais, de modo que muitos caminhos ainda existem para futuras pesquisas nesse campo, inclusive por pesquisadores de outras áreas do conhecimento.

Alguns questionamentos interessantes permaneceram sem respostas após o processo investigatório realizado por nossa pesquisa, resistindo dúvidas, por exemplo, quanto ao número e à realização do atendimento de presos que possuam plano de saúde privado; se haveria possibilidade de atendimento da população carcerária no âmbito da saúde suplementar; quanto à assistência à saúde de presos com deficiências físicas, etc.

A abordagem por nós escolhida foi a do monitoramento individual dos problemas físicos de saúde, para o qual sugeriu-se a via dos incidentes processuais de excesso e desvio de execução.

Nada obsta, porém, a que o problema seja abordado coletivamente por meio do controle social ou jurisdicional de políticas públicas de saúde em presídios, no âmbito dos litígios estruturais.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio; DIAS, Camila. Monopólio estatal da violência. In: LIMA, R.S.DE; RATTON, J.L.; AZEVEDO, R.G.DE (Org.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. 1ed. São Paulo: Contexto, 2014, v.1, p. 157- 165.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação judicial: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*.3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. *Revista Liberdades*, n. 17, setembro/dezembro de 2014. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/210-Artigos. Acesso em 03 maio 2017.

ALMEIDA FILHO, Naomar. *O que é saúde*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011.

ALMEIDA JR., A; COSTA JR., J. B. *Lições de medicina legal*, 12 ed. São Paulo: Nacional, 1974.

_____; ROUQUARYOL, Maria Zélia. *Introdução à epidemiologia*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006.

AMARAL, Cláudio do Prado. *A história da pena de prisão*. São Paulo: Paco Editorial, 2016.

_____. *Teoria da devida execução da pena privativa de liberdade*. 2013. 363f. Tese (Livro-Docência) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto.

_____. Um novo método para a execução da pena privativa de liberdade. *Revista de informação legislativa*, v. 53, n. 209, p. 53-71, jan./mar. 2016. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/519998>. Acesso em 24 set de 2016.

AMBOS, Kai. *Direito penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

_____. *Princípios penais: da legalidade à culpabilidade*. São Paulo: IBCCrim, 2003.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Combatendo a tortura- manual de ação*. 2003.

_____. *Tortura e maus- tratos no Brasil- desumanização e impunidade no sistema de justiça criminal*, 2001.

BATISTA E SILVA, Martinho Braga. Emergência de uma política, extinção de uma coordenação: sobre a gestão da saúde penitenciária no Brasil. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v.21, n. 7, p. 2021-2030, jul. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232016000702021&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 12 jul. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.00162016>.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BERGER, L. Peter; Luckman Thomas. *A construção social da realidade: tratado de sociologia do conhecimento*. Petrópolis: Vozes, 1995.

BERLINGER, Giovanni. *Ética da saúde*. São Paulo: Hucitec, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, NORBERTO. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campos, 9ª Ed., 1992.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Preso pelo Estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. *CPI sistema carcerário*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em 01 jun 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos*. 1 ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

_____. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Censo Penitenciário Nacional: nível socioeconômico da clientela dos sistemas. Institucional*. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional; 1994.

_____. Departamento de Vigilância das Doenças Transmissíveis. *Plano nacional pelo fim da tuberculose*. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: [http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/fevereiro/24/Plano-Nacional Tuberculose.pdf](http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/fevereiro/24/Plano-Nacional_Tuberculose.pdf). Acesso em 07 jun 2017.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)*. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 8 out 2016.

_____. Ministério da Saúde. Departamento de Atenção Básica. Portarias de Adesão. Disponível em: http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/portarias_adesao_df. Acesso em 08 março 2016.

_____. *Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

_____. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação de Saúde no Sistema Prisional. Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional—, 1. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em: <http://www.sgas.saude.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/105/2016/06/Cartilha-PNAISP.pdf>. Acesso em 20 out 2016.

_____. Secretaria de Vigilância em Saúde. Coordenação-Geral de Desenvolvimento da Epidemiologia em Serviços. Guia de Vigilância em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2016.

