

A LEI COMO SOLUÇÃO AOS PROBLEMAS DE SAÚDE: REMÉDIOS JURÍDICOS NO CONTEXTO PRISIONAL

THE LAW AS A SOLUTION TO HEALTH PROBLEMS: LEGAL REMEDIES IN THE PRISON CONTEXT

Patrícia de Paula Queiroz Bonato¹

Carla Aparecida Arena Ventura²

Cláudio do Prado Amaral³

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar mecanismos de compensação dos malefícios à saúde e integridade física dos presos em razão da execução da pena privativa de liberdade nos moldes como esta é realizada no Brasil. Tendo em vista que a condição de vulnerabilidade da população encarcerada se materializa no próprio estado de saúde dos detentos, bem como que o sistema de justiça criminal mantém, ao mesmo tempo em que produz, excessos e desvios na execução penal, a presente pesquisa buscou delinear hipóteses de aplicação de dois incidentes processuais previstos na Lei de Execução Penal para combater ou minimizar, pela via judicial, as iniquidades provocadas à saúde dos presos durante o confinamento.

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

¹ Doutoranda em Ciências pela Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto- EERP/USP e pelo Instituto de Higiene e Medicina Tropical da Universidade Nova de Lisboa (Dupla titulação- doutoramento em Saúde Internacional). Mestra em Direito e Desenvolvimento pela Universidade de São Paulo- FDRP/USP (2017), com ênfase de estudos em execução penal (saúde prisional). Possui especialização em Tutorias em Educação a Distância (2019). É advogada, graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais- UNESP (2015). Atualmente, atua como professora auxiliar do Curso de Especialização em Ciências Criminais da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (FDRP/USP) e como revisora da Revista Brasileira de Ciências Criminais. É pesquisadora no Grupo de Estudos e Pesquisas em Enfermagem, Saúde Global, Direito e Desenvolvimento (GEPESADES) da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto- EERP/USP, do Grupo de Estudos de Direito Médico e Bioética da FDRP/USP e do GECAP- Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da USP. Email: patricia.bonato@usp.br

² Graduação em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (1993), graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1998), especialização em Administração pela Universidade de São Paulo (2000), mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2001) e doutorado em Administração pela Universidade de São Paulo (2004). Defendeu sua Livre Docência em 2011 pela Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Desde janeiro de 2019, é Professor Titular do Departamento de Enfermagem Psiquiátrica e Ciências Humanas da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Email: caaventu@eerp.usp.br

³ Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal e da Vara da Infância e Juventude de São Carlos/SP; especialização em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP; mestrado e doutorado em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP; livre- docência em Direito Processual Penal pela FDRP/USP; professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto- FDRP/USP. Email: cpamaral@usp.br

ABSTRACT

The purpose of this article is to present mechanisms to compensate the health and physical integrity of prisoners due to the execution of the deprivation of liberty penalty as it is performed in Brazil. Given that the criminal justice system maintains, at the same time as producing, excesses and deviations in criminal enforcement, the present research sought to outline hypotheses of application of two procedural incidents provided for in the Penal Execution Law to combat or minimize, by way of the iniquities caused to the health of prisoners during confinement.

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

INTRODUÇÃO

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

Conforme dados do último levantamento realizado pelo INFOPEN (Sistema Integrado de Informações Penitenciárias), o número exato de presos no sistema penitenciário brasileiro somou 726.712 pessoas em junho de 2016, período da última coleta. Ainda segundo o relatório, o Brasil é o terceiro país no mundo com maior número de pessoas presas, atrás apenas dos Estados Unidos (2.145.100 presos) e da China, que conta com 1.649.804 presos (BRASIL, 2017).

A superlotação do sistema é evidente: o relatório constata que 89% da população prisional encontram-se em unidades com déficit de vagas.

Nesse contexto, a assistência à saúde se revela 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. Essa situação provoca não somente o agravamento de condições de saúde prévias, mas também o desenvolvimento de novas doenças (FERNANDES, 2014), as quais muito raramente são diagnosticadas ou tratadas em razão de dificuldades impostas pela própria dinâmica do encarceramento.

