



**FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS – FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
MESTRADO EM DIREITO**

MANOEL BERNARDINO DA SILVA FILHO

**A SAÚDE NAS PRISÕES: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL
DA (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS ATRÁS DAS GRADES**

Maceió, AL

2011

MANOEL BERNARDINO DA SILVA FILHO

**A SAÚDE NAS PRISÕES: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL
DA (IN)EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS ATRÁS DAS GRADES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell

Maceió, AL

2011

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico
Bibliotecária Responsável: Fabiana Camargo dos Santos

S586s Silva Filho, Manoel Bernardino da.
A saúde nas prisões : uma análise constitucional da (in)efetividade dos direitos sociais atrás das grades / Manoel Bernardino da Silva Filho. -- 2011.
173, [39] f. ; il.

Orientador: Andreas Joachim Krell.
Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas.
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2011.

Bibliografia: f. 157-173.
Inclui anexos.

1. Direito à saúde. 2. Saúde pública. 3. Prisão - Alagoas. 4. Políticas públicas.
5. Direitos fundamentais. I. Título.

CDU: 342.7-058.56

MANOEL BERNADINO DA SILVA FILHO

**A SAÚDE NAS PRISÕES: uma análise constitucional da (in)efetividade
dos Direitos Sociais atrás das grades**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Andreas Joachim Krell

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo relacionados, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:


Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão (UFAL)

Julgamento: APROVADO (9,5) Assinatura: 

Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima (UFAL)

Julgamento: APROVADO (9,5) Assinatura: 

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso (UFS)

Julgamento: APROVADO (9,5) Assinatura: 

RESUMO

Este trabalho trata da saúde pública atrás das grades. O sistema de saúde brasileiro tem falhado na proteção daqueles que se encontram encarcerados. Embora seja um direito fundamental protegido por diversos instrumentos normativos, o direito à saúde no cárcere tem sido mitigado até os limites da desumanidade. O que se defende no texto é a hipótese de que aos órgãos de execução elencados entre as funções essenciais da justiça – Ministério Público e Defensoria Pública – pertence a tarefa legítima de promover esse direito através dos diversos mecanismos de garantia propostos pela legislação brasileira. Sustenta-se, portanto, a possibilidade de tutela judicial desse direito, desde que se considerem questões como: o mínimo existencial, a reserva do possível e a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direito à saúde. Saúde pública. Prisão – Alagoas. Políticas públicas.

ABSTRACT

This paper deals with the public health behind bars. The Brazilian health system has failed to protect those who are incarcerated. Although it is a fundamental right protected by various legal instruments, the right to health in prison has been mitigated by the limits of inhumanity. What is defended in the text is the assumption that the enforcement agencies listed among the essential functions of justice - State Public Prosecutors and Public Defender - belongs to the legitimate task of promoting this right through the various guarantee arrangements proposed by the Brazilian legislation. It argues, therefore, the possibility of judicial protection of that right, since it considers such issues as: the existential minimum, the reserve for contingencies and human dignity.

Keywords: Right to health. Public health. Prison – Alagoas. Public policies.

Quando o preso pensa na luz
é a mesma que te ilumina?

Já pensaste de que cor
é o abril dos enfermos?

Pablo Neruda (Livro das perguntas)

AGRADECIMENTOS

A gratidão que pretendo demonstrar é uma espécie de dívida que aqui não se paga.

A Deus. Palavra alguma consegue exprimir os recônditos desígnios pelos quais Ele até aqui me fez chegar. Por essa razão, agradeço sem reservas.

Aos meus pais e irmãos, por entenderem minhas ausências. A minha mãe, Amparo, cujo próprio nome reserva o que ela sempre significou para mim.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Andreas Joachim Krell, que tendo aceitado a tarefa de me ensinar, nunca deixou de estar disposto a ajudar-me pacientemente em minhas dificuldades.

Aos meus amigos. Citá-los pode ser injusto com alguns, mas a injustiça terá sido diminuída para com aqueles que me ensinaram a sorrir mais e melhor:

Ana Cecília, sua doçura inspira. Sua força me intimida e me faz reconhecer como preciso de você. André Sampaio, por sua temperança exemplar. Basile Christopoulos, por me demonstrar que sou mais do que acredito. Bruno Lamenha, pela companhia e suporte nas lutas que nos conduziram juntos à conclusão de mais esse projeto. Thomé Bomfim, por sua amizade tão presente, por toda a crença de que eu serei vitorioso. Vocês me fizeram acreditar em mim mesmo.

Aos meus irmãos da Residência Universitária, por terem sido meus mestres: Japson Gonçalves e Roberto Jr. Joelma Sena, sua companhia e carinho são essenciais.

À turma V do mestrado.

A Halisson Rocha, a quem dedico parte de minha felicidade por seus mil perdões. A Cláudio Galdino, que é o irmão que não nasceu dos mesmos pais.

À amiga e Professora Elaine Pimentel, por um dia ter-me sugerido adentrar no tema que hoje se concretiza em dissertação. E ao seu filhinho Danilo, ainda no ventre, por fazê-la tão feliz.

Enfim, a todos os que, ainda que eu não saiba, tenham mudado o meu destino com um pequeno gesto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
-----------------	----

1 DO CONTEÚDO À FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE

1.1 Ideias a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais à luz dos direitos humanos.....	14
1.1.1 A dignidade da pessoa humana	21
1.1.2 O Estado social: uma realidade estrangeira com reflexos no ordenamento brasileiro	22
1.1.2.1 Direitos sociais como direitos a prestações?.....	25
1.1.2.2 Reflexões acerca da condição de prioridade conferida às liberdades fundamentais ou aos direitos sociais.....	34
1.1.3 A teoria dos direitos sociais fundamentais.....	35
1.1.3.1 A vedação do retrocesso e o dever de progressividade: obrigações estatais.....	37
1.1.3.2 O custo dos direitos e a reserva do possível: da crítica financeira à efetividade dos direitos sociais.....	40
1.1.3.3 O mínimo existencial.....	44
1.2 A justiciabilidade dos direitos sociais.....	47
1.3 A impossibilidade de busca por um conceito essencial de saúde.....	52
1.3.1 O conceito de saúde da Organização Mundial de Saúde e o Comentário Geral N° 14 (2000) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....	57
1.4 As regras mínimas de tratamento dos prisioneiros.....	68
1.5 O direito à saúde como direito fundamental social: determinação da Constituição brasileira de 1988.....	71
1.6 O Sistema Único de Saúde.....	78

2 DIAGNÓSTICO DA SITUAÇÃO DAS PRISÕES BRASILEIRAS: A SAÚDE DO PRESO COMO GARANTIA SIMBÓLICA

2.1 Os estigmas e as instituições totais.....	80
2.2 A Lei de Execuções Penais e sua efetividade à luz dos direitos humanos.....	87
2.2.1 Breve apresentação dos órgãos de execução penal.....	92
2.3 Diagnóstico da saúde do preso: um exame dos dados oficiais.....	94
2.4 O que diz o retrato da situação sanitária do Estado de Alagoas.....	108

3 A GESTÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E OS OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DO PRESO

3.1 Colocação do problema.....	114
3.2 O Fundo Penitenciário Nacional e a gestão do Sistema Penitenciário.....	115
3.3 O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário.....	127

4 O DIREITO À SAÚDE DO PRESO: UMA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E A POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

4.1 Dos objetivos finais.....	132
4.2 A proibição contra punições cruéis e inusitadas: o caso <i>Stelle v. Gamble</i>.....	133
4.3 Os riscos à saúde pública como um alerta para a promoção da saúde nas prisões.....	139
4.4 As violações do direito à saúde no sistema prisional alagoano à luz dos parâmetros internacionais.....	143
4.5 A defesa do direito à saúde do preso e respostas possíveis do Poder Judiciário.....	146
4.5.1 Entre a efetividade e a inefetividade do direito à saúde: distinções conceituais necessárias.....	146
4.5.2 Combatendo a inefetividade do direito à saúde atrás das grades.....	148

CONCLUSÃO.....154

REFERÊNCIAS.....157

ANEXOS

INTRODUÇÃO

O estudo da situação do direito à saúde no sistema penitenciário não encontra muitos adeptos no Brasil. Ao contrário do que vem acontecendo com o direito de voto, sobre o qual a mobilização para garantir sua efetividade ainda nas eleições 2010 foi amparada pela Resolução 23.219, votada com adesão unânime dos Ministros do Tribunal Superior Eleitoral em 2 de março de 2010. O texto da Resolução seria uma exigência para atender às disposições constitucionais, segundo as quais somente os presos com condenação transitada em julgado teriam seus direitos políticos suspensos.

O interesse pelos direitos civis e políticos sempre foi uma característica importante para a realização da liberdade. No Brasil, a ênfase concedida a esses direitos é demonstrada pelo longo rol de direitos fundamentais expostos pelo texto da Constituição Federal de 1988. Além disso, garantias são apresentadas de forma analítica para que sejam remediadas diversas hipóteses de violação, ou mesmo a ameaça de lesão, a esses direitos. A intensa proteção a esse conjunto de direitos é, também, fruto da necessidade de proteger as liberdades públicas contra autoritarismos semelhantes aos experimentados pela história brasileira na ditadura militar.

Os direitos sociais, dentre os quais se destaca o direito à saúde, também foram selecionados pelo constituinte originário para figurar entre os direitos fundamentais. No entanto, ainda há alguns teóricos que defendem a ideia da programaticidade desses direitos por reconhecerem que, por dependerem de prestações do Poder Público para sua realização e por causa da constatação da escassez de recursos, não seria possível ao Estado satisfazê-los de modo amplo e generalizado.

Este trabalho tem a tarefa de investigar como se processam essas ideias, aplicando seus pressupostos ao direito à saúde nos cárceres. Reconhecidamente, as prisões são espaços de privação de diversos direitos que, legalmente, não poderiam ser jamais atingidos, sob pena de descaracterização do Estado Democrático de Direito. Os direitos do preso, já que se encontra em situação de privação da liberdade, ainda que reduzidos pela privação da liberdade, não podem ser mitigados a ponto de fazer descaracterizar a dignidade da pessoa humana, da qual todos são titulares em qualquer circunstância.

Serão analisados, ao longo do texto, os documentos internacionais aos quais o Brasil tenha aderido para levar adiante o projeto de efetivação dos direitos humanos na ordem

interna, os textos legais nacionais que criam a missão cautelar no sentido de evitar os danos possíveis à saúde dos indivíduos encarcerados, bem como aqueles que podem garantir que esses danos sejam reparados.

No primeiro capítulo serão postas em discussão as características que fazem dos direitos sociais autênticos direitos fundamentais. Tratar-se-á de discorrer sobre a matéria sempre à luz dos direitos humanos. A dignidade da pessoa humana, como se demonstrará, bem como as ideias advindas do modelo de Estado Social experimentado na América do Norte e na Europa, inspiraram a formação de elementos teóricos que visam superar a ideia de que direitos sociais não são passíveis de ser judicializados, ainda mais quando a Constituição passou a figurar como protagonista entre os documentos normativos nacionais.

Assume-se que a par da dificuldade de estabelecer um conceito de saúde, podem-se elencar, de forma mínima, os elementos que indicam a realização do direito que lhe corresponde. Para esse fim, será demonstrado como os documentos de direito internacional podem influenciar a tomada de decisões na elaboração de uma política pública de saúde que contemple tais elementos. Por se tratar de uma dissertação que enfrenta a questão do direito social à saúde no cárcere, restringir-se-á à análise dos instrumentos que mais diretamente o informam.

O segundo capítulo enfrenta, mais diretamente, as situações de risco a que estão submetidos os detentos. Sem que se possa abrir mão da pena privativa de liberdade, reconhece-se na Lei de Execução Penal brasileira um importante instrumento para a minimização da dor através da possibilidade de efetividade de um processo de ressocialização adequado.

Apesar dessa proteção nacional e da preocupação das Nações Unidas na defesa do direito à saúde, que tem como sujeitos inclusive os detentos, dados constantes em fontes oficiais do Governo demonstram o estado de barbárie a que estão submetidos os indivíduos nas prisões. Por parecer óbvio demais, tratou-se de demonstrar, através de séria pesquisa, que no Estado de Alagoas a situação ultrapassa os limites aceitáveis.

O terceiro capítulo abordará possíveis problemas que afetam o direito à saúde no sistema carcerário. Por se tratar de um direito prestacional em caráter mais evidente, buscou-se efetuar uma análise do orçamento público direcionado ao financiamento de programas específicos para as prisões (Fundo Penitenciário e o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário). Enfrenta-se, nesse ponto, em que limites o contingenciamento de recursos

públicos pelo Poder Executivo respeita a busca pela efetivação dos direitos sociais no cárcere, bem como as propostas de intervenção do Poder Judiciário nas hipóteses em que não tenham sido justificadas as limitações de empenho.

Na última parte do texto, justifica-se a escolha da experiência jurisprudencial norte-americana porque, naquela nação, o papel da Suprema Corte ao desempenhar suas atividades declarando a inconstitucionalidade das ações ou omissões da Administração Pública que potencialmente tenham causado danos à saúde do preso, serviu como uma alavanca para uma série de medidas legislativas e promocionais desse direito. Reconhecendo as diferenças entre o sistema jurídico brasileiro e o americano, tentar-se-á dispor quais as possibilidades brasileiras no que diz respeito à mesma garantia.

Nesse contexto, contemplam-se como principais atores na busca pelos direitos dos presos os dois órgãos de execução que têm legitimidade constitucional e legal para propor ações civis públicas nesse sentido. O controle efetivo pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, que exercem funções essenciais à administração da Justiça, tem o potencial de diminuir os riscos à saúde de todos os encarcerados, com reflexos diretos na saúde pública.

Para a realização deste trabalho, as opções metodológicas não incluíram visitas pessoais ao Sistema Carcerário para qualquer fim. Decidiu-se não levar essa proposta adiante porque os dados necessários à constatação de violações estão disponíveis em sítios governamentais. Somente se a suposição fosse a de que a situação não seria harmônica com as informações derivadas dos dados, seria de utilidade maior uma pesquisa *in loco*. Admite-se, no entanto, a veracidade dos dados oficiais. É partir deles que se constrói a situação de desrespeito ao direito à saúde neste trabalho. A literatura pesquisada inclui livros e periódicos. A densidade de uns e a atualidade de outros têm o objetivo de fundamentar a dissertação em teorias reconhecidamente sólidas, a par das divergências surgidas.

Espera-se, por fim, que reste demonstrada que a proteção efetiva do direito à saúde dos presos é a confirmação de que somente a liberdade é cerceada, com reflexos indiretos em outros direitos, mas nunca se deve deixar perecer a dignidade da pessoa humana.

1 DO CONTEÚDO À FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE

1.1 Ideias a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais à luz dos direitos humanos

Os direitos humanos e a efetividade das normas que veiculam seus conteúdos são um grande desafio à contemporaneidade. Internacionalmente, reconhecem-se os esforços das Nações Unidas na elaboração de documentos que têm a tarefa de garantir esses direitos.¹

Joaquín Herrera Flores promove esforço na tentativa de elaborar uma nova teoria comprometida com a complementação das práticas sociais de “indivíduos e grupos que lutam cotidianamente” para que os fatos que denunciam um contexto concreto cheio de injustiças “possam ser transformados em outros mais justos, equilibrados e igualitários”.² Para esse fim, denuncia que a visão tradicional e hegemônica confere valor à simples declaração de direitos, mas não se dispõe de bases sólidas para que esses direitos sejam garantidos, ou seja, não há promoção das condições materiais para que esses direitos sejam exercidos, o que esvazia o significado de ser portador de determinados direitos, pois “a ideia que inunda todo o discurso tradicional reside na seguinte fórmula: o conteúdo básico dos direitos é o 'direito a ter direitos’”.³

Para sair desse círculo que o autor denomina “vicioso”, são propostos três níveis de trabalho. Primeiramente, no entanto, Herrera Flores demonstra que, em sua visão, os direitos humanos são derivados de lutas postas em prática para que sejam acessíveis “os bens necessários para a vida”. O “primeiro plano de trabalho”, portanto, implica o reconhecimento de que não se pode deixar que a ideia de que o direito cria o próprio direito continue a distorcer o pensamento contemporâneo. Para o autor, essa assertiva, caso admitida, significaria a continuação de uma “falácia do positivismo mais retrógrado que não sai do seu próprio círculo vicioso”.⁴

1 Sejam citados, como exemplo desses esforços, os textos internacionais da Declaração dos Direitos Humanos, do Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais e do Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Esses documentos se situavam, historicamente, no contexto da fúda Guerra Fria e hoje, na visão de Herrera Flores, em um tempo de “generalização do mercado”, o que fez com que os direitos passassem a ser vistos como “custos sociais”. FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 29 - 31.

2 Idem. p. 31.

3 Ibidem.

4 Ibidem. p. 34.

Herrera Flores adverte, assim, que é mais importante definir como um “direito humano” se transforma em “direito”, querendo significar que importa a definição de meios que garantam juridicamente a melhoria de sua implantação e efetividade. Adiante, o doutrinador afirma que os direitos humanos seriam uma “convenção cultural” que expressa necessidades que devem ser exigidas para a garantia da vida, através das lutas sociais, e que seriam impressos em textos normativos quando conquistados.⁵

Fica claro que, de acordo com a perspectiva acima exposta, o autor define que nada, nem a justiça, nem a dignidade, para não falar dos direitos humanos, deriva de essências imutáveis ou metafísicas que sejam anteriores ou que ultrapassem a ação da humanidade para construir espaços e para desenvolver a luta pela dignidade humana.

O segundo nível de trabalho na obra analisada desvenda a questão de que o fundamento da luta pelos direitos humanos se encontra na necessidade de equalização dos processos de divisão humana – essa divisão tem a capacidade de gerar discrepâncias entre a distribuição dos bens disponíveis. Dessa forma, o autor define que “o acesso aos bens” necessários para a existência humana, por se encontrar restrito a determinadas camadas sociais, faz com que seja constatada uma divisão denunciadora da desigualdade e da injustiça.

⁶ No contexto do direito à saúde, fica clara a falta ou mesmo a absoluta inexistência de acesso a densas parcelas da comunidade a bens que garantem o gozo de bem-estar físico e mental quando se consideram a inexistência de água potável em comunidades inteiras ou mesmo a falta de medicamentos e de tratamento médico dirigido a uma parcela específica de pessoas.⁷

No terceiro nível, o autor tenta estabelecer o objetivo pelo qual se luta por direitos que se encontram mal distribuídos. Seria a mera subsistência o que se busca ou a existência digna. A dignidade humana aparece como objeto da prática social que conquista direitos, definindo que não são possíveis hierarquizações ou privilégios sociais que oponham outros indivíduos a situações de opressão e subordinação. Nesse contexto, a dignidade assume o papel de um “fim material”, de um “objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja 'digna' de ser vivida”.⁸

Portanto, o conteúdo dos direitos humanos, nessa visão, não significa o direito de ter

5 FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 34. Os direitos seriam expressos, dessa forma, somente após a luta para que se tornem acessíveis determinados bens.

6 Ibidem. p. 35-36.

7 Como se demonstrará adiante, essa é a situação das pessoas submetidas à privação da liberdade no sistema penitenciário brasileiro, mais especificamente tratado em relação ao estado de Alagoas.

8 Idem. p. 35 – 37.

direitos, mas “o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados (...) deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade”.⁹ A dignidade da pessoa humana comparece, nesse contexto, como objeto que inspira a luta pela conquista de garantias satisfatórias das necessidades básicas dos indivíduos.

Em outros estudos, no entanto, reconhece-se que direitos humanos são os direitos positivados nos documentos normativos. Essa opção de definição deriva da necessidade de diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais. Para Ingo Sarlet, direitos fundamentais são sempre direitos humanos, mas a distinção deve girar em torno da constatação de que direitos fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e inclusos no texto constitucional positivo de um determinado Estado. Os direitos humanos, com aspiração de universalidade, são supranacionais, ou seja, estão reconhecidos em documentos de direito internacional.¹⁰

Não desconsiderando a proposta de Herrera Flores e até concordando que para a conquista de direitos humanos são necessários, muitas vezes, movimentos de luta em um primeiro momento, para que somente depois se veja positivada determinada necessidade, optar-se-á pela distinção proposta por Ingo Sarlet devido à sua clareza didática. Isso porque, no contexto desta dissertação, importará mais a análise dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro em relação ao direito à saúde, bem como a inter-relação das circunstâncias que acompanham esse direito no ambiente penitenciário.

Eduardo Rabossi, numa afirmação categoricamente forte, denomina antiquadas e irrelevantes as visões que tentam encontrar uma justificação moral para os direitos humanos. O argumento de maior importância utilizado pelo autor não pretende questionar a existência de um fundamento racional da moralidade. A afirmação de seus estudos é que não vale a pena questionar se os seres humanos têm ou não direito aos bens elencados nos documentos internacionais de direitos humanos. Sua proposta é que a discussão mais importante deveria girar em torno de um projeto que tornasse a “cultura dos direitos humanos” algo constatado de forma concreta, no dia a dia da humanidade.¹¹

A importância dessa constatação varia, de um ponto de vista legal, desde a necessidade de positivação dos direitos humanos, o reconhecimento legal das pessoas individuais como

9 Ibidem. p. 39.

10 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35.

11 RABOSSI, Eduardo. **La teoría de los derechos humanos naturalizada**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Nº 5. Janeiro a Março de 1990. p 159-162. Disponível em: <www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/15/RCEC_05_157.pdf> Acesso em: 30 out. 2010.

sujeitos próprios da lei internacional, o estabelecimento de um sistema de inspeção sobre os Estados, a criação de agências internacionais com jurisdição própria e aplicação de sanções, o funcionamento de uma confederação mundial, até a criação de um sistema normativo com diversos níveis de generalização.

Do ponto de vista político, Eduardo Rabossi propõe uma espécie de modificação substancial da ideia tradicional de soberania como ilimitada e livre de qualquer controle externo, um avanço progressivo no projeto de construção de uma comunidade mundial, além do avanço gradual no controle das relações internacionais.¹²

O autor, enfim, propõe rejeição à ideia de que possa ser possível qualquer espécie de fundamentação que objetive transcender à normativa que, em matéria de proteção internacional de direitos humanos, vem se desenvolvendo desde a Segunda Guerra Mundial até nossos dias.

Norberto Bobbio, ao tratar da questão sobre a existência de fundamento para os direitos humanos, propõe que essa constatação geraria a acusação de irracionalidade daqueles que ousassem questionar suas bases. Portanto, o jusfilósofo italiano anuncia infundada qualquer tentativa de encontro desse fundamento.¹³ O debate, desta forma, assume posturas filosóficas e científicas diversas. Surge, então, a ideia de que “não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los”.¹⁴

À expressão direitos humanos é possível serem atribuídos significados diversos. O sentido das unidades linguísticas envolvidas são historicamente variáveis, além do que, esse conjunto constitui uma classe que possui uma série de direitos heterogêneos entre si. Além dessas dificuldades, a possibilidade de que dois direitos humanos possam ser antinômicos entre si é o obstáculo constatado pelo autor para que se defenda a existência de um

12 Idem. p. 163-165. Eduardo Rabossi não leva adiante suas propostas. Na verdade, apenas sugere um rol de discussões que devem ser tomadas em consideração como de interesse prático, já que as mudanças no mundo dos fatos foram tão consideráveis que converteram a questão do fundacionalismo dos direitos humanos em algo fora de moda ou inaplicável.

13 Emilio García Méndez diz que “Nesse contexto, a concepção dos direitos humanos como inerente à condição humana, embora tenha permitido, por um lado, neutralizar as tendências negativas provenientes de posições ligadas a um conceito exacerbado da soberania, por outro lado agiu prejudicialmente, considerando herética qualquer postura que reconduzisse a origem e a existência dos direitos humanos à história e à política. A forte hegemonia do humanismo em suas diversas versões apoiou essa perspectiva de fundamentação metafísica dos direitos humanos. Paradoxalmente, foi a associação plena do pensamento humanista com a ideia de progresso e a crise profunda de tal idéia que permitiu a abertura de uma brecha antifundacional no pensamento dominante sobre os direitos humanos”. MÉNDEZ, Emilio García. **Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: reflexões para uma nova agenda**. SUR – Revista internacional de direitos humanos. Ano 1 • Número 1 • 1º semestre de 2004. p. 8.

14 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 45.

fundamento irresistível a essa classe de direitos. Daí a já conhecida constatação de Norberto Bobbio de que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”. Para esse problema, o autor indica solução política, não filosófica.¹⁵

Por outro lado, um exemplo representativo dessa conhecida perspectiva filosófico-metafísica pode ser encontrado em Pedro Nikken, quando este afirma que “o reconhecimento dos direitos humanos como atributos inerentes à pessoa, que não são uma concessão da sociedade nem dependem do reconhecimento de um governo”.¹⁶

Se a questão da garantia da efetividade dos direitos humanos é a preocupação primeira de alguns autores, não se pode deixar de considerar que para alguns outros o fundamento desses direitos continua sendo de relevância considerável. Na verdade, a preocupação com a eficácia social dos direitos humanos não exclui a possibilidade de encontro do seu fundamento. Eduardo Rabossi rejeita a ideia de qualquer fundamentação que pretenda transcender a normativa, e Richard Rorty, retomando as ideias apresentadas por Rabossi, de forma incisiva declara que

O fundacionalismo dos direitos humanos é a tentativa contínua dos semiplatonistas de vencer, finalmente, a batalha derradeira contra seus oponentes. A afirmação de Rabossi de que essa tentativa é *obsoleta* parece-me tanto verdadeira quanto importante; esse é o ponto principal desse artigo. Ampliarei e defenderei a afirmação de Rabossi de que não vale a pena levantar a questão referente a se os seres humanos realmente têm os direitos enumerados na declaração de Helsinki. Em particular, defenderei a afirmação de que nada relevante à escolha moral separa os seres humanos dos animais, a não ser fatos historicamente contingentes do mundo, fatos culturais.¹⁷

A retomada de uma agenda programática dos direitos humanos, deixada de lado pelos discursos morais de fundamentação e legitimação desses direitos, constitui, conforme ensina Emílio G. Méndez, uma estratégia política que deve ser posta em prática urgentemente com o objetivo de lograr êxito na luta pela proteção, institucionalização e promoção de uma cultura dos direitos humanos cada vez mais consciente e poderosa nas sociedades contemporâneas.

A proteção aos direitos humanos, em âmbito internacional, é fruto de um processo

15 Idem. p. 16-24.

16 NIKKEN, Pedro. **El concepto de derechos humanos**. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994. (Série Estudios de Derechos Humanos). Disponível em: <http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%20%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20referencia/2.1%20DEFINICIONES%20%20TEORIA%20CARACTERISTICAS/2.1.11%20El%20concepto%20de%20ddhh_Nikken.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2011.

17 RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. 1ª ed. Trad: Denise R. Sales. Manole: Barueri, 2005. p. 203 - 204.

gradual de fortalecimento das discussões entre os Estados após, especialmente, a Segunda Guerra Mundial. Depois da formação da Organização das Nações Unidas, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), outros documentos foram instrumentalizados com a finalidade expressa de garantir maior efetividade a esse conjunto de direitos.

A despeito de outros precedentes históricos¹⁸, a Carta das Nações Unidas, em 1945, representou a mais importante transformação para a proteção internacional dos direitos humanos. O surgimento dessa nova ordem instaura um “novo modelo de conduta” estatal com objetivo de manutenção da paz e da segurança internacionais. Um importante ponto a ser destacado para os objetivos deste texto é o surgimento da “adoção de um padrão internacional de saúde”.¹⁹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos representaria a consagração de um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados.²⁰ Para Eduardo Muylaert Antunes, “a Declaração dos Direitos Humanos se impõe com o 'valor da afirmação de uma ética universal' e conservará sempre seu lugar de símbolo e de ideal”.²¹ A Carta das Nações Unidas representa, assim, o consenso entre os Estados em elevar a prioridade de defesa dos direitos humanos.

Além da universalidade proposta, a Declaração Universal propugna pela indivisibilidade dos direitos humanos. O discurso liberal é somado, de forma inédita, ao discurso social. Entre os artigos 3º a 28, os direitos civis e políticos são postos em patamar de igual importância dos direitos econômicos, sociais e culturais. Além disso, na lição de Flávia Piovesan, esse documento afirma a indivisibilidade, inter-relação e interdependência desses direitos.²²

Por essa razão, pode-se constatar que sem a efetividade dos direitos sociais, não se poderia falar em gozo de qualquer direito de liberdade. São indivisíveis, inter-relacionados e dependem uns dos outros para serem satisfeitos. Um indivíduo que não goze do direito à

18 Para um estudo acerca dos antecedentes históricos a que se alude, ver: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. 8ª ed. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 109-124.

19 Idem. p. 126.

20 Esse é o contexto no qual Emilio García Méndez se propõe a fazer uma avaliação crítica “tanto das consequências práticas de algumas suposições (não demonstradas) sobre as quais se baseiam o discurso e as ações atuais dos direitos humanos (universalidade, interdependência e indivisibilidade) quanto das relações entre a política e o campo dos direitos humanos”. MÉNDEZ, Emilio García. **Origem, entido e futuro dos direitos humanos: reflexões para uma nova agenda**. SUR – Revista internacional de direitos humanos. Ano 1 • Número 1 • 1º semestre de 2004. p. 15.

21 ANTUNES, Eduardo Muylaert. **Natureza Jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 446, dez. 1972. p. 25-36

22 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. 8ª ed. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 140.

saúde não poderia ser afirmado como indivíduo que possua direito à vida, ou à liberdade. A Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 reiterou essa concepção.²³

Resta anotar que, apesar de não ser um tratado, a resolução que adotou a Declaração em pauta tem recebido apoio de juristas e tem sido invocada como vinculante por razões diversas. Foge-se dessa análise para direcionar o entendimento de que as influências foram extremamente positivas e, de uma forma ou outra, introduziu na maioria dos Estados que aderiram a ela mudanças substanciais na legislação defensora dos direitos humanos.

Inicia-se a era dos tratados internacionais de direitos humanos na busca pela garantia dos direitos humanos fundamentais. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Resolução n.º 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. No Brasil, foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991, e ratificado em 24 de janeiro de 1992. Vigora no Brasil desde 24 de abril de 1992.²⁴

Considerando que o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966 e que o Congresso Nacional aprovou o texto do referido diploma internacional por meio do Decreto Legislativo nº 226(1), de 12 de dezembro de 1991, esse é um diploma que possui força normativa em nosso ordenamento jurídico.

O sistema global concorre com os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos.²⁵ O sistema interamericano possui como documento de maior importância a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.²⁶

Quanto às razões de se ter ou não um direito, a premissa de que se parte neste texto é aquela que admite que a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer natureza, são reservados pela ordem internacional um conjunto de direitos humanos que, a depender do processo histórico de cada contexto, podem ou não fazer parte de uma Constituição,

23 ONU. **Declaração de Viena e programa de ação**. Conferência Mundial sobre Direitos do Homem. Viena, 14-25 de junho de 1993. Conforme o texto do artigo 5º, todos os Direitos do homem são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional tem de considerar globalmente os Direitos do homem, de forma justa e equitativa e com igual ênfase. Embora se deva ter sempre presente o significado das especificidades nacionais e regionais e os antecedentes históricos, culturais e religiosos, compete aos Estados, independentemente dos seus sistemas político, econômico e cultural, promover e proteger todos os Direitos do homem e liberdades fundamentais. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

24 Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. 8ª ed. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 140.

25 Há três sistemas regionais principais: o interamericano, o africano e o europeu.

26 Brasil. Presidência da República. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 29 nov. 2010.

revestindo-se, aqui, da característica da fundamentalidade.

1.1.1 A dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal Brasileira de 1988 é fruto da luta contra o autoritarismo do regime militar. A satisfação de direitos fundamentais é uma de suas metas primordiais. A dignidade da pessoa humana está impressa no texto do seu art. 1º, III, que a define como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito. O constituinte originário, no Brasil, definiu que o princípio da dignidade humana é uma das razões pelas quais o Estado brasileiro passaria a ser organizado.

Sem que se tente estabelecer um conceito que abarque todas as características do que seja a dignidade da pessoa humana, podem-se apontar alguns elementos teóricos necessários ao seu entendimento. Ingo Sarlet, por exemplo, propõe que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental que tem como finalidade a realização do conteúdo de todos os direitos fundamentais. A ação que deixe de reconhecer à pessoa os direitos fundamentais contidos em textos normativos resulta na efetiva negação da própria dignidade.²⁷

Para o autor, a definição de dignidade da pessoa humana pode ser sintetizada como

(...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁸

Ingo Sarlet não desconsidera que, para parte dos doutrinadores, o conceito de dignidade da pessoa humana enfrenta dificuldades linguísticas que podem comprometer o resultado do labor interpretativo enfrentado. Não se deixe de anotar que, ainda assim, não se pode conceder a essa ideia a possibilidade de justificar qualquer conteúdo. A opção essencialista, realizada pelo autor, a par das ressalvas possíveis, está colocada ao lado da proposta de que ao Direito e à Filosofia do Direito cabe assegurar, através da “superação de

27 SARLET, Ingo Wolfgang. **O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988**. 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 84

28 SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma construção jurídico-constitucional necessária e possível**. Revista Brasileira de direito constitucional. RBDC n.9, jan/jun 2007. p. 361-388

qualquer visão unilateral e reducionista e a promoção e proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares”.²⁹

Para Richard Rorty, da constatação de que existe a necessidade de impor respeito à dignidade da pessoa humana não parece clara a possibilidade do fato de haver uma realidade que se possa caracterizar como um atributo denominado “natureza humana”. Essa qualidade compartilhada por todos os homens fora denominada na filosofia como “racionalidade” e, para o autor em pauta, melhor seria fazer com que a cultura dos direitos humanos se tornasse mais “autoconsciente e poderosa”, em vez de buscar apresentar qualquer espécie de característica do que se julga melhor que as outras culturas invocando o auxílio de “algo transcultural”.³⁰

O fato é que a dignidade da pessoa humana constitui-se em axioma das sociedades contemporâneas do Ocidente. Desde os movimentos de construção dos direitos humanos até a promulgação da Constituição em diversos países como fundamento do Estado, a dignidade da pessoa humana passou a ter elevado valor jurídico.

Sendo, do ponto de vista jusfilosófico, a dignidade da pessoa humana o valor mais fundamental de uma sociedade que decidiu levantar os estandartes da democracia, a proposta de efetivação do texto constitucional carece de posições que assumam o compromisso com o distanciamento necessário em relação às posturas que fujam da responsabilidade da promoção desse valor.

1.1.2. O Estado social: uma realidade estrangeira com reflexos no ordenamento brasileiro

Para que se possa situar a questão dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde, na Constituição de 1988, convém discutir alguns aspectos do que se entende como a forma de Estado que serve de pressuposto para a realização dessa espécie de direitos: o Estado social.³¹

29 Idem.

30 RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. 1ª ed. Trad: Denise R. Sales. Barueri-SP: Manole, 2005. p. 199-204.

31 A ressalva que deve ser feita a essa afirmação, no entanto, é que a ideia de direitos sociais é anterior à existência do Estado social. O que acontece é que essa ideia não pôde ser posta em prática pela falta de estruturas estatais que o permitissem. O surgimento do Estado social significa, nesses termos, a possibilidade de colocar em prática a ideia de direitos e os direitos sociais como direitos que devem ser protegidos pelo sistema constitucional. CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (ed.). **Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 173-174.

Será explicado adiante, de forma breve, como algumas teorias procedem na tentativa de fundamentar as razões pelas quais se deram o surgimento e a crise do Estado social. Miguel Carbonell adverte, no entanto, que a abordagem deve se elevar ao nível das aproximações, em virtude da sua utilidade, em vez de ter de se adotar um determinado ponto de vista. Com esse intuito, o autor identifica justificações pluralistas e marxistas, ambas subdivididas em funcionalistas e conflitualistas.