Disponível em: http://www.saude.ufpr.br/portal/medtrab/wp-content/uploads/sites/25/2016/08/Manual_de_Vigilancia_em_Saude_ago2016.pdf. Acesso em 9 maio 2017.

_____. Indicadores prioritários para o monitoramento do Plano Nacional pelo Fim da Tuberculose como Problema de Saúde Pública no Brasil. *Boletim epidemiológico*, 2017, v.48, n.8, p. 1-11. Disponível em <http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/marco/23/2017-V-48-N-8-Indicadores-priorit-rios-para-o-monitoramento-do-Plano-Nacional-pelo-Fim-da-Tuberculose-como-Problema-de-Sa--de-P--blica-no-Brasil.pdf>. Acesso em 9 maio 2017.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>. Acesso em 20 maio 2017.

BREILH, Jaime. Epidemiologia crítica. *Ciencia emancipadora e interculturalidad*. Buenos Aires: Lugar Editorial, 2003.

BRIGAGÃO, Jaqueline; NASCIMENTO, Vanda Lúcia Vitoriano do; SPINK, P. As interfaces entre Psicologia e políticas públicas e a configuração de novos espaços de atuação. *Revista de Estudos Universitários*, 2011, v. 37, n. 1, p. 199-215.

CAPONI, S. Saúde como abertura ao risco. In: CZERESNIA, D; FREITAS, C. (Orgs.). *Promoção de Saúde: conceitos, reflexões, tendências*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003, p.55/77.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CENTRO DE ESTUDIOS DE LAS JUSTICIAS DE AMERICAS. *Prisión Preventiva en América Latina: enfoques para profundizar el debate*. Santiago, 2013. 361 p. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30357.pdf>. Acesso em: 12 de nov 2015.

COELHO, Luis Carlos Honório de Valois. *Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade penal*. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CONNECTAS DIREITOS HUMANOS; NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA; PASTORAL CARCERÁRIA; et al. *Julgando a tortura: análise da jurisprudência nos tribunais de justiça do Brasil (2005-2010)*. São Paulo.

CONSELHO ESTADUAL DE DIREITOS HUMANOS DA PARAÍBA. *Relatório de visita realizada na penitenciária modelo Desembargador Flóscolo da Nóbrega- Presídio do Roger*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pb/sala-de-imprensa/noticias-pb/conselho-de-direitos-humanos-constata-aumento-da-superlotacao-no-presidio-do-roger>. Acesso em 04 abril 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA- CFM. Brasil é o 20º país com maior incidência de tuberculose e enfrenta desafios. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26873:2017-04-20-18-02-48&catid=3. Acesso em 8 junho 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- CNJ. *Geopresídios*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php. Acesso em 09 março 2016.

_____. *Reunião Especial de Jurisdição*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f9386177304.pdf>. Acesso em 22 fev 2017.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- Infopen junho-2014*. Disponível em: http://189.28.128.100/dab/docs/portaldab/documentos/relatorio_depen.pdf. Acesso em 04 março 2016.

CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Roma: Giuffrè Editore, 1983.

CORDEIRO, Suzann. *Até quando faremos relicários? A função social do espaço penitenciário*. Maceió: EDUFAL, 2006.

COURTIS, Christian. *El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática*. In: Courtis, Christian (org.). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Trotta, 2006.

CUNHA, Renan Severo Teixeira da. *O Ministério Público na execução penal*. Curso sobre a reforma penal. São Paulo: Saraiva, 1985.

DALCOMO, M. Brasil é o 20º país com maior incidência de tuberculose e enfrenta desafios: depoimento. [20 de abril de 2017]. *Conselho Federal de Medicina*. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26873:2017-04-20-18-02-48&catid=3. Acesso em 5 maio 2017. Entrevista ao Conselho Federal de Medicina.

DEJOURS, C. Por um novo conceito de saúde. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 7-11, 1986.

DESIDÉRIO, Mariana. Os Estados com os presídios mais lotados do país. *Exame*. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/os-estados-com-os-presidios-mais-lotados-do-pais>. Acesso em 22 fev 2016.