A endemidade é ampliada devido à própria ambiência da maior parte dos presídios brasileiros: arquitetura inadequada, baixa ou nenhuma ventilação nas celas, reduzida luminosidade, má nutrição, uso de drogas associado ao sedentarismo, superlotação e insalubridade, 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, 2016).

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” (DALCOMO, 2017).

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 consolida uma perspectiva já apontada na Lei de Execução Penal (LEP)- Lei n. 7.210/84: 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 LEP 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.

O enfoque na solução jurídica se deu não por acaso, pois existem dois incidentes processuais na Lei de Execução Penal que, aparentemente, podem ser potenciais instrumentos para o cumprimento do dever de fiscalização pelo Poder Público, 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, pretendeu-se com a presente pesquisa o delineamento de hipóteses de aplicação desses incidentes nos casos de adoecimento ou de agravos à integridade física do preso por negligência ou omissão do Estado, inadmissíveis no contexto do Estado Democrático de Direito.

1 A CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE DA PESSOA PRIVADA DE LIBERDADE E OS DETERMINANTES SOCIAIS DA 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 e 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).

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, 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 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.

O conceito de vulnerabilidade social pode ser compreendido como a situação na qual determinadas características e recursos materiais inerentes a um grupo social se mostram insuficientes para que este consiga efetivamente aproveitar as oportunidades que são

oferecidas em sociedade, ou seja, trata-se de uma condição que impossibilita determinados indivíduos a ascenderem social e emocionalmente (VIGNOLI, 2001).

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).

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. 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.

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 resultam em 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 sociais da saúde.

Desse modo, as condições de vida e, especialmente, de trabalho das pessoas estão relacionadas com a sua situação de saúde. Para a Comissão Nacional sobre os Determinantes Sociais da Saúde (CNDSS), “os 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” (BUSS, 2007, p. 78).

Em resumo, são 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, são situações 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). A ocorrência de variações na distribuição de problemas de saúde representa fenômeno universal e contemporâneo, e que em grande medida se explica por aspectos sociais perversos que aprofundam as desigualdades em saúde.

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).

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 iniquidade.

Assim, as diferenças nos padrões de saúde seriam expressão da diversidade, em sociedades solidárias, ou de iniquidade 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).

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 (BRASIL, 2015, p.15):

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 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.

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 pessoas, 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. Toda a questão das iniquidades em saúde supera preocupações teóricas ou práticas, constituindo-se em um verdadeiro imperativo ético (BARATA, 2001).

Assim, 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 dicionário permite a apreensão de outro sentido para o termo vigilância: diligência, cuidado⁴. 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 privada de liberdade.

2 A LEI COMO REMÉDIO JURÍDICO

Ainda que a privação de liberdade seja “uma realidade necessária, a sua execução, a médio prazo, continua sendo um problema jurídico” (BITENCOURT, 2011, p. 163), o que torna obrigatório um olhar detido na realidade prisional.

⁴ O termo foi pesquisado no dicionário Aurélio, versão online disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/vigilancia>. Acesso em 12 ago 2019.

A ideia de estudar a lei como um remédio jurídico no âmbito da saúde pública é inédita no Brasil, pois as pesquisas em Direito em geral se limitam à análise da efetividade dos dispositivos legais, mas raramente são propostas novas maneiras de aplicação ou interpretação das leis vigentes.

Nesse sentido, a etapa inicial do estudo consistiu em apurar se os incidentes de excesso e desvio de execução são utilizados pelos profissionais do Direito para combater situações de iniquidade em saúde nos presídios.

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 (2013, p. 248):

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.

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.

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 uma abordagem mais complexa.

2.1 MÉTODO E ESTRUTURAÇÃO DO ESTUDO

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.

Desse modo, procedeu-se a uma pesquisa documental, organizada a partir de uma estratégia quali-quantitativa para coleta e também análise dos dados, estes provenientes de pesquisa jurisprudencial junto aos sítios eletrônicos dos Tribunais Superiores e Tribunais de Justiça dos Estados, a fim de apurar o 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.