As justificações pluralistas funcionalistas dizem que o Estado social surge como resposta às necessidades objetivas suscitadas pela modernização socioeconômica. As formas de justificações pluralistas na modalidade conflitualista, por sua vez, aderem à ideia de que essa forma de Estado é fruto da pressão política de grupos menos favorecidos. Ao se referir às formas de justificação funcionalistas com base marxista, o autor citado aponta que essa configuração estatal é derivada de uma necessidade do capitalismo maduro, ao passo que as conflitualistas explicariam o caso com o argumento de que o Estado social é uma conquista de uma série de batalhas travadas pelo proletariado durante a luta de classes.³²

Apesar desses pontos de vistas apresentados, ainda conforme o doutrinador acima comentado, de qualquer forma, há de ser constatado que

(...) o surgimento do Estado social é dado em um contexto histórico no qual se apresentam as três seguintes condições: a) O indivíduo é incapaz de atender sozinho, ou com a ajuda de seu ambiente social imediato, as necessidades básicas, b) Surgem riscos sociais que não podem ser enfrentados através dos canais tradicionais, baseados na responsabilidade individual, c) Desenvolve-se a convicção social de que o Estado deve assumir a responsabilidade de assegurar a todos os cidadãos um mínimo de bem-estar; se o Estado não cumprir com essa obrigação, poder-se-ia questionar sua legitimidade.³³

A consequência dessas afirmações é a constatação de que a Seguridade Social representa, a par das diferenças que caracterizam as particularidades com que se apresenta em cada momento, algo constante do Estado social. A cobertura dos riscos ou das situações de necessidade pelo Estado é a nota comum a esse modelo de Estado, ainda que se considerem as

32 Idem. p. 174-175. É óbvio que a cada uma dessas posições teóricas caberiam estudos aprofundados que não se amoldam ao teor desta dissertação.

33 Tradução do autor referente ao trecho: el surgimiento del Estado social se da en un contexto histórico en el que están presentes las siguientes tres condiciones: a) El individuo es incapaz de satisfacer por sí solo, o con la ayuda de su entorno social más inmediato, sus necesidades básicas, b) Surgen riesgos sociales que no pueden ser enfrentados por las vías tradicionales, basadas en la responsabilidad individual, c) Se desarrolla la convicción social de que el Estado debe asumir la responsabilidad de garantizar a todos los ciudadanos un mínimo de bienestar; si el Estado no cumpliera con esa obligación, se pondría en duda su legitimidad. Ibidem. p. 175.

diferenças geográficas e históricas.³⁴

O século XX foi o cenário de expansão dos direitos sociais. Gilberto Bercovici demonstra que a Constituição de Weimar, assim como quase todas as constituições posteriores do século XX, “incorporou em seu texto os conflitos econômicos e sociais, chamando formalmente a atenção sobre estas questões e determinando a necessidade de se encontrar soluções”.³⁵

Admite-se a existência de teorias que afirmam a estreita ligação entre os modelos de proteção social brasileiro e italiano na década de 1930 – época em que o fascismo inspirava o Estado Novo no Brasil. Rita Souza Lima, por exemplo, em artigo sobre a construção do direito à saúde no Brasil e na Itália, afirma que, nesse período, o Estado Novo havia sido erguido “à luz do fascismo italiano” e que

Os dois Estados Nacionais somente sinalizaram preocupação com as condições concretas de vida e, desse modo, com a saúde do homem em sociedade, quando entenderam que, no novo modelo de organização social, a garantia da saúde dos trabalhadores representava também a garantia da manutenção do crescimento da economia.³⁶

Gilberto Bercovic adverte, no entanto, que a ideia de que o Estado Nova haja sido um Estado fascista resta equivocada. Em vez disso, deve-se constatar que esse período foi marcado por “uma ditadura latino-americana, um Estado autoritário, não um totalitarismo.”³⁷ Limitar a análise a esse nível de aproximação desconsidera outras influências ideológicas possíveis, além do que a conquista de direitos trabalhistas nessa época pode ser associada a “uma espécie de atuação pragmática, visando consolidar conquistas alcançadas e obter novos benefícios”.³⁸

Na verdade, o autor propõe-se a analisar a questão afastando a conclusão de que, no

34 *Ibidem*. p. 178.

35 BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 56.

36 LIMA, Rita de Cássia Gabrielli Souza *et al* . **A construção do direito à saúde na Itália e no Brasil na perspectiva da bioética cotidiana**. Saude soc., São Paulo, v. 18, n. 1, Mar. 2009 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902009000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 mar. 2011.

37 BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 51.

38 *Idem*. p. 52.

período governado por Getúlio Vargas, a classe trabalhadora tenha sido presenteada com uma legislação trabalhista como forma de se obter apoio político ao regime. “Os direitos sociais não foram criados no Brasil por um governo populista e demagógico para manipular e cooptar o povo”, e acreditar nessa sentença – à qual se pode chamar “mito” – seria ignorar que tenham sido construídos a partir de lutas cujo resultado indica o reconhecimento da dignidade dos trabalhadores.³⁹

1.1.2.1. Direitos sociais como direitos a prestações?

Ao lado dos direitos tradicionais de liberdade – garantias liberais ou negativas –, as constituições passaram a comportar uma série de outros direitos. Esses direitos são chamados direitos “sociais” e não são considerados como direitos de defesa, característica das garantias liberais ou negativas. A distinção, que não representa oposição, se apresenta com o alargamento da noção de vedação à conduta do poder estatal até a ideia de que ao Estado são requeridas prestações positivas para a garantia desses direitos.⁴⁰

Pérez Luño acompanha essa distinção ao assumir a ideia de que os direitos humanos de primeira geração se caracterizam como direitos de defesa das liberdades individuais na esfera privada que exigem a limitação e a não ingerência dos poderes estatais. Esses direitos seriam tutelados por sua mera atitude passiva e de vigilância em termos de polícia administrativa. Referindo-se aos direitos de segunda geração, o autor irá caracterizá-los como pertencentes ao rol dos direitos econômicos, sociais e culturais, para os quais se requer uma política ativa dos poderes públicos dirigida a garantir seu exercício.⁴¹

Essa distinção entre direitos prestacionais que, a par de qualquer fundamento, requerem ações positivas, e direitos de defesa como aqueles que, da mesma forma

39 Ibidem. p. 53-54.

40 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal.** 3ª edição revista. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 794-795. Norberto Bobbio comenta em sua obra uma outra espécie de distinção apontada como marco da passagem do Estado liberal para o Estado social. No texto, critica Friedrich A. Hayek que, em dois artigos, identifica a passagem histórica de um a outro tipo de Estado pelo aumento das normas de organização em relação às normas de conduta. O autor ainda confrontará essa ideia com a de normas primárias (impositoras de obrigações e características dos ordenamentos primitivos) e secundárias (conferidoras de poderes), como proposto por H. L. A. Hart, afirmando que não coincidem. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito.** Barueri – SP: Manole, 2007. p. 115-124.

41 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La Generaciones de derechos humanos.** Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Nº 10. Setembro a Dezembro de 1991. p. 203 a 206. Disponível em: <http://www.4shared.com/get/KnbrBXwr/Las_generaciones_de_los_derech.html> Acesso em: 30 out. 2010.

independente de fundamentação, garantem direitos a ações omissivas, é denominada, por Cogo Leivas, diferenciação formal.⁴² Levantando questionamentos a respeito da classificação dos direitos fundamentais, o autor opta por estabelecer uma diferenciação material entre direitos a ações positivas e ações negativas.

Nesse sentido, não se pode esbarrar em uma apreciação preliminar de que os direitos de defesa exigem apenas a omissão do Estado, ou mesmo de que os direitos prestacionais exigem somente ações positivas. Para o doutrinador, “direitos de defesa em sentido material são direitos que asseguram ao indivíduo uma esfera de liberdade perante o Estado”, ainda que possam originar o direito a uma ação positiva como instrumento para que seja possível alcançar essa liberdade. Da mesma forma, direitos prestacionais materiais podem conferir “uma pretensão à omissão”, não somente a ações positivas – normativas ou fáticas –, como seria o caso de uma pretensão de não revogação de um determinado diploma normativo que garanta o direito à saúde em uma de suas diversas formas de instrumentalização.⁴³

George Sarmento, apontando a permanente conexão existente entre as diversas categorias de direitos fundamentais, afirma que a dicotomia apresentada entre direitos positivos e direitos negativos não possui finalidade prática alguma, pois facilmente se consegue observar que, para os direitos fundamentais em geral, pode-se conceber a necessidade de abstenção ou ação estatal.⁴⁴

Outro autor a se posicionar sobre o assunto é Luigi Ferrajoli. O autor explica que essa dicotomia parece exprimir a diferença entre Estado social e Estado liberal. Dessa forma, o autor caracteriza Estado liberal como sendo aquele que é “limitado por normas secundárias negativas”, ou seja, por proibições emanadas da lei e que se dirigem aos seus órgãos de poder. Diversamente, o Estado social seria aquele “vinculado por normas secundárias positivas”, isto é, por comandos de uma norma jurídica que proíbe aos poderes estatais deixarem de fazer alguma coisa.⁴⁵

Acerca da matéria, Victor Abramovich e Christian Courtis declaram que muitos direitos que foram historicamente tratados como direitos civis e políticos têm sido, na atualidade, tratados e reinterpretados através da consideração do seu cunho fortemente ligado

42 LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 83-85. O autor, nesse texto, trabalha a classificação dos direitos fundamentais e a diferenciação formal e material entre direitos a ações positivas e direitos à omissão.

43 Idem. 83-84.

44 SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**. In: Revista do Mestrado em Direito da UFAL, n. 1, Maceió: Nossa Livraria, jan./dez. 2005. p. 76.

45 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª edição revista. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 794-795.

a funções sociais. Ressaltam os autores que esse é um dentre os fatores pelos quais se pode concluir que distinções absolutas perdem qualquer sentido.⁴⁶

Os direitos sociais, de forma muito mais óbvia, exigem que prestações sejam postas à disposição da comunidade. É o caso do direito à saúde. Mas, observe-se que as abstenções também são necessárias para que esse direito alcance um nível superior de efetividade. Pode-se exemplificar com a necessidade de que o Estado não promova a contaminação do meio ambiente em suas atividades. No entanto, devido à relevância com que se apresenta a necessidade de prestações positivas por parte do Estado para que a população possa ter acesso a determinados bens, a inexistência de prestações estatais para a realização desses direitos é a declaração automática da denegação desses mesmos direitos.

Dizer que os direitos sociais possuem a característica de ser direitos a prestações pode ser mais bem compreendido se assumida a noção apresentada por Robert Alexy de direitos a prestação em sentido estrito. Diz o autor que

Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestações em sentido estrito.⁴⁷

O autor faz referência aos tipos de atividades estatais através das quais se podem materializar os direitos sociais fundamentais de uma determinada comunidade. É o caso, por exemplo, da necessidade do estabelecimento de um sistema de saúde penitenciário adequado à realização do direito à saúde do preso. As ações de promoção da saúde e de prevenção de doenças nos presídios, contribuindo para o controle e a redução dos agravos mais frequentes à saúde da população penitenciária brasileira, são prestações que se ajustam ao sentido exposto.

As obrigações do Estado não se esgotam, portanto, na ação específica à população em geral. A integridade dos indivíduos deve ser protegida de todas as formas, inclusive através de ações dirigidas a grupos vulneráveis – como é o caso da população prisional, que não pode

46 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (Org.). **La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales**. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto/ONU — Organización de las Naciones Unidas/PINUD — Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1998. Disponível em: <http://www.pj.gov.py/ddh/docs_ddh/Exigibilidad_de_los_DESC_Abramovich.pdf> Acesso em: 12 dez. 2010.

47 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 409.

cuidar de sua saúde por si mesma.

Acompanhar-se-á, neste trabalho, a diferenciação material entre direitos a ações positivas e ações negativas, proposta por Paulo Gilberto Cogo Leivas. Como dito acima, não se pode deixar de perceber o caráter não estanque das categorias eficaciais dos direitos fundamentais expressos pelo constitucionalismo contemporâneo. Ainda que possa ter servido a qualquer teoria, não parece mais útil propor a dicotomia para dividir direitos em categorias diversas.

O surgimento dos direitos sociais como forma positiva de expressão considerável data da passagem o Estado liberal para o Estado social em partes da Europa e nos Estados Unidos. Apesar das conquistas efetuadas através das ações inspiradas pela doutrina liberal, o Estado erigido naquela ocasião foi incapaz de resolver o problema da desigualdade social e a insuficiência de recursos da massa de trabalhadores.

Essa foi a grande causa da crise e decadência que se apresentaria a seguir, com a consequente substituição paulatina pelo modelo social. A moderna concepção de liberdade fora incapaz, nos moldes estabelecidos pelo liberalismo, de satisfazer os anseios de uma imensa massa que vivia às margens de uma sociedade que ainda se apresentava a conceder e manter privilégios. Paulo Bonavides diz que “o Estado social do moderno constitucionalismo europeu e americano emprega assim, nos países de sua órbita, como último recurso, técnica de compromisso”. Era a consagração de “modificações secundárias e progressistas”, sem que isso significasse nenhuma mudança na infraestrutura econômica.⁴⁸

A história no constitucionalismo é identificada como luta pela fundamentalidade de determinados direitos. Primeiramente, os direitos de liberdade nas constituições denominadas, propriamente, liberais. Em seguida, os movimentos sociais inspirariam as constituições do início do último século, que seriam impregnadas paulatinamente por direitos sociais, mais voltados à garantia da igualdade em defesa dos mais fracos em relação aos mais fortes.

O maior problema para o constitucionalismo, então, passa a ser o problema da eficácia das suas normas. Ainda que se possa averiguar essa constatação para todas as normas constitucionais, é algo que se apresenta de forma muito mais nítida em relação aos direitos sociais.

Por essa razão, é necessária a construção de um conjunto teórico que tenha como função propor modificações significativas em relação à efetividade dos direitos sociais. Ou

48 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 26.

seja, é urgente que se possa fazer instrumentalizar um aparato de garantias capazes de tornar socialmente eficazes esses direitos.

Para Luigi Ferrajoli esse é o caminho a ser percorrido pelo que denomina “constitucionalismo da igualdade”. E para que se possa levar adiante esse intuito, cabe esclarecer o que o autor entende por “garantias”. Com esse termo o autor intenta identificar tanto as obrigações quanto as proibições que correspondem às expectativas positivas ou negativas estabelecidas normativamente. A proposta do autor é que a rigidez da norma constitucional, ao lado da imposição de sua força normativa, propõe, com ares de obrigatoriedade ao legislador ordinário, duas classes de garantias constitucionais. Essas classes são conectadas entre si “como duas faces de uma mesma moeda” e podem ser classificadas pelo aspecto negativo e, de outro lado, positivo. As garantias negativas consistem na proibição de derrogar. De outra forma, as garantias positivas consistem em impor a obrigação de realizar tudo aquilo que está disposto pelo conjunto normativo dirigido à eficácia social de determinado direito.⁴⁹

Esses dois tipos de garantias podem subsumir-se no que o autor denomina “garantias primárias ou substanciais” e “garantias secundárias ou jurisdicionais”. As garantias primárias são as que precisam obrigações ou proibições que correspondem aos direitos subjetivos estabelecidos em algum texto normativo. Quando se refere a garantias secundárias o autor propõe incluir o conjunto de obrigações que possuem os órgãos jurisdicionais de aplicar sanções ou declarar a nulidade, quando constatem, no primeiro caso, atos ilícitos, ou na segunda hipótese, atos válidos que violem os direitos subjetivos – e, portanto, as garantias primárias.

Miguel Carbonell, em relação a essa matéria, ensina que, para a questão dos direitos sociais, as garantias primárias de tipo positivo devem ser postas pelo legislador de forma precisa através de mandatos claros dirigidos à Administração Pública. Por sua parte, as garantias secundárias devem se constituir em caminhos facilitados para a reclamação nos casos em que as garantias primárias tenham sido violadas, levando-se em consideração a específica particularidade da estrutura dos direitos sociais.⁵⁰

49 FERRAJOLI, Luigi. **Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 p. 15-31. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02581737555773684510046/031978.pdf>> Acesso em: 2 out. 2010.

50 CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (ed.). **Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madri: Editorial Trotta, 2005. p. 183.

Essa não é uma matéria a que se deve dar pouca importância. Para Luigi Ferrajoli, tal classificação não é um trabalho teórico que serve apenas a propósitos acadêmicos. De fato, observa que é um instrumento através do qual se pode avaliar o grau de legitimidade⁵¹ de determinados ordenamentos em uma democracia constitucional através da observação do grau de efetividade das garantias e dos direitos constitucionalmente estabelecidos “e identificar a ilegitimidade com suas violações ou —pior— com suas lacunas”.⁵²

No Estado liberal se encontrava presente a ideia de que ao Estado deveria incumbir a tarefa de não fazer, de não interferir nas liberdades propostas. Era estranha qualquer tarefa prestativa. No constitucionalismo do século XX, no entanto, com a inclusão de direitos para os quais essa postura acarretaria ineficácia total, o argumento se tornou frágil. Agora, além de impedir as intervenções estatais em determinadas matérias ligadas a direitos fundamentais, a classe de direitos sociais emergente carecia da imposição da responsabilidade do Estado no que concerne à garantia de sua materialização.

Ao invés de se abolir a ideia de que o Estado não deve intervir, realiza-se um alargamento das expectativas em torno das ações estatais. Agora, haveria a necessidade de se garantir tanto as ações comissivas como omissões por parte dos órgãos dos poderes estatais, sem que a uma delas sejam dadas características de definitividade. Isso porque, bem se note, não se fala nessa ocasião de qualquer direito como sendo absoluto, ou ao qual não se possam estabelecer restrições.

O princípio da legalidade e o da submissão à jurisdição comparecem, na obra de Luigi Ferrajoli, como dois princípios dotados de fortes características garantistas em relação mesmo aos direitos sociais. Sobre o primeiro, o autor afirma que a prestação objeto da obrigação em razão da busca pela satisfação de um determinado direito social nunca é deixada a uma decisão dependente apenas da vontade da Administração Pública. Pelo contrário, as leis devem prever os pressupostos vinculantes e quais os órgãos competentes para efetivar a

51 Serve à elucidação do significado de legitimidade a sentença de Alessandro Baratta: “La intervención del derecho representa, en la historia del poder de castigar, una transformación cualitativa muy importante. La misma concierne a la idea de legitimación del poder y se corresponde con un fenómeno más general en el desarrollo del Estado liberal moderno: el nacimiento de una nueva forma de legitimación del poder, esto es, la legitimación a través de la legalidad.” BARATTA, Alessandro. Viejas e nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. In: RAMÍREZ, Juan Bustos (dir.) **Prevención e teoría de la pena**. Santiago: Editorial Jurídica ConoSur, 1995. p. 79. Em se tratando de um Estado cuja Constituição ocupa o ápice do ordenamento jurídico, é com base nela que a legitimidade é avaliada.

52 FERRAJOLI, Luigi. **Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 p. 15-31. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02581737555773684510046/031978.pdf>> Acesso em: 2 out. 2010.

execução desses serviços.⁵³

Em relação ao segundo princípio, o da submissão à jurisdição, afirma o autor que a tarefa de efetividade dos direitos sociais passa por uma proposta que garanta, nas hipóteses de lesão a esses direitos, a possibilidade de ser acionado em juízo “em relação aos sujeitos responsáveis, por comissão ou omissão, por sua respectiva violação”. A expansão dos direitos e a sua dedução possível em juízo são características do progresso da democracia. E mais, o princípio da legalidade e a sujeição do juiz à lei (legitimação formal) devem caminhar ao lado da capacidade de tutela ou garantia dos direitos fundamentais do cidadão (legitimação substancial). Na ausência de qualquer uma dessas formas de legitimação, padece a proposta de uma sociedade democrática.⁵⁴

Adquire-se, portanto, o entendimento de que ao Estado se deixa de exigir apenas a tarefa de proteger os direitos humanos, para especificar a importância da necessária criação de mecanismos que objetivem fazer com que eles sejam cumpridos, garantidos em termos de eficácia social.

O problema da eficácia das normas constitucionais passa a ser, para o constitucionalismo contemporâneo, o grande desafio a ser enfrentado pelos Estados. Mas é importante anotar que aqui não se está falando apenas de uma mera relação assistencial, senão da configuração de um sujeito portador de direitos a quem devem ser dirigidas ações ou omissões estatais com a finalidade de se garantir o gozo dos direitos expressos nos documentos normativos, especialmente na Constituição.

Mudanças significativas passam a ser observadas em um ordenamento jurídico impregnado de normas que visam a garantir direitos sociais.⁵⁵ Dimensões coletivas são introduzidas no Direito através da construção e do fortalecimento de sujeitos coletivos de direito ou de categorias coletivas, como saúde pública e meio ambiente.

53 Idem. p. 844. Para Luigi Ferrajoli, no entanto, alguns direitos enfrentam altos graus de complexidade ao se pensar na tarefa de materialização, uma vez que a alguns deles a satisfação igualitária parece irrealizável. É o caso do direito ao trabalho, ou à moradia. Em relação ao direito à saúde, no entanto, parece possível esse pensamento na prática, especialmente no Brasil, onde a legislação farta produz uma série de designações e tarefas aos três níveis de governo.

54 Ibidem. p. 844 – 845.

55 Miguel Carbonell ensina que ainda que possa ser detectada a presença de disposições constitucionais acerca de direitos sociais nas Constituições Mexicana de 1917 ou na de Weimar em 1919, apenas com a “Lei Fundamental de Bonn” a fórmula do Estado social de Direito adquire reconhecimento constitucional. Evitar-se-á, no entanto, proceder a essa descrição histórica, para que se possam cumprir os objetivos deste trabalho. Para o maior aprofundamento da questão, no entanto, CARBONELL, Miguel. **Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozos de algunos problemas**. Estudios Constitucionales. Santiago. Ano 6. Nº 2, 2008. pp. 43-71. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 6 nov. 2010.

As desigualdades reais passam a ser consideradas em detrimento da mera formalidade desse fenômeno, o que termina por promover a gênese de novas modalidades interpretativas com preocupações hermenêuticas que se aproximam da questão de forma diferente do que propunha a metodologia juspositivista, além de novas regras processuais que acentuam a defesa das partes processualmente mais frágeis.

No direito civil a autonomia da vontade é relativizada e as questões da responsabilidade civil são revistas para que se adaptem às novas concepções em matéria de geração de risco e de distribuição dos custos. Ampliam-se as funções e os gastos públicos, pois há um alargamento das tarefas do Estado anteriormente restritas basicamente às funções regulatórias. Por fim, pode ser apontada a incorporação de ações coletivas.⁵⁶

Essas características gerais são apontadas como o processo mais importante de modernização do Direito da segunda metade do século XX. De fato, o ineditismo do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais proporcionou mudanças substanciais em todas as áreas sociais. A constitucionalização do Estado social é uma forte tendência do constitucionalismo contemporâneo e acarretou mudanças paradigmáticas nas próprias ideias de constitucionalismo e de democracia.

No Brasil, o Estado social nunca foi de fato implantado. Gilberto Bercovici afirma que

O Estado brasileiro constituído após a Revolução de 1930, é, portanto, um Estado estruturalmente heterogêneo e contraditório. É um Estado Social sem nunca ter conseguido instaurar uma sociedade de bem-estar: moderno e avançado em determinados setores da economia, mas tradicional e repressor em boa parte das questões sociais. Apesar de ser considerado um Estado forte e intervencionista é, paradoxalmente, impotente perante fortes interesses privados e corporativos dos setores mais privilegiados. Entretanto, apesar das contradições e limitações estruturais, é um Estado que pode terminar o projeto de formação nacional, ultrapassando a barreira do subdesenvolvimento.⁵⁷

Portanto, não se pode deixar de considerar que, no contexto brasileiro, a conformação dos postulados europeus e norte-americanos do Estado social não se torna adequada sem que se considerem as suas peculiaridades, como, por exemplo, a evidente distância entre o reconhecimento desses direitos através de sua normatividade e a faticidade. Assim, Enzo Bello escreve que “a simples existência de normas constitucionais que consagrem direitos sociais de cidadania não garante a sua conseqüente implementação no mundo dos fatos, pois

⁵⁶ Idem. p. 53.

⁵⁷ BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: Instabilidade constitucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 27.

direitos não são auto-realizáveis”.⁵⁸

Nadia Lucia Fuhrmann sustenta que, para alguns teóricos, o projeto neoliberal em toda a América Latina aponta que a política social sofreu um retrocesso social dramático. Citando alguns desses autores, a socióloga afirma que, para eles, “os custos sociais e humanos do projeto neoliberal se materializam por meio do aumento da miséria absoluta, da fome, da violência, de doenças endêmicas e pelo desemprego e subemprego em massa”.⁵⁹

Há evidências, no entanto, de que alguns setores sofreram grandes modificações através das quais se pode constatar progresso durante as últimas décadas. O SUS é um desses espaços nos quais o diagnóstico acima não se confirma. Avanços consideráveis podem ser vistos na análise dos dados referentes aos anos de existência do SUS. A eliminação da varíola, da poliomielite, a elaboração de campanhas educativas e ações de vigilância sanitária de alimentos e medicamentos – especialmente consideradas após o advento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – e a assistência integral e gratuita de medicamentos eficazes aos portadores do HIV, doentes de AIDS, renais crônicos e pacientes com câncer, além dos recentes programas de apoio e gratuidade dos medicamentos dirigidos ao tratamento de hipertensos, são alguns exemplos que revelam os avanços notados.⁶⁰

Apesar dos progressos, não se pode concluir que em todas as áreas a saúde resta satisfeita. Ao contrário, nas prisões, por exemplo, as políticas públicas sanitárias são tão carentes, de modo a promover um drástico índice de inefetividade.

A Constituição Federal brasileira de 1988 foi fortemente inspirada pela necessidade de estabelecimento de direitos sociais no rol de direitos fundamentais. Esse fato gerou a necessidade de refletir a respeito do papel dos Poderes Estatais na implementação de políticas que, de forma direta ou indireta, realizem esses direitos. O papel do Poder Judiciário, em relevo, como instituição ativa na promoção dos direitos sociais é, como se verá a seguir, o mais questionado em termos de teoria e filosofia do direito. Antes de passar-se a essa análise, estabelecer-se-ão elementos indispensáveis à compreensão do alcance dos direitos sociais.

58 BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 200.

59 FUHRMANN, Nadia Lucia. **Neoliberalismo, Cidadania e Saúde: A recente reorganização do Sistema Público de Saúde no Brasil**. Civitas – Revista de Ciências Sociais v. 4, nº 1, jan.-jun. 2004. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/49/1732>>. Acesso em: 17 dez. 2010.

60 Relatório final da 11ª Conferência Nacional de Saúde. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cns/11Conferencia/relatorio/relatorio.htm>> Acesso em: 20 mar. 2011.

1.1.2.2. Reflexões acerca da condição de prioridade conferida às liberdades fundamentais ou aos direitos sociais

Os debates acerca dos direitos fundamentais tendem a ser dirigidos de forma a que as conclusões acerca da função desses direitos esteja ligada aos contornos teóricos do modelo de Estado adotado. A construção histórica do Estado social e a do Estado liberal foi capaz de pôr em destaque determinados tipos de direitos fundamentais acerca dos quais se debate a questão da primazia de uns sobre os outros, a depender dos modelos históricos de Estado adotados.

Ricardo Tenório Cavalcante expõe que, para os liberais, as liberdades fundamentais gozam de caráter inalienável e que essa característica reflete nos modelos de constituições por esses Estados adotados. O fundamental seria, portanto, a ideia de cidadãos enquanto pessoas que gozam de liberdade e igualdade. Diz o autor que “para os liberais, todo cidadão tem o direito de realizar o seu projeto de vida em igualdade de oportunidade para tal desiderato”. Essa seria a razão pela qual os direitos e liberdades fundamentais são considerados essenciais e estariam em condições de prioridade.⁶¹

O pensamento de John Rawls reflete tal consideração ao proporcionar abrigo à ideia de uma Constituição que ponha em defesa e em grau de hierarquia superior as liberdades fundamentais. Ainda que para isso se sobreponha, inclusive, à soberania popular, pois a “Constituição especifica um procedimento político justo de acordo com o qual essa soberania é exercida dentro de certos limites que garantem a integridade das liberdades fundamentais de cada cidadão”.⁶²

Os direitos fundamentais passam, no entanto, durante o período em que o Estado Social se estabelece, a ter um propósito ativo de gerar prestações às pessoas humanas. Ricardo Tenório Torres adverte, no entanto, que entre as funções dos direitos fundamentais de liberdade de proibição da intervenção características do Estado liberal e a função de mandamentos de tutela ou deveres de proteção característica dos direitos sociais não existe antagonismo. Há, na Constituição de 1988, um acúmulo de funções e não uma superação.⁶³

Robert Alexy, reconhecendo a imensa dependência dos direitos sociais em relação à disponibilidade de finanças de um dado Estado, afirma que teses defensivas e contrárias aos

61 CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 57.

62 RAWLS, John. **O Liberalismo político**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2000. p. 424.

63 CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 60.

direitos fundamentais dispõem de argumentos consideráveis. Somente harmonizando essas opiniões se pode chegar a soluções consistentes. Dessa forma, o autor propõe que uma prestação deve ser sempre garantida desde que: a) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente; b) o princípio da separação dos poderes, o princípio democrático e, bem como, c) os princípios materiais colidentes “forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional”.⁶⁴

Mais adiante, o autor propõe que essas condições restarão satisfeitas nos casos em que estão em jogo as condições sociais mínimas (mínimo existencial). Diz Robert Alexy, de forma a sintetizar a discussão, que

A extensão dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído. Parece plausível a objeção de que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos – ainda que mínimos – tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise constitucional. Contra essa objeção é necessário observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível.⁶⁵

1.1.3. A teoria dos direitos sociais fundamentais

Uma das questões mais problemáticas que se impõem ao constitucionalismo contemporâneo gira em torno da possibilidade de o Poder Judiciário, através de litígio no qual um direito social esteja sendo demandado em face do Estado, conceder a tutela a um indivíduo ou a um conjunto deles (coletividade), mediante a ordenação ou implementação de políticas públicas com essa finalidade. A resposta, a par das divergências, parece mais clara para direitos estabelecidos de forma mais analítica pela Constituição Federal: saúde e educação.⁶⁶

64 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 511-512.

65 Idem. p. 513.

66 O problema não será enfrentado neste trabalho em relação aos direitos sociais em geral. Apenas se deverá concentrar nas discussões acerca de aspectos que tentem resolver a questão da judicialização de políticas de saúde. Para quem interessar, uma discussão acerca do direito à habitação, encontra-se no estudo de PANSIERI, Flávio. Do conteúdo à fundamentalidade do direito à moradia. *In*: BRANDÃO, Paulo de Tarso. et al. (org.) **Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 111 – 136. Ainda sobre o direito à moradia, à educação, ao trabalho, à seguridade social e à alimentação ver obra organizada por: SOUZA NETO, Cláudio

Para que se possa responder a esse problema, deve-se atentar para a construção de uma teoria sólida a respeito da fundamentalidade desses direitos, em especial, o direito à saúde. Isso quer dizer, por exemplo, que ao mesmo tempo que se teoriza a respeito do direito à saúde e da necessidade de esse direito ser protegido pelo legislador de forma a indicar especificamente as responsabilidades estatais na matéria, deve-se atentar para o fato de que devem ser postos à disposição dos cidadãos mecanismos que lhes garantam atuar contra o poder público no caso de ineficácia dos serviços sanitários.

Para levar adiante a tarefa de efetivação dos direitos sociais, são apontadas alguns obstáculos que, se observados de forma crítica, não são necessariamente capazes de destruir a concepção de que os direitos sociais podem ser exigidos judicialmente. O primeiro deles pode ser descrito como a amplitude semântica com que alguns desses direitos se apresenta.

O direito à saúde, por exemplo, apresentado pela OMS como “completo bem-estar”, enfrenta debates acerca da limitação possível do que esses termos possam vir a significar, considerando as diferenças históricas, geográficas etc. Apesar de esse problema ser trazido como se fosse uma dificuldade para determinar o grau de eficácia social do direito à saúde, não se pode concluir que isso gere a impossibilidade plena de sua efetividade, por não se tratar de um problema insuperável.

Miguel Carbonell afirma que a questão dos significados possíveis de ser atribuídos aos direitos sociais é um problema enfrentado por outros direitos fundamentais, até mesmo os de índole exclusivamente liberal, como é o caso do direito à liberdade de expressão. Além disso, o autor invoca a matéria da inexistência, em determinados ordenamentos, de mecanismos processuais adequados de acesso ao Poder Judiciário em socorro dos direitos sociais. Percebe-se, no entanto, que apesar dessa deficiência, isso não representaria a necessária definição desses direitos como sendo direitos inexigíveis.⁶⁷

Gerardo Pisarello constata que o que ocasiona a visão da impossibilidade de judicialização dos direitos sociais é a tese, do ponto de vista constitucional, do caráter programático desses direitos. Para as democracias contemporâneas, a constitucionalização dos direitos sociais é concebida em um sentido débil, no sentido de que esses direitos são considerados como uma espécie de mandado político ou, em alguns casos, normas de efeitos

Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

67 CARBONELL, Miguel. **Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozos de algunos problemas**. Estudios Constitucionales. Santiago. Año 6. N° 2, 2008. pp. 43-71. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 06 nov. 2010. p. 55.

indiretos, mediatos. A permissão concedida ao Poder Legislativo de ingressar em questões vedadas radicalmente pelo constitucionalismo liberal era a novidade a ser constatada, mas não se concebia, no entanto, nenhuma espécie de direito subjetivo derivado da inclusão de textos normativos dirigidos à satisfação de direitos sociais.⁶⁸

1.1.3.1 A vedação do retrocesso e o dever de progressividade: obrigações estatais

A vedação do retrocesso é uma garantia que indica que, para que se alcance um determinado grau de efetividade social das normas definidoras de direitos sociais, ao Poder Legislativo e à Administração Pública é dada a responsabilidade de promover a ampliação progressiva dos direitos fundamentais e de evitar que normas infraconstitucionais regulamentadoras de direitos fundamentais anteriores sejam revogadas.⁶⁹

Considerada por Felipe Derbli uma norma de caráter principiológico, a vedação do retrocesso social apresenta a finalidade (caráter finalístico) de garantir o grau de concretização dos direitos sociais sem que se conceda ao legislador a possibilidade de supressão do grau de densidade normativa alcançado de forma desproporcional e irrazoável.⁷⁰ Não se trata de conferir irrevogabilidade a umas ou outras normas. Veda-se, no entanto, o retorno ao estado de coisas indesejável sem que para isso seja justificável uma medida qualquer.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, esse princípio guarda íntima relação com o também implícito princípio da segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana. Para o autor, essa garantia, em sentido amplo, resta resguardada pelo texto constitucional em diversos aspectos: direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, limites materiais ao poder de reforma da Constituição e a proibição dirigida ao legislador infraconstitucional no sentido de que não elimine medidas tendentes à promoção dos direitos fundamentais.⁷¹

Somente poderiam ser passíveis de verificação aquelas restrições extremamente necessárias que, sem colocar os cidadãos em um nível de vida indigna, sejam indispensáveis

68 PISARELLO, Gerardo. **Del Estado social legislativo al Estado social constitucional. por una protección de los derechos sociales.** Isonomia. Barcelona. Nº 15. Outubro/2001. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15_03.pdf> Acesso em: 6 nov. 2010. p. 83.

69 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2008. p. 32.

70 DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição da Vedação do Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 361.

71 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 436 e seguintes.

para a expansão geral do sistema de direitos.⁷² Há de se observar, inclusive, que não se concede a essa garantia – como de fato ocorre inclusive com grande parte dos direitos fundamentais – caráter absoluto. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos asseveram que a vedação do retrocesso importa na impossível constatação de validade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.⁷³

Dessa forma, são concedidos ao poder público tanto o dever negativo de proibição da regressividade como o dever positivo de progressividade. Não basta que o grau de satisfação atual seja mantido, mas que seja promovido gradualmente um melhoramento das condições, respeitando, claro, o direcionamento de políticas públicas para os setores nos quais se verificam violações mais sérias.

O retrocesso social é vedado pela ordem a que o Brasil está submetido. A respeito deste princípio é importante que se façam algumas considerações relevantes. É comum o pensamento que se tem de que o Direito representa instituição garantista de pacificação e ordem social. Muito desta concepção está explicitamente demonstrado em estilo requintado através daquilo que se convencionou chamar de segurança jurídica, eleita como um dos princípios que constituem a base do Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, Ana Paula de Barcellos, em apurada análise acerca da eficácia jurídica dos princípios constitucionais, expõe de viva voz a vedação do retrocesso social como modalidade de eficácia jurídica que se refere intimamente aos direitos fundamentais e que, por força do art. 5º, § 2º, e do *caput* do art. 7º da Constituição Federal, tem como pressuposto “a aplicação imediata e/ou a efetividade dos direitos fundamentais; e (ii) a progressiva ampliação de tais direitos fundamentais”.⁷⁴

Na análise do tema, costuma-se mencionar as situações em que, garantida através de norma infraconstitucional a realização de determinada prestação fundamental social pelo Estado, não será permitida a sua redução ou esvaziamento total pelo legislador que adotar

72 Gerardo Pisarello ensina que devem ser respeitados ainda os princípios da compensação adequada e deve ser dada prioridade às necessidades dos menos favorecidos. PISARELLO, Gerardo. **Del Estado social legislativo al Estado social constitucional. por una protección de los derechos sociales**. Isonomia. Barcelona. Nº 15. Outubro/2001. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12715196462382624198846/isonomia15/isonomia15_03.pdf> Acesso em: 6 nov. 2010. p. 94.

73 BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 370.

74 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2008. p. 84.

programa político diverso. E aqui não se faz referência às situações em que uma política é substituída por outra com resultado similar ou melhorado. Procura-se, também, fundamentar o não cabimento do retrocesso social através do princípio da efetividade das normas constitucionais, que possui como um dos corolários a proposição de que a Constituição deve ser progressivamente realizada. Submetido a um processo interpretativo embasado na unidade sistêmico-constitucional, permite a conclusão de que a realização constitucional é um dever.

Ao se referir à realização constitucional, Ana Paula de Barcellos deixa transparecer o mesmo comprometimento assumido por Andreas Krell quando este se refere à maximização da eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais através da criação de condições materiais para a sua realização.⁷⁵ Deve-se, sob este prisma teórico, garantir a realização das necessidades individuais sob uma interpretação constitucional investigadora dos valores protegidos pelo texto magno.

Em situações ordinárias, nem o constituinte derivado, nem o legislador infraconstitucional encontrarão razões suficientes para mitigar o grau de importância dado ao princípio da dignidade da pessoa humana através de emendas constitucionais ou através da edição de enunciados normativos que restrinjam ou venham a abolir garantia anteriormente oferecida. Não se poderia afirmar tal sentença com a mesma ênfase em momentos nos quais os interesses da população carecem de medidas extraordinárias, como se pode averiguar nos casos de guerras declaradas, de crise econômica, de tragédias naturais etc.

Críticas à formulação do princípio do retrocesso social são apresentadas por Felipe Derbli. A primeira dessas posições condena a suposta restrição de sua aplicabilidade somente em relação aos direitos sociais. Apesar da densidade normativa em termos constitucionais da maioria dos direitos de liberdade ou de um direito político, é certo que nos casos em que seja exigida lei regulamentadora sua revogação pura e simples acarretará uma inconstitucionalidade. Diz o autor que o princípio não pode ser aplicado genericamente, entre outros motivos, porque pode ser constatada a existência de normas constitucionais que prescindem da densificação normativa através de lei e a vedação de supressão de algumas normas definidoras de direitos fundamentais de primeira geração ocorre tendo por base outros princípios, normalmente.⁷⁶

75 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional ‘comparado’**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 38.

76 DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 259 e ss.

1.1.3.2 O custo dos direitos e a reserva do possível: da crítica financeira à efetividade dos direitos sociais

A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, com a determinação de efetivar uma série de providências relacionadas com o comprometimento da comunidade internacional em promover avanços substanciais na área dos direitos humanos mediante esforços renovados e continuados de cooperação e solidariedade internacionais, publicou, em 1993, a Declaração e Programa de Ação de Viena.

Nesse documento, afirma-se a universalidade de todos os direitos humanos, sua indivisibilidade e interdependência. A comunidade internacional assumiu o compromisso de tratar os “direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”. Muito embora as particularidades nacionais e regionais não possam deixar de ser consideradas, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever assumido pelos Estados participantes promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.⁷⁷

No intuito da efetivação material de direitos, há de se considerar que não existem direitos que possam ser denominados “gratuitos”. À possibilidade de eficácia social de todos os direitos é característico que denominado custo seja disponibilizado como meio sem o qual resta impossibilitada a sua instrumentalização.

O direito à liberdade de expressão, por exemplo, não só exige que o Estado se abstenha de intervir através da censura. É necessário, ainda, que espaços públicos sejam destinados a esse fim. O direito de propriedade, a par das características absenteeístas do Estado, exige, para sua eficácia social garantida, que o Estado disponha de gastos para a manutenção de tribunais que assegurem a realização dos direitos envolvidos.

Por essa razão, pode-se afirmar que as características pelas quais direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais diferem se apresentam como diferenças

⁷⁷ A Declaração e Programa de Ação de Viena é um dos mais extensos documentos da ordem internacional a tratar sobre direitos humanos. Cabe observar, no entanto, que esse documento não possui caráter vinculante, pois emanou de uma Conferência. No Brasil, apesar dessa não obrigatoriedade, as diretrizes nacionais que orientam a atuação do poder público no âmbito dos Direitos Humanos foram desenvolvidas a partir de 1996, ano de lançamento do primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH I. O Programa foi revisado e atualizado em 2002, sendo ampliado com a incorporação dos direitos econômicos, sociais e culturais, o que resultou na publicação do segundo Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH II. A terceira versão do Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3 representa mais um passo largo nesse processo histórico de consolidação das orientações para concretizar a promoção dos Direitos Humanos no Brasil. BRASIL. Presidência. **Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm> Acesso em: 6 nov. 2010.

de grau, sendo difícil o sucesso – ou a qualidade para solucionar as dificuldades apresentadas pela ausência de efetividade desses direitos – de qualquer teoria que tente construir a suposição de que existam verdadeiras diferenças substanciais entre uns e outros direitos.

Em relação às críticas financeiras acerca da possibilidade de enfrentamento da questão dos direitos sociais e de sua implementação, o conhecido argumento adverso à possibilidade de ordenação emanada do Poder Judiciário para a execução de políticas públicas pela Administração é o da “reserva do possível”. Impactos econômicos resultantes das decisões judiciais são observáveis, às vezes em grande escala, e, por isso, cuida essa cláusula restritiva de demonstrar óbices financeiros à execução dos direitos sociais devido à míngua de recursos públicos.

A interpretação do direito constitucional precisa considerar, obviamente além dos dados exclusivamente jurídicos – caso se possa conceber essa espécie de pureza –, dados da realidade. A realidade a que se faz referência nesse ponto é a insuficiência das condições materiais e financeiras para a realização da norma pelos órgãos do Estado. Adverte-se, dessa forma, quanto às questões relativas a direitos sociais, para que o intérprete não venha a se encontrar, ou fazer com que o cidadão se depare com decisões impossíveis de ser executadas, gerando descrédito e perda de legitimidade dos diplomas normativos.

A prestação dos direitos estaria diretamente vinculada à disponibilidade do volume de recursos destinados pelo Estado para essa finalidade. O problema aparece quando se percebe que a destinação dos recursos está no campo da discricionariedade do Estado, pois é ele quem decide e promove a destinação do orçamento público.

Stephen Holmes e Cass Sunstein afirmam que num mundo de recursos escassos a possibilidade da existência de vítimas de diversos agravos sociais é perigosa e deve ser evitada. No entanto, justamente por causa da escassez de recursos, não se pode transferir ao Estado a missão de abolir absolutamente a existência de fatos que gerem tais situações.⁷⁸

Sobre o tema, Andreas Krell afirma que

(...) o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir sua eficácia a *zero*; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”. (grifado no original)⁷⁹

78 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999. pp. 131-132.

79 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional ‘comparado’**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 54.

Esse raciocínio passa a ser, neste trabalho, considerado como uma proposição compartilhada que goza de inferência ou opinião baseada na plausibilidade, ou que, ao menos, “passam aos ouvintes uma dada carga de verossimilhança argumentativa”. Bem serviria denominá-lo *topos* no sentido de que se insere no contexto da racionalidade prático-jurisprudencialista. Os tópicos não estão relacionados de forma a estar em relação de subordinação. Os tópicos são elementos comunicativos que servem à tarefa de argumentação. É a sua indeterminação que fará com que os tópicos tenham um elevado valor pragmático para que a discussão possa ser efetuada de maneira proveitosa à solução dos problemas enfrentados durante a atividade jurisdicional.⁸⁰

A “reserva do possível” transposta da jurisprudência alemã sem a averiguação das condições materiais de existência da população em uma país de dimensões tão abrangentes como o Brasil, sem se considerar que a interpretação jurídica se direciona à solução concreta de determinados problemas, ou mesmo sem que se possa encontrar seu objetivo na garantia de sua legitimidade, na satisfação de direitos sociais e nas garantias da liberdade humana, é um equívoco que compromete a própria legitimidade do texto constitucional.

A ideia de transportar teorias amplamente aplicadas na Europa ao Estado brasileiro pode-se constituir em uma verdadeira mitigação de direitos originariamente constitucionais, pois, no Brasil, “(...) o Estado Providência nunca foi implantado”.⁸¹ Desta forma, União, Estados, Municípios e o DF devem ser compelidos pelo Judiciário quando deixarem, por exemplo, de prestar direitos como a saúde. Cabe destacar ainda que:

(...) uma transferência mal refletida do conceito de “reserva do possível” e do entendimento dos direitos sociais como mandados (e não legítimos Direitos Fundamentais) constituiria “uma adoção de soluções estrangeiras, nem sempre coerentes com as verdadeiras necessidades materiais” do país, que, “há muitas décadas, pode ser observada na elaboração judiciária brasileira”.⁸²

No Supremo Tribunal Federal já se assentou o entendimento de que o Estado não pode fugir da responsabilidade de garantir, através de políticas públicas adequadas, a satisfação dos

80 CRUZ, André Luiz Vinhas da. **A tópica neoaristotélica de Theodor Viehweg – uma análise crítica de Manuel Atienza**. Revista da Esmese, Sergipe, n. 7, p. 159-180, 2004. Disponível em: <<http://www.esmese.com.br/revistas.htm>>. Acesso em: 9 jun. 2009.

81 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional ‘comparado’**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 54.

82 Idem. p. 56.

direitos sociais sem que demonstre não ser essa uma estratégia descompromissada, mas sim um caso de justo motivo aferível. Ou seja, ao Estado caberia solucionar o problema efetivo da ausência de serviços e bens de saúde, por exemplo, ou demonstrar, objetiva e inequivocamente, a impossibilidade material de execução dos bens e serviços.⁸³

A relevante posição do Poder Judiciário nesse contexto é digna de nota. A participação dos juízes em processos de decisões que ordinariamente seriam políticas assusta a maioria dos pensadores que vislumbram o direito como desvinculado da necessidade de cumprimento da justiça, porque este é um conceito que lhe é alienígena.

Apesar de a formulação e a execução de políticas públicas serem dependentes de opções políticas que estão a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, é importante que se enfatize a ausência de caráter absoluto nessa prerrogativa.

A falta de compromisso desses Poderes se alia, muitas vezes, à intenção de “neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais”. A inércia estatal que, sem qualquer espécie de justificação, compromete uma existência digna e mesmo a própria sobrevivência do indivíduo, “justifica possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.⁸⁴

Souza Neto adverte, no entanto, que nessa hipótese se deve ainda observar o parâmetro da universalização, através do qual a exequibilidade deve ser dependente da impossibilidade de que apenas alguns privilegiados sejam capazes de usufruir de bens e serviços, comprometendo assim o princípio da igualdade.⁸⁵

O direito social fundamental à saúde demanda recursos financeiros para que se possa garantir sua satisfação. O argumento utilizado de que tais recursos são limitados, ao passo que as necessidades relativas a este direito, não, também parece de fácil constatação. É claro que, com o progresso da medicina, as possibilidades terapêuticas se ampliam, assim como os custos relativos a sua disponibilização.

A já observada dificuldade de estabelecer uma dicotomia entre direitos negativos e positivos é analisada a partir da ideia de que todos os direitos possuem custos. Além disso,

83 BRASIL, STF. **ADPF 45 MC/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 4 mai. 2004.

84 *Idem*.

85 NETO, Cláudio Pereira de Souza. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 524.

não se pode pensar na efetividade de qualquer um deles sem que se ponha à disposição um aparato fiscalizatório que funcione adequadamente.

Estabelecidas as observações acima, os autores põem em discussão a questão da efetividade dos direitos como dependente da existência de recursos. Não se vislumbra a possibilidade de se conceber direitos absolutos efetuando uma disjunção entre a sua eficácia social e a disponibilidade orçamentária. Apesar das alegações de que os direitos têm custos e de que são dependentes da existência de recursos, não se pode deixar de observar que no Brasil a questão orçamentária enfrenta problemas de prioridade.

O custo dos direitos e os limites orçamentários devem ser considerados, mas nunca utilizados de forma a obstaculizar a realização de compromissos constitucionais sem a efetiva cognição das impossibilidades e das escolhas efetuadas. Andreas Krell, na oportunidade em que se refere ao princípio da reserva do possível como uma “falácia” e fruto de um Direito Constitucional comparado que cometeu enganos, certamente põe às claras essa situação.⁸⁶

O controle e acompanhamento da realização das políticas destinadas à satisfação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, deve girar em torno da ideia de que a malversação criminosa do dinheiro público pode gerar desconforto e reduções severas e degradantes, não admitidas na seara dos direitos fundamentais. Reconhece-se assim que a existência de direitos sociais elencados como direitos fundamentais garante aos particulares opor ao Estado a exigibilidade de sua conduta comissiva ou omissiva, no intuito de verem satisfeitas as determinações constitucionais declaratórias desses direitos. A não satisfação destas necessidades públicas tornaria retórica vazia a consagração tão festejada dos direitos de índole liberal.

1.1.3.3 O mínimo existencial

Uma das formas apontadas pela literatura sobre como promover a convivência com a constatação da escassez de recursos é ligada a propostas do estabelecimento do mínimo existencial. Já se apontou que não se pode desconsiderar, como sustenta Gustavo Amaral, que os recursos orçamentários não são suficientes para o atendimento das necessidades de todos.⁸⁷ As denominadas escolhas trágicas, apontadas pelo subtítulo da obra desse autor, são aquelas

86 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional ‘comparado’**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 51.

87 AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

que podem conduzir o cidadão à morte ou a tremendo sofrimento, quando feitas diante da escassez de recursos.

Como apontado anteriormente, caberá ao poder público comprovar a escassez de recursos por vias processuais adequadas, mas em hipótese alguma será razoável presumir que os cofres públicos estejam sofrendo de defasagem capaz de deixar que se inflija dolorosa condição ao cidadão.

Ana Paula de Barcellos define o mínimo existencial como o conjunto de condições materiais básicas para a existência, sem o qual o princípio da dignidade da pessoa humana restaria comprometido em termos de eficácia social. O estabelecimento de parâmetros que definam limites à determinação do que seja esse “mínimo” garante que o Poder Judiciário não adentre em terrenos próprios da política e das deliberações majoritárias.⁸⁸

Apesar das diversas possibilidades trazidas pela amplitude semântica do princípio da dignidade da pessoa humana, os enunciados constitucionais que carregam esse valor – e ao intérprete cabe defini-los – precisam dotá-los de força imperativa. Portanto, uma possibilidade encontrada é que, para que se direcione ao estabelecimento desse mínimo existencial sem o qual não se vislumbra dignidade humana nem se pode conceber proteção ao direito à vida, sejam garantidas as propostas deliberadas e trazidas no texto constitucional e as estabelecidas em diplomas normativos infraconstitucionais.

Apesar de o mínimo existencial poder ser definido como o “conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de vida saudável”, não se pode estabelecer um rol taxativo de “forma apriorística” de posições subjetivas negativas e positivas que a esse mínimo correspondam.⁸⁹ Será necessária a averiguação cuidadosa do problema concreto para que se possa definir se o mínimo existencial está configurado ou restou violado.

É certo que alguns desses direitos careceriam de um modelo de enfrentamento dos litígios que envolvam direitos sociais que possibilite o estabelecimento dos conteúdos básicos desses direitos, como, por exemplo, o recente direito social à alimentação, incluso pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010.⁹⁰

88 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 278.

89 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 25-26.

90 “A campanha nacional pela inclusão da alimentação na Constituição foi liderada pelo Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea) e teve a participação de entidades civis, movimentos sociais,

A outros desses direitos, como procede afirmar em relação ao direito à saúde, sobre o qual se pretende passar à análise mais apurada adiante, a Constituição Federal dedicou espaço específico para dele tratar. Isso representaria, aliado aos diversos programas de saúde instituídos pelas casas legislativas, o ponto de partida para a constatação da efetividade desses direitos. É que o retrocesso social impediria – em situações ordinárias – a derrogação de tais propostas e programas, assim como a inefetividade levaria à perda da credibilidade da democracia, da legitimidade dos governos, além de desenhar uma espécie de direito com uma carga ética semelhante a outros “ordenamentos que não mais ajudam a controlar a complexidade, não mais servem de anteparo ético para a coesão social”.⁹¹

A reserva do possível, de um lado, e o mínimo existencial, de outro, servem de parâmetros que se contrapõem às decisões que têm como objeto os direitos sociais. A necessidade de garantia do mínimo existencial é o que pode fundamentar a sindicabilidade de um direito social.

Serve ao entendimento do tema a informação de que, na Alemanha, foram identificadas duas dimensões diferentes do mínimo existencial. Afirma Mariana Filchtiner que “de um lado o direito de não ser privado do que se considera essencial à conservação de uma existência minimamente digna; e, de outro, o direito de exigir do Estado as prestações materiais concretas que traduzam este mínimo”.⁹² Identifica-se, conforme a autora, uma dimensão defensiva, no primeiro caso, e uma dimensão prestacional, na segunda hipótese. Assim é que se configuraria a possibilidade de que o indivíduo exija, judicialmente, prestações materiais concretas.

Expostas essas observações, passar-se-á a discutir quais os obstáculos a serem enfrentados por uma teoria para que se vislumbre a possibilidade de justiciabilidade dos direitos sociais. Essa tarefa se põe importante devido à proposta de que em uma democracia, quando os direitos fundamentais, como os sociais, são violados, somente se garante

órgãos públicos e privados, organizações não governamentais, artistas e cidadãos e cidadãs de todo o país.” BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Palácio do Planalto. **Agora é lei: alimentação é um direito**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/pec-alimentacao>> Acesso em: 21 nov. 2010.

91 ADEODATO, João Maurício. Prefácio: Racionalidade jurídica e contextualização pragmática. In: CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: Edufal, 2008. p. 13-16.

92 FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 194. A autoria passa a enfrentar diversas opiniões que elencam direitos mínimos em rol exemplificativo. Para isso cita Sueli Dallari, Moacyr Scliar, Ingo Sarlet e as propostas da Organização Mundial de Saúde. São exemplos dessas prestações: educação sanitária, assistência nutricional, saneamento básico, assistência materno-infantil, imunizações, fornecimento de medicamentos essenciais aos tratamentos médicos, suprimento de água e saneamento básico, prevenção e controle de doenças endêmicas. Idem. p. 208.

legitimidade através da concessão de mecanismos que ponham à disposição do cidadão tal tipo de garantia.

1.2. A justiciabilidade dos direitos sociais

O tema a ser apresentado enfrenta sérias discussões que são postas em termos de filosofia política e teoria do direito. A questão da distribuição de competências e a limitação dos poderes parecem fortemente aliadas ao problema sobre se determinados direitos geram ou não direitos subjetivos a prestações estatais. Além desses pontos, quando se concebe a possibilidade de o Poder Judiciário adjudicar determinado direito a um cidadão ou grupo de cidadãos, entra em pauta a questão do mínimo existencial e da reserva do possível.

A possibilidade de se exigir a efetivação de direitos sociais por vias judiciárias é de suma importância para que se construa um teoria adequada à realização desses direitos. Nesse intuito, Miguel Carbonell ensina não haver diferenças estruturais tamanhas capazes de fazer com que direitos sociais e direitos de liberdade sejam absolutamente diferentes. Quer dizer, ambas as classes de direitos fundamentais, além de estar escritas nesse rol específico dirigido à manutenção da dignidade humana, tecnicamente exigem para sua efetivação tanto ações positivas como negativas por parte do Estado.⁹³

A discussão a respeito da carga programática dos direitos econômicos, sociais e culturais tem dirigido a conclusões de que há realmente deveres que devem ser cumpridos em caráter progressivo, mas alguns deles devem ser postos à disponibilidade imediatamente.

Foi na década de 80 que os tribunais passaram a ser a forma “adequada” à satisfação dos direitos sociais no Brasil. Para José Reinaldo de Lima Lopes, com esse fenômeno diversas demandas ganharam visibilidade e, dessa forma, “foram colocadas sob a linguagem própria do direito, uma linguagem de deveres correlativos e de responsabilidades definidas”. Para esse autor, os conflitos que envolvem direitos sociais “podem ser judicializados”.⁹⁴

De fato, durante o processo constituinte brasileiro, eram discutidos quais os mecanismos adequados para que se pudesse garantir a concretização constitucional. A

93 CARBONELL, Miguel. **Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozos de algunos problemas.** Estudios Constitucionales. Santiago. Ano 6. Nº 2, 2008. pp. 43-71. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100003&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 6 nov. 2010. No mesmo sentido: COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 490.

94 LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática.** São Paulo: Método, 2006. p. 165.

preocupação girava em torno, especialmente, da efetividade do sistema de direitos assegurados pelo texto da nova Carta Maior. Giselle Cittadino comenta que se temia a possibilidade de que a Constituição em gênese pudesse padecer, assim como suas antecessoras, de uma “espécie de inoperância crônica”.⁹⁵

Souza Neto afirma que, no Brasil, a novíssima atitude do Poder Judiciário pode ser mais bem constatada na virada do século. A perda da perspectiva inspirada na Escola da Exegese, de que os juizes estavam adstritos a realizar e aplicar apenas a vontade do legislador através do método lógico de subsunção, e mesmo a ideia da eficácia programática das normas constitucionais para cuja efetividade social houvesse dependência de políticas públicas hábeis à satisfação dos direitos, foram revistas por uma série de manifestações do Supremo Tribunal Federal.⁹⁶

Um exemplo dessa postura inovadora do Supremo Tribunal Federal pode ser facilmente detectado na declaração do Ministro Celso de Mello ao falar sobre o caráter programático da norma inscrita no artigo 196 da Constituição Federal, descrevendo o direito à saúde. Ainda que se reconheça essa espécie de carga eficaz, tal constatação não pode se transformar em sustentáculo para as posturas governamentais – ou ausência delas – que transformem o texto em uma espécie de transmissão de segurança que se esvazia na inefetividade. Essa possibilidade causaria ao Poder Público a acusação óbvia de fraudador das “justas expectativas nele depositadas pela coletividade”.⁹⁷

O dever de o Estado promover o direito à saúde, por exemplo, nas dimensões prometidas pela Carta Política é, conforme se vê, impostergável, ao menos em níveis mínimos, e não se pode aceitar qualquer espécie de ação ou omissão que desarticule a harmonia entre os fatos constatados e o dever-ser constitucional.

Souza Neto aponta fatores que foram predominantes para que a atitude do Poder Judiciário brasileiro encaminhasse suas decisões da forma caracterizada. O grande evento foi, para o autor, a promulgação da Constituição de 1988.⁹⁸

A Carta Política brasileira, novíssima em declarar a aplicabilidade imediata de todos os

95 CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 50.

96 NETO, Cláudio Pereira de Souza. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515.

97 BRASIL, STF, **AGRE 271286/RS**, Relator Min. Celso de Mello, DJU 24.11.2000.

98 NETO, Cláudio Pereira de Souza. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 516.

direitos fundamentais, ao incluir os direitos sociais nesse rol, foi de suma relevância para que, com o fortalecimento da ideia de força normativa constitucional, o Poder Judiciário adotasse postura relevante no processo de garantia de que esses direitos deixariam de ser encarados como promessas políticas dependentes da discricionariedade administrativa, mas como verdadeiros direitos subjetivos.

Outros elementos que concorreram para que se obtivesse como resultado esse movimento ativo do Judiciário brasileiro em relação aos direitos sociais apontados foram a crise de legitimidade enfrentada pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, derivada de sucessivos escândalos, e o novo espaço concedido a uma hermenêutica constitucional diferenciada em relação à metodologia juspositivista clássica.⁹⁹

Em busca de parâmetros para que se possa levar adiante de forma racional e sustentável esse tipo de atuação do Poder Judiciário, Souza Neto analisa as críticas mais comuns a essa postura. Essas críticas, apesar de não se sustentarem em sua integralidade, merecem ser consideradas com a finalidade de buscar a desejada conquista de efetividade das normas constitucionais.¹⁰⁰

As críticas principiológicas são as primeiras a ser colecionadas pelo autor. Essas considerações colocam em discussão a séria questão da legitimidade de o Poder Judiciário poder ou não concretizar direitos sociais e podem ser divididas em liberais e democráticas.

A matriz liberal avança com a ideia de que o clássico princípio da separação dos poderes levaria a concluir que a competência para a atuação no campo social caberia aos Poderes Legislativo e Executivo, não cabendo ao terceiro poder a determinação da execução de qualquer política pública. A decisão de deixar que o Poder Judiciário possa ou deva condenar a Administração Pública à prestação de bens e serviços sociais não seria, para os teóricos que assim se posicionam, harmônica com a derivada do texto constitucional e é, portanto, prejudicial à segurança da população, pois resultaria em um “governo de homens” e não em um “governo de leis”. Além disso, alguns desses teóricos acrescentam que direitos sociais não são verdadeiros direitos fundamentais.¹⁰¹

Andreas J. Krell revela que, apesar das disposições constitucionais, a categoria de direitos sociais – inclusa, no Brasil, no rol de direitos fundamentais – ainda tem, surpreendentemente, “suscitado controvérsias no que diz respeito a sua eficácia e efetividade,

99 Idem. p. 516.

100 Ibidem. p. 520.

101 Ibidem. p. 520 – 521.

inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização”. O autor esclarece que a negação da efetividade de Direitos Fundamentais Sociais seria uma manifestação de descaso no momento em que se deveria decidir por “reconhecê-los como verdadeiros direitos”.¹⁰²

Ainda, acerca da separação dos poderes, em contraposição às críticas liberais, Andreas Krell leciona que apesar de inicialmente se poder visualizar que os Poderes não devam invadir a área de atuação dos outros,

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.¹⁰³

Não se pretende, com isso, afirmar que o Poder Judiciário deva se imiscuir na tarefa de criar políticas públicas invadindo a seara da conveniência e oportunidade para essa tarefa. Na verdade, o que se quer propor é a necessidade de imposição para que se executem as tarefas que já estejam estabelecidas no texto constitucional ou mesmo em legislação ordinária. A proposta, então, é por uma atividade intervencionista do Poder Judiciário, ordenando a execução de tarefas públicas estabelecidas para a realização de direitos. No Brasil, onde se pode verificar a ausência de prestações estatais nos mais diversos setores sociais, a opinião de Andreas Krell parece aquela que mais se esforça por garantir aos cidadãos o que lhes promete o texto constitucional.

A matriz democrática das críticas principiológicas enfrentam a questão a partir da falta da condição de representatividade do Poder Judiciário, pois o seu corpo técnico não fora eleito para essa finalidade. A desarticulação promovida em setores com participação pública efetiva através da substituição pela adjudicação pelo Poder Judiciário de bens e serviços desqualificaria o debate necessário para a configuração democrática. A opinião de Souza Neto é de que, ao contrário, nessas hipóteses de promoção há também a possibilidade de fomentar o debate e, inclusive, de conformar o espaço adequado para a “manifestação da vontade popular”.¹⁰⁴

102 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional ‘comparado’**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 17 - 23.

103 Idem. p. 22.

104 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 524. O autor exemplifica com a questão da ordem judiciária para a concessão de medicamentos para os portadores do HIV que, ao invés de desmobilizar a

O autor aponta ainda as críticas denominadas “institucionais”. Trata-se agora de problemas práticos enfrentados e que são uma decorrência das determinações judiciais para que a Administração proceda à realização de direitos sociais a partir da entrega de determinados bens e serviços. Podem ser divididas em crítica financeira, administrativa, técnica, econômica e da desigualdade quanto o acesso à justiça.¹⁰⁵

Poder-se-iam reservar grandes espaços para cada uma dessas críticas apontadas pelo autor. Nesse trabalho, no entanto, interessa a crítica financeira, sobre a qual já se fez análise quando se dissertou sobre a reserva do possível. Essa escolha se justifica pela relevância do argumento trazido por importantes estudos e pela diversidade da literatura que a aceita ou a ela se opõe, bem como pela necessidade de assim se firmar um entendimento jurisprudencial que, de forma razoável, estabeleça parâmetros para a incidência da ideia geneticamente alemã da reserva do possível.¹⁰⁶

Dessa forma, afastada a impossibilidade de o Poder Judiciário atuar na satisfação de direitos sociais, Souza Neto passa a propor parâmetros para a efetivação desses direitos. Podem ser divididos em materiais e processuais.

Primeiramente, certifica-se que, nos limites do mínimo existencial, o Judiciário deveria garantir apenas as condições de subsistência. Para o autor, no entanto, o Poder Judiciário estaria legitimado para efetuar a concretização das condições necessárias “para que cada um possa realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participação no processo de vontade coletiva (autonomia pública)”.¹⁰⁷

O segundo parâmetro material exposto inclui na seara da ação do Poder Judiciário apenas a legitimidade para atender os hipossuficientes em virtude do reconhecimento da escassez de recursos. Hipossuficiência, nesse contexto, é definida como a incapacidade de o indivíduo arcar com o custo do direito sem que outras necessidades básicas sejam atingidas, e

população, incentivou diversos setores no papel da luta pela efetividade, inclusive com a aprovação da legislação que determina a distribuição gratuita do medicamento.

105 Idem. p. 525 – 534.

106A “reserva do possível” descende da construção jurisprudencial alemã. Essa cláusula é aplicada ao fenômeno da dependência que a efetividade dos direitos fundamentais possui em relação à respectiva alocação de recursos orçamentários. Sobre o assunto, ver a específica e indispensável compilação de artigos: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.) **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

107SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 537. Para Souza Neto, “as pessoas só cooperam em um contexto democrático, deliberando sobre o bem comum, quando são tratadas, tanto pelo Estado, quanto por seus pares, como dignas de igual respeito.” Sobre esse tema, sugere-se, do mesmo autor: _____, **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

deve ser averiguada quando da apreciação do caso em litígio.¹⁰⁸ O terceiro afirma que só são exigíveis em âmbito judicial prestações que possam ser universalizadas para todos os hipossuficientes.¹⁰⁹

O quarto parâmetro proposto por Souza Neto avisa que o Poder Judiciário deve considerar os direitos sociais como uma unidade. Ainda entre as propostas de limites materiais não se deve desconsiderar que a opção técnica apresentada pela Administração tem prioridade (não absoluta) em relação à apresentada pelo demandante. A solução mais econômica dentre as eficazes deve-se somar à última consideração, que impõe ao Judiciário a tarefa de averiguar a consistência dos investimentos realizados pela Administração, na execução do orçamento, com o fim de mensurar a intensidade de sua intervenção.¹¹⁰

Há ainda os parâmetros processuais: a) deve-se conceber prioridade para as ações coletivas; b) aos litigantes individuais deve ser garantido acesso à judicialização quando houver risco de dano irreversível ou quando a prestação estiver prevista em programa governamental; c) a prova do fato de não possuir recursos deve ser apresentada pela Administração; e d) a construção de um diálogo que inclua profissionais e usuários que se inserem no contexto da decisão.¹¹¹

A judicialização do direito social à saúde derivada dos problemas de efetividade das políticas do Sistema Único de Saúde inspirou a realização da Audiência Pública sobre Saúde no STF. Na ocasião, tentou-se reduzir os pontos de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas e o Poder Judiciário através da elaboração de argumentos que não sejam tão radicais quanto os que negam a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na área do direito à saúde, bem como as que pregam a existência de um direito subjetivo a toda e qualquer prestação.¹¹²

1.3. A impossibilidade de busca por um conceito essencial de saúde

Tratar de direito à saúde como direito fundamental social encaminha tarefa prévia do

108 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 539.

109 *Idem*. p. 540.

110 *Ibidem*. 541 – 543.

111 *Ibidem*. 543 – 546.

112 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública: Saúde**. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

estabelecimento de elementos indicadores de saúde. Apesar de não ser possível abordar todos neste texto, buscar-se-á apontar alguns que auxiliam a tarefa genérica. Valorizar-se-ão, portanto, os diplomas internacionais específicos da matéria, a Constituição Federal e os instrumentos infraconstitucionais que discorrem sobre o objeto desta monografia. Antes, porém, cabe uma ressalva: do que se fala quando a pauta discorre sobre saúde? É o problema do qual se tentará diminuir a complexidade, adiante.

A tarefa de estabelecer um conceito sobre o objeto “saúde” não demanda esforço ordinário. Ao revés, as peculiaridades assumidas nas diversas manifestações do termo podem encaminhar o trabalho por vias tortuosas. Além do mais, como adverte Alberto Jorge Correia, “conceitos são sempre restritos”. Para o autor, sempre haverá características nos objetos, das quais se afastam aqueles que intentam construir conceitos, deixando o estudioso “entre as imprecisões das generalizações e as limitações da particularidade”.¹¹³

Apesar dos obstáculos em se identificar o conceito de saúde¹¹⁴, ou mesmo de doença, a complexidade que o termo encerra – devido a sua vagueza semântica – pode ser superada em aspectos suficientes quando se elencam lugares comuns com a finalidade de se estabelecer elementos indicadores de saúde.

Lançar-se à análise dos diferentes discursos sobre a saúde serviria apenas para tornar o debate consideravelmente mais longo, o que descaracterizaria o objetivo e o teor desta dissertação. Além do mais, um conceito que possa ser denominado jurídico ainda está longe de ser aceito pelos estudiosos da matéria.

A primeira noção compartilhada de saúde pode ser encontrada na ideia básica de que saudável é aquele corpo no qual há manifesta inexistência de doença. Suely Gandolfi Dalari, no entanto, chama a atenção para o fato de que outros fatores devem ser considerados quando se tenta conceber a matéria, apesar de que a concisão com que essa concepção se apresenta auxilia o estabelecimento preciso de um “núcleo” dentro de um significado mais profundo e relevante. Dentre esses fatores, podem ser apontadas as noções de bem-estar físico e psíquico

113 LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Imprecisões quanto à norma jurídica**. Maceió: Revista da Esmal. Ano I, nº 2. Jan/jun 2003. p. 11.

114 Para um histórico acerca do conceito de saúde, remete-se ao artigo de M. Scliar que relata desde as concepções que construíam a ideia de saúde como derivada da bênção divina, analisando dados antropológicos de comunidades menos complexas, dos ensinamentos de Hipócrates de Cós, até chegar à idade moderna e ao conceito de saúde exarado do documento constituinte da Organização Mundial de Saúde (OMS). SCLIAR, Moacyr. **História do Conceito de Saúde**. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>> Acesso em: 22 set. 2010.

do indivíduo.¹¹⁵

A proposta da autora de construir um núcleo dentro de um significado mais profundo carrega um teor característico das ideias essencialistas. Ainda que pudéssemos transcorrer sobre o assunto com esse viés filosófico, a tarefa aqui proposta não se destina ao encontro de termos essenciais ou sequer pretende o privilégio do estabelecimento de um método que desvende o “ser” saúde em suas características abstratas e gerais que possam ser aplicadas inequivocamente em qualquer tempo e lugar, principalmente em respeito às particularidades que são possíveis de ser constatadas em cada cultura ou momento histórico particular.

De fato, as dificuldades que se apresentam no momento em que se tenta construir algum conceito que se pretenda metacultural com o objetivo de apreensão de um “ser” que se possa denominar saúde procedem do fato de que as formas como são pensados em uma sociedade os elementos indicadores da presença da saúde diferem parcial ou totalmente das concebidas por outras. Além disso, ainda em uma sociedade específica, poderão ser encontradas durante sua história correntes médicas, sistemas de pensamento, escolas e comportamentos sociais extremamente variados.¹¹⁶

Algumas sociedades poderiam adotar uma espécie de modelo ontológico para a identificação da saúde e da doença, pensando a respeito de entidades, formas ou variedades mórbidas. Em outras, porém, o modelo adequado parece ser o da análise dos danos orgânicos, os dados identificadores da existência de morbidez.

François Laplantine ensina que a causa precisa das doenças que provocam lesões e que se traduzem por sintomas parece ser uma das principais preocupações das sociedades contemporâneas, traduzindo no pensamento médico ocidental uma espécie de *medicina das especificidades*.¹¹⁷

Richard Rorty assume que “hábitos essencialistas que grassam nas ciências naturais não auxiliam a reflexão moral e política”.¹¹⁸ Evitar-se-á, portanto, a tentativa de encontrar um objeto dotado de uma natureza intrínseca, uma essência, pois, como argumenta o autor, essa

115 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 7.

116 François Laplantine, por exemplo, apresentou em sua obra uma verdadeira antropologia da morbidade e da saúde, na qual fica clara a ideia de que o saber do enfermo quanto à sua doença e a experiência vivida pelo médico elidem qualquer possibilidade de consideração acerca da neutralidade científica com a qual o discurso médico se apresenta. LAPLANTINE, François. **Antropologia da doença**. 3ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2004.

117 Idem. p. 51.

118 RORTY, Richard. **Ensaio sobre Heidegger e outros**. Escritos filosóficos II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. p. 96.

expressão é problemática e não possui valor demonstrável.¹¹⁹ Afirma o autor que

A verdade não pode estar dada – não pode existir independentemente da mente humana – porque as frases não podem existir dessa maneira, ou estar aí. O mundo existe, mas não as descrições do mundo. Só as descrições do mundo podem ser verdadeiras ou falsas. O mundo em si – sem o auxílio das atividades descritivas dos seres humanos – não pode sê-lo.¹²⁰

O essencialismo, como se vê, busca estabelecer tipos ideais que são construídos por abstração e cuja existência se situa além de qualquer localização possível.

Adrualdo Catão, nessa mesma linha de entendimento, adverte que os objetos só possuem algo passível de ser conhecido naquilo que se encontra através da análise de sua relação com outros objetos, “de modo que, se não há conhecimento direto, se não há nenhuma forma de conhecimento que não se dê por meio de uma atitude oracional, então, nada há que se saber das coisas senão suas relações com as outras”.¹²¹

O autor afasta a intenção de se buscar nos fatos qualquer substância intrínseca que possa ser acessível na tarefa de descrever a sua essência, pois as descrições possíveis de ser realizadas pelo homem através da linguagem apenas possuem sentido se forem descrições que possam tornar a vida do homem, em qualquer de seus aspectos, melhor através do estabelecimento de alguma situação vantajosa à consecução de objetivos de bem-estar.¹²²

Não se pode concluir que, com essas sentenças, o autor tenha afirmado qualquer impossibilidade de existência da verdade. De fato, acerca do objeto tema da análise realizado nesta monografia – a saúde – só se pode assumir que elementos indicadores variáveis podem ser apontados para melhor descrevê-lo. Não seria de qualquer utilidade a tentativa de encontrar uma espécie de natureza essencial do objeto saúde como se ele estivesse à mercê da apreensão realizada pela razão humana para a construção do conhecimento da verdade.

Para que se possa reconhecer juridicamente – e essa seria por si só uma atividade árdua – o que se entende por saúde, deve-se dispor de conteúdos informativos que auxiliem a tarefa básica do direito.

119 RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade**. São Paulo: Martins, 2007. p. 33.

120 Idem. p. 28.

121 CATÃO, Adrualdo. Uma visão pragmática da noção de fato no direito: o caráter interpretativo do fato jurídico. In: DIDIER JR, Fredie. EHRHARDT JR, Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico. Homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14.

122 Por essa razão, o estabelecimento de um mínimo existencial em relação à saúde com o objetivo de garantir a dignidade da pessoa humana e a fruição de direitos fundamentais, especialmente os sociais, sob pena de judicialização da pauta, é uma questão importante. Sua tarefa prática é, certamente, melhorar a vida dos indivíduos.

Neste trabalho buscar-se-á apontar como pode ser desenvolvido, ao revés da vagueza semântica desse termo, alguns pontos indicadores para a caracterização do termo naquilo que possa ser relevante para a comunidade, em especial a jurídica.

Sobre a técnica de construção de conceitos jurídicos que possam auxiliar a tarefa do direito, pode-se portanto acompanhar a ideia de que em uma sociedade que trava relações tão complexas como a contemporânea, “o direito não pode se valer de noções metafísicas de certeza e verdade, sob pena de substituir a tolerância democrática pelo arbítrio de 'uma versão verdadeira'.”¹²³

Nesta monografia, portanto, buscar-se-á a realização de uma pesquisa jurídica sobre o significado do termo. Seguindo advertência de Luciano Oliveira no momento em que expõe qual deve ser o objeto da atividade desse tipo de pesquisa, este trabalho se esforça por construir uma definição jurídica daquilo que é posto em defesa em termos de direito à saúde, retiradas as conclusões com a ajuda das técnicas próprias da Dogmática Jurídica.¹²⁴

A pesquisa do significado do direito à saúde exige, portanto, a menção de que a sociedade não prescinde do direito, em qualquer de suas áreas. Assume-se como fundamento uma premissa de que a existência harmônica do corpo social carece do estabelecimento de regras de conduta e de outros processos convenientes de adaptação e de mecanismos adequados para o refreamento dos impulsos egoístas dos homens. O direito, dentre todos eles, se destaca como um dos mais úteis à vida comunitária.

Norberto Bobbio, adotando ponto de vista normativo, considera o direito como um conjunto de normas quando afirma que “a experiência jurídica é uma experiência normativa”.

¹²⁵ Explica o autor que as pessoas se encontram de tal forma entrelaçadas em um complexo de normas de conduta que às vezes nem se enxerga com nitidez a obediência automática a essas regras.

Para Pontes de Miranda o alicerce do direito é formado por uma espécie de "norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida".¹²⁶ Fala-se aqui da norma jurídica, e é assim que o autor ensina que a regra jurídica é uma criação humana destinada a reduzir à obediência “o mundo

123 CATÃO, Adrualdo. Uma visão pragmática da noção de fato no direito: o caráter interpretativo do fato jurídico. In: DIDIER JR, Fredie. EHRHARDT JR, Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico. Homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14.

124 OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 140.

125 BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 3.

126 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado, tomo I**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1999. p. 49.

social”.

Com essas observações, estabelece-se que o objeto do trabalho ora desenvolvido caminha pelas vias da normatividade do direito à saúde e das problemática de sua efetivação no ambiente prisional.

Antes que se possa, porém, adentrar nessa especificidade, realizar-se-á a tentativa de estabelecer em que termos a comunidade internacional e o Direito Constitucional vislumbram o direito à saúde, especialmente a partir da análise da afirmação do positivismo jurídico como metodicamente adequado à visualização do direito, e como, depois da II Guerra Mundial, novas propostas jusfilosóficas acabam por redesenhar o paradigma hermenêutico no campo do direito constitucional.

1.3.1. O conceito de saúde da Organização Mundial de Saúde e o Comentário Geral N° 14 (2000) do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Em 7 de abril de 1948, a Organização Mundial de Saúde (OMS) foi formada a partir de uma Constituição na qual pode ser encontrado um conceito de saúde que inspirou a comunidade internacional, inclusive a jurídica. A noção de bem-estar é elemento constituinte da definição de saúde proposta pela OMS. A Constituição da OMS foi adotada no Brasil pelo Decreto 26.042, promulgado em 17 de dezembro de 1948.¹²⁷

No preâmbulo desse documento, define-se que a “saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.¹²⁸

Muitos desses vocábulos que formam o conceito da OMS padecem de forte vagueza no estabelecimento de significados possíveis. Christophe Dejourns tece uma crítica à definição da comunidade internacional a partir das dificuldades de instrumentalização desse “completo bem-estar físico, mental e social”, por absoluta impossibilidade de ser atingido tal estado. Além do mais, o autor expõe a fragilidade do conceito da OMS ao afirmar que a vagueza semântica do termo “bem-estar” gera insuficiente segurança no estabelecimento dos termos abstratos conceituais.¹²⁹

127 **Dicionário de Direitos Humanos**. Disponível em < <http://www.esmpu.gov.br> > Acesso: 12 set. 2010.

128 **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Disponível em < <http://www.unifran.br/mestrado/promocaoSaude/docs/ConstituicaoWHO1946.pdf> > Acesso: 12 set. 2010.

129 DEJOURS, Christophe. **Por um novo conceito de saúde**. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional; 54 (14), 7-11. 1986. Nesse artigo, o autor conclui que o conceito de saúde deve ser construído com termos que indiquem dinamicidade. Uma vez que inatingíveis o bem-estar e o conforto completos, deve-se substituir a

Essas observações, no entanto, não são postas como obstáculo ao estabelecimento de elementos indicadores que devem ser obrigatoriamente entendidos como sendo constituintes da abstração e generalidade do conceito de saúde. Ainda que não se saiba com clareza o que os termos da definição proposta significam em sua totalidade, diversos elementos podem ser indicados e devem estar presentes ou ausentes para que se constate o estado de saúde de um indivíduo. Obviamente que não se devem desprezar as peculiaridades socioeconômicas e culturais na tarefa demandada.

A outras questões presentes na parte preliminar da Constituição da OMS devem ser feitas referências. Primeiro, a preocupação existente de que a paz e a segurança só podem ser alcançadas a partir do estabelecimento da saúde de todos os povos e que os resultados atingidos por um Estado no que concerne à promoção da saúde são relevantes para toda a comunidade internacional. Mais ainda, a ausência de equilíbrio das condições dos diferentes países na promoção da saúde e no controle das doenças, especialmente as transmissíveis, constitui um perigo comum. Portanto, “a *horizontalização* dos benefícios da evolução tecnológica e do saber científico constitui pressuposto para a preservação do estado de saúde”.

130

No âmbito do Direito Internacional pode-se verificar, da breve análise da Declaração de Direitos Humanos (1948), dentre outras coisas, que, no enunciado constante de seu art. 25, a comunidade participante decidiu reconhecer a necessidade de que as pessoas, pelo fato de se apresentarem como seres humanos, tenham como reconhecido o direito à saúde.

Flávia Piovesan afirma que esta “declaração consolida a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados”.¹³¹ Foi também a primeira manifestação expressa de garantia a um direito à saúde na história dos direitos. Nesse texto, garante-se o direito à saúde no sentido de que todo ser humano deverá ter à sua disposição o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. O Brasil tornou-se membro signatário do documento, tendo o Congresso Nacional

proposta pela ideia de que saúde é uma busca constante através da concretização da liberdade em diversos âmbitos da vida social.

130 DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010. p. 9. (grifo do autor)

131 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 136.

brasileiro aprovado seu texto por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de janeiro de 1991 (e Decreto Presidencial nº 591, de 6 de julho de 1992), depositada a carta de adesão ao Pacto em 24 de janeiro de 1992, tendo o referido Pacto entrado em vigor no Brasil em 24 de abril de 1992.

Foram dados, nessa ocasião, ares de obrigatoriedade e vinculação às disposições postas com a ideia de que ao Estado é atribuído o dever de sentinela dos direitos elencados. Esses deveres deverão ser cumpridos até serem exauridos os limites máximos de seus recursos, com a cooperação internacional e a definição de sua realização como prioritária na política nacional. O tratado em pauta reserva cláusula que esclarece que não serão admitidas restrições ou suspensões dos direitos fundamentais reconhecidos ou vigentes, em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes.¹³²

É nesse documento internacional que se pode encontrar uma das regulações mais completas do direito à saúde.¹³³ Para a comunidade internacional vale a cláusula que indica que os Estados Partes do tratado reconhecem o direito de que todas as pessoas desfrutem do mais alto nível possível de saúde física e mental.

As políticas públicas a serem desenvolvidas para atingir essa meta incluem programas de redução da mortalidade infantil e de redução dos riscos sanitários no ambiente de trabalho. Ainda, estratégias de redução pela prevenção e tratamento das doenças endêmicas, epidêmicas, profissionais e de qualquer outra natureza e, por fim, a criação de condições que garantam a todos assistência médica e serviços médicos adequados em caso de enfermidade.

O artigo 12 desse tratado serviu de inspiração para a elaboração do Comentário Geral nº 14 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas. A esse comentário deverão ser dedicadas as próximas linhas, em virtude da importância agregada à pouca discussão a seu respeito.¹³⁴

Há, segundo Victor Abramovich e Christian Courtis, dois problemas que servem de obstáculos ao estabelecimento de conteúdos concretos das obrigações dos Estados em matéria

132 Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, art. 5º.

133 Diversos sistemas regionais foram criados com a finalidade de proteção aos direitos humanos. O europeu, derivado da Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, foi o primeiro a ser desenvolvido. O Brasil aprovou seu ingresso no sistema interamericano através da adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) pelo Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1999. Em 6 de novembro desse mesmo ano, promulgou-se o Pacto no país através do Decreto presidencial 678.

134 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Substantive issues arising in the implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights.** General comment nº 14 (2000). The right to the highest attainable standard of health. Disponível em: <[http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument)> Acesso em: 6 nov. 2010.

de direitos sociais: primeiro, fala-se da vagueza e da ambiguidade com a qual vêm impressos os textos que formulam esses direitos, e, segundo, a inexistência de uma prática institucional de interpretação do Pacto diante da ausência de mecanismos de aplicação adequados.¹³⁵ Apesar disso, e por essa razão, uma série de documentos tem sido produzida pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com o objetivo de ajudar a esclarecer o sentido de alguns direitos e as correspondentes obrigações dos Estados nessa matéria.

É nesse contexto que está inserida a elaboração dos *Comentários Gerais*. Esses documentos “têm caráter prescritivo para os Estados em relação ao procedimento de informes.”¹³⁶ Assim será porque o Comitê deverá analisar o comportamento dos Estados em face dos direitos consagrados pelo Pacto, tomando os Comentários como parâmetros interpretativos para, inclusive, determinar se houve violações dos deveres estatais com relação a determinados direitos.

Segundo o art. 16 do PIDESC, os Estados signatários se comprometem a apresentar relatórios sobre as medidas que tiverem adotado e sobre os progressos realizados com vista a assegurar o respeito dos direitos reconhecidos no Pacto.¹³⁷ Esses relatórios dos Estados, denominados *Informes*, são somados aos *Informes Alternativos* (ou *Contrainformes*) apresentados pela sociedade civil. Os contrainformes servem como meio alternativo para que o Comitê venha a conhecer a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais nos Estados Partes.¹³⁸

Em 1986, em Maastricht, Holanda, um conjunto de *experts* reunidos elaborou uma série de princípios para a aplicação do PIDESC. Os *Princípios de Limburgo*, como ficaram conhecidos, foram adotados pela ONU e objetivam esclarecer as obrigações estatais relacionadas ao PIDESC, constituindo o que a doutrina internacional denomina *soft law*. Para Victor Abramovich e Christian Courtis, esses princípios não constituem uma fonte jurídica

135 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 66.

136 Idem. p. 68.

137 “O Brasil, como signatário do Pacto desde 1992, apresentou seu primeiro Informe em agosto de 2001, com atraso de quase dez anos. Isto foi impulsionado por uma série de iniciativas da sociedade civil que, em 2000 havia apresentado, de maneira inédita um Informe ao Comitê. Foi pioneira na apresentação deste tipo de documento, já que isto nunca havia acontecido antes. Este ato serviu para pressionar o governo brasileiro a apresentar o Informe Oficial.” CARBONARI, Paulo César. **Monitoramento do cumprimento de compromissos em direitos humanos: Breve Relato e Comentário sobre Atuação junto ao Comitê DESC/ONU**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/carbonari/carboni_t02_genebra.htm>. Acesso em: 16 dez. 2010.

138 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 177. Conferir também: ABRAMOVICH, Vitor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 68.

autônoma obrigatória para os Estados, senão que indicam a melhor forma de compreender deveres jurídicos do Estado derivados do PIDESC.¹³⁹

Ainda segundo Christian Courtis, os “instrumentos de *soft law* se contrapõem aos instrumentos de *hard law*, caracterizando-se por sua menor força vinculativa; maior grau de vagueza e imprecisão dos enunciados normativos e por suscitarem mera adesão voluntária aos seus termos”. Dessa forma, esses documentos representam uma espécie de “códigos de conduta” não tendo caráter de norma cogente de direito internacional, mas que, apesar disso, podem ser endossados por tribunais locais, regionais e internacionais e por órgãos decisórios em todo o mundo.¹⁴⁰

Pode-se dizer, conforme Linda Senden, que o termo *soft law* deve ser aplicado quando significar “regras de conduta que são estabelecidas em instrumentos aos quais não tenham sido atribuídos efeitos juridicamente vinculativos (...) mas, que no entanto, pode ter alguns efeitos jurídicos indiretos”. Dentre esses efeitos, a autora recomenda que seja assegurada a produção de efeitos práticos. Em uma análise acerca do termo, a autora descreve que uma *soft law* que seja incapaz de produzir efeitos jurídicos não é uma lei, bem como a que deva produzir não seria *soft*, mas *hard law*, o que revelaria uma contradição terminológica.¹⁴¹

Observando as orientações doutrinárias no campo do direito internacional, Ulrich Fastenrath constata a existência de posições que definem que a *soft law* seria uma ajuda na orientação do processo de interpretação. Pode-se afirmar que teria a tarefa de fixar os perímetros de discussões futuras sobre a lei aplicável. O autor esclarece seu posicionamento dizendo que esses instrumentos têm o potencial de gerar um consenso amplo sobre os posicionamentos internacionais e possuem a relevante função de esclarecer qual seja o entendimento que deve ser resguardado acerca da *hard law* e, portanto, sua definição mais estreita.¹⁴² Assim, identifica-se que a *soft law* cumpre uma função prática na medida em que

139 Os autores indicam ainda que outro conjunto de princípios, denominado Princípios de Maastrich, foi elaborado em janeiro de 1997 com finalidade similar. Apesar de esse documento não ter sido adotado formalmente por um órgão da ONU, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem empregado seus termos para avaliar os informes estatais e os contrainformes da sociedade civil, além de utilizá-los como fonte para a elaboração dos Comentários Gerais. ABRAMOVICH, Vitor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 69.

140 COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 488.

141 Diz a autora no original, a respeito do conceito de *soft law*, que não existe restrição de sua parte à adoção de uma ideia que inclua os elementos descritos na assertiva: “rules of conduct that are laid down in instruments that not have been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects. SENDEN, Linda. **Soft law in European Community law**. Hart Publishing: Portland, 2004. p. 3.

142 FASTENRATH, Ulrich. **Relative Normativity in International Law**. European Journal of International

fornece a manifestação de pontos de vista acerca do que deve ser considerado como legal e justo.

Uma outra nota sobre a questão requer incluir o que Andrew T. Guzman e Timothy L. Meyer dizem sobre a definição de *soft law*. Para esses autores, esses documentos “são regras não vinculativas que têm consequências jurídicas, porque eles moldam as expectativas dos Estados quanto ao que constitui comportamento compatível”.¹⁴³ Ainda que não se possam estabelecer de forma exata as consequências advindas da violação desses documentos, certamente serão estabelecidos parâmetros que assegurem a finalidade pela qual essas regras são postas pela comunidade internacional.

A existência de normas de direito internacional desprovidas de caráter obrigatório e de diretivas que deixam aos seus destinatários uma margem de apreciação no que toca ao cumprimento de seu conteúdo deriva da necessidade de adaptação da ordem internacional contemporânea às novas temáticas que exigem flexibilidade, como a conjuntura econômica, direitos humanos e meio ambiente.¹⁴⁴

Valerio Mazzuoli identifica duas diferenças entre a *soft law* e as demais normas de direito internacional. A primeira observação se refere à constatação de que aquela espécie de norma seria um “compromisso programático”, pois possui o interesse de que sejam assumidos comportamentos a ser adotados no futuro. A segunda diferença reside na ideia de que seu cumprimento é mais uma recomendação do que uma obrigação de fato dirigida aos Estados, o que resultaria em um sistema de sanções diferenciado. Adverte o autor, no entanto, que em relação à *soft law*, o seu conteúdo jurídico não está totalmente formalizado e sua natureza jurídica não está perfeitamente delineada, “o que retira boa parte da segurança científica necessária em se considerar o fenômeno como nova fonte de Direito Internacional Público”.¹⁴⁵

Então, diante das opiniões coletadas, pode-se afirmar que a *soft law* seria essa forma de compreensão dos deveres jurídicos estatais que, uma vez estabelecidos pelo consenso da comunidade internacional, podem gerar alguns efeitos indiretos derivados do não cumprimento dessas obrigações. A tarefa que se persegue, no entanto, é definir quais

Law, vol. 4 n. 3, 305-340, (1993). Disponível em: <<http://207.57.19.226/journal/Vol4/No3/art1.pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2010.

143 Tradução livre do texto original: “nonbinding rules that have legal consequences because they shape states’ expectations as to what constitutes compliant behavior.” GUZMAN, Andrew T.; MEYER, Timothy L. **International Soft Law**. Journal of Legal Analysis 2 (2010): 171-225. Disponível em: <http://works.bepress.com/andrew_guzman/41>. Acesso em: 17 dez. 2010

144 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional público**. 5ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 156 – 160.

145 Idem. p. 160.

resultados possíveis poderiam advir desse descumprimento, uma vez que, por não se revestir formalmente das características de um tratado, a *soft law* pode vir a padecer de ineficácia social em relação ao objeto de sua regulação.

Para que se possa, então, vislumbrar alguns dos resultados possíveis ao descumprimento dos Estados em relação aos Comentários Gerais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dever-se-á observar que o direito dos tratados internacionais é regido pela Convenção de Viena e, no Brasil, apenas em 14 de dezembro de 2009, através do Decreto nº 7.030, é que ela foi promulgada. As regras gerais de interpretação de um tratado, trazidas no artigo 31 da referida Convenção, incluem a ideia de que um tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

Resta investigar qual o significado desses documentos para a Administração Pública e, especialmente, para os tribunais locais, ou melhor dizendo, para o direito interno, já que inexistem mecanismos internacionais de proteção direta dos direitos inclusos nesses documentos. O fato de que, no Brasil, aos tratados internacionais de direitos humanos se reserva hierarquia constitucional quando o seu processo legislativo cumprir os requisitos formais de aprovação das emendas constitucionais ou o caráter de supralegalidade¹⁴⁶ nas outras hipóteses, coloca aos intérpretes locais a obrigação de conhecer a interpretação do PIDESC em sede internacional.

Ainda segundo Victor Abramovich e Christian Courtis, “são os tribunais internos que têm a seu cargo velar pelo pleno respeito e garantia de todas as obrigações internacionais assumidas pelos distintos países em matéria de direitos humanos”, especialmente, nesse caso, as inclusas no PIDESC.¹⁴⁷ A não implementação de medidas pelos poderes estatais, inclusive a resposta judiciária contrária às disposições internacionais a respeito do Pacto, pode ocasionar parecer negativo do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre o cumprimento

146 A Constituição Federal brasileira de 1988 aceita como normas constitucionais os tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos e que tenham sido aprovados através de um processo legislativo com o quórum qualificado para emendas constitucionais. Em 3 de dezembro de 2008, o Min. Celso de Mello, no RE 466.343-SP, no qual se arguia a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel apelando à aplicação do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), modificou radicalmente sua opinião anterior (tal como expressa no despacho monocrático do HC 77.631-5/SC, publicado no DJU 158-E, de 19.08.1998, Seção I, p. 35), para aceitar a tese segundo a qual os tratados de direitos humanos têm índole e nível de normas constitucionais no Brasil. A opinião não prosperou, e a posição de Gilmar Mendes fez com que o Brasil adotasse o entendimento de que os tratados sobre direitos humanos gozam de *status* de supralegalidade.

147 ABRAMOVICH, Vitor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 73-74.

das obrigações. Por isso, a interpretação das cláusulas do PIDESC realizada por esse Comitê, sobretudo as exaradas através dos Comentários Gerais, representa um guia necessário de interpretação do direito pelos tribunais domésticos.

O Comentário Geral nº 14 dispõe sobre o direito à saúde. A todas as pessoas é dada a titularidade desse direito, para que possa usufruir do mais alto nível possível de saúde, sempre no intuito de garantir uma vida com dignidade. A realização do direito à saúde pode ser efetuada através de inúmeras abordagens complementares, tais como a formulação de políticas de saúde, ou a implementação de programas de saúde desenvolvidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), ou a adoção de instrumentos jurídicos específicos. Além disso, o direito à saúde inclui determinados componentes que são juridicamente vinculativos – como é o caso do princípio da não discriminação em relação aos serviços de saúde.

Segundo o comentário em pauta, o direito à saúde não deve ser entendido apenas como um direito a ser saudável. A noção de "o mais alto padrão possível de saúde" no artigo 12.1 do Pacto leva em conta tanto o indivíduo como suas condições socioeconômicas, biológicas e de recursos disponíveis do Estado. O Comitê entende que o direito à saúde inclui não apenas os cuidados de saúde apropriados e oportunos.

Fatores específicos e determinantes da saúde são também considerados, tais como acesso à água potável, saneamento adequado, fornecimento de alimentos seguros, nutrição e habitação. Um outro aspecto importante é a recomendação de que a participação popular em todos os assuntos relacionados com a tomada de decisões em nível comunitário, nacional e internacional garante a democratização do acesso à saúde.

Nesse comentário, são postos os elementos indicadores de saúde para a comunidade internacional. Uma espécie de mínimo existencial definido pela comunidade de Estados. Esses elementos estão interligados e são indispensáveis para que se constate o grau de efetividade desejado em relação ao direito à saúde. O fato de serem descritos elementos indispensáveis faz entrever a não adoção de uma proposta essencialista pelo Comitê em relação ao conceito de saúde.

Não se propõe um conceito que intente apreender o "ser" saúde, e os acertos dessa proposta já foram mencionados. Ao contrário, busca-se elencar os indicadores suficientes para a constatação da efetividade desse direito em um Estado. O que se propõe será visto a seguir.

O primeiro elemento é a "disponibilidade". No parágrafo 12, alínea "a", a ideia é a de

que as instituições de saúde pública devem estar em funcionamento adequado, bem como as instalações desses serviços e bens. Além disso, os programas de saúde propostos por um Estado devem estar disponíveis em quantidade suficiente para o atendimento de todos aqueles que deles necessitarem. Diz-se que, para a efetividade do direito à saúde, o conjunto de bens ou serviços que visem a esse fim deve poder ser entregue imediatamente ao cidadão que dele necessitar.

Seguindo no mesmo parágrafo, alínea “b”, encontrar-se-á o elemento segundo: acessibilidade. Os estabelecimentos, bens e serviços de saúde pertencentes a um Estado devem ser acessíveis a todos os indivíduos, sem discriminação de qualquer natureza. A acessibilidade compreende quatro dimensões específicas, a saber: a) não discriminação; b) acessibilidade física de forma que as instalações de saúde, bens e serviços devem estar dentro do alcance físico seguro para todas as camadas da população, especialmente dos grupos vulneráveis ou marginalizados, como as minorias étnicas e populações indígenas, mulheres, crianças, adolescentes, idosos, presos, pessoas com deficiência e das pessoas com HIV/AIDS. A acessibilidade também implica que os serviços médicos e fatores determinantes da saúde, tais como água potável e instalações sanitárias adequadas, estejam dentro do alcance físico seguro, inclusive nas zonas rurais. Acessibilidade inclui ainda o acesso adequado a edifícios para pessoas com deficiência; c) acessibilidade econômica, de forma que o uso da equidade não permita a sobrecarga das famílias mais frágeis economicamente em franco favorecimento das classes mais abastadas; d) acesso à informação.

Os estabelecimentos, bens e serviços de saúde devem ainda ser adequados à ética médica e culturalmente apropriados, respeitando os requisitos de gênero, a confidencialidade e a intimidade das pessoas (alínea “c”, parágrafo 12).

Por fim, o quarto elemento apresentado pelo Comitê é a “qualidade” (alínea “d”, parágrafo 12). O serviço deve ser cientificamente adequado, com pessoal médico qualificado, medicamentos rigorosamente controlados, água potável e condições sanitárias apropriadas.

O Comitê dedica ponto especial ao princípio da não discriminação. No parágrafo 19, afirma que a igualdade de acesso aos cuidados e serviços de saúde tem de ser enfatizada. Os Estados têm a obrigação especial de garantir àqueles que não têm meios suficientes o direito à saúde. Essas ações poderão ser efetivadas, por exemplo, mediante a alocação de recursos adequados para que não se configure nenhuma espécie de discriminação, privilegiando um ou outro setor ou grupo específico.

Surge a questão sobre o que deve, então, fazer o Estado para cumprir com as disposições do Pacto de 1966 relacionadas à saúde. Insta salientar que o que se propõe é encontrar respostas concretas e práticas. Com essa finalidade, o Comitê se refere às obrigações gerais e obrigações específicas para os Estados Partes.

Em relação às primeiras, menciona a vedação do retrocesso em matéria do direito à saúde. No Brasil, um exemplo fácil de se imaginar seria a interrupção do fornecimento gratuito de medicação para o tratamento dos infectados com o HIV sem que se disponha de uma medida substitutiva apropriada. Tal como acontece com todos os outros direitos consagrados no Pacto, há uma forte suspeita na comunidade internacional de que as medidas regressivas tomadas em relação ao direito à saúde não são admissíveis. Para que isso fosse possível, o Estado teria de provar que têm sido introduzidas outras alternativas e que os recursos disponíveis foram gastos até o máximo de sua possibilidade.

Sobre as obrigações específicas do Estado, no parágrafo 34 é definido que os Estados têm a obrigação de respeitar o direito à saúde, especialmente quando se trata de recusa ou limitação de acesso igual a todas as pessoas, incluindo os presos, a serviços de saúde. Proteger inclui abstenções estatais, da mesma forma como, por exemplo, quando o Comitê indica que o Estado está obrigado a não comercializar medicamentos inseguros.

O segundo tipo de obrigação específica (parágrafo 35) são as obrigações de proteger. Aos Estados é dada a tarefa de construir um aparato legislativo e de metas e programas que garanta a igualdade de acesso aos cuidados de saúde.

As obrigações de cumprir são a terceira espécie de obrigações específicas (parágrafo 36). Esse tipo de obrigação requer que o Estado reconheça de forma suficiente o direito à saúde nos sistemas político e jurídico nacionais. A preferência deve ser dada a um sistema de aplicação da legislação, com a adoção de uma política nacional de saúde e um plano detalhado para a realização do direito à saúde.

Por fim, a obrigação de realizar (facilitar) exige que os Estados tomem medidas positivas que permitam às pessoas e comunidades desfrutar do direito à saúde. Os Estados Partes também são obrigados a satisfazer (prover) os direitos específicos contidos no Pacto, quando os indivíduos ou grupos são incapazes, por razões alheias à sua vontade, de realizar esse direito (parágrafo 37).

O objetivo do documento analisado e proposto pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é o estabelecimento de elementos que indiquem o grau de saúde de uma

população a partir da proposta de responsabilidade dos Estados. Essas responsabilidades básicas não podem, a não ser que se demonstre de forma inequívoca a utilização total de recursos disponíveis para esse fim, deixar de ser cumpridas pelo Estado, e a este não é dada a possibilidade de justificativa outra para sua não implantação.

São obrigações básicas a garantia do acesso aos serviços de saúde, bens e serviços numa base não discriminatória, especialmente para os grupos vulneráveis ou marginalizados; o acesso aos alimentos essenciais mínimos, que sejam nutricionalmente adequados e seguros; a garantia de acesso à habitação, saneamento e água potável e o fornecimento de medicamentos essenciais.

Mais complexo por envolver uma atividade técnica qualificada, deve-se adotar e implementar uma estratégia nacional de saúde pública e um plano de ação, com base em dados epidemiológicos, abordando as preocupações com a saúde de toda a população, através de um processo participativo e transparente (parágrafo 43).

Por fim, não menos importantes, são postas as seguintes responsabilidades específicas: garantia reprodutiva materna (pré-natal, bem como pós-natal) e assistência à saúde da criança; prestação de imunização contra as principais doenças infecciosas que ocorrem na comunidade; adoção de medidas para prevenir, tratar e controlar doenças endêmicas e epidêmicas; garantia de educação e acesso a informações sobre os principais problemas de saúde na comunidade, incluindo os métodos de prevenção e controle; assegurar uma formação adequada do pessoal de saúde, incluindo a educação em saúde e direitos humanos (parágrafo 44).

A terceira parte do documento traz, a partir do parágrafo 46, as hipóteses nas quais se pode verificar a violação das responsabilidades com o direito à saúde pelos Estados. Cumpre anotar, com antecedência, que as violações podem ser derivadas da impossibilidade de um determinado Estado cumprir com suas responsabilidades ou, de outra forma, da pura negligência.

Violações do direito à saúde podem ocorrer através da ação direta de Estados e outras entidades. A adoção de quaisquer medidas retrógradas incompatíveis com as obrigações fundamentais no âmbito do direito à saúde, descritas no parágrafo 43, como apontado acima, constitui uma violação do direito à saúde.

Violações por atos comissivos incluem a revogação formal ou a suspensão da legislação necessária para a fruição contínua do direito à saúde ou a adoção de legislação ou

de políticas que são manifestamente incompatíveis com as obrigações legais em relação ao direito à saúde.

Violações do direito à saúde também podem ocorrer por meio da omissão ou falha dos Estados em tomar as medidas necessárias decorrentes de obrigações legais. Violações por atos de omissão incluem a incapacidade de tomar as medidas adequadas para a realização plena do direito de todos ao gozo do mais alto nível possível de saúde mental e física, a falta de uma política nacional sobre segurança e saúde no trabalho, bem como saúde ocupacional, serviços, e a incapacidade de fazer cumprir as leis pertinentes.

Um exemplo de violação a quase todas as responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro através da adoção do Pacto de 1966 é o relativo à questão da saúde nas prisões, especificidade desta investigação. Antes que se possa passar à análise das questões específicas, resta a tarefa de visualizar, brevemente, a questão das regras mínimas para o tratamento dos prisioneiros em âmbito nacional e internacional.

1.4. As regras mínimas de tratamento dos prisioneiros

Adotadas pelo 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social da ONU através da sua resolução 663 C I (XXIV), de 31 de julho de 1957, aditada pela resolução 2.076 (LXII), de 13 de maio de 1977, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Prisioneiros¹⁴⁸ são outro importante documento a se analisar.

Essas regras servem ao propósito de oferecer estímulos à superação das dificuldades práticas que se opõem a sua aplicação, na certeza de que representam, em seu conjunto, as condições mínimas admitidas pelas Nações Unidas. Nessa tentativa de consolidação de princípios fundamentais de interesse para a administração das prisões e para o tratamento dos indivíduos encarcerados, reconhece esse documento que nem toda regra pode ser aplicada em qualquer lugar e em qualquer tempo.

O objetivo das presentes regras não é o estabelecimento de um modelo adequado de prisão, mas propor regras de uma boa organização penitenciária e da prática relativa ao tratamento de prisioneiros.¹⁴⁹ A primeira parte das regras internacionais de tratamento do

148 ONU. Regras Mínimas para o Tratamento dos Prisioneiros. Disponível em: <http://www.operacoesespeciais.com.br/userfiles/07_Regras_minimas_Tratamento_Prisioneiros.pdf> Acesso em: 28 nov. 2010.

149 ONU. **Regras Mínimas para o tratamento de prisioneiros.** Disponível em:

recluso trata das matérias relativas à administração geral dos estabelecimentos penitenciários. Essas normas são aplicáveis a todas as categorias de prisioneiros, criminais ou civis, em regime de prisão preventiva ou já condenados, inclusive aqueles que tenham sido objeto de medida de segurança ou de medida de reeducação ordenada por um juiz.

Não se pugna nesse instrumento, nem em qualquer outro documento que elenca direitos humanos, apenas pelas reparações de danos sofridos, senão pela prevenção destes. Todos os prisioneiros devem ser tratados com o respeito devido à dignidade humana, não podendo haver nenhuma espécie de discriminação. O respeito às convicções religiosas e preceitos culturais é princípio básico. A responsabilidade das prisões pela guarda dos reclusos e para a proteção da sociedade contra o crime deve ser apurada em conformidade com os demais objetivos sociais do Estado e as suas responsabilidades fundamentais para promover o desenvolvimento e bem-estar de todos os membros da sociedade.

A pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão deve ser tratada com humanidade e com respeito da dignidade. Esta exigência é feita, especialmente, quando o Estado é parte, no PIDESC, e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP e respectivos Protocolos Facultativos. Os instrumentos de Direito Internacional incluem proteção a diversos direitos que tutelam bens jurídicos considerados relevantes e que não devem ser suspensos em razão da privação da liberdade.¹⁵⁰

Todos os presos devem ter o direito de tomar parte em atividades culturais e educacionais que visem o desenvolvimento integral da personalidade humana. Os reclusos devem ter acesso aos serviços de saúde disponíveis no país, sem discriminação em razão da sua situação jurídica. Com a participação e ajuda da comunidade e das instituições sociais, e tendo na devida conta os interesses das vítimas, as condições favoráveis devem ser criadas para a reintegração dos ex-reclusos na sociedade, nas melhores condições possíveis.

O Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, aprovado por resolução da Assembleia-Geral 43/173, de 9 de dezembro de 1988, é outro documento de especial interesse. Nessa carta, é garantido no item 24 que um exame médico deve ser oferecido a uma pessoa detida ou presa com a maior brevidade possível após o seu ingresso no local de detenção ou prisão. Além disso, os cuidados médicos e, posteriormente, o tratamento devem ser fornecidos sempre que necessários.¹⁵¹

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2010.

150 ONU. **Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos**. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/basicprinciples.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2010.

151 ONU. **Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção**

Os direitos humanos na administração da justiça são fartos de documentos protetores dos encarcerados.¹⁵² Em relação à saúde dos presos, a proteção é veiculada pelos Princípios de Ética Médica Aplicáveis à Função do Pessoal de Saúde, principalmente Médicos, na Proteção de Prisioneiros e Pessoas Detidas contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes.¹⁵³

Esse documento, aprovado por resolução da Assembleia-Geral 37/194, de 18 de dezembro de 1982, recomenda que o pessoal de saúde, especialmente médicos, encarregado da assistência médica aos presos tem o dever de proporcionar-lhes a proteção de sua saúde física e mental, além do tratamento da doença com a mesma qualidade e padrão do dispensado àqueles que não estão presos ou detidos.

No Brasil, as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos são veiculadas através da resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP. Substancialmente, não há diferenças entre as regras internacionais e as veiculadas pelo órgão de execução citado. Essa agenda de exigências mínimas deve refletir a adoção de uma política penitenciária adequada. O divórcio entre a realidade carcerária e as regras internacionais e brasileiras é surpreendente.

Gilmar Mendes constata essa situação quando afirma que

As deficiências havidas no nosso sistema prisional são de toda ordem e refletem o estado de degradação em que se encontra: desde o lixo acumulado à infestação por ratos; denúncias de maus-tratos e agressões sexuais, corrupção de agentes públicos, abusos de autoridade, tudo agregado à ociosidade, à revolta mal contida de presos muitas vezes barbarizados, num inevitável caldeirão de turbulências que não raro explode em rebeliões, motins e violência gratuita. A essa miríade de problemas se sobrepõem custos elevadíssimos de manutenção de presos, falta de assistência jurídica, frontal e rotineiro desrespeito à Lei de Execução Penal.¹⁵⁴

ou Prisão. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/bodyprinciples.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2010.

152 Foram citados as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, os Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos, o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, mas ainda há as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade, a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes (CAT), o Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, os Princípios de Ética Médica Aplicáveis à Função do Pessoal de Saúde, principalmente Médicos, na Proteção de Prisioneiros e Pessoas Detidas contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes

153 ONU. **Princípios de Ética Médica Aplicáveis à Função do Pessoal de Saúde, principalmente Médicos, na Proteção de Prisioneiros e Pessoas Detidas contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes.** Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/medicalethics.htm>>. Acesso em: 17 dez 2010.

154 MENDES, Gilmar. **Pronunciamento do Presidente do STF e do CNJ, Min. Gilmar Mendes, na abertura**

O importante papel a ser desempenhado pelas recomendações dos órgãos internacionais e pelo CNPCP não foi capaz de elidir a crise do Sistema Prisional. Ou se apresentam soluções efetivas para o desrespeito à dignidade do preso, ou as prisões brasileiras continuarão muito assemelhadas a calabouços.

Com a intenção de avançar no estudo para a proposição de ideias à atuação do poder público, especialmente o Poder Judiciário, ainda se deverá atentar para a demonstração do direito à saúde como direito fundamental social.

1.5. O direito à saúde como direito fundamental social: determinação da Constituição brasileira de 1988

O movimento constitucionalista surgido na Europa Continental pós-guerra e a redemocratização brasileira coroada com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 desenharam uma nova forma de organização política: Estado Democrático de Direito ou, para outros, Estado Constitucional de Direito, Estado Constitucional Democrático.¹⁵⁵

A Constituição é o alicerce de um Estado Democrático de Direito. É o fundamento de validade de todos os atos e legislações estatais, além de gozar de supremacia na cadeia normativa, vinculando, através da força normativa de suas regras e princípios, toda a ordem jurídica. É no preâmbulo ainda que a Constituição brasileira consagra a necessidade de projeção do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Flávia Piovesan sustenta que o texto constitucional consagra a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais como dimensões que configuram esse modelo de Estado. Afirmar a autora que

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito Brasileiro, destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III). Vê-

da Jornada Científica do Comitê Permanente da América Latina para a revisão das regras mínimas da ONU para o tratamento dos presos. Belém, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discurso_regras_minimas_para_tratamento_de_p_resos.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2010.

155 Para consultar as diferentes nomenclaturas e as razões de seus usos sobre o tema: FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de Derecho. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 13 – 29. Assim como: ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 31 – 47.

se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora. Como afirma Jorge Miranda: “A constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais”. E ela repousa na dignidade de pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa, fundamento e fim da sociedade e do Estado.¹⁵⁶

Robert Alexy identifica, no contexto da Constituição alemã, alguns princípios fundamentais do Estado Constitucional Democrático.¹⁵⁷ Com os devidos cuidados, consideradas as diferenças entre aquela nação e o Brasil, é possível utilizar a proposta do autor a partir da Constituição brasileira. Três princípios são apontados: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a liberdade (art. 5º, *caput*) e a igualdade (art. 5º, I).

Nesse cenário, diversos temas ganharam novo relevo, o que pode ser facilmente constatado ao se analisar as novas perspectivas literárias e filosóficas surgidas no Brasil pós-1988. A mais expressiva mudança de postura está relacionada ao imenso catálogo exemplificativo de direitos fundamentais consagrado pelo texto constitucional. A perplexidade se volta, no entanto, para o grau de inefetividade desses direitos. Essa constatação revela que as promessas textuais somente iniciariam o processo de mudança a que se deveria submeter a sociedade brasileira, mas não atingiram o grau de resultados adequados à satisfatoriedade.

A Constituição do Brasil adotou critério unificador, sob a nomenclatura de Direitos e Garantias Fundamentais, no elenco que segue o Título II. Segundo Ingo Sarlet, este “forte argumento ligado ao direito positivo” seria suficiente para a adoção da nomenclatura “direitos fundamentais” em detrimento de outras existentes, inclusive no próprio corpo do texto constitucional.¹⁵⁸ Cabe, ainda, a ressalva de que a distinção entre a nomenclatura “direitos fundamentais” em sua contraposição a “direitos humanos” assume ares de pacificação na obra de alguns juristas, quando se pretende optar pelo critério do seu plano de positivação.¹⁵⁹

Robert Alexy empreende esforços para a construção de uma teoria integrativa acerca da definição do que sejam os direitos fundamentais. A proposta básica do autor é que esta

156 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 26.

157 ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales em el Estado Constitucional Democrático. In: CARBONELL, Miguel (ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 31.

158 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 34.

159 Ingo Wolfgang Sarlet cita, inclusive, a literatura de Perez Luño quando se refere à obra deste autor denominada *Los Derechos Fundamentales* para esclarecer que “a categoria de direitos humanos é temporal e espacialmente condicionada, visto que cuida da institucionalização jurídica dos direitos fundamentais na esfera do direito positivo”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 436 e seguintes.

teoria fosse além das ideias ordinárias, declarando, por exemplo, o inconveniente de se estabelecer ligações deste conceito a uma concepção predeterminada de Estado. Diz o autor que

Uma definição do conceito de direito fundamental como essa, orientada por teses substanciais e estruturais, tem inconvenientes. Ela vincula o conceito de direitos fundamentais a uma determinada concepção de Estado (...). Um direito como o direito à garantia do mínimo existencial não poderia ser classificado como ‘direito fundamental’, ainda que pudesse ser fundamentado com base em normas do catálogo de direitos fundamentais, visto que não tem a estrutura de direito de liberdade do Estado de Direito Liberal.¹⁶⁰

No Brasil, a Constituição aponta um conjunto exemplificativo de direitos fundamentais. Segundo a própria Constituição, em seu artigo 5º, § 2º, naquilo que ficou conhecido como “cláusula de abertura”, reconhece-se que há de se considerar como também fundamentais, através de método hermenêutico apropriado à máxima efetividade da Constituição, outros direitos decorrentes do regime e dos princípios pela Carta brasileira adotados, ou dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil seja parte. A construção de direitos fundamentais na ordem jurídica, a partir de uma hermenêutica ampliadora do texto normativo da Constituição Federal, ainda há de ser posta em termos mais claros pela literatura e pela jurisprudência nacionais.

Os direitos sociais vêm insculpidos no texto constitucional brasileiro de 1988, no Capítulo II do Título que enumera os Direitos e Garantias Fundamentais, logo após o catálogo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. É incontroverso que esse fato sugere que, sob a ótica do direito positivo, escolheu-se esse conjunto de direitos, alocando-os em meio a outros de igual fundamentalidade, para serem oportuna e devidamente considerados e com uma específica finalidade: garantir-lhes aplicação imediata.

Não é outra a interpretação mais coerente com o texto do § 2º do artigo 5º da Carta Constitucional. Andreas J. Krell revela que, apesar dessas disposições constitucionais, essa categoria de direitos ainda tem “suscitado controvérsias no que diz respeito a sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização”.¹⁶¹

A literatura costuma classificar os direitos fundamentais em três dimensões. Os temas

160 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 67.

161 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional ‘comparado’**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 17.

da Revolução Francesa inspiraram esta classificação, e movimentos históricos diversos, sob condições ideológico-sociais dessemelhantes, trataram de fazê-los constar do rol inscrito nos textos constitucionais. Os direitos sociais, assim, ficaram conhecidos como direitos de igualdade e, por terem sido positivados posteriormente aos direitos de liberdade, receberam a designação de direitos de segunda dimensão.¹⁶²

No pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, assim como os direitos de primeira dimensão, os direitos sociais têm como destinatário a pessoa individual, não podendo haver confusão com os direitos de solidariedade, ou de terceira dimensão.

A utilização da expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.¹⁶³

É esse o entendimento que esclarece a razão pela qual se chega à ideia de que os direitos sociais representam a tentativa constitucional de garantir igualdade entre os indivíduos de uma dada sociedade. Nesse mesmo sentido, a ministra Ellen Gracie proferiu a seguinte conclusão ao analisar um caso que contrapunha o direito à saúde ao dever de o Estado fornecer medicamentos:

Ressalte-se que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária.¹⁶⁴

162 Consideráveis críticas têm sido levantadas na literatura nacional e estrangeira sobre a doutrina das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais. Apartando uma leitura ligeira das diversas razões pelas quais estas vozes se levantam, optar-se-á, neste trabalho, pela facilidade didática desta classificação. Cite-se ainda que Bobbio em *A Era dos Direitos*, Sarlet em seu *A Eficácia dos Direitos Fundamentais* e Bonavides no seu *Curso de Direito Constitucional* utilizam estes termos, a par destas críticas a tal classificação.

163 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

164 SS 3205/AM. Decisão publicada no *DJU* de 8.6.2007. Nesta ocasião, o estado do Amazonas alegara que “os recursos públicos são limitados, o que impele o gestor público a adotar uma política que atente aos princípios da economicidade das ações e do custo-benefício dos tratamentos”, e que “ao ser compelido a adquirir medicamentos fora de suas atribuições como elemento de um sistema único, objeto da Lei 8.080/90, toda a coletividade será prejudicada, pois, valendo-se do exemplo do caso concreto, estar-se-ia atendendo a uma necessidade individual em detrimento do equilíbrio financeiro do sistema em relação à coletividade”.

A decisão monocrática da ministra do Supremo evidencia o encaminhamento dado pelo pensamento de Andreas Krell, quando esclarece que a negação da efetividade de Direitos Fundamentais Sociais seria uma manifestação de descaso, no momento em que se decide “reconhecê-los como verdadeiros direitos”.¹⁶⁵

A dignidade da pessoa humana e o reconhecimento do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais de direito fundamental direcionam à constatação de que é imprescindível uma atividade hermenêutica nos moldes da interpretação sistemática e teleológica do texto, comprometida com esses objetivos.¹⁶⁶

De fato, Paulo Bonavides torna notável essa ideia quando revela a necessidade de uma nova hermenêutica, pois “a Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido”.¹⁶⁷ Eis a razão pela qual o conhecimento dos princípios se torna imprescindível ao intérprete constitucional.

A posição do Poder Judiciário nesse contexto é digna de nota. A participação dos juízes em processos de decisões que ordinariamente seriam políticas assusta a maioria dos pensadores que vislumbram o direito como desvinculado da necessidade de cumprimento da justiça, porque este é um conceito que lhe é alienígena. Em estudo sobre direitos sociais, Inocência Mártires Coelho, por exemplo, classifica como retórico o posicionamento de Andreas Krell na oportunidade em que este se refere ao princípio da reserva do possível como uma “falácia” e fruto de um Direito Constitucional comparado que cometeu enganos.¹⁶⁸

Utilizar-se de doutrinas diversas no intuito de ver negados os direitos fundamentais, especialmente os sociais, representa uma das mais falaciosas e retóricas – estas sim – desculpas que se podem encontrar em um jurista na contemporaneidade do direito constitucional brasileiro. Destoa completamente dos princípios aplicáveis à nova

165 KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional ‘comparado’**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 23.

166 PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. *EOS* Revista Jurídica da Faculdade de Direito. V. I, nº. I, ano 2. Dom Bosco. Curitiba, 2008. p. 20.

167 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 545.

168 MENDES. Gilmar Ferreira; COELHO. Inocência Mártires; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. O referido debate gira em torno do instituto criado pela jurisprudência alemã que, segundo Andreas Krell, entende que “a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos”. Continua o autor enfatizando que “se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço da dívida) onde sua aplicação não está intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde”. KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional ‘comparado’**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 53.

hermenêutica constitucional, em que os valores e os princípios deverão ser equilibrados de maneira a se encontrar a perfeita harmonia entre os aspectos da questão.

É dizer, enfim, que as afirmações de que o princípio da dignidade humana e o catálogo de direitos fundamentais não são os pilares que devem sustentar a interpretação das normas constitucionais são impróprias. Submeter este princípio a desculpas no intuito de ver negada a realização de políticas públicas de cunho positivo é inviável.

Não se pode considerar coerente com as necessidades práticas da sociedade brasileira contemporânea, assumidas as complexidades das questões envolvidas, a interpretação das normas constitucionais sob uma ótica estritamente liberal, em que o Estado intervirá de forma mínima para a garantia dos direitos do homem. O custo dos direitos e os limites orçamentários devem ser considerados, mas nunca utilizados de forma a obstaculizar a realização de compromissos constitucionais sem a efetiva cognição das impossibilidades e das escolhas efetuadas.

Os direitos sociais são, como ficou demonstrado, direitos fundamentais. Ao lado deste adjetivo, carregam em seu bojo as mesmas qualidades, grau de eficácia e importância jurídico-constitucional do gênero em questão. Protegidos estão pela norma de intangibilidade proposta pelo artigo 60, § 4º, da Carta Magna.

A saúde foi incluída na Constituição Federal de 1988 como direito social fundamental. Esta é uma previsão inédita nas constituições brasileiras. No artigo 6º, encontra-se ao lado de outros direitos classificados como de segunda dimensão. No artigo 194, como um dos pilares formadores da seguridade social no Brasil. Mais adiante, nos artigos 196 a 200, o papel do Estado é posto às claras no que concerne à assistência à saúde.

Definida a saúde como direito de todos e dever do Estado, a Carta Constitucional ordena que ele seja garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Indo mais além, o texto acrescenta que o acesso a estas políticas seja universal e igualitário. Ao Estado cabe promover, proteger e recuperar a saúde de todos.¹⁶⁹

A Constituição Federal garante igualdade a todos, e não há espaços para distinção de nenhuma natureza. O texto disponibiliza expressamente a possibilidade de que os cidadãos desfrutem dos cuidados à saúde no mesmo nível de qualidade, independentemente de

169 Tomando por referência o artigo 5º, § 2º, de nossa Constituição, pode-se afirmar, com correção, que tendo por base a abertura material do nosso catálogo de direitos fundamentais, os direitos e deveres que se relacionam com os elementos indicadores do direito à saúde gozam desta mesma fundamentalidade.

contribuição.

Por se tratar de uma necessidade que ultrapassa as possibilidades de alcance ao alvedrio individual, o Estado arvora-se na condição de promotor da efetividade desse direito. Foi o próprio Estado quem definiu os bens jurídicos a serem protegidos. Alçado à condição de necessidade pública por meio de uma decisão política que o tornou jurídico, o direito à saúde goza, hodiernamente, da condição de real interesse da sociedade. A saúde pública é um bem de interesse público tutelado pelo Estado, que deve, através de políticas eficientes, promover a satisfação desse direito.

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde (CF, art. 23, II). Através do estabelecimento dessa competência, denominada administrativa, o cumprimento desta tarefa primordial “cabe, ao mesmo tempo, aos três níveis governamentais da Federação”.¹⁷⁰ A competência administrativa, também denominada material, de cuidar da saúde diz respeito à prestação de serviços referentes a esta matéria, bem como à tomada de providências para a sua realização.

A competência para a produção normativa (legislativa) do Direito Sanitário¹⁷¹ envolve todos os entes federativos. É caso de competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e, de forma suplementar, os municípios, pois assim assevera o texto da Constituição. No exercício da competência de “legislar para proteger e defender a saúde” (CF, art. 24, XII), à União caberá o estabelecimento das denominadas normas gerais, mas é assegurada aos Estados a possibilidade de supri-las quando da ausência de lei federal sobre normas gerais de Direito Sanitário. Há, no entanto, nota que ressalva a atividade legislativa dos estados à condição necessária de atender às suas peculiaridades (CF, art. 24, § 3º). Sobre a competência legislativa dos Municípios, afirma-se que “Compete aos Municípios (...) suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (CF, art. 30, II). Ainda que subordinada às normas gerais estabelecidas pela União e pelos estados respectivos, a Câmara Municipal de cada cidade do País exerce relevante papel no preenchimento de “eventuais lacunas normativas, necessárias para atender às peculiaridades existentes em cada município

170 KRELL, Andreas J. **Discrecionariade administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p 97.

171 O reconhecimento do direito à saúde como um dos direitos sociais e a criação de um sistema único destinado a organizar as ações estatais referentes a políticas públicas de saúde formam elementos fortes para o reconhecimento da existência de um ramo de estudo específico do Direito: o Direito Sanitário. Não é objetivo deste trabalho tratar da conformidade às exigências científicas deste campo específico de conhecimento jurídico. Para um melhor aprofundamento do tema, conferir: AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário: A proteção do Direito à saúde no Brasil**. Quartier Latin, São Paulo, 2007.

brasileiro”.¹⁷²

1.6. O Sistema Único de Saúde

A Constituição brasileira de 1988 confere competência à União para instituir o Sistema Único de Saúde (artigos 198 e 200 da CF). Andreas Krell evidencia que o reconhecimento das tarefas dos Estados e dos Municípios na prestação de serviços públicos tem se efetivado através da tarefa de criação de diversos sistemas. No entanto, adverte no sentido de que a ausência de critérios no estabelecimento desses sistemas, quando provoca desvirtuamento das competências constitucionalmente definidas, pode gerar a tentativa, por parte de alguns administradores, de desviar a responsabilidade que lhes é conferida:

(...) muitos dos referidos sistemas apresentam estruturas claramente tecnocratas e não levam em conta as dificuldades práticas na execução das normas *in loco* por parte das prefeituras e dos órgãos estaduais. Ao mesmo tempo, possuem caráter *centralizador* por não respeitar suficientemente as competências legislativas e administrativas, especialmente dos municípios, oriundas da sua autonomia consagrada no próprio texto constitucional, que não pode ser reduzida por parte do legislador ordinário.¹⁷³ (grifos no original)

No exercício de sua competência, a União regulamentou o Sistema Único de Saúde (SUS) através da Lei 8.080, de 1990, em cumprimento do mandamento constitucional encontrado no artigo 197 da Carta. Essa lei, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, define, em seu artigo 4º, o SUS 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”.

Em caráter apenas complementar, é permitida a participação da iniciativa privada neste sistema quando as unidades públicas de assistência à saúde não são suficientes para garantir atendimento a toda a população de uma determinada região. O Sistema Único de Saúde tem como seus principais objetivos a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde, a formulação de política de saúde destinada a promovê-la, nos campos econômico e social, e a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das

¹⁷² Idem. p. 306

¹⁷³ KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 106.

atividades preventivas (Lei 8.080/90, art. 5º). Incluem-se, neste contexto, a execução das ações de vigilância sanitária, epidemiológica, da saúde do trabalhador, nutricional, de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, e a colaboração na proteção do meio ambiente (Lei 8.080/90, art. 6º).

A lei em pauta estabelece ainda os princípios regentes do Sistema Único de Saúde, no artigo 7º. A universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência é o primeiro deles. Por ser um direito de todos, nos termos da Constituição Federal, a lei esclarece que, ao contrário das outras ações da seguridade social, para a efetivação do direito à saúde não é preciso ter contribuído, como é necessário para se ingressar no rol de segurados pela previdência social. Ainda, o direito à saúde é oferecido a todos, não apenas aos necessitados, como ocorre nos serviços da assistência social. A assistência à saúde deverá ser integral, garantindo a igualdade e preservando a autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral, garantindo-lhes, inclusive, o direito à informação sobre sua saúde.

A descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, garantida pela Lei 8.080/90, em seu artigo 7º, IX, privilegia postura que respeita a necessidade de se garantir a esfera de governabilidade de cada ente da federação e o estabelecimento de políticas voltadas à resolução dos problemas regionalmente considerados. A lei enfatiza ainda a necessidade de se garantir a descentralização dos serviços para a esfera municipal, reconhecendo que para a concretização dessa competência deverão ser conjugados os recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população. O Ministério da Saúde e as Secretarias Estaduais e Municipais exercem, nas esferas de governo correspondentes, a direção do SUS (Lei 8.080/90, art. 8º). É por meio desse Sistema Único que todos os indivíduos têm direito a consultas, exames, internações e tratamentos em todos os estabelecimentos vinculados ao SUS.

Existe a necessidade de se chamar atenção ao fato de que numa sociedade marcada pelas desigualdades, pela exclusão, pela fragilidade das representações sociais, especialmente daqueles que mais sofrem com as consequências da pobreza e miséria que assolam regiões inteiras das cidades brasileiras, acaba por tornar inviáveis as propostas do SUS – um sistema construído com base em princípios de solidariedade social, que assegura a universalidade do acesso e a integralidade da atenção.

As filas intermináveis, o atendimento de baixa qualidade, a ausência de leitos, exames,

médicos e medicamentos denunciam que o direito à saúde resta ainda como uma frágil proposta. Mesmo a Constituição e a legislação ordinária, com suas previsões, ainda não foram capazes de garantir a eficácia dessas regras e princípios. Os movimentos grevistas nos serviços de saúde assistidos em todo o País, por busca de melhores salários e condições de trabalho apropriadas, também denunciam a falta de compromisso com a efetividade do direito à saúde. Não se pretende fazer alusão à ausência de direito de lutar por melhorias das categorias diversas que trabalham diretamente com o paciente, mas que a discussão entre seus sindicatos e o governo não deveria pôr em situação de risco aqueles que não têm acesso a serviços diversos dos propostos pelo Poder Público.

Assumidas as premissas até agora postas, passar-se-á a analisar, no próximo capítulo, a questão referente à saúde do preso. Definido como direito fundamental social posto em termos claros pela ordem internacional, pela Constituição Federal brasileira e pela legislação infraconstitucional federal, a problemática prisional aparece como um dilema quase sem soluções. Apesar de outros ângulos poderem ser analisados, a este trabalho importa a constatação imediata de que não há, na sociedade brasileira, um espaço social no qual os direitos fundamentais sejam tão violados e desprezados.

2 DIAGNÓSTICO DA SITUAÇÃO DAS PRISÕES BRASILEIRAS: A SAÚDE DO PRESO COMO GARANTIA SIMBÓLICA

2.1 Os estigmas e as instituições totais

O filósofo francês Michel Foucault expressou brevemente o pensamento que se espalhou no século XVIII entre pensadores e teóricos do direito, quando disse que “no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade’”.¹⁷⁴

No entanto, o paradoxo que existe entre as finalidades institucionais dos presídios e a constatação de que a execução da pena continua a deixar suspensos os objetivos propostos não é difícil de ser observado. A tarefa de ressocialização do grupo de infratores da ordem jurídica vigente que se encontra submetido à pena privativa de liberdade recebe críticas

174 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 34ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 63.

severas que, apesar de muitas vezes exageradas pelas soluções propostas, não devem deixar de ser consideradas.¹⁷⁵

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, a proposta abolicionista nega a legitimidade do sistema penal tal como é diagnosticado na realidade social contemporânea. Na verdade, essa proposta nega a possibilidade de legitimação de qualquer outro sistema penal que se possa conceber como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos, propondo uma espécie de “abolição radical dos sistemas penais e a solução dos conflitos por instâncias ou mecanismos informais”.¹⁷⁶

Ainda assim, com todas as propostas que possam surgir em teorias avançadas, a ousadia não fez perder a precisão com a qual Michel Foucault sintetiza sua visão acerca da prisão. A prisão, nesse prisma, é austera, “conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. Entretanto não 'vemos' o que pôr em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”.¹⁷⁷

Partindo dessa sentença, resta analisar quais as possíveis soluções para que se resolvam os inconvenientes, sem avançar às bordas das teorias abolicionistas. Neste trabalho, não se decide por essa espécie de tese. Reconhecendo a complexidade das relações sociais configuradas na contemporaneidade globalizada dominada pelo capitalismo, vislumbra-se de melhor propósito discutir as formas disponíveis através das quais a efetividade de direitos garantidos pela ordem internacional e constitucional encontre mecanismos que lhe garanta instrumentalização.

O quadro geral da situação penitenciária no Brasil e na América Latina, de forma generalizada, é, claramente, em graus e números de violações, violento. Não se trata apenas de violações aos direitos mais graves, mas mesmo aos mais elementares. Esse quadro demonstra que a operatividade do sistema penal brasileiro deslegitima o discurso jurídico-penal de forma a pôr em discussão os postulados do Estado Democrático de Direito.¹⁷⁸

175 Não alude essa referência às ideias do direito penal mínimo, mas às propostas abolicionistas do direito penal cujos defensores, apelando à dignidade da pessoa humana, apesar de possuírem uma carga teórica cientificamente densa, ainda não conseguiram obter êxito em projetos que na realidade social característica da contemporaneidade complexa. Poder-se-ia dizer, também, que o que se pretende abolir não é o direito penal, mas o sistema punitivo atual, mudando percepções, comportamentos, extinguindo os paradigmas do sistema penal, sobretudo o encarceramento.

176 Para uma análise das propostas abolicionistas, recomenda-se o estudo: HULSMAN, Louk. El enfoque abolicionista: políticas criminales alternativas. *In*: RODENAS, Alejandra; FONT, Enrique Andrés; SAGARDUY, Ramiro A. P. (Comité de Dirección) **Criminología crítica e control social**. Editorial Juris: Rosario – Argentina, 2000. p. 75 – 104.

177 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 34ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 196.

178 ZAFFARONI, Eugenio Raul. Derechos humanos y sistemas penales em America Latina. *In*: RODENAS,

Um dos obstáculos a serem superados no processo de instrumentalização desses direitos é a forma como a questão prisional é encarada pela sociedade. Costuma-se pensar o delinquente como uma forma diferenciada de pessoa. Uma espécie de não humano.

Richard Rorty, em estudo sobre a fundamentação dos direitos humanos, encontra na atitude violenta de alguns contra outros a possibilidade de que existam concepções mal formadas a respeito do que sejam os interesses humanos. Para o autor, que desenvolve seu pensamento no âmbito das diferenças culturais, essas concepções conseguem identificar a existência de uma parcela de pseudo-humanidade caminhando sobre duas pernas em nossa sociedade. Em alguns casos, desintegra-se a humanidade do outro quando se procede à concepção de que aqueles que não são como nós são muito mais identificáveis com animais. Os “humanos paradigmáticos”, no entanto, convivem em uma espécie de arena com aqueles estigmatizados pela diferença. Apenas uma cultura de direitos humanos que ostente autoconsciência e poder de tornar eficazes os direitos garantidos – em contextos culturais diversificados – pode ser de utilidade garantida, no sentido de atingir os propósitos de solução dos conflitos que emergem das relações intersubjetivas.¹⁷⁹

A situação do indivíduo que não encontra nenhuma espécie de habilitação para a aceitação social plena é denominada “estigma”. Na Grécia antiga, criminosos, escravos ou traidores eram marcados na pele com feridas identificáveis sob essa denominação.¹⁸⁰ Não se tratando da situação do estigma de forma direta, é possível utilizar-se das palavras de Richard Rorty para demonstrar o que aqui se propõe. Qualquer tentativa de fundamentar uma postura normativa universalista, como é o caso da teoria dos direitos humanos, tem por base uma espécie de ilusão, já que é impossível ao ser humano se subtrair aos preconceitos de seu próprio contexto cultural. Rorty não nega o fato de que a humanidade deve buscar elementos que possam tornar mais digna a vida de todos os cidadãos. A proposta seria, enfim, reduzir a possibilidade de que as pessoas enxerguem na diferença do outro uma possibilidade de existência de semi-humanidade. A estigmatização a partir da ótica das diferenças pode ser reduzida através da “educação sentimental”, pois

Alejandra; FONT, Enrique Andrés; SAGARDUY, Ramiro A. P. (Comité de Dirección) **Criminología crítica e control social**. Editorial Juris: Rosario – Argentina, 2000. p.64.

179 RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. Barueri-SP: Manole, 2007. p. 199-204. O autor pretende deixar de lado, como obsoleta, qualquer tentativa de encontrar um fundamento único no conceito de verdade, ou mesmo no de racionalidade, que conceda justificação aos direitos humanos.

180 GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4ª ed. LTC Editora: Rio de Janeiro, 1982. p. 11.

... seria mais eficiente fazer isso porque, assim, poderíamos concentrar nossas energias na manipulação dos sentimentos, na educação sentimental. Esse tipo de educação deixa pessoas diferentes suficientemente familiarizadas umas com as outras, de modo que elas se sentem menos tentadas a pensar que aquelas que são diferentes delas são apenas semi-humanas.¹⁸¹

É possível enxergar o outro como semelhante em contextos interculturais, ou ainda em uma mesma cultura, onde o fenômeno da opressão também pode ser constatado por razões, inclusive, da falta de identificação ou da diferença.

O sociólogo Erving Goffman denomina “identidade social” a categoria e o conjunto de atributos previstos e transformados em expectativas normativas processadas quando uma pessoa entra em contato com outra. O processo no qual a *identidade social virtual* (esperada) se transforma em estigma se dá no momento em que surgem evidências de que alguém possui determinado atributo não desejado ou que o torna diferente – *identidade social real*.¹⁸²

Há três espécies de estigmas que podem ser mencionados, segundo estudos desenvolvidos pelo autor citado: as abominações do corpo, os estigmas tribais de raça, nação e religião, e as culpas de caráter individual. Este último tipo de estigma apresenta relevância íntima para o estudo que aqui se faz. Mas não deixa de ser percebido que, em qualquer dessas categorias, para a sociologia a conclusão é evidente, pois, como afirma Goffman,

Em todos esses exemplos de estigma, entretanto, inclusive aqueles que os gregos tinham em mente, encontram-se as mesmas características sociológicas: um indivíduo que poderia ter sido facilmente recebido na relação social cotidiana possui um traço que pode-se impor à atenção e afastar aqueles que ele encontra, destruindo a possibilidade de atenção para outros atributos seus. Ele possui um estigma, uma característica diferente da que havíamos previsto.¹⁸³

Pode-se afirmar, de acordo com as observações acima, que aqueles que carregam estigmas podem ser concebidos como se não fossem completamente humanos, e a submissão destes a situações discriminatórias degradantes seria, portanto, justificada. É nesse ponto que se estabelece a ligação entre as palavras de Richard Rorty e Erving Goffman. Um ser humano conseguiria justificar suas ações discriminatórias a partir da não identidade com o outro, derivada de uma percepção discriminatória.

Em relação ao estigmatizado, os padrões incorporados por ele da “sociedade maior” o deixa muito fragilizado, e isso pode se traduzir em aceitação derivada da conclusão forçada de

181 RORTY, Richard. **Verdade e progresso**. Barueri-SP: Manole, 2007. p. 206.

182 GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4ª ed. LTC Editora: Rio de Janeiro, 1982. p. 12 – 13.

183 Idem. p. 14.

que ele, como sujeito, realmente se encontra abaixo daquilo que deveria ser. “Auto-ódio, autodepreciação” são efeitos derivados do processo de estigmatização social.

As causas e os efeitos do estigma são diretamente enfrentados no momento em que o intercâmbio social se realiza. Insegurança e sensação de estar participando de um processo de exibição são estímulos possíveis que geram respostas variadas: retração, agressividade, a sensação de que interações sociais provocam angústia. Dessa forma, Erving Goffman descreve como, nesses momentos, age-se em relação ao estigmatizado considerando-o alguém melhor do que ele é ou pior do que achamos que ele realmente é. Mais comum, no entanto, é agir como se ele fosse uma “não-pessoa”, como se a existência dele não fosse percebida.¹⁸⁴

O sistema prisional possui como efeitos claramente identificáveis a produção de sofrimento intenso e a estigmatização. Esse é um dos fatores indicados por Jock Young como indissociavelmente ligados às altas taxas de reincidência entre os egressos do cárcere.¹⁸⁵

É na criminologia difusora da teoria do *labeling approach* (ou teoria do *etiquetamento*) que se tem a ideia de que o desvio e a criminalidade não são qualidades intrínsecas da conduta ou entidades ontológicas pré-constituídas à reação social e penal, “mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição de seleção”.¹⁸⁶

Sem nos demormos numa análise mais aprofundada da questão, a teoria do etiquetamento propõe que a clientela do sistema penal é constituída por membros de classes sociais mais pobres não porque tenham qualquer espécie de tendência para agir de forma delinquente. Ao revés, destaca-se a conclusão de que esse grupo tem maiores chances de ser criminalizado e etiquetado como criminoso. A etiqueta possui forte efeito estigmatizante e acaba por inserir o indivíduo em uma espécie de carreira criminosa, ao contrário do que possa ser imaginado como a função da prisão.¹⁸⁷ Sobre isso, diz Alessandro Baratta que “penas privativas de liberdade, ao invés de ter um efeito reeducativo de delinquentes, determinam, na

184 Ibidem. p. 15–27.

185 YOUNG, Jock. El fracasso de la criminología: la necesidad de un realismo radical. In: RODENAS, Alejandra; FONT, Enrique Andrés; SAGARDUY, Ramiro A. P. (Comité de Dirección) **Criminología crítica e control social**. Editorial Juris: Rosario – Argentina, 2000. p. 11

186 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. UFSC. Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, Revista nº 30, Ano 16, junho de 1995. p. 24-36. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Seq30AndradeParadigmaEPRSMPPCCSC.pdf> Acesso em: 20 mar. 2011.

187 Para maior aprofundamento na teoria do etiquetamento, recomenda-se a leitura de: BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal**. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

maioria dos casos, uma consolidação da identidade de desviado do condenado e seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa”.¹⁸⁸

Aqueles que violaram regras jurídicas penais e cometeram atos atentatórios e violentos contra bens jurídicos relevantes devem ser submetidos à pena previamente cominada pela legislação própria. As prisões são um tipo de instituição, no entanto, dentro da qual aos indivíduos encarcerados não se reserva nenhuma espécie de cuidado com o seu bem-estar.

Erving Goffman desenvolve estudo acerca das instituições nas quais grande número de indivíduos residem ou trabalham durante considerável lapso temporal e são submetidos à clausura e a uma administração formalmente organizada. Essas instituições, denominadas “totais”, reúnem um público com características comuns e são fechadas no sentido de reduzir o contato social entre os internos e o mundo social exterior.¹⁸⁹

O autor descreve cinco agrupamentos de instituições totais que podem ser encontradas em nossa sociedade. A este estudo, interessa o terceiro tipo descrito pelo sociólogo: essa espécie de instituição total é organizada com o objetivo de “proteger a comunidade contra perigos intencionais”. Nota de relevância seja dada à observação feita de que o bem-estar das pessoas isoladas nesse tipo de instituição não se apresenta como uma questão que gere interesse imediato, nem mesmo é considerado um problema para a maioria das pessoas.¹⁹⁰

O primeiro ponto destacado na perda de bem-estar é a barreira muitas vezes desnecessária entre o mundo do internado e o mundo exterior. Alguns dos papéis civis são negados de forma a estender essa barreira, como se observa com o direito à educação, trabalho etc., nas prisões. A perda da noção de segurança pessoal é comum no sentido de que nesses ambientes a integridade física do internado é uma questão em fragilidade constante. O contato físico imediato e indesejado com o outro saudável ou doente, alimentos sujos, locais em desordem, negativas de visitas íntimas, estupros, exposições públicas de intimidades etc., são formas de desfiguração e de profanação do bem-estar dos indivíduos que são submetidos a viver nesse tipo de instituição total.¹⁹¹

“O cárcere serve para encarcerar e encarcera cada vez mais.” Essa é uma conclusão das mais óbvias que se pode extrair da situação atual do sistema penitenciário contemporâneo. Pedro José Cabrera Cabrera, professor de sociologia da Universidade de Comillas, Madri, tece

188 Idem. p. 89.

189 GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7ª ed. Perspectiva: São Paulo, 2003. p. 16.

190 Idem. p. 16-17. Recomenda-se, no entanto, o estudo dos outros grupos de instituições totais na obra direta do autor.

191 Ibidem. p. 18-43.

considerações no sentido de que, além dos fins oficialmente proclamados de retenção e custódia e dos ilusórios propósitos reabilitadores e ressocializadores, o cárcere aprofunda a ruptura com o mundo exterior de quem nele ingressa. A desvinculação familiar desadapta socialmente e desidentifica a pessoa presa. Nas palavras do autor, poder-se-ia afirmar que o aprisionamento “amplifica as assimetrias sociais, promove a submissão da cidadania às normas, e colabora de modo bastante eficaz na construção social dos delinquentes, mercê da dinâmica seletiva do sistema penal”¹⁹².

As prisões brasileiras são excelentes exemplos dessa espécie de instituição total. O perigo intencional de que a sociedade pretende se proteger é o crime e, mais do que obviamente se demonstrará, o bem-estar do enclausurado sob pena privativa de liberdade parece não representar questão problemática, especialmente para a Administração Pública.

Obviamente que não se trata de propor níveis de satisfação social dos quais não gozam a sociedade em geral, mas do mínimo existencial exigido por documentos regulatórios da atividade de custódia do Estado. Mesmo tendo violado, muitas vezes, direitos fundamentais, os indivíduos encarcerados são titulares também desses direitos, como afirma a ordem constitucional brasileira.

A saúde do preso, item de interesse direto desta investigação, será analisada a partir das considerações da ordem internacional e da legislação brasileira em matéria de execução penal, para posteriormente serem apresentados os dados relativos ao grau de respeito a esses direitos garantidos pelo direito positivo.

192 CABRERA, Pedro José Cabrera. **La realidad penitenciaria em el Siglo XXI: perspectivas de futuro.**

Disponível em: <http://www.dosorillas.org/IMG/Pedro_Jose_Cabrera-2.pdf> Acesso em 22 nov. 2010. O autor, no original fala que “Más allá de esta obviedad: que la cárcel sirve para encarcelar y que se encarcela cada vez más, hemos de reconocer que la cárcel además de para los fines oficialmente proclamados de retención y custodia y de los sistemáticamente incumplidos de rehabilitación y reinserción del infractor, sirve esencialmente para profundizar y afianzar la ruptura con el mundo exterior de quienes ingresan en ella, para incrementar la desadaptación social y la desidentificación personal de las personas presas, para aumentar o provocar la desvinculación familiar y el desarraigo, y por supuesto, asumiendo el argumento cínico del mercado, para generar puestos de trabajo y alimentar una industria en crecimiento constante. Es decir, junto a la existencia de una serie de funciones declaradas e incumplidas en la práctica: reinserción social, intimidación, protección; nos encontramos en cambio con otra serie de funciones que son las que realmente cumple la cárcel: amplifica las asimetrías sociales, promueve la sumisión de la ciudadanía a las normas, y colabora eficazísimamente en el proceso de construcción social de los delinquentes merced a la dinámica selectiva del sistema penal que, en pasos encadenado y sucesivos (normas penales selectivas; selección policial; selección del sistema judicial; y finalmente selección por parte de la cárcel que con sus normas y su sistema de funcionamiento interno acaba seleccionando a los que han de permanecer dentro de ella más tiempo)...”

2.2 A Lei de Execuções Penais e sua efetividade à luz dos direitos humanos

Foi ainda no século XVIII que as penas severas aplicadas ao corpo começaram a ser alvo de reprovação. O Iluminismo e as ideias humanitárias amplificaram o movimento filosófico na busca pela reestruturação do sistema de punições. Beccaria em “Dos delitos e das penas” criticaria o rigor demasiado e cruel das penas, o arbítrio dos juízes, a prática de torturas e os abusos em geral cometidos nos cárceres. Jeremy Bentham é considerado o criador do direito penitenciário, através da adoção do pensamento utilitarista e do modelo panóptico, que não representava apenas um desenho edilício, senão que também pretendia uma reforma moral associada à segurança e à contenção de despesas. Michel Foucault fala em “protestos contra os suplícios”. Era preciso encontrar uma forma de punir diferenciada daquela que confrontava fisicamente o soberano e o súdito, e assim o suplício se tornaria rapidamente intolerável.¹⁹³

A reforma do direito criminal deve ser interpretada, nesse sentido, como “uma estratégia para o remanejamento do poder de punir, de acordo com modalidades que o tornam mais regular, mais eficaz, mais constante e mais bem detalhado à seus efeitos.” A estratégia, segundo Michel Foucault, era, enfim, aumentar os efeitos atingindo a redução dos custos econômicos e políticos. O direito de punir se desloca da vingança do soberano para a defesa da sociedade, e a moderação das penas foi o princípio que determinou a humanidade da pena.

194

Nas discussões acerca da pena, desde então passa-se a não mais se aceitar os suplícios corporais característicos das antigas experiências. A prisão se torna, com a indissociável ideia de privação da liberdade, a principal resposta do Estado àqueles que cometem delitos.

Ser enviado à prisão como forma de resposta pelo cometimento de um crime implica a severa pena de perder a liberdade e todos os outros direitos diretamente ligados ao seu exercício. Portanto, o processo de execução dessa sanção não encontra motivos para que possam ser incluídas outras penas adicionais – como é o caso de tratamentos desumanos ou que promovam degradação.

193 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. 34ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 63.

194 Para dar a sensação de que o crime não era de qualquer maneira vantajoso seria preciso criar, segundo Michel Foucault, cinco ou seis regras importantes: a) a ideia de crime deve ser associada à uma ideia de vantagem menor do que a oriunda da desvantagem da pena; b) a representação da pena deve ser maximizada, mas não através da realidade corpórea; c) a pena deve ter efeitos mais intensos naqueles que não cometeram a falta; d) a certeza do castigo; e) a investigação deveria ocorrer baseada em uma regra da verdade comum; f) a necessária cominação legal das penas associadas à definição legal do crime. Idem. p. 70-85.

A base axiológica comum de medidas capazes de mudar a realidade apresentada pelos sistemas prisionais deve ser buscada nos instrumentos de proteção internacional elaborados no século XX. Juizes, fiscais, defensores e funcionários estatais ligados diretamente à administração penitenciária podem encontrar nesse alicerce ações capazes de, se efetivadas, promover o desenvolvimento de um sistema de garantias que tutela os direitos humanos.

Um documento a merecer destaque é a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Esse documento foi anunciado pela Organização das Nações Unidas através da resolução n. 39/46 da Assembleia-Geral em 10 de dezembro de 1984 e ratificado pelo Brasil em 28 de setembro de 1989. Os Estados Partes da presente Convenção consideraram que, “de acordo com os princípios proclamados pela Carta das Nações Unidas, o reconhecimento dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.¹⁹⁵

O artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e o artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos determinam que ninguém será sujeito a tortura ou a pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante. Essa Convenção faz parte do projeto para tornar mais eficazes os direitos humanos.

A Constituição de 1988 tem, como se afirmou, um de seus fundamentos no princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio é parâmetro através do qual a interpretação jurídica deve se amparar para que se promova a proteção dos direitos fundamentais. Dessa forma, a “teoria do bloco de constitucionalidade” desempenha função primordial, especialmente em relação a questões que envolvam a aplicação dos tratados que versam sobre direitos humanos.

No Brasil, defende-se a existência do denominado bloco de constitucionalidade amparando-se na assertiva do art. 5, §2º, da Constituição Federal de 1988. No texto, estabelece-se que os direitos e garantias expressos na Carta Maior não excluem outros decorrentes dos princípios ou do regime por ela adotados, assim como os previstos em tratados internacionais sobre direitos humanos dos quais o Brasil faça parte. Essa cláusula, denominada “cláusula de abertura”, certifica a possibilidade de existência de normas materialmente constitucionais que extrapolam o seu conteúdo formal.

Dessa forma, a averiguação da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo pode ser determinada a partir da sua incongruência vertical em relação à Constituição, mas também

195 ONU. **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_penas.php>. Acesso em: 23 nov. 2010.

retirando como parâmetro o teor de normas materialmente constitucionais. Na afirmação de Francisco Gerson Marques de Lima:

A definição do significado de bloco de constitucionalidade – independentemente da abrangência material que se lhe reconheça – reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política.¹⁹⁶

É imprescindível que todos os atos normativos devem estar em conformidade com a Constituição. A subordinação formal, procedimental e substancial a que se submetem a lei e os atos normativos envolve o parâmetro constitucional formal; daí que a conformidade dos atos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios da Constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais). Além disso, o parâmetro constitucional novato deve tomar como modelo a ordem constitucional global e regional. Dessa forma, o juízo de legitimidade constitucional dos atos normativos deve ser feito segundo as normas e princípios escritos nas leis constitucionais e, também, levando em consideração os princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global.¹⁹⁷

A ordem global, regional, constitucional e legal à qual o Brasil está submetido ampara os direitos dos presos em diversos textos normativos. Vejam-se alguns destes conteúdos a seguir.

Dispõe o art. 10 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que não se pode tratar com desrespeito ou desumanidade a pessoa que esteja submetida à pena privativa de liberdade, pois titular do direito à dignidade da pessoa humana. Pessoas processadas devem ser separadas das condenadas, recebendo tratamento distinto, considerando a sua condição de acusada (inocente até que a possível condenação transite em julgado). O item 3 desse mesmo artigo prescreve que o regime penitenciário deve consistir em uma espécie de tratamento cuja finalidade se revista de objetivos reformistas e de reabilitação moral dos submissos à tutela estatal.¹⁹⁸

196 LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol.** Revista Opinião Jurídica, n. 3, ano II, Fortaleza, 2004. p. 104.

197 CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 811-812.

198 Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional.** 8ª ed. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 140. p. 373-374. O texto “reabilitação moral” deveria ser mais bem entendido como “readaptação social”. Ainda que para sua realização sejam enfrentadas dificuldades práticas, a problemática se agrava com a utilização da tradução trazida pela autora.

No artigo 5º do Pacto de San José da Costa Rica encontra-se a previsão do princípio da humanidade da pena. Proíbe-se a tortura, bem como o tratamento desumano, cruel ou degradante. Da mesma forma, a Constituição Federal adota o princípio em pauta no art. 5º, III. A integridade física do preso, igualmente protegida pelo Pacto, também encontra guarida Constitucional (CF, art. 5º, XLIX). O princípio da humanidade da pena é válido para qualquer espécie de intervenção penal no âmbito dos direitos fundamentais da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no texto constitucional brasileiro, encaminha o entendimento de que torturas, abusos sexuais, pena de morte e isolamentos por longos períodos de tempo são tidos como inconstitucionais.

O Código Penal brasileiro, em seu artigo 59, assumiu expressamente um duplo sentido para a execução da pena: retribuição e prevenção. No texto da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984), no entanto, prescreve-se que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. No artigo 22 do mesmo diploma legislativo, encontra-se a declaração de que o programa de “assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade”.¹⁹⁹

Claus Roxin atribui à pena fins variados, de acordo com o momento em que seja aplicada. Essa fórmula tripartida e dialética parece adaptar-se aos comandos do ordenamento jurídico nacional. Pois, veja-se: para o autor, no momento da cominação legal abstrata, a pena possui a tarefa de promover a prevenção geral, através da intimidação e da definição sobre quais os bens jurídicos relevantes que estão sob tutela e proteção. Na segunda fase, a da aplicação judicial, a finalidade de confirmação da seriedade da ameaça abstrata e da importância do bem jurídico que fora violado se concretiza, bem como a função repressiva e preventiva especial. Na terceira fase, a que aqui importa, a fase de execução penal, a preponderância deve ser dada à finalidade de prevenção especial positiva de proporcionar as condições adequadas à ressocialização.²⁰⁰

199 BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.html>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

200 ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte geral**. Madri: Civitas, 1997. p. 78 e seguintes. “La idea de la retribución marca, pues, un límite al poder punitivo del Estado y tiene, en esa medida, una función liberal de salvaguarda de la libertad.” p. 84. “La posición diametralmente opuesta a la teoría de la retribución se encuentra en la interpretación de que la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos. Según ello, el fin de la pena apunta a la prevención que va dirigida al autor individual (especial).” p. 85. “Finalmente, la tercera de las teorías penales tradicionales no ve el fin de la pena en la retribución ni en su influencia sobre el autor, sino en la influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena debe ser instruida sobre las prohibiciones legales y apartada de su violación.” p. 89.

Apesar disso, o que se verifica de fato é a prevalência de uma função preventiva negativa, através da mera submissão do indivíduo infrator à clausura, sem que a ele seja garantida qualquer espécie de assistência que possa assegurar a efetividade da proposta ressocializadora.

Citando jurisprudência da Corte alemã, afirma Claus Roxin que a ideia de ressocialização ganhou amplitude, pois, na condição de portador de direitos fundamentais resultantes da dignidade da pessoa humana, o delinquente condenado deve ter a oportunidade de integrar-se outra vez à sociedade depois do cumprimento de sua pena. O interesse da sociedade em que a ressocialização seja uma meta eficaz socialmente reside no princípio que reclama ao Estado a promoção de ações dirigidas à satisfação das necessidades sociais.²⁰¹

A Lei de Execução Penal (LEP) salvaguarda o direito fundamental social à saúde do preso, aliada aos comandos internacionais e à ideia de ressocialização do encarcerado. Precisamente, indica os termos que definem que ao condenado e ao internado deve ser garantida a efetividade de todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º). Ora, a saúde não está em pauta de restrição quando se perde a liberdade pelo cometimento de um delito. Qualquer ação ou omissão geradora de risco ou dano a esse direito social representa uma violação à ordem constitucional, no sentido amplo, gerada pelo conceito de constituição material – o que inclui os tratados internacionais de direitos humanos.

Durante a pena, que deverá ser individualizada (Título II), será garantida assistência material e à saúde, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Além disso, essa assistência deve ser garantida ao egresso (art. 10 e 11). A assistência material ao preso e ao internado deverá assegurar fornecimento de alimentação, vestuário adequado e limpo, além de instalações higiênicas (art. 12).

A assistência à saúde do preso e do internado possui caráter preventivo e curativo. As ações dirigidas à proteção da saúde do preso deverão compreender atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Nas hipóteses em que o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta deverá ser prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento. A Lei nº 11.942, de 2009, acrescentou cláusula em que se assegura acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido (art. 14).

Não faltam, portanto, instrumentos legais, desde a ordem internacional até a

201 Idem. p. 87.

infraconstitucional, que se preocupam em garantir, de forma prescritiva, o direito à saúde para os indivíduos submetidos à pena privativa de liberdade. Apesar de ser um dos itens descritos e seriamente considerados como auxiliar no sentido de ressocializar, o que se pode observar é um enorme descompasso entre a proposta dos documentos normativos e a constatação no mundo dos fatos das constantes violações a esses direitos.

2.2.1. Breve apresentação dos órgãos de execução penal

Os órgãos de execução penal têm importante papel na busca pelo cumprimento do que estabelece a lei. São órgãos da execução penal, segundo o art. 61 da Lei de Execução Penal: o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), o Juízo da Execução, o Ministério Público, o Conselho Penitenciário, os Departamentos Penitenciários, o Patronato, o Conselho da Comunidade e a Defensoria Pública (incluída pela Lei nº 12.313, de 2010). Neste trabalho será destacado o papel do CNPCCP, do Juiz de execução, do Ministério Público e da Defensoria Pública.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, subordinado ao Ministério da Justiça, com sede em Brasília, possui 13 membros, entre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como representantes da comunidade e dos Ministérios da área social.

Dentre suas atribuições se destacam a propositura de diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, a administração da Justiça Criminal e a execução das penas e das medidas de segurança, a contribuição na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária, a promoção da avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País, a elaboração de programas nacionais penitenciários de formação e aperfeiçoamento do servidor, o estabelecimento de regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados, a inspeção e a fiscalização dos estabelecimentos penais, bem como, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, propor requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, sugerindo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento (art. 64).

No art. 66, a competência do Juiz da execução inclui o cuidado pelo correto

cumprimento da pena, a inspeção, mensal, dos estabelecimentos penais, “tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade” e a interdição, no todo ou em parte, do “estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta lei”.

O Ministério Público (MP) deverá fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução. Suas missões incluem a averiguação da regularidade formal das guias de recolhimento e de internamento e a requisição de todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo. Além disso, o MP deverá visitar mensalmente os estabelecimentos penais, registrando a sua presença em livro próprio (art. 67 e 68).

A inclusão da Defensoria Pública entre os órgãos de Execução fortalece o sistema de acesso à justiça. É claro que outras medidas devem ser adotadas pelo conjunto sistemático de ações que a LEP propõe, mas não se pode deixar de reconhecer o acerto legislativo. A agilidade promovida pela proximidade entre a população carcerária e esse órgão essencial à função da justiça poderá fazer com que os equívocos gravosos sejam mais bem solucionados.

202

No Brasil, há desinteresse flagrante pela questão penitenciária. As ações existentes são incipientes, e a incapacidade registrada milita contra o “recurso acrescido ao sistema penitenciário como forma de conter a escalada da miséria e dos distúrbios urbanos no Brasil”. As prisões brasileiras, atestam os dados oficiais que adiante serão indicados, estão em pavoroso estado, mais assemelhadas a “*campos de concentração para pobres*, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais”.²⁰³

Essa forte sentença parece não incomodar a população em geral, nem a comunidade jurídica encarregada de interpretar e aplicar os comandos normativos. Afirmo ainda o francês, professor de sociologia na Universidade da Califórnia, Berkeley:

O sistema penitenciário brasileiro acumula com efeito as taras das piores jaulas do Terceiro mundo, mas levadas a uma escala digna de Primeiro Mundo, por sua dimensão e pela indiferença estudada dos políticos e do público: entupimento estarrecedor dos estabelecimentos, o que se traduz por condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação (...); negação de assistência jurídica e aos cuidados elementares de saúde, cujo resultado dramático é a aceleração dramática da difusão da tuberculose e do vírus HIV entre as classes populares; violência pandêmica entre os detentos, sob forma de maus-tratos,

202 Para conhecimento das atribuições dos outros órgãos, sugere-se a leitura do texto legal. A descrição neste trabalho somente alongaria desnecessariamente o conteúdo.

203 WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. Adré Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 11.

extorsões, sovas, estupro e assassinatos, em razão da superlotação acentuada, da ausência de separação entre diversas categorias de criminosos, da inatividade forçada (embora a lei estipule que todos os prisioneiros devam participar de programas de educação ou de formação) e das carências de supervisão.²⁰⁴

O pensamento do autor, derivado de análise apurada, sintetiza o que se vem a mostrar em seguida: a comprovação da inefetividade da Lei de Execução Penal, a fragilização da força normativa da Constituição, o descaso com a ordem internacional através do desrespeito flagrante à saúde do preso. Esse diagnóstico fragiliza a legitimidade do Estado Democrático de Direito.

Como se pode falar em reintegração social quando o que se tem como objeto dessa ação é um grupo de pessoas que não se sabe ter sido ao menos integrada primariamente? O conjunto de negativas de direitos fundamentais sociais, inclusive ao trabalho, parece soar como sentença que aproxima o indivíduo de atos violentos. Mas não se procederá a essa análise. No entanto, adverte-se que nas condições em que o aparelho carcerário brasileiro se encontra, a serventia que dele se pode exigir não ultrapassa a meta de “agravar a instabilidade e a pobreza das famílias cujos membros ele sequestra e para alimentar a criminalidade pelo desprezo escandaloso da lei”.²⁰⁵

Os estigmas estampados pelos encarcerados em instituições totais das quais se fala promove a desconfiança dos outros, mas a recusa das autoridades em promover os objetivos legalmente traçados ocasiona perda, ou diminuição, da legitimidade do Estado em punir os que cometeram condutas atentatórias ao direito.

2.3 Diagnóstico da saúde do preso: um exame dos dados oficiais

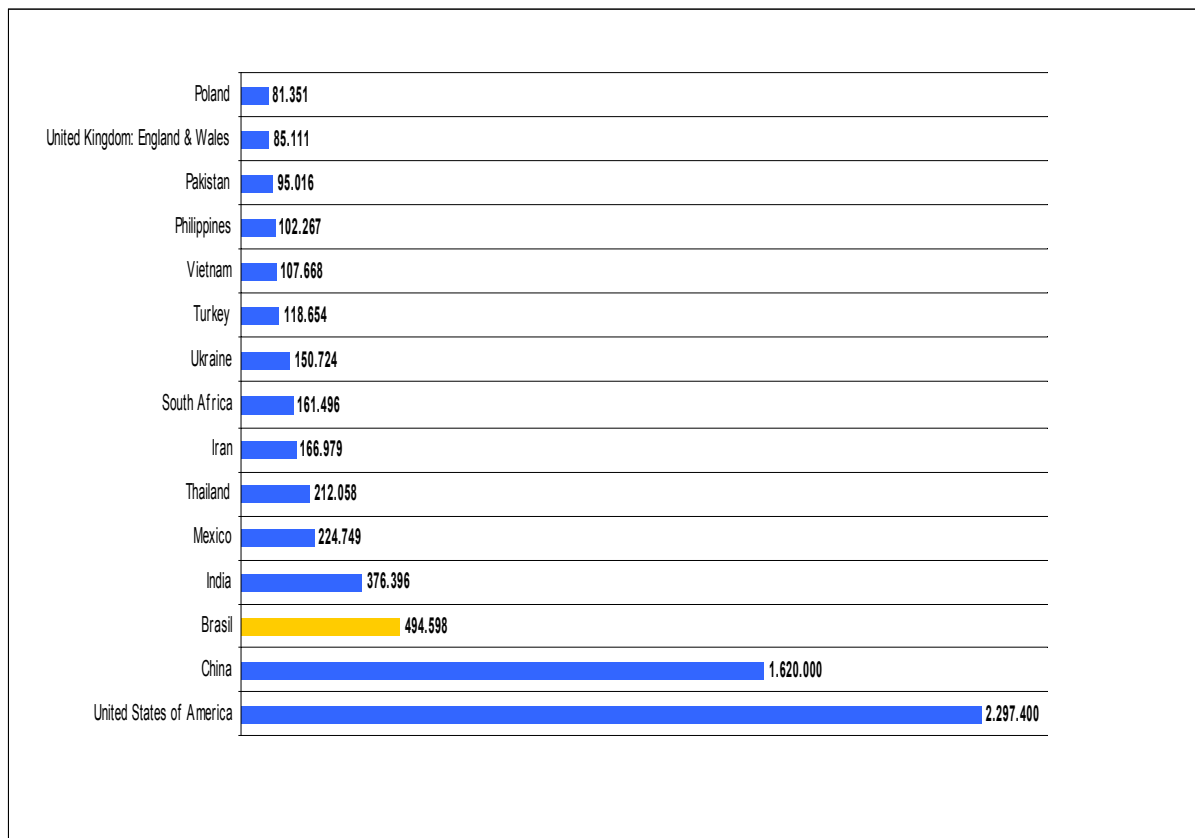
O sistema carcerário brasileiro é um dos maiores do mundo. A superpopulação é problema por excelência dessa imensa rede de casas detentoras de indivíduos infratores. Segundo informações do Ministério da Justiça através do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen –, referenciado em dezembro de 2010, o Brasil possui uma população carcerária total de 496.251 presos. O Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China, informa o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).²⁰⁶

²⁰⁴ Idem.

²⁰⁵ Idem. p. 10.

²⁰⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Brasil tem o terceiro maior número de presos do mundo.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12150:brasil-tem-

Em consulta a dados fornecidos pelo *International Centre for Prison Studies*, fonte de pesquisa do próprio Conselho, encontra-se, no entanto, a informação com teor diverso, que coloca o Brasil em quarta colocação, mantendo os dois primeiros e incluindo a Rússia na terceira posição.²⁰⁷ Eis o gráfico que demonstra a população carcerária no mundo, apresentado por Luciano Losekann, no qual se utiliza o número de encarcerados no Brasil, divulgado pelo InfoPen em julho de 2010:



Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12150:brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-domundo&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 28 nov. 2010.

A informação contida no *site* do Centro Internacional de Estudos Penitenciários estabelecido na Faculdade de Direito *King's College*, da Universidade de Londres, pode ser confirmada na tabela abaixo:

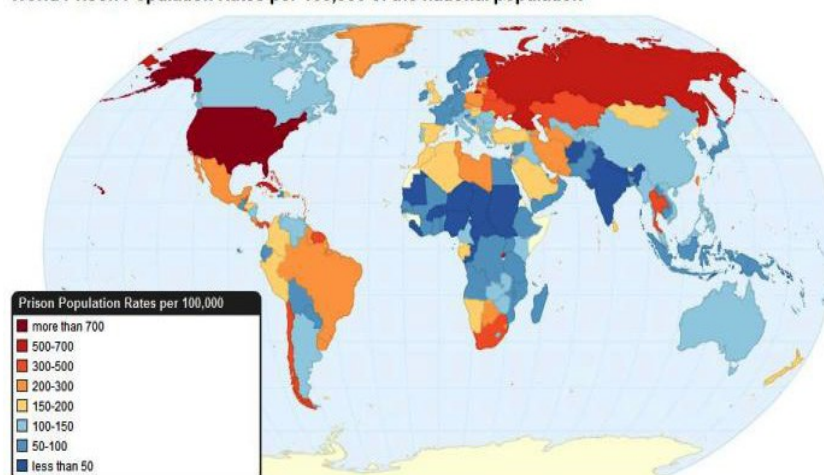
terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo&catid=1:notas&Itemid=675> Acesso em: 28 set. 2010.
 207 A página na qual a informação foi consultada atualmente pode ter sido omitida à época em que o CNJ consultou. Resta informar que o Centro Internacional de Estudos Penitenciários foi estabelecido na Faculdade de Direito King's College, da Universidade de Londres, Reino Unido, em abril de 1997, com o objetivo auxiliar governos e outras agências relevantes a desenvolver políticas adequadas nas prisões e no uso do encarceramento. **International Centre for Prison Studies**. Disponível em: <<http://www.kcl.ac.uk/schools/law/research/icps/>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

1	United States of America	2,292,133
2	China	1,620,000
3	Russian Federation	819,200
4	Brazil	494,237
5	India	384,753

Fonte: ENGLAND, United Kingdom. International Centre for Prison Studies. **Prison Brief - Highest to Lowest Rates. Entire world - Prison Population Totals.** Disponível em: <<http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/index.php>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

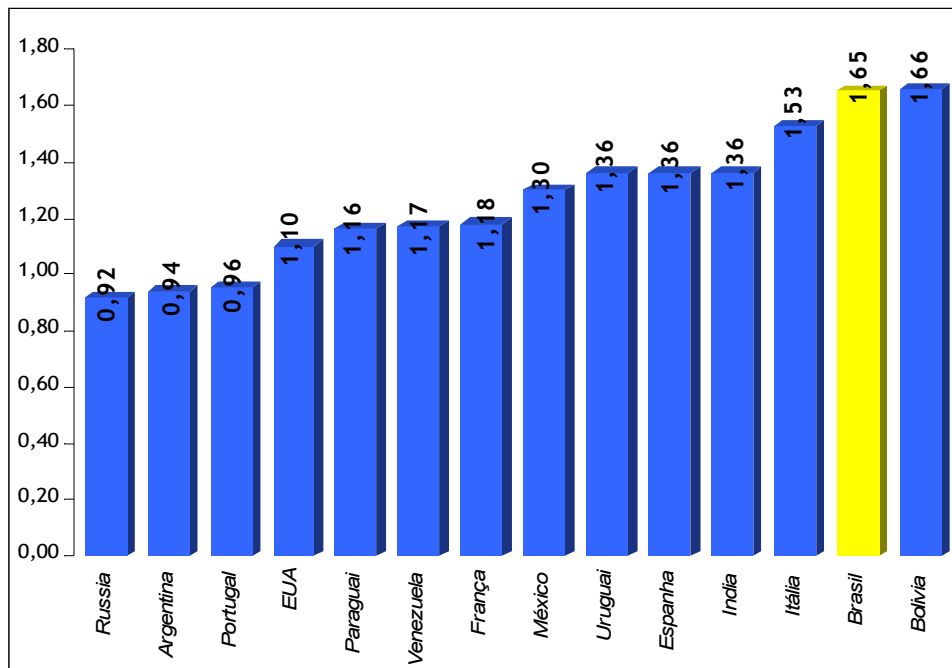
A taxa de encarceramento segundo o tradicional padrão por 100.000 habitantes, ainda com referência ao número de presos indicado pelo InfoPen de julho de 2010, coloca o Brasil na posição de nº 47 em um total de 216 nações. Apesar de menos assustadora, a cifra, no entanto, continua a destacar a nação brasileira entre aquelas que mais encarceram. Eis o mapa que ilustra as informações coletadas:

World Prison Population Rates per 100,000 of the national population



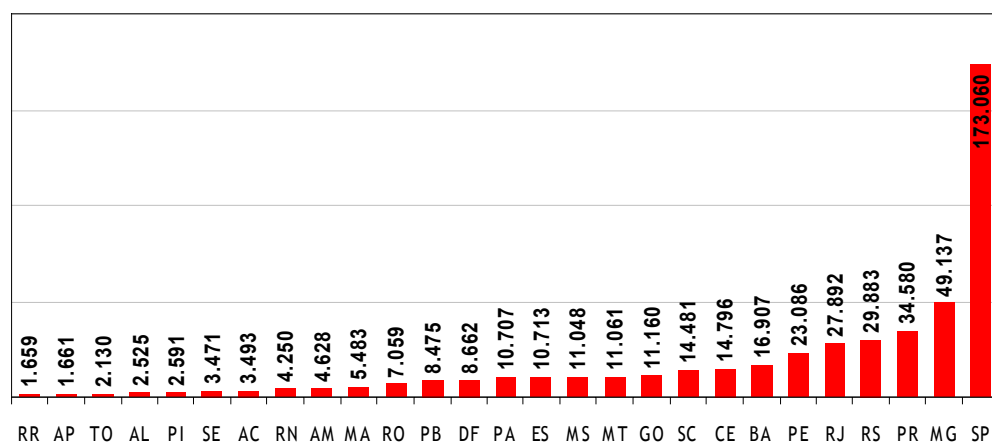
Fonte: **World Prison Population Rates per 100,000 of the national population.** Disponível em: <<http://chartsbin.com/view/eqq>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

Internacionalmente, a taxa de ocupação ultrapassa os limites da situação crítica e, mais uma vez, o Brasil se encontra em situação de calamidade, estando atrás apenas da Bolívia. Apesar de possuir um número menor proporcionalmente a muitos países, o Estado brasileiro não possui sequer um sistema adequado à alocação dos encarcerados. Ultrapassa absurdamente o número de vagas. Veja-se, no quadro abaixo, a demonstração gráfica da situação entre as nações com as maiores taxas de ocupação do sistema prisional.



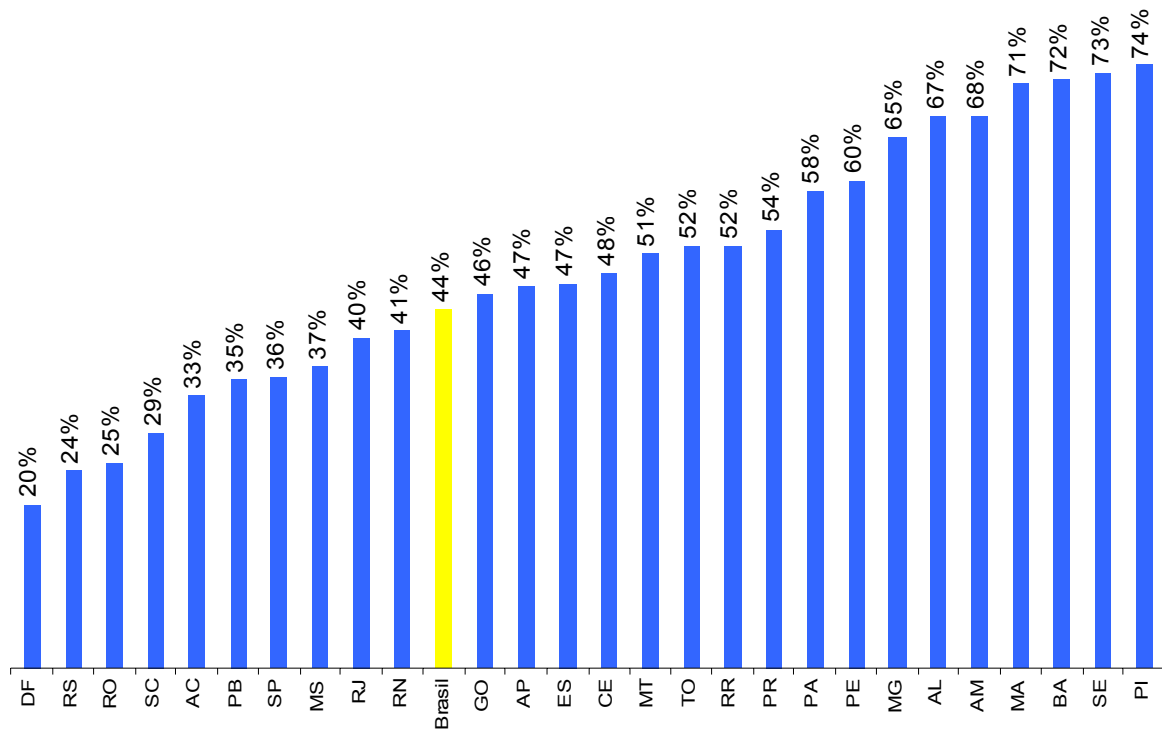
Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12150:brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-domundo&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 28 nov. 2010.

A respeito da população carcerária, o CNJ divulgou dados que indicam a população por Estado brasileiro. São Paulo é, sem dúvida, o caso de maior expressividade. Nos últimos cinco anos, o número de pessoas presas no Brasil aumentou 37%, o que representa 133.196 pessoas a mais nas penitenciárias.



Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12150:brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-domundo&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 28 nov. 2010.

Segundo as informações, o dado alarmante é representado pelo número enorme de presos provisórios no sistema carcerário. O Piauí apresenta a taxa de 74% entre os detidos. Alagoas aparece em sexto lugar com índice de 67% dos presos do sistema em regime provisório.



Fonte: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12150:brasil-tem-terceira-maior-populacao-carceraria-domundo&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 28 nov. 2010.

As informações coletadas servem para anunciar a tragédia derivada dessa situação. O amontoamento dessa quantidade de indivíduos no espaço carcerário insuficiente dificulta as funções e os serviços básicos como a promoção da saúde. Além disso, torna-se ambiente propício à promiscuidade, tensões e ociosidade. É ambiente que facilita a proliferação de tuberculose, síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), infecções respiratórias, dermatológicas, venéreas etc.

A superpopulação em ambientes precários, a dificuldade de acesso a insumos de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis e de higiene, a violência, a precariedade na assistência à saúde, a dificuldade de acesso a informações e o uso de drogas são fatores de risco à saúde da população encarcerada.

O grande desafio para a saúde pública surge justamente do contato desses indivíduos

com o mundo exterior, através das visitas, da reentrada²⁰⁸ e do contato com agentes prisionais. Um ponto sério a ser observado é o fato de que o sistema de encarceramento propicia ambiente com características adequadas ao desenvolvimento e proliferação de determinados agravos. Eis a lição retirada de pesquisa publicada na Revista de Saúde Pública:

É aceito que as condições de confinamento aumentam os riscos de algumas infecções relacionadas a práticas relacionadas ao ato sexual e/ou de injeção de drogas. Somados ao confinamento, outros fatores de risco como a condição social de marginalidade, vício, nível socioeconômico baixo e precários serviços de saúde contribuem para a elevada prevalência de HIV, hepatite, sífilis e tuberculose, para citar algumas. Isto representa um problema de saúde pública potencial no sentido de que o sistema penal funciona como um agregador destas infecções e como foco disseminador para a população em geral.²⁰⁹

No mesmo sentido, em outra pesquisa publicada também na Revista de Saúde Pública, desta vez em penitenciária feminina:

Globalmente, a população feminina encarcerada tende a ser jovem, de baixo nível socioeconômico e educacional, com história de prostituição e uso abusivo de drogas ilícitas e álcool. Essas características configuram uma população difícil de ser identificada, abordada e tratada em sua comunidade de origem. Algumas dessas mulheres nunca se apresentaram a serviços de saúde. Não é raro encontrar, entre as recentemente encarceradas, a presença de tuberculose e hipertensão arterial não diagnosticadas e/ou não tratadas, bem como de infecção pelo HIV e outras doenças sexualmente transmissíveis (DST) em iguais condições. Além disso, populações encarceradas são formadas, em grande parte, por usuários de drogas fora da prisão. Os delitos associados ao uso ou tráfico de drogas ilícitas representam, via de regra, mais de 50% dos motivos de encarceramento. Assim, os presídios se constituem em um importante local de acesso a essa população.²¹⁰

208 A utilização desse termo é comum nos Estados Unidos da América para indicar o momento em que o preso é liberado da vida carcerária e retorna ao convívio social na comunidade de origem ou em uma outra comunidade. A preocupação dos estudiosos, nesse sentido, é que os programas dirigidos à saúde do preso devem se estender por um período suficiente, com o objetivo de garantir que possíveis agravos sanitários sejam contidos e não se disseminem para a população em geral. Para uma visão resumida do tema, recomenda-se a leitura do texto: RAND Reserach Brief. **Prisoner Reentry: What Are the Public Health Challenges?** Disponível em: <http://www.rand.org/pubs/research_briefs/RB6013/RB6013.pdf> Acesso em 28 nov. 2010.

209 Tradução livre do texto original: “It is accepted that confinement conditions increase the risk of some infections related to sexual and/or injecting drug practices. In addition to confinement, other risk factors like marginal social status, drug addiction, low socioeconomic level and precarious health services contribute to the observed high prevalence of HIV, hepatitis, syphilis and tuberculosis, to name a few. This represents a potential public health problem in the sense that penal system acts as a concentrator of those infections and as a spreading focus for the population at large.” BURATTINI, MN et al. **Correlation between HIV and HCV in Brazilian prisoners: evidence for parenteral transmission inside prison.** Rev. Saúde Pública vol. 34 n.5 São Paulo, Out. 2000. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-8910200000500001>. Acesso em: 28 nov. 2010.

210 MIRANDA, Angélica Espinosa; MERCON-DE-VARGAS, Paulo Roberto; VIANA, Maria Carmen. **Saúde sexual e reprodutiva em penitenciária feminina, Espírito Santo, Brasil.** Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 38, n. 2, Abr. 2004. Disponível em: <http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102004000200015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 nov. 2010.

No Brasil, o projeto governamental que estabelece os cuidados com a saúde do preso é instituído pela Portaria Interministerial nº 1.777, de 9 de setembro de 2003, fruto da parceria entre o Ministério da Saúde e o Ministério da Justiça. O texto desse documento aprovou o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), destinado a prover atenção integral à saúde da população carcerária do País.²¹¹

É no artigo 87, II, da Constituição Federal que se pode encontrar a fonte da competência do Ministro de Estado para a expedição de instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos. A portaria citada tentou detalhar de forma precisa a questão sanitária prisional. Atualmente, no entanto, considerando a necessidade de ajustes no processo de implantação e implementação do PNSSP após sete anos de sua criação, os Ministérios da Saúde e da Justiça, num esforço integrado, têm trabalhado na revisão dos termos e na estruturação do Plano.²¹²

Para que um estado da federação seja qualificado ao PNSSP, é necessária a assinatura de termo de adesão em que constem as rubricas do Secretário Estadual de Saúde e de Justiça (ou correspondentes). Além disso, deve ser submetido à aprovação e posteriormente enviado ao Ministério da Saúde o Plano Operativo Estadual, no Conselho Estadual e na Comissão Intergestores Bipartite, cujas resoluções devem ser enviadas conjuntamente. Devem ser cadastrados no Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) os profissionais e os estabelecimentos relacionados. Se aprovado, o Plano Operativo Estadual será publicado no Diário Oficial da União.

Em 28 de março de 2011, somente 18 estados estavam qualificados ao PNSSP. Alagoas não é um deles, pois não havia se adequadado ainda às condições estabelecidas pela Portaria MS/MJ 1.777/2003. Essa é mais uma séria constatação de omissão. As ações do serviço de saúde nas prisões, já que Alagoas não se encontra qualificado no programa, não têm recebido, devido à inércia de seus administradores, nenhuma espécie de incentivo promocional.²¹³

211 BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria Interministerial MS/MJ nº 1.777, de 09 de setembro de 2003.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJDA8C1EA2ITEMID114098CC7FA24F34B3B0F61C115F415DPTBRNN.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

212 O Ministério da Saúde, por meio da Área Técnica de Saúde no Sistema Penitenciário, realizou a Consulta Pública para a revisão do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário – PNSSP até o dia 25 de novembro de 2010.

213 BRASIL. Ministério da Saúde. **Estados Qualificados.** Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=24528>. Acesso em: 28 mar. 2011.

A problemática se encontra devidamente demonstrada através do que prescreve a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994. Esse diploma cria o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN). Esse fundo deve ser gerenciado pelo Departamento de Assuntos Penitenciários da Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça. Seu objetivo principal é o levantamento de recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro.²¹⁴ Prevista a constituição dos recursos do FUNPEN, a lei define como os estados devem aplicá-los. Dentre as ações previstas encontram-se a construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais e a manutenção dos serviços penitenciários, além da elaboração e execução de projetos voltados à reinserção social de presos, internados e egressos.

Consoante já anotado, a Portaria Interministerial MS/MJ nº 1.777, de 9 de setembro de 2003, aprovou o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), destinado a prover atenção integral à saúde da população carcerária do País, em consideração aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde – SUS – que viabiliza uma atenção integral à saúde da população compreendida pelo Sistema Penitenciário Nacional, estimada, à época de sua elaboração, em mais de 200 mil pessoas, distribuídas em todas as unidades federadas. Além disso, a portaria considera que, em decorrência de fatores de risco a que está exposta grande parte dessa população, ocorra um número significativo de agravos sanitários, como HIV, tuberculose, pneumonias, dermatoses, transtornos mentais, hepatites, traumas, além de outros problemas prevalentes na população adulta brasileira, tais como hipertensão arterial e diabetes *mellitus*.

A reforma e a equipagem das unidades prisionais é uma das metas a serem alcançadas pelo PNSSP. Buscam-se programas de estruturação de serviços ambulatoriais e a organização de um sistema de informação de saúde da população penitenciária. Dos objetivos mais ligados à promoção do direito à saúde, a previsão é que a alimentação saudável, atividades físicas regulares, condições salubres de confinamento e acesso a atividades laborais sejam disponibilizadas como reconhecimento de que esses itens integram o conjunto de elementos indicadores de uma população saudável.

Além disso o Plano inclui a implementação de medidas de proteção específica, como a vacinação e ações para a prevenção de diversos agravos, bem como a distribuição de preservativos e insumos para a redução de danos associados ao uso de drogas e a garantia do

214 BRASIL. Congresso Nacional. **Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LCP/Lcp79.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

acesso da população penitenciária aos demais níveis de atenção à saúde, através das referências, que deverão estar incluídas na Programação Pactuada Integrada (PPI) estadual, mediante negociação na Comissão Intergestores Bipartite (CIB).

O financiamento das ações de saúde, no âmbito do Sistema Penitenciário, deverá ser compartilhado entre os órgãos gestores da Saúde e da Justiça das esferas de governo. A Portaria Interministerial MS/MJ nº 1.777, de 9 de setembro de 2003, criou o Incentivo para a Atenção à Saúde no Sistema Penitenciário, cabendo ao Ministério da Saúde financiar o correspondente a 70% do recurso e ao Ministério da Justiça o correspondente a 30% do recurso.

O fato de Alagoas não participar do PNSSP gerou a necessidade da elaboração de um Plano Diretor do Sistema Penitenciário no Estado. O Plano Diretor do Sistema Penitenciário (PDSP) corresponde a um instrumento de planejamento que prevê um conjunto de ações a ser implementado pelas Unidades Federativas, a curto, médio e longo prazo, visando o cumprimento dos dispositivos contidos na Lei nº 7.210/84 – Lei de Execução Penal e nas diretrizes da política criminal emanadas do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, bem como o fortalecimento institucional e administrativo dos órgãos de execução penal locais.²¹⁵

O Plano Diretor é composto por 22 metas que são definidas pela União. O resultado esperado é a humanização do sistema prisional, seguro e que atenda à legalidade quanto ao tratamento básico a ser dispensado à pessoa em situação de encarceramento, com todo o respeito às disposições internacionais às quais o Brasil aderiu através da assinatura de tratados especificamente voltados à regulamentação da matéria.

A meta 14 do PDSP inclui a adesão a projetos ou convênios²¹⁶ visando a plena assistência à saúde dos encarcerados. No PDSP de Alagoas, obtém-se a informação de que a promoção à saúde dos presos em todo o Estado é realizada por uma equipe técnica, disponibilizada da seguinte forma²¹⁷:

215 BRASIL. Ministério da Justiça. **Plano diretor do sistema penitenciário do estado de Alagoas**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE7CD13B5ITEMID2AC5EC2AC7834C729B1465BE75D88371PTBRNN.htm>>. Acesso em 28 nov. 2010.

216 “Um convênio é acordo ou ajuste que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.” Disponível em: <www.convenios.gov.br>. Acesso em 8 dez. 2010.

217 BRASIL. Ministério da Justiça. **Plano diretor do sistema penitenciário do estado de Alagoas**. Disponível

Profissionais	Quantidade disponível	Quantidade ideal*
Médicos Clínicos	7	4
Odontólogos	6	4
Auxiliares de Consultório Dentário	0	4
Enfermeiros	1	4
Auxiliares de Enfermagem	67	8
Nutricionistas	0	4
Farmacêuticos	0	4
Psiquiatras	6	4
Psicólogos	16	4
Assistentes Sociais	8	8

*Números de profissionais de acordo com a Portaria Interministerial nº 1.777, de 9 de setembro de 2003.

Em relação à meta 14, a ação nº 1 era a implantação e operacionalização do Plano Operativo emergencial. A primeira etapa dessa meta – já em operacionalização – era a articulação junto aos órgãos competentes para verificação das responsabilidades e competências. Esse Plano foi aprovado pelo Conselho Estadual de Saúde e pela Comissão Intergestores Bipartite – CIB, como previsto pela art. 2º da Portaria Interministerial MS/MJ nº 1.777, de 9 de setembro de 2003. A segunda etapa, no entanto, previa a implantação do plano com data prevista para conclusão em janeiro de 2009. Até agora, não foi concluída. O Governo do Estado de Alagoas, através da Secretaria de Ressocialização²¹⁸, em atualização ao PDSP, informa que “o processo de implantação está em andamento”. Inicialmente, a Casa de Detenção estaria recebendo equipamentos e mobiliário para o posterior cadastro da referida unidade no Cadastro Nacional dos Estabelecimentos de Saúde – CNES.²¹⁹ Posteriormente, o mesmo processo deveria ocorrer nas demais unidades. Em 17 de abril de 2009 foi inaugurado

em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE7CD13B5ITEMID2AC5EC2AC7834C729B1465BE75D88371PTBRNN.htm>>. Acesso em 28 nov. 2010.

218 Apesar de a Secretaria de Ressocialização não existir mais no organograma do Estado de Alagoas, essa é a nomenclatura trazida na capa do documento de atualização do PDSP do Estado em outubro de 2010. Em 28 de junho de 2007, através da Lei Delegada 43, art. 19, o órgão passou a ser denominado de Intendência-Geral do Sistema Penitenciário (IGESP) e é integrante da Secretaria de Estado da Defesa Social.

219 Em consulta ao Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde, não foi encontrada informação sobre qualquer cadastro das unidades de saúde no sistema prisional alagoano. Para consulta, acessar: <<http://cnes.datasus.gov.br/>>. A consulta fora realizada em 28 nov. 2010. Apesar disso, a Secretaria de Ressocialização informa que “o Estado ainda não está inserido no contexto nacional.” Alagoas possui 1 equipe de saúde em cada um estabelecimentos da capital (5) e em Arapiraca. No total, 2 equipes estão incompletas. Unidades que já possuem módulo de saúde adequado: Baldomero, Cadeião e Casa de Detenção. BRASIL. Ministério da Justiça. **Plano diretor do sistema penitenciário do estado de Alagoas**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE7CD13B5ITEMID2AC5EC2AC7834C729B1465BE75D88371PTBRNN.htm>>. Acesso em 28 nov. 2010.

o Centro de Saúde da Casa de Detenção.

A segunda ação prevista pelo PDSP de Alagoas era a adequação física dos setores de saúde dos estabelecimentos penais. A primeira etapa estabelecia a necessidade de visita da Vigilância Sanitária para emissão de nota técnica quanto às adequações físicas necessárias.²²⁰ Foi expedido o alvará sanitário da Casa de Detenção e as ações estão sendo direcionadas para a Unidade Feminina Santa Luzia. Ainda em outubro de 2010, três anos após o estabelecimento do PDSP original para o Estado de Alagoas, não há informação acerca da conclusão dessa etapa. A informação prestada pela Intendência-Geral do Sistema Penitenciário (antiga Secretaria de Ressocialização) é de que, apesar de as unidades Cerydião Durval, Santa Luzia (feminino) e Arapiraca possuírem setor de saúde, o espaço físico se encontra em estado precário, necessitando de reformas.

Em notícia veiculada pelo *site* Alagoas 24 horas em junho de 2009, com a adequação ao Plano Operativo Estadual em relação ao Centro de Saúde da Casa de Detenção, o Estado contaria com essa unidade no Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário. O cadastramento da equipe já haveria sido realizado, faltando apenas o credenciamento por parte dos Ministérios da Saúde e da Justiça. Assim que credenciada, a unidade do Centro de Saúde passaria a receber incentivos no valor de R\$ 64.800,00 por ano por equipe de saúde. Desses recursos, 70% são financiados pelo Ministério da Saúde e 30% pelo Ministério da Justiça. Além do incentivo, o Ministério da Saúde repassa, ainda, trimestralmente aos estados qualificados um elenco de medicamentos da atenção básica para o atendimento das pessoas presas vinculadas às equipes de saúde do sistema penitenciário.²²¹

O fato é que o Estado não está qualificado ainda.²²² Com isso, os incentivos orçamentários definidos na Portaria Interministerial MS/MJ n° 3.343, de 28 de dezembro de 2006²²³, correspondentes a R\$ 5.400,00/mês ou 64.800,00/ano por equipe de saúde, não estão sendo repassados ao Estado. Muitas causas poderiam ser levantadas para esse fato, mas não se pode deixar de concluir que as políticas públicas destinadas à promoção da saúde do preso em

220 A Secretaria de Saúde do Município de Maceió, tendo sido provocada a conceder cópia dos relatórios de inspeções realizadas no sistema prisional alagoano, silenciou e não respondeu ao requerimento processado pelo autor desta pesquisa.

221 **Capacitação humaniza Casa de Detenção.** Disponível em: <<http://www2.alagoas24horas.com.br/conteudo/?vEditoria=Pol%EDcia&vCod=66784>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

222 BRASIL. Ministério da Saúde. **Estados Qualificados.** Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=24528>. Acesso em: 25 nov. 2010.

223 BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria Interministerial MS/MJ n° 3.343, de 28 de dezembro de 2006.** Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJDA8C1EA2ITEMID114098CC7FA24F34B3B0F61C1_15F415DPTBRNN.htm>. Acesso em: 22 nov. 2010.

Alagoas sofrem com a lentidão das ações governamentais.

Em relação à ação nº 3 da meta 14 do PDSP, esta previa a contratação de equipe técnica, tendo como primeira etapa a articulação junto ao Governo Estadual para a efetivação de concurso público com essa finalidade. Em outubro de 2010, a IGESP assumiu a carência, mas não explicitou a proposta do Governo para a realização de qualquer concurso. Antes, informou a carência de médicos nas equipes multiprofissionais em algumas unidades e que articulações estão sendo realizadas no intuito de que profissionais de outras áreas da saúde no Estado sejam cedidos para prestar seus serviços na Secretaria de Ressocialização.²²⁴

Enfim, o Estado de Alagoas carece de projetos mais eficazes para o alcance das metas estabelecidas nos programas federais de incentivo à saúde do preso como forma de promover uma execução penal que garanta o acesso à saúde pelo indivíduo encarcerado. A inefetividade de suas ações atuais, por descaso ou lentidão, resulta em séria violação aos direitos fundamentais, pois submete pessoas a condições desumanas, em grave descompasso com as normas constitucionais e internacionais.

Foi demonstrado que o direito internacional dos direitos humanos contém uma série de dispositivos que, em harmonia com a Constituição Federal de 1988 e a legislação infraconstitucional, possui uma grande quantidade de preceitos com a finalidade de tutelar a vida e a integridade física daqueles que se encontram em regime de cumprimento de pena privativa de liberdade. Além da proibição de ações que afetem tal direito por parte dos funcionários da Administração, existe o dever de tutela que recomenda que o Estado não deve permitir que os presos a si mesmos se violentem.

Três decisões do Superior Tribunal de Justiça, a respeito da questão, devem ser analisadas com a finalidade de entender como tem se posicionado a jurisprudência nacional. A primeira delas trata de uma ação de indenização por danos morais ajuizada pela mãe em razão da morte de seu filho, ocorrida dentro de uma cela de unidade prisional e provocada por outros detentos. A morte, resultado danoso de maior potencialidade ao bem-estar físico, ocorrera durante a ocasião em que o Estado figurava na condição de responsável pela guarda segura do indivíduo. Para o relator do caso, não haveria possibilidade de responsabilizar a Administração pelo evento morte, uma vez que este fato fora derivado da atuação de outros detentos, não havendo nexos causal com a conduta do Estado. A tese vencedora, no entanto,

224 BRASIL. **Ministério da Justiça. Plano diretor do sistema penitenciário do estado de Alagoas.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE7CD13B5ITEMID2AC5EC2AC7834C729B1465BE75D88371PTBRNN.htm>>. Acesso em 28 nov. 2010.

asseverou que a Administração agiu com culpa *in vigilando* e que, por esta razão, deveria ser o Estado-membro responsabilizado. No caso em comento, a indenização foi fixada em dez mil reais e ordenado o pagamento de pensão na proporção de dois terços do salário mínimo até a idade presumida de 65 anos.²²⁵

A segunda questão girou em torno de uma ação de indenização proposta por um detento contra o Estado do Rio de Janeiro por ter sido submetido à condição carcerária em unidade desprovida de condições mínimas de funcionamento. Os danos morais foram reconhecidos no STJ e a alegação feita pelo Estado-membro de que o princípio da reserva do possível ou a insuficiência de recursos seria bastante para afastar a indenização foi vencida em virtude da situação reducionista do caso concreto. No mais, não houve comprovação efetiva de que a situação caótica da unidade prisional havia sido derivada desses fatores.²²⁶ Este argumento fora, mais uma vez, utilizado no intuito de fugir à responsabilidade imposta de prestação positiva de direitos garantidores do mínimo existencial. Uma prova cabal de que a atenção merecida por esse princípio num país onde as desigualdades sociais representam a regra não pode ser dada na mesma proporção em nações onde o nível de efetividade das políticas públicas tenha atingido patamar diferenciado.

O último caso é exemplar. Desta vez, cidadão civil, preso ilegalmente por seis dias, por ter colidido com seu automóvel em outro pertencente a membro das Forças Armadas, ficou incomunicável e sem assistência médica. Sua saúde foi tão debilitada que, nos termos do Acórdão, devido ao desenvolvimento de isquemia e agravamento da diabetes, teve amputados os dedos dos pés. A título de danos morais foi arbitrado o valor de R\$ 72.600,00 (setenta e dois mil e seiscentos reais), mais honorários advocatícios.²²⁷ Dor intensa, sofrimento inimaginável e tristeza jamais superada pelo abalo psíquico pelos danos sofridos. Esses valores são apenas simbólicos, pois a vítima desta tragédia não poderá retornar ao estado de integridade física anterior ao ato de violência causado pelos prepostos do Estado.

O Supremo Tribunal Federal assume postura semelhante. A responsabilidade do Estado pelos danos à saúde do preso, quando constatada situação de conduta ativa ou omissiva da Administração, ligada ao dano por nexos causal inequívoco, deverá ser reconhecida por força de mandamento constitucional. No entanto, o Ministro Carlos Brito

225 BRASIL. STJ. **REsp 936.342-ES**, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 11/11/2008. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso: 28 nov. 2010

226 BRASIL. STJ. **REsp 1.051.023-RJ**, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 11/11/2008. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso: 28 nov. 2010

227 Brasil. STJ. **REsp 776.732-RJ**, Relator Min. Humberto Martins, Julgado em 8/5/2007. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso: 28 nov. 2010

assevera, em pedido de *habeas corpus* negado e julgado por unanimidade da Primeira Turma daquela casa, que não bastam, nos casos de estado avançado da idade, a narração dos agravos de saúde sofridos pelo paciente para a concessão de transferência para prisão domiciliar e tratamento de saúde fora dos muros prisionais das unidades estatais, por exemplo. É necessária a comprovação inequívoca de que não há, naquela unidade, condições para a realização do tratamento. Motivo pelo qual pleitos a estes semelhantes devem vir acompanhados dos laudos médicos e da narração probatória das condições dos serviços de saúde oferecidos.²²⁸

Algumas problemáticas surgem dos argumentos utilizados pelo relator da decisão acima comentada. A primeira delas deriva do fato de que apenas os indivíduos membros de uma classe social mais elevada têm acesso a serviços de saúde particulares. Outra é a obviedade de que apenas uma assistência jurídica de qualidade poderá conseguir reunir as provas exigidas como suficientes. A despeito do relevante papel exercido pela Defensoria Pública, no Brasil, o acesso à justiça gratuita e de qualidade ainda passa distante do que seria ideal. As prisões brasileiras estão superlotadas de pessoas que não têm acesso a esses tipos de serviços e o Poder Judiciário está a lhes exigir algo que não se encontram ao alcance de suas mãos. Mais uma vez, a implantação de políticas públicas que possam satisfazer essas necessidades, definidas na Constituição como fundamentais, representa caso de urgência. Esperar que os danos surjam para constatar, então, a responsabilidade do Estado é também uma omissão passível de responsabilização.

O direito à saúde representa prerrogativa constitucional indisponível que, no caso dos indivíduos submetidos à condição de custodiados pelo Estado, assume grau de relevância destacada. Essa prerrogativa jurídica indica que o Estado haverá de promover as ações necessárias à realização efetiva desse direito, não havendo espaços para a desculpa de que os limites financeiros não permitiriam tal satisfação.

A discricionariedade administrativa não tem a força suficiente para reduzir o que a Constituição garantiu como direito fundamental de todos a promessas esvaziadas de efetividade, violando assim o princípio da supremacia da Constituição.

Quaisquer condutas estatais que possam mitigar as possibilidades de realização da vida digna no interior do cárcere, através da violação de direitos, representam uma afronta à ordem constitucional a que o Brasil se submete. Desta forma, cumpre ao Poder Judiciário o controle

228 BRASIL. STF. **HC-83.358-6 SP**. DJ. 4.6.2004 Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso: 28 nov. 2010.

das políticas públicas de saúde no sistema penitenciário, no sentido de satisfação dessas prerrogativas e da consequente responsabilização do Estado em face dos danos e dos riscos de dano à saúde do preso.

É urgente que o Estado de Alagoas se qualifique para o Plano Nacional de Saúde Penitenciária. Os incentivos disponibilizados poderão auxiliar, se corretamente aplicados, no cumprimento das regras estabelecidas para o tratamento do recluso. A Defensoria Pública assume papel de importância relevante, ao lado dos outros órgãos de execução com a finalidade de promover uma fiscalização comprometida e encaminhadora de soluções rápidas. Além disso, o Poder Judiciário cumpre relevante papel de apreciar ameaça ou violações a direitos e, diante do quadro, não poderá retroceder em nome de argumentos que menos servem à solução do conflito do que ao discurso acadêmico.

2.4 O que diz o retrato da situação sanitária do Estado de Alagoas

O cárcere não é um local estrangeiro ao direito. As pessoas reclusas não foram eliminadas da sociedade. A suspensão de alguns direitos (liberdade) e a limitação de outros (comunicação, por exemplo), derivadas do comportamento transgressor das regras da vida em sociedade, não geram a perda da plenitude com que devam gozar de outros direitos fundamentais. Do direito subjetivo à vida, à integridade e à saúde, importantes consequências jurídicas são derivadas para a Administração penitenciária, que podem muito bem ser apontadas como deveres.

Entre esses deveres se encontram a dispensa de tratamento humano e digno ao encarcerado, a concessão de alimentos saudáveis e suficientes, água potável, vestuário, utensílios de higiene e saúde adequados, o dever de assistência médica e o direito ao descanso noturno, entre outros.

As previsões normativas internacionais a respeito da dignidade humana possuem um imenso valor interpretativo das normas legais, regulamentares e das situações fáticas que se vivem no mundo da prisão. Algumas dessas situações desumanizam a pessoa. Fatos como os constatados nas prisões do Estado de Alagoas significam que os indivíduos estão sendo convertidos em não-humanos. A negação desses direitos pode significar, em grau máximo, a exclusão da sociedade humana, do âmbito da humanidade.

O que se entende de fato por tratamento cruel e desumano na prisão? Sem dúvida que se trata de uma cláusula aberta cujo conteúdo possui dificuldade de ser precisado. No entanto, não é difícil constatar que algumas práticas são realmente violadoras do preceito impresso no Pacto de San Jose da Costa Rica, artigo 5º, item 2. Além desse tratado, a Constituição Federal de 1988 também positivou esse direito no art. 5º, III, XLVI. Assim, ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

A situação carcerária do Estado de Alagoas é de superlotação. Dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)²²⁹, através do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen)²³⁰, demonstram que a população prisional em Alagoas, em dezembro de 2010, era de 3.094 indivíduos, com uma cifra de 98,03 indivíduos encarcerados a cada 100.000 habitantes.²³¹

Em 22 de agosto de 2007 foi instalada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) pela Câmara dos Deputados com a finalidade de investigar a realidade do sistema carcerário nacional. Em pauta a superlotação, os custos sociais e econômicos desses estabelecimentos e a busca de informações que privilegiem o incentivo a soluções para a efetividade da Lei de Execução Penal. O relatório final da CPI responsabiliza os estados da federação pela deficiência da assistência médica, farmacêutica, psicológica, odontológica, social e pela prática generalizada de maus-tratos. Além disso, a omissão do Poder Judiciário e do Ministério Público é denunciada. A arquitetura inapropriada dificulta o gozo dos direitos, e as irregularidades nos contratos de prestação de obras pioram a situação. Os serviços em geral e o fornecimento de alimentação são inadequados. Por fim, os deputados relatam a insuficiência de recursos e falta de política de apoio aos egressos.²³²

229 O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) encontra sua previsão legal no art. 71 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 2010. É definido como órgão executivo da Política Penitenciária Nacional e de apoio ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNCPC).

230 “O InfoPen é um programa de computador (*software*) de coleta de Dados do Sistema Penitenciário no Brasil, para a integração dos órgãos de administração penitenciária de todo o Brasil, possibilitando a criação dos bancos de dados federal e estaduais sobre os estabelecimentos penais e populações penitenciárias. É um mecanismo de comunicação entre os órgãos de administração penitenciária, criando 'pontes estratégicas' para os órgãos da execução penal, possibilitando a execução de ações articuladas dos agentes na proposição de políticas públicas.” Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 28 nov. 2010.

231 BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatórios Estatísticos - Analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação**. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 28 mar. 2011.

232 BRASIL. Câmara dos Deputados. **CPI - Sistema Carcerário**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpicarce>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

Dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça indicam que Alagoas possui um total de 7 estabelecimentos penais. São 5 penitenciárias destinadas aos indivíduos do sexo masculino, uma colônia agrícola e uma penitenciária feminina. Do total desses prisioneiros, 2.959 são do sexo masculino e 135 são mulheres. Alarmantes 1.259 indivíduos, quase metade da população prisional, são presos provisórios. Esse número se torna superior, proporcionalmente, entre as mulheres, pois 62,56% das encarceradas ainda não foram submetidas a julgamento. O indicador do número de vagas trazido pelo InfoPen é de um total de 1.333 vagas. Isso revela um total de 1.761 presos a mais dividindo o espaço inadequadamente.

Não está registrada nas seções internas a existência de creche, berçário nem módulo de saúde (masculino ou feminino). Há um leito ambulatorial. O pessoal do quadro técnico da administração penitenciária inclui 5 médicos clínicos gerais, nenhum ginecologista e 5 psiquiatras. Registra-se ainda a existência de 11 enfermeiros, 50 auxiliares e técnicos de enfermagem, 21 psicólogos, 7 dentistas, 14 assistentes sociais e 9 advogados.

Os dados que revelam analfabetismo incluem 529 detidos. Apenas 12 possuem ensino superior completo, mas não há pós-graduados na prisão. Apenas um brasileiro naturalizado e um estrangeiro estão no sistema alagoano, e os apenados cumprem, em sua maioria, penas que variam de 4 a 30 anos de prisão. Os crimes mais cometidos, conforme o InfoPen, pelos prisioneiros alagoanos envolvem em sua maioria crimes contra o patrimônio, seguidos de crimes contra a pessoa e tráfico de entorpecentes. Há também uma quantidade significativa de delitos contra a paz pública, de crimes contra os costumes e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.

Curiosamente, o formulário preenchido pelo Estado de Alagoas registra a inexistência de presos nas delegacias da polícia judiciária do Estado. Em 26 de março de 2010, o portal de notícias Cada Minuto noticiou a terceira fuga no ano da delegacia do município de Penedo, totalizando um número de 10 presos.²³³

Veja-se o extrato retirado de reportagem veiculada por outro portal de notícias alagoano em 17 de maio de 2010:

O delegado responsável, José Lindemberg, falou à Gazetaweb, na tarde desta segunda-feira (17), sobre as condições de trabalho na Regional, reportando-se a

233 **Dez presos fogem da Delegacia de Penedo; a terceira fuga só em 2010.** Disponível em: <<http://cadaminuto.com.br/noticia/2010/03/26/dez-presos-fogem-da-delegacia-de-penedo-a-terceira-fuga-so-em-2010>>. Acesso em: 28 mar. 2011.

apenas um dos problemas que, segundo ele, comprometem a segurança dos próprios policiais de plantão, favorecendo as fugas – ver matérias relacionadas. "Nós temos sete celas e cada uma deveria abrigar no máximo quatro presos, totalizando vinte e oito. Contudo, já temos quase cinquenta, sem que haja qualquer previsão de melhora", afirmou o delegado, acrescentando que a reforma do prédio – a fim de que se amenize a superlotação – está paralisada há cerca de um mês.²³⁴

A importância dessas reportagens para este trabalho reside na ideia de os servidores responsáveis pela alimentação do InfoPen estarem escondendo a verdadeira situação do sistema prisional alagoano ao retratar uma situação inequivocamente falsa.²³⁵ Em Alagoas, as delegacias da polícia judiciária abrigam indivíduos quando não seria de sua responsabilidade fazê-lo, e o Estado não expõe esse dado ao sistema federal de informação, numa tentativa desesperada de transparecer situação menos caótica. Na verdade, ampliam a distância entre o problema e a solução por retratarem menos do que deveriam e por não serem capazes de propor projetos adequados à redução dos agravos penitenciários, como a superlotação nas celas das delegacias.

Esses dados foram citados com o objetivo de se esclarecer primeiramente que, quando se fala de prisioneiros em Alagoas, refere-se a uma camada miserável da população. Soa grave, dessa forma, a afirmativa de Loïc Wacquant de que “à atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distópica do Estado penal”, pois a extinção ou a redução de um acarreta, necessariamente, a grandeza do outro.²³⁶

Outra conclusão possível é que o assombroso número de presos no país responde por crimes praticados por delinquentes envolvidos especialmente em crimes contra o patrimônio, tráfico de drogas e porte de arma de uso permitido. Os criminosos, como bem seria dito pelos adeptos da teoria do etiquetamento, são muito mais vulgares do que violentos e certamente oriundos das parcelas precarizadas da sociedade. Sobretudo nessas parcelas da comunidade em que os direitos sociais são desconhecidos e não representam nenhuma espécie de

234 **Recordista, Delegacia de Penedo registra nova fuga.** Disponível em: <http://gazetaweb.globo.com/v2/noticias/texto_completo.php?c=205309> Acesso em: 28 mar. 2010.

235 Para retratar com maior segurança essa forte acusação, vejam-se também reportagens que ilustram a presença de presos nas delegacias da polícia judiciária alagoana durante o segundo semestre de 2010 e mesmo em 2011: **Polícia Civil aborta fuga da delegacia de Penedo.** Disponível em: <<http://www.ojornalweb.com/2010/07/22/policia-civil-aborta-fuga-da-delegacia-de-penedo/>> Acesso em: 28 mar. 2011. **Durante festa dos Navegantes, presos fogem da delegacia de Penedo.** Disponível em: <<http://tudonahora.uol.com.br/noticia/interior/2011/02/12/129475/durante-festa-popular-presos-fogem-de-del-egacia>> Acesso em: 28. mar. 2011. **Quatro presos escapam da delegacia de Penedo.** <<http://www.alagoas24horas.com.br/conteudo/?vCod=91404>>. Acesso em: 28 mar. 2011. **Três presos fogem da delegacia de Capela após serrarem grades de pátio.** Disponível em: <<http://tudonahora.uol.com.br/noticia/interior/2010/12/20/122257/tres-presos-fogem-da-delegacia-de-capela-apos-serrarem-grades-de-patio>> Acesso em: 28 mar. 2011.

236 WAQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Trad. Adré Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p. 80.

significado efetivo.

Esses fatores de risco – superpopulação, desinformação, vício –, somados à submissão de uma pena desumana, indicam a precariedade da saúde nos presídios alagoanos como uma séria inconstitucionalidade violadora da ordem internacional em diversos aspectos.

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária esteve em Alagoas em 2010 e realizou, em 27 de outubro, audiência pública para discutir a situação do Sistema Penitenciário no Estado. Durante essa mesma semana, conselheiros do CNPCP conheceram a estrutura prisional alagoana através de visitas aos estabelecimentos penais, avaliando a situação das unidades prisionais.

O relatório de visitas ao sistema prisional alagoano elaborado pelo CNPCP (anexo I), entre os dias 25 e 27 de outubro de 2010, retrata situação constrangedora. Ilustrando-se a situação da penitenciária Baldomero Cavalcanti de Oliveira, as informações que deveriam ter sido preenchidas em formulário específico pela direção acerca da destinação, capacidade e lotação do estabelecimento não foram corretamente realizadas, apesar do compromisso de atualização assumido pelos servidores responsáveis durante a realização da audiência pública.²³⁷ Porém, foi possível detectar a inexistência de alas destinadas a presos provisórios, jovens e idosos; havia apenas para presos com curso superior, que trabalham ou que tenham dificuldade de convivência.

Corredores abarrotados de lixo, sem luzes, “em condições sub-humanas”, com esgotos que se derramam dos vasos sanitários e carregam dejetos humanos por entre os pés dos encarcerados, ocasionando dermatites e infecções, são comuns em uma área determinada para o castigo de isolamento. Todo o prédio, com exceção da ala destinada aos presos que possuem curso superior, possui condições de higiene precária. Mofo nas paredes, telhados quebrados e a convivência com a água dos esgotos é rotina entre os encarcerados e denunciam a inadequada umidade da habitação prisional.²³⁸

O relatório denuncia a inexistência de Defensor Público que atue na unidade, assim como a incoerência de visitas periódicas do Ministério Público e do Juiz de Execução. As queixas comuns recaem sobre espancamentos, violência generalizada praticada por agentes penitenciários e pelo GAP – Grupo de Ações Penitenciárias – e sobre a qualidade da comida

237 BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatório de visitas a estabelecimentos prisionais do estado de Alagoas**. p. 3. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2011.

238 Idem. As fotos que compõem o relatório estão no Anexo I desta dissertação.

servida.²³⁹

No presídio feminino Santa Luzia, a situação de superlotação pode ser vista claramente. Também não há sequer espaço para separação de presas provisórias ou idosas, mas há reserva espacial para lactantes e gestantes. Uma presa com câncer na garganta em estado avançado está desassistida de acompanhamento médico adequado. As condições gerais de higiene e conservação do presídio são menos preocupantes, havendo apenas a superlotação como obstáculo a ser superado. Assim como em relação ao estabelecimento anteriormente citado, não se reconheceu a visita dos órgãos de execução com a periodicidade legalmente estabelecida e as presas nem sequer souberam informar sobre a existência das visitas. A situação relatada, informa ainda a insuficiência de *kits* de higiene pessoal e o não fornecimento regular de toalhas e roupas de cama limpas.²⁴⁰

A Casa de Detenção de Maceió, conhecida como “Cadeião”, foi o terceiro estabelecimento visitado pela comissão do CNPCP. Os mesmos problemas de superlotação são denunciados, bem como o calor excessivo, arquitetura irregular, sistema de ventilação precário, estrutura inacabada intensificam as péssimas condições gerais de higiene. Ratos e esgotos dividem o espaço com seres humanos que têm sua liberdade custodiada pelo Estado. Água imprópria para o consumo e agravos sanitários diversos sem tratamento médico adequado denunciam a impotência e incapacidade do Estado de Alagoas em cuidar de seus processos de reinserção social.

Não há, nessa unidade, visitas regulares dos órgãos de execução. Presos com até três anos de prisão provisória aguardam ainda pela primeira audiência com o Poder Judiciário. Presos com “lesões expostas”, cardiopatias e outros agravos sanitários são comuns, bem como a ausência de profissionais de saúde para providências adequadas ao tratamento. Os órgãos de execução, assim como nas outras unidades do sistema, também não comparecem para cumprir suas obrigações fiscalizatórias. A Ordem dos Advogados do Brasil é a única entidade que demonstrou, através de documentos, seu trabalho na defesa dos direitos humanos dos presos.

241

Enfim, o CNPCP denuncia o estado do sistema prisional como “calamitoso”. As responsabilidades específicas do Estado em relação à custódia do cidadão encarcerado estão sendo relegadas, e os indivíduos sofrem diariamente com a falta de acesso à justiça. Pior do

239 Ibidem. p. 4-9.

240 Ibidem. p.9-15.

241 Ibidem. p. 15-26.

que isso, são submetidos a condições desumanas que afetam sua saúde de maneira gravosa, pondo em risco a sua vida e a saúde pública em geral.

3 A GESTÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO E OS OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DO PRESO

3.1 Colocação do problema

O Brasil apresenta um complexo sistema de relações institucionais derivado das atribuições constitucionais de competências. Em relação ao Sistema Penitenciário Nacional, pode-se dizer que são necessárias algumas definições a fim de que sejam evitadas contradições e conflitos.²⁴²

A Constituição Federal de 1988 trata da instituição de diversos sistemas. O Sistema Único de Saúde, o Sistema Nacional de Recursos Hídricos, o Sistema Tributário Nacional e o Sistema Financeiro Nacional são exemplos óbvios. Mas a Carta Magna não se refere a um Sistema Penitenciário Nacional, apesar de o termo vir timbrado em diversos programas e normas governamentais.²⁴³ Além disso, não há um instrumento normativo específico criador desse sistema.

A criação de um sistema administrativo pode assegurar a distribuição adequada de responsabilidades, porquanto o papel dos estados e dos municípios na prestação de serviços públicos é considerado relevante. O fato de se considerar as dificuldades individualizadas de cada local associado a posturas menos tecnocratas seria capaz de tornar mais fácil a efetividade de diversos programas.

Reconhece-se que há, no Brasil, um Sistema Penitenciário Nacional no qual se verifica um compartilhamento de funções e responsabilidades administrativas entre Poderes da República e dos Estados. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito penitenciário, segundo a Constituição Federal de 1988 (art. 24, I). Observe-se, no entanto, que quando a matéria trata de direito penal ou processual penal, a competência é privativa da União (art. 22, I, CF).

²⁴² Essa é uma das preocupações apresentadas no relatório final da CPI carcerária. BRASIL. Câmara dos Deputados. **CPI - Sistema Carcerário**. p. 316. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpicarce>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

²⁴³ É o caso, por exemplo, da Portaria Interministerial nº 1777, de 9 de setembro de 2003, que instituiu o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário.

Além do mais, não se pode deixar de notar que a gestão do Sistema Penitenciário depende, dentre outros fatores, da disponibilização desses recursos. Nos últimos anos as rebeliões no sistema prisional em todo o Brasil têm promovido índices surpreendentes de mortes entre os presos. Segundo estudo de Fernando Salla, não há grande relação entre a ação da polícia em conter esses movimentos e as mortes. Em vez disso, a atuação de outros detidos, motivada por problemas internos e pelas disputas entre grupos criminosos. “Assim, além de denunciarem condições precárias de encarceramento que continuam a predominar no Brasil, as rebeliões têm revelado uma baixa capacidade do Estado em controlar a dinâmica prisional.” A gestão penitenciária, dessa forma, encontra dificuldades em promover a efetividade de princípios fundamentais como o “respeito à integridade física dos indivíduos presos, permitindo que grupos criminosos imponham uma ordem interna sobre a massa de presos”.²⁴⁴

3.2. O Fundo Penitenciário Nacional e a gestão do Sistema Penitenciário

A Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, regulamentada pelo Decreto 1.093, de 23 de março de 1994, instituiu, no âmbito do Ministério da Justiça, o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN. Esse Fundo é gerenciado pelo Departamento de Assuntos Penitenciários da Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça e possui como meta principal “proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro”.²⁴⁵

Como se observa, o DEPEN recebeu ordem legal para ser o gestor dos recursos do FUNPEN. O Fundo possui uma diversidade de fontes de arrecadação²⁴⁶ para a consecução dos

244 SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira**. Sociologias, Porto Alegre, n. 16, dez. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 12 dez. 2010.

245 BRASIL. Presidência da República. **Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LCP/Lcp79.htm>>. Acesso em: 2 de dez. 2010.

246 Segundo art. 2º da Lei Complementar 79/1994, constituem recursos do FUNPEN dotações orçamentárias da União, doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis, que venha a receber de organismos ou entidades nacionais, internacionais ou estrangeiras, bem como de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras, recursos provenientes de convênios, contratos ou acordos firmados com entidades públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou estrangeiras, recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal, excluindo-se aqueles já destinados ao Fundo de que trata a Lei nº 7.560, de 19 de dezembro de 1986, multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado, fianças quebradas ou perdidas, em conformidade com o disposto na lei processual penal, cinquenta por cento do montante total das custas judiciais recolhidas em favor da União Federal, relativas aos seus serviços forenses, três por cento do montante arrecadado dos concursos de prognósticos, sorteios e loterias, no âmbito do Governo Federal, rendimentos de qualquer natureza, auferidos como remuneração, decorrentes de aplicação do patrimônio do

objetivos de aplicação. Destacam-se entre esses objetivos, a construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais, manutenção dos serviços penitenciários e programa de assistência às vítimas de crime (art. 3º, LC nº 79/94).

A transferência de recursos do Fundo Penitenciário Nacional para entidades públicas e privadas é uma descentralização de recursos, classificada como uma transferência voluntária, viabilizada por intermédio de convênios.²⁴⁷

O número de presos no Brasil é superior ao número de vagas proporcionadas, como se viu. Em Alagoas não é diferenciada a situação. O crescente número de presos associado à escassez de recursos é o diagnóstico apresentado pela CPI do Sistema Carcerário em seu relatório final. Afirma-se que

a população prisional tem crescido a uma variação, em valores absolutos, de 42.000 presos/ano, a capacidade de financiamento anual de vagas, viabilizada por meio de convênios celebrados com os estados, não superou a casa dos 5.000 presos/ano.²⁴⁸

Além do mais, desde a Emenda Constitucional nº 45, as custas e emolumentos recolhidos em favor da União Federal, relativos aos seus serviços forenses, passaram a ser destinados exclusivamente ao custeio dos serviços afetos às atividades específicas da Justiça (CF, art. 95, § 2º). Isso resultou, sem dúvida, numa grande perda para o FUNPEN, pois a representatividade dessa fonte de receita, como se observa no quadro abaixo, era de percentual elevado.

Em R\$ 1,00:

Período	Custas Judiciais	Loterias Federais	Recursos Próprios não Financeiros	Recursos Próprios financeiros	Total
2001	61.489.812	65.159.777	7.975.340	3.739.072	138.364.001
2002	61.847.105	74.541.384	24.926.799	2.690.579	164.005.867
2003	25.431.101	84.177.385	13.586.453	36.596.206	159.791.145
2004	51.218.575	106.415.894	16.582.951	30.748.692	204.966.112
2005	0	103.520.577	12.639.287	46.078.487	162.238.351
2006	0	101.783.113	11.991.817	50.283.735	164.058.664

FUNPEN e outros recursos que lhe forem destinados por lei.

247 Brasil. Ministério da Justiça. **FUNPEN em números 2008**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC0BE0432ITEMID2E78DF78E8784A328117CFDD285A458BPTBRNN.htm>>. Acesso em 3 de dez. 2010.

248 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório Final. CPI - Sistema Carcerário**. p. 333. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-deinquerito/53a-legislatura-encerradas/cpicarce>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

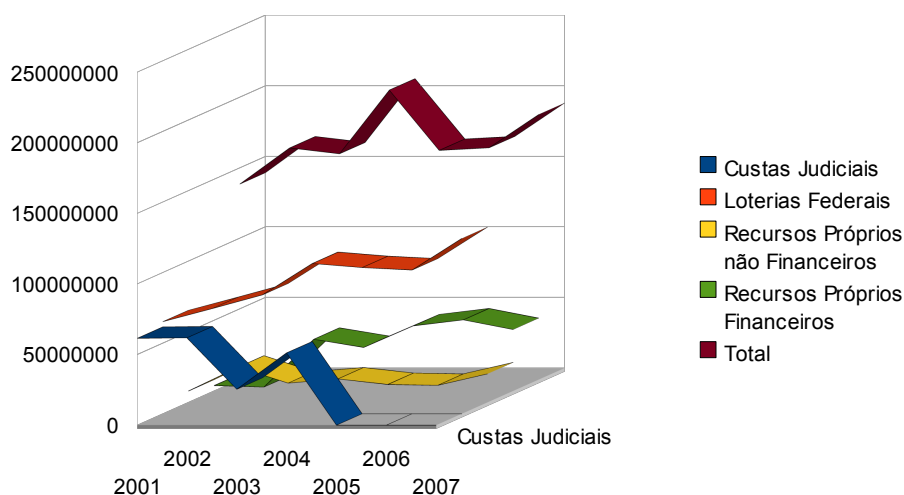
2007	0	124.181.348	20.144.686	43.420.575	187.746.609
------	---	-------------	------------	------------	--------------------

Fonte: Brasil. Ministério da Justiça. **FUNPEN em números 2008.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC0BE0432ITEMID2E78DF78E8784A328117CFDD285A458BPTBRNN.htm>>. Acesso em 3 de dez. 2010.

Apesar de poderem ser verificados aumento na arrecadação das receitas do FUNPEN em relação às loterias federais, não se pode estabelecer uma definição acerca do comportamento sazonal dos Recursos próprios não financeiros. Explica, no entanto o relatório do “FUNPEN em números” que

Já em relação aos Recursos próprios financeiros verifica-se um acentuado acréscimo de arrecadação a partir de 2003. Tal fenômeno pode ser explicado. Por falta de autorização orçamentária (crédito adicional) para utilização do superávit financeiro apurado no Balanço Patrimonial do Fundo, os saldos financeiros foram aplicados na Conta Única do Tesouro Nacional gerando uma remuneração que foi incorporada ao patrimônio do Fundo. A partir de 2003 passou a ter maior representatividade que os Recursos próprios não financeiros, chegando a superar até as Custas Judiciais naquele exercício.²⁴⁹

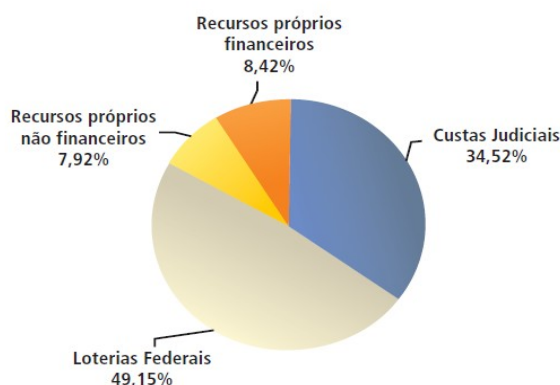
Esses dados proporcionam informação no sentido de garantir a conclusão de que a Emenda Constitucional nº 45 retirou do Fundo Penitenciário a sua segunda maior fonte de arrecadação. Veja-se abaixo a variação derivada da mudança constitucional:



O gráfico abaixo pode ser útil para visualizarmos o impacto da exclusão das custas judiciais como fonte de arrecadação para o FUNPEN promovida pela EC 45, em relação às outras fontes. Eis a representatividade das receitas do FUNPEN:

²⁴⁹ Brasil. Ministério da Justiça. **FUNPEN em números 2006.** p. 12. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC0BE0432ITEMID2E78DF78E8784A328117CFDD285A458BPTBRNN.htm>>. Acesso em 3 de dez. 2010.

Acumulado de 1994 a 2005



Fonte: Brasil. Ministério da Justiça. **FUNPEN em números 2006**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC0BE0432ITEMID2E78DF78E8784A328117CFDD285A458BPTBRNN.htm>>. Acesso em 3 de dez. 2010.

Conclui-se, portanto, que o retrocesso é evidente, pois não fora estabelecida política de arrecadação substitutiva daquela que se retirou. Para um fundo orçamentário destinado ao aprimoramento do Sistema Penitenciário brasileiro, a novidade trazida pela norma constitucional representa perda grandiosa. A alegada escassez de recursos é ampliada pelo próprio texto da Constituição Federal, e o conjunto de direitos fundamentais dos indivíduos encarcerados padece de cuidados efetivos, especialmente na órbita dos direitos sociais – dentre os quais se destaca o direito à saúde.

A realização de uma despesa na área de saúde, ou em qualquer outra área, pela administração depende de algumas variáveis. Duas delas podem ser apontadas: a primeira é a existência de disponibilidade orçamentária, e a segunda é a necessidade de recursos financeiros correspondentes. Porém, uma das situações mais graves em relação ao FUNPEN é a questão do contingenciamento de empenho.

É imprescindível ao presente estudo que se discuta a questão do grau de vinculação às previsões orçamentárias a que as decisões administrativas estão submetidas. O artigo 165 da Constituição Federal define ser o orçamento anual veiculado através de lei que vincula a arrecadação de receitas à realização de despesas a serem realizadas pela Administração Pública, no intuito de promover os fins públicos inscritos no planejamento estatal. O § 8º da Carta Magna informa que a lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à *fixação* da despesa e, exatamente por isso, para Luís Felipe Valerim Pinheiro, essa expressão estabelece o caráter vinculante de que se fala, admitindo-se exceções apenas

aferíveis da avaliação concreta do caso.²⁵⁰

“Fixar” apresenta um significado mais estável do que o que tem concedido a maioria dos estudos voltados à questão orçamentária. Dizer que o estabelecimento de despesas deve ser fixado não se ajusta ao sentido instável da “mera previsão de despesa”.²⁵¹

Régis Fernandes de Oliveira, ao comentar a missão de cumprimento das necessidades públicas e sobre a natureza jurídica do orçamento, ensina que este é lei em sentido formal.²⁵² Na concepção que se tem discutido atualmente, os anseios da sociedade são o foco sobre o qual se estabelece a vinculação da peça orçamentária.

A primeira vitória nessa direção foi a promoção do orçamento participativo, derivando desse fato o compromisso assumido perante os atores participantes de um compromisso que afaste qualquer possibilidade de vãs promessas. Diz Régis Fernandes de Oliveira que “não se pode brincar impunemente com a população ou colocá-la na mera condição de participante de uma comédia”.²⁵³ É relevante, para a elaboração da última palavra concedida ao Executivo, que se considere de forma grave os anseios da comunidade e que aquela se revista da participação popular. Além disso, deve-se levar em conta que as imposições constitucionais de equilíbrio financeiro não se sobrepõem, em todos os casos, à necessidade de que sejam otimizados os direitos sociais.

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000), no art. 9º, permite a limitação de empenho e de movimentação financeira, segundo os critérios estabelecidos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, com a finalidade de atender às metas estabelecidas no Anexo de Metas e de Riscos. Essa prerrogativa é ato discricionário, e a par de considerar a necessidade de remanejamento, não deve ser visto como arbitrária, carecendo de motivação adequada aos princípios regentes da Administração. Não há, no entanto, como escapar da necessidade de suprir as necessidades de um atendimento que seja imprescindível.

Alison José Duarte Almada diz que o administrador deve lançar mão das limitações de empenho quando for necessário o alcance de metas de resultado primário.²⁵⁴ Resultado

250 PINHEIRO, Luís Felipe Valerim Pinheiro. **Controle orçamentário e eficácia do planejamento estatal.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, set. out. nov. 2005. p. 5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 7 nov. 2010.

251 OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro.** 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 317.

252 O autor ensina ainda que há determinados posicionamentos que anunciam o seu caráter como simples ato administrativo – desvestido da ideia vinculativa de lei. Outros, no entanto, afirmam ser lei em sentido formal, lei em sentido material, lei em sentido material e formal. Ainda há os que o denominam ato-condição. Idem. p. 309 – 311.

253 Idem. p. 313.

254 ALMADA, Alison José Duarte. Orçamento autorizativo e contingenciamento de empenho: obstáculos à

primário pode ser compreendido como a diferença extraída entre a receita e a despesa, sem que se considerem os juros e o principal da dívida, tanto pagos como recebidos.²⁵⁵

Basile Georges Christopoulos, sobre a questão, ensina que a busca por superávits primários cada vez maiores – uma das exigências do modelo de Estado neoliberal – resulta na limitação dos recursos orçamentários.²⁵⁶ Referindo-se ao sistema penitenciário, o autor classifica-o como caótico e aduz que menos da metade das despesas previstas para o ano de 2007 para o FUPEN foram de fato destinadas para essa finalidade pelo governo federal.

Não se deve deixar de concordar, no entanto, com Robert Alexy quando afirma que “direitos individuais podem ter maior peso que razões político-financeiras”.²⁵⁷ Haveria razões suficientes para que a discricionariedade administrativa desviasse a atenção para necessidades tão urgentes quanto as verificadas nos cárceres brasileiros? Provavelmente não se pode chegar a um argumento convincente a partir da análise dos dados recolhidos.

De fato, o que se observa na questão prisional brasileira é, ao contrário do que se poderia pensar com as alegações possíveis da escassez de recursos, a existência de disponibilidade orçamentária que se desloca da área primariamente prevista por uma opção política, gerencial. Vê-se que, numa área em que as necessidades são tão evidentes e as negativas tão severas, o direito à saúde do preso é rebaixado a categoria secundária.

Afirma-se que o contingenciamento de empenho é um importante instrumento nas mãos do gestor público com a finalidade de garantir controle das contas públicas. Em relação aos direitos sociais, tem-se apontado que o contingenciamento dos recursos se deve a uma suposta frustração das metas de superávit primário, mas não se deve deixar perecer direitos fundamentais quando houver disponibilidade orçamentária para tal fim. As escolhas políticas certamente devem ser dirigidas a outras áreas nas quais a fundamentalidade de suas ações não façam padecer a dignidade da pessoa humana.

A “discricionariedade exacerbada” acaba por ofender as normas constitucionais no instante em que se concede ao Poder Executivo desviar o que fora previsto pelo Legislativo. Basile Christopoulos defende a ideia de uma vinculação maior ao que fora decidido em termos legislativos e que a execução da despesa seja considerada como importante meio de

efetivação de direitos sociais. In: MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; PINTO, Élide Graziane (Org.) **Judicialização, orçamento público e democratização do controle de políticas públicas**. Belo Horizonte: O Lutador, 2010. p. 100.

255 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 401.

256 CHRISTOPOULOS, Basile Geroges Campos. **Orçamento e efetivação dos direitos sociais**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 19. Salvador: Set./out./nov. 2009. p. 5.

257 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 513.

realização dos direitos fundamentais. “Um Estado que gasta mal, atua mal, porque toda atuação estatal pressupõe um gasto.”²⁵⁸

As necessidades públicas dependem dessa atuação eficiente para que sejam satisfeitas, e a liberalidade do administrador não pode ser a regra para a efetivação daquilo que preveem a Constituição e os instrumentos normativos em geral. Não se desconsidera o caráter político do qual se reveste a decisão de quais as áreas prioritárias a serem dirigidos os gastos orçamentários; pelo contrário, ressalta-se a importância dessa diretriz. O que não se pode afirmar é que as decisões políticas podem assumir quaisquer propostas dissintônicas em relação às prescrições do texto normativo da Constituição.

O FUNPEN tem sido alvo de contingenciamento ano a ano, sem que isso tenha gerado perplexidades maiores. As decisões políticas têm voltado para direções opostas a essa declarada necessidade pública. Para se ter uma ideia acerca dessa incongruência, veja-se abaixo demonstrativo da diferença entre o crédito autorizado e o crédito utilizado pelo Fundo Penitenciário:

R\$ 1.00.

Período	Crédito autorizado	Crédito utilizado	Recurso utilizado
1995	78.365.041	38.162.047	8.760.765
1996	129.128.010	43.957.196	25.531.388
1997	172.035.697	83.587.461	69.494.560
1998	259.107.209	122.200.797	122.200.797
1999	109.082.582	27.094.214	27.094.214
2000	204.728.125	144.949.119	104.892.835
2001	288.295.914	265.351.352	218.004.768
2002	308.757.559	132.825.351	75.522.501
2003	216.032.429	121.410.416	74.310.668
2004	166.157.349	146.114.180	110.892.208
2005	224.098.871	158.543.385	78.866.439
2006	364.252.144	303.490.675	119.568.775
2007	430.939.081	201.107.529	39.204.216

Fonte: Brasil. Ministério da Justiça. **FUNPEN em números 2008**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC0BE0432ITEMID2E78DF78E8784A328117CFDD285A458BPTBRNN.htm>>. Acesso em 3 de dez. 2010.

O gráfico acima revela dados que impressionam. O contingenciamento vem sendo utilizado sem rigores, apesar dos diagnósticos de crise e caos no Sistema Penitenciário. No

²⁵⁸ CHRISTOPOULOS, Basile Geroges Campos. **Orçamento e efetivação dos direitos sociais**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 19. Salvador: Set./out./nov. 2009. p. 07 e ss.

histórico orçamentário do FUNPEN, em 1995 a taxa de contingenciamento foi de 51,3%. Em 1996, 66,0% do que houvera sido previsto não pôde ser utilizado em virtude das metas de superávit primário. Da mesma forma, foram 51,4% em 1997 e 58,6% em 1998.

Em 1999 o índice atinge impressionantes 75,4% do valor estabelecido no orçamento que, “discricionariamente”, o Poder Executivo contingenciou. Em 2000, 29,2%. O avanço promovido em 2001 resultante do contingenciamento de apenas 8,0% foi obscurecido pelo retorno à casa dos 57,0% em 2002. Em 2003 foram 43,8% e em 2004, 12,1%. No ano de 2005 foram contingenciados 29,3% dos valores orçamentários destinados ao fundo, em 2006 atingiu-se a casa dos 16,7%. Em 2007, o índice chega a 53,3%.

Em 13 anos consecutivos, não houve um ano em que o contingenciamento orçamentário não tenha atingido o FUNPEN de forma significativa. Essa tem sido uma prática constante no histórico do fundo. Ironicamente, e como resultado dessa prática reveladora da má gestão do interesse público refletido por necessidades sociais insatisfeitas, o direito à saúde tem sido alvo de restrição pela administração. Para serem atingidas metas fiscais do país, nas prisões está ocorrendo um trágico contingenciamento do direito à saúde para os encarcerados.

São os interesses da sociedade que devem nortear as opções do agente público no instante em que este decide onde gastar os recursos disponíveis. Nisso reside o fato de essa escolha ser política. Para Régis Fernandes de Oliveira, a fase em que se decide quais as necessidades públicas deverão se atendidas com a disponibilização de recursos na elaboração do orçamento é a mais importante. Pautando-se pela máxima vantagem social, o administrador deve se conduzir na esteira do que as normas definem como prioritário. Afirma o autor que

Se o orçamento é ou não lei formal, se constitui simples autorização e se fosse verdade que em relação às despesas não seria mais que um ato-condição, parece claro que o que não pode obrigar o Executivo a executar o orçamento, tal como aprovado e autorizado pelo Legislativo, não é nenhum desses motivos, mas as particularidades do caso concreto.²⁵⁹

Assim como o Estado não pode deixar de gastar com despesas continuadas, essenciais ao funcionamento da máquina estatal, não se podem deixar à mercê os direitos fundamentais, pois revestidos da máxima efetividade concedida pela própria Constituição. As

259 OLIVEIRA. Régis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 318.

particularidades desse caso concreto denunciam a clara necessidade de uma gestão que incorpore a meta de redução dos riscos à saúde no Sistema Penitenciário.

Deixando o administrador de assumir novas obrigações em face do contingenciamento orçamentário, certamente se estará cumprindo com a responsabilidade fiscal. Escolher bloquear o empenho nas unidades ou elementos de despesa do FUNPEN é o que denuncia o descaso governamental com a questão penitenciária.

Em 2010, a situação ainda andou pelas mesmas vias de planejamento pelo Poder Público. Dentre os elementos que colaboraram para a determinação dos valores a serem contingenciados pelo Poder Executivo, destaca-se a reestimativa deste Poder de receitas líquidas abaixo do montante calculado pelo Congresso, representando mais de 80% do contingenciamento (R\$ 26,4 bilhões de despesas discricionárias a menos).

O senador Gilvam Borges (PMDB/AP) foi o relator setorial da Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. O relatório tinha o objetivo de analisar a proposta orçamentária apresentada pelo Presidente da República e, na tarefa desenvolvida, a responsabilidade incluía elaboração de parecer acerca da Área Temática IV, que abrange o Ministério da Justiça e o Ministério da Defesa.

A respeito do alcance dos resultados primários, o senador afirma em seu relatório que o superávit primário anual obtido pelo setor público manteve-se acima de 3,2% do PIB entre 2002 e 2008, “e vinha em alta desde 2007, graças aos resultados do governo federal. Foi de mais de 3,5% do PIB em 2008”.²⁶⁰

Não deixa de ser relevante comentar que o Governo Federal tem se destacado na ênfase com a qual se dedica, nos últimos anos, ao discurso progressista em relação à elaboração de políticas públicas relacionadas à Segurança Pública, em especial aquelas que envolvem o repasse de recursos orçamentários para os órgãos de segurança pública estaduais poderem exercer de forma eficiente seus objetivos, como é o caso do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI)²⁶¹ e do Sistema Único de Segurança Pública

260 BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. **Projeto de Lei Orçamentária para 2011 (Projeto de Lei n.º 59/2010-CN). Área Temática VII: Justiça e Defesa. Relatório apresentado.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2011/rel_setor/setor07/000_Rel_Setorial_07.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2010.

261 “Desenvolvido pelo Ministério da Justiça, o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci) marca uma iniciativa inédita no enfrentamento à criminalidade no país. O projeto articula políticas de segurança com ações sociais; prioriza a prevenção e busca atingir as causas que levam à violência, sem abrir mão das estratégias de ordenamento social e segurança pública.” Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em 10 dez. 2010.

(SUSP)²⁶².

O senador Gilvam Borges, no entanto, relata que, para o ano de 2011, a dotação para o Programa Aprimoramento da Execução Penal sofreu forte redução, “não obstante os dados oficiais revelarem que o País conta com um alto e crescente déficit de 194.650 vagas em seu sistema prisional”. O Programa integra o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, gerido pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN – do Ministério da Justiça.

Como fora apresentado acima, o FUNPEN conta com recursos vinculados legalmente. Para o ano de 2011, no entanto, o Poder Executivo optou dirigir a gestão da situação carcerária no país destinando cerca de 53,6% das dotações do Fundo para a reserva de contingência. O senador afirma ainda que para que se possa vislumbrar a gravidade dessa prática, no Projeto da Lei Orçamentária Anual para o ano de 2010 foram destinados apenas 26,1% do total de dotações para a reserva. Diz Gilvam Borges, em adequada sentença, que “na prática, esses recursos são 'esterilizados' já na elaboração orçamentária, contribuindo para a consecução da meta de resultado primário do Governo Central. Isso explica a queda na destinação para o Programa Aprimoramento da Execução Penal”.²⁶³

Convém, portanto, trazer à tona que através da prática gerenciadora do orçamento público, o que a discricionariedade administrativa haveria de proporcionar para a redução dos riscos de abatimento dos direitos fundamentais pode ter se transformado em um instrumento de arbitrariedade que não encontra amparo em qualquer finalidade constitucional. Os baixos índices na execução orçamentária histórica das principais ações do Programa Aprimoramento da Execução Penal, a exemplo de aparelhamento e reaparelhamento de estabelecimentos penais e do apoio à construção e ampliação de estabelecimentos penais estaduais, ajudam a enxergar o descaso com que o Estado tem tratado a situação prisional e a esclarecer pontos que não pareciam tão evidentes.

Como, por exemplo, se pode falar em recursos escassos, num país que decide não gastar? Para essas duas ações citadas, no exercício de 2009, apenas 68,5% do conjunto de suas dotações autorizadas foram empenhadas, mesmo com o sistema prisional apresentando elevados índices de déficit de vagas, como fora demonstrado.

Eduardo Mendonça afirma que ainda que o problema dos direitos sociais em áreas

262 “O Pronasci regulamentará o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), já pactuado entre estados e União, mas ainda não instituído por lei. O SUSP dispõe sobre o funcionamento dos órgãos de segurança pública. Seu objetivo é articular as ações federais, estaduais e municipais na área da segurança pública e da justiça criminal.” Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em 10 dez. 2010.

263 Idem. Não é apresentada, pelo relator, qualquer outra justificativa para os cortes que serão efetuados.

como o “sistema prisional degradado” não fosse evidente, seria verdade que o Poder Executivo promove uma espécie de superação das decisões políticas realizadas no momento da deliberação sem que para isso promova nenhuma demonstração de motivos. Para o autor, definir o orçamento como autorizativo significa emitir o aval para que o Poder Executivo deixe de gastar com o que foi planejado.²⁶⁴

O fraco desempenho dos governos estaduais também merece ser demonstrado. Assim é que a baixa execução também é consequência derivada, principalmente, da inexistência de formulação de projetos estaduais para a ampliação dos estabelecimentos prisionais. Essa constatação, em vez de ajudar a explicar os motivos pelos quais o Poder Executivo, paulatinamente, tem alocado mais recursos vinculados ao FUNPEN na reserva de contingência, encontra mais um setor no qual o descaso com a pauta prisional anda às soltas.

No ano de 2008 não houve convênio celebrado no Estado de Alagoas, o que demonstra a falta de gerenciamento adequado de um setor em que a crise é tão evidente. Em 2009, o Estado recebeu recursos destinados a apenas dois convênios. Veja-se abaixo a descrição e os valores destinados para esse fim:

UF	Convênio / Contrato de repasse	Objeto	Valor FUNPEN	Contrapartida	Valor Total
AL	058/2009	Interiorização de penas e medidas alternativas	371.999,09	41.333,23	413.332,32
		Conveniente: Secretaria de Estado da Defesa Social			
AL	062/2009	Capacitação em Informática Básica Avançada e