DE SOUSA, Maria da Consolação Pitanga et al. Atenção à saúde no sistema penitenciário: revisão de literatura. *Revista Interdisciplinar*, v. 6, n. 2, p. 144-151, 2013.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DIUANA, V. et al. Saúde em prisões: representações e práticas dos agentes de segurança penitenciária no Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 24, n.8, p. 1887-1896, 2008.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2ª ed.rev.atu.amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FERREIRA, Marcelo Santana. Polissemia do conceito de instituição: diálogos entre Goffman e Foucault. *Estudos contemporâneos da subjetividade*, v.2, n.1, p.74-86, 2012.

Disponível em:

<http://www.uff.br/periodicoshumanas/index.php/ecos/article/viewFile/826/658>. Acesso em 30 abril 2017.

FERNANDES, Luiz Henrique et al. Necessidade de aprimoramento do atendimento à saúde no sistema carcerário. *Rev. Saúde Pública*, São Paulo, v. 48, n. 2, p. 275-283, Abr/2014.

Disponível

em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sciarttext&pid=S003489102014000200275&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 maio 2015.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editora Trotta, 2001.

_____. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete*. 41.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

FRAGOSO, Heleno; CATÃO, Yolanda; SUSSEKIND, Elizabeth. *Direitos dos presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

FREITAS, M.M.B. *Entre mortificações e resistências: a saúde e o psicotrópico no sistema prisional*. 2013. 160 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Institucional)- Universidade Federal do Espírito Santo, Espírito Santo, 2013.

GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madrid: Servicio Publicaciones Facultad Derecho, 2000.

GIANZI, Giuseppe. *L'incidente nella esecuzione penale*. Napoli: Morano Editore, 1965.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. São Paulo: Perspectiva, 2015.

GÓIS, Swyanne; SANTOS JÚNIOR, Hudson; SILVEIRA, Maria de Fátima de Araújo et al. Para além das grades e punições: uma revisão sistemática sobre a saúde penitenciária. *Cien Saude Colet* 2012; 17(5):1235-1246.

GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2 ed.rev.atual.amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Proporcionalidade e a tríplice função da culpabilidade no direito penal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: IBCCRIM, ano 9, nº 107, pp. 10- 12, out. 2001.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Rogério. *Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas*. Niterói: Editora Impetus, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: RT e Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1978.

_____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 7. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 305. Originalmente publicado: Grinover, Ada Pellegrini; Busana, Dante. *Execução penal. Mesas de processo penal*. São Paulo: Max Limonad, 1987.

GUSTIN, Miraci Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GUZMÁN, Luis Garrido. *Manual de Ciencia Penitenciaria*. Madrid: Edersa, 1983.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. *Protocolo Facultativo à Convenção da ONU contra a Tortura- Manual de Implementação*. San José, C.R: IIDH, 2010

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA- IPEA. *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: ANADEP, 2013. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_defensoria_publica_no_brasil_19_03.pdf. Acesso em 01 jun 2017.

_____. *Reincidência criminal no Brasil: relatório de pesquisa*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>. Acesso em 08 março 2016.

JESUS, Luciana Oliveira de; SCARPARO, Helena Beatriz K.; LERMEN, Helena Salgueiro. Desafios profissionais no campo da saúde no sistema prisional: dilemas na interface entre a saúde e a segurança. *Aletheia*, Canoas, n. 41, p. 39-52, ago. 2013.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Finalidades da pena*. Barueri: Manole, 2004.

KAMARULZAMAN, Adeeba et al. Prevention of transmission of HIV, hepatitis B virus, hepatitis C virus, and tuberculosis in prisoners. *The Lancet*, Volume 388, set 2010, pag. 1115 – 1126.

KANT, Immanuel. *Principios metafísicos del derecho*. Ediciones Espuela de Plata, 2004.

KÖLLING, Gabrielle Jacobi. O necessário olhar fraterno para o que está desumanizado: a saúde no sistema prisional. *Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias*, v. 4, n. 2, 2014.

LARDIZABAL Y URIBE, Manuel. *Discurso sobre las penas*. Granada: Comares, 1997.

LEAL, César Barros. *Execução penal na América Latina à luz dos direitos humanos: viagem pelos caminhos da dor*. Curitiba: Juruá, 2010.

LERMEM, H.; GIL, B.L., et. al. Saúde no cárcere: análises das políticas sociais de saúde voltadas à população prisional brasileira. *Physis* 2015; 25(3):905-924.

LIMA, Renato Sérgio de. A produção da opacidade- estatísticas criminais e segurança pública no Brasil. *Novos Estudos Cebrap*, v. 80, pp. 65-69, 2008.

LYRA, Roberto. *As execuções penais no Brasil: legislação, problemas e soluções*. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

_____. *Projetos e Anteprojetos de Código Penitenciário*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1978.

MAIA, L.M. *Do controle judicial da tortura institucional no Brasil à luz do direito internacional dos direitos humanos*. 2006. 403f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Recife. 2006.

MARTINS, Élide Lúcia Carvalho et al. O contraditório direito à saúde de pessoas em privação de liberdade: o caso de uma unidade prisional de Minas Gerais. *Saúde e Sociedade*, São Paulo, v. 23, n. 4, p. 1222-1234, dec. 2014. ISSN 1984-0470. Disponível em: <<http://www.journals.usp.br/sausoc/article/view/104290/102934>>. Acesso em: 09 jun. 2017.

MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Método, 2017.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA- MNPCT. *Relatório 2015-2016*. Brasília, Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, 2016.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 29. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

_____. *Violência e saúde*. Coleção Temas em saúde. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2006.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Barcelona: Reppertor, 1998.

_____. *Direito penal: fundamento e teoria do delito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Principio de proporcionalidad y fines del derecho penal*. *Estudios jurídicos em memoria de José María Lidón*. Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 349-366, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à lei n. 7.210, de 11-07-84*. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTEIRO, Simone Rocha da Rocha Pires. *O marco conceitual da vulnerabilidade social*. In: III Seminário de políticas sociais no Mercosul. Pelotas: Universidade Católica de Pelotas, 2011.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. (Coleção doutrinas essenciais: processo penal, v. 6).

NEUMANN, Ulfrid. *O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena*. Trad. de Antonio Martins. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 205-232, mar./abr. 2008.

NUCCI, Guilherme; ZIMMARO, Rafael. *Excesso e desvio na execução penal*. São Paulo, [2012?].

OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler de; VIAL, Sandra Regina Martini. O direito à saúde e os determinantes sociais. In: *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Edição temática sobre direito à saúde*, v. 1, n.1, pp- 279- 293, jul- dez, 2008.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política criminal e alternativas à prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVIERI, Angelo. Incidenti. In: *Digesto Italiano: enciclopédia metódica e alfabética di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, v. 26, t.1, p. 521- 548. Turim: ETET, 1903-1929.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. The World Health Organization Quality of Life Assessment (WHOQOL): position paper from the World Health Organization. Social science and medicine. v.41, n.10, 1995, p.403-409.

ONU. Assembléia Geral das Nações Unidas. *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment of punishment*. Disponível em: <https://documentsddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/014/16/PDF/G1601416.pdf?OpenElement>. Acesso em 30 março 2016.

PENNA, João Bosco. *Debilidade permanente; perda ou inutilização de membro, sentido ou função e enfermidade incurável- análise crítica*. Franca: UNESP, 2007.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis; COIMBRA, Mário, et. al. *O direito de execução penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *O Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal I: uma análise comparada*. Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 1, p. 53-92, 2010.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. A função de reintegração social da pena privativa de liberdade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

RICHARDSON, Roberto Jarry. *Pesquisa Social: métodos e técnicas*. 3ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RIBERA BEIRAS, INÁKI. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

RODIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Temas fundamentais de execução penal.. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. A “administracionalização” da execução penal. *Revista de Direito da Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, ano 19, n. 21, p. 271, 2006.

_____. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. *Revista Liberdades*. São Paulo: IBCCrim, nº 15, jan-abril, 2014.

ROXIN, Claus. *Problemas Basicos del Derecho Penal*. Madrid: Réus, 1976.

SÁ, Alvin August de. *Criminologia clínica e execução penal*. 2010. 559f. Tese (Livre-Docência) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____. Prisionização: um dilema para o cárcere e um desafio à comunidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais vol. 6, n. 21, p. 117-123, jan/março, 1998.

SABATINI, Giuseppe. *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*. Turim, UTET, 1953.

SÁ E SILVA, Fábio. A cidadania encarcerada: problemas e desafios para a efetivação do direito à saúde nas prisões. In: Costa A, Souza Júnior JG, Delduque MC, Oliveira MSC, Dallari SG, organizadores. *O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB; 2008. p. 241-253.

_____. O judiciário e a soltura de presos mantidos em condições degradantes. *Constituição & Democracia*, n. 4, Brasília, DF; 2006.

SALLA, Fernando. *O Brasil e o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura*, 2005. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudosdeapoio/publicacoes/tortura/artigos/O_Brasil_e_o_Protocolo_Facultativo_Fernando_Salla.pdf. Acesso em 08 jun. 2017.

SALVI, Giovanni. Ridurre la popolazione carceraria è un dovere giuridico (leggendo Three Judges Court California, 8 aprile 2009). *Questione Giustizia*, n. 5, 2009.

SANCHEZ, Alexandra; LAROUZE, Bernard. Controle da tuberculose nas prisões, da pesquisa à ação: a experiência do Rio de Janeiro, Brasil. *Ciênc. saúde coletiva*. Rio de Janeiro, v.21, n.7, p.2071-2080, Jul. 2016.

SANZ MULAS, Nieves. *Alternativas a la pena privativa de libertad: análisis crítico y perspectivas de futuro em las realidades española y centroamericana*. Madrid: Colex, 2000.

_____. Penas alternativas a la prisión. In: DÍAZ-SANTOS, Maria Rosario Diego; SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia (coord.). *Hacia um derecho penal sin fronteras*. Madrid: Colex, p-89-109, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2001.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado*. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Execução Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Algumas notas sobre a nova Lei de tortura - Lei n. 9.455 de 7 de abril de 1997. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 54, maio 1997.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Martinho. *Saúde penitenciária no Brasil: plano e política*. Brasília: Verbena Editora, 2015.

SILVA, R. C. A falsa dicotomia qualitativo- quantitativo: paradigmas que informam nossas práticas de pesquisa. In ROMANELLI, G.; BIASOLI-ALVES, Z.M. M (orgs). *Diálogos metodológicos sobre prática de pesquisa*. Ribeirão Preto: Legis Summa, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOARES FILHO, Marden Marques; BUENO, Paula Michele Martins Gomes. Demografia, vulnerabilidades e direito à saúde da população prisional brasileira. *Revista Ciência e saúde coletiva*, v. 21, n. 7, p. 1999-2010, Julho 2016. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232016000701999&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 12 set 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.24102015>.

SOUSA, Maria da Consolação Pitanga et al. Atenção à saúde no sistema penitenciário: revisão de literatura. *Revista Interdisciplinar*. v.6, n. 2, p.144- 151, abr.mai.jun. 2013.

SUBCOMITÊ DE PREVENÇÃO À TORTURA DA ONU. *Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. 2012. Disponível em: <http://www.onu.org.br/relatorio-do-74-subcomite-de-prevencao-da-tortura-spt-esta-disponivel/>. Acesso em 07 jun. 2017.

SUS vai oferecer medicamento como prevenção ao HIV para populações de risco. Portal Brasil. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2017/05/sus-vai-oferecer-medicamento-como-prevencao-ao-hiv-para-populacoes-de-risco>. Acesso em 18 jun 2017.

TOKARNIA, M. Sistema penitenciário não tem condição de internar adolescentes, diz Depen. *Agência Brasil*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2015-04/sistema-penitenciario-nao-tem-condicao-de-internar-adolescentes-diz-depen>. Acesso em 22 maio 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n.7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORNAGHI, Hélio. Incidentes. In: *Instituições de processo penal*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

VIEIRA DA SILVA, Ligia Maria; ALMEIDA FILHO, Naomar de. Equidade em saúde: uma análise crítica de conceitos. *Cad. Saúde Pública*, v. 25. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009001400004&lng=en&nrm=iso. Acesso em 30 maio 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2009001400004>

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5ª ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

ZOMER, Ana Paula (org). *Ensaio criminológicos*. São Paulo: IBCCrim, 2002.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Health in prisons: A WHO guide to the essentials in prison health*. Acess: 28 out 2015. Disponível em: <http://www.euro.who.int/document/e90174.pdf>