Cabe salientar, no entanto, que 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 investigação realizou-se da seguinte forma: junto aos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal, 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”. O 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.

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.

2.3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os marcos jurídicos confirmaram 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.

Ao final da pesquisa jurisprudencial, não foi encontrado nenhum registro do uso dos incidentes com argumentação voltada à saúde, parâmetros 1 e 2, em qualquer Tribunal de Justiça do país; do 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).

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

Essa ausência de remediação dos problemas de saúde nas prisões pode ser interpretada como uma conduta negligente do Estado brasileiro e, por assim dizer, uma prática de violência institucionalizada.

2.4 PROCESSO DE CATEGORIZAÇÃO

Como o objetivo do estudo se voltou à categorização de hipóteses de aplicação desses incidentes (de excesso e de desvio de execução) em tema de saúde prisional, não foi possível

diferenciá-los teoricamente. Os esforços da pesquisa foram empreendidos exclusivamente no sentido de construir uma argumentação jurídica ao uso desses incidentes.

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.

2.5 MECANISMOS DE COMPENSAÇÃO EM SAÚDE PRISIONAL: PROPOSTAS INICIAIS

Na dinâmica da execução 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).

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

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 castigo, o que é absolutamente inadmissível.

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 e, assim, deslegitimar um modelo de resposta penal em si muito duvidoso (LYRA, 1963).

O adoecimento ocasionado pela pena ou que, sendo uma intercorrência independente, não puder ser tratado durante seu cumprimento e for assim mantido, é uma situação de flagrante ilegalidade.

Por fim, a última premissa é a de que 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.

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

Trata-se de um critério temporal, cujo objetivo é o de 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 Saúde.

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.

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, até o presente momento, apenas propostas iniciais à ideia central do estudo: *Doenças diagnosticadas antes do encarceramento; Doenças diagnosticadas durante o encarceramento e Agravos durante o*

encarceramento (debilidade permanente, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou deformidade permanente).

Na primeira categoria, de *diagnóstico prévio ao encarceramento*, o juiz levará em consideração a possibilidade de proceder ao cumprimento da pena privativa de liberdade concomitantemente a tratamento médico indicado. Caso não seja possível, deverá impor solução diversa, a exemplo da prisão domiciliar através de monitoramento eletrônico, levando-se em consideração a personalidade do condenado, seus antecedentes e circunstâncias do crime.

Na segunda categoria, *diagnóstico durante a execução*, 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.

Por fim, 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. 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.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo processo investigatório que tenha como objeto de estudo as prisões, sob qualquer perspectiva, representa 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 jurídicas.

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.

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.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Miriam.. **Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina**: desafios para políticas públicas. Brasília: UNESCO, BID, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação judicial**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALMEIDA FILHO, Naomar. **O que é saúde**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Teoria da devida execução da pena privativa de liberdade** [Tese de Livre- Docência]. Ribeirão Preto: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2013.

BARATA, Rita Barradas. Iniquidade e saúde: a determinação social do processo saúde-doença. **Revista USP**, 51: 138-145, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias- INFOPEN**, 2017. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorio_2016_22-11.pdf. Acesso em 14 jan 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília, 2015.

BREILH, Jaime. Epidemiologia crítica. **Ciencia emancipadora e interculturalidad**. Buenos Aires: Lugar Editorial, 2003.

BUSS, Paulo Marchiori; FILHO, Alberto Pelegrini. A saúde e seus determinantes sociais. **Physis**, p. 77-93, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a06.pdf>. Acesso em 21 out 2019.

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

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.

FREITAS, Mariana Moulin Brunow. **Entre mortificações e resistências:** a saúde e o psicotrópico no sistema prisional- ES [dissertação]. Vitória (ES): Universidade Federal do Espírito Santo, 2013.

LYRA, Roberto. **As execuções penais no Brasil:** legislação, problemas e soluções. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

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.

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.

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.

VIGNOLI, Jorge Rodríguez. **Vulnerabilidad y grupos vulnerables:** um marco de referência conceptual mirando a los jóvenes. Santiago de Chile: CEPAL, 2001.

Submetido em 22.10.2019

Aceito em 26.01.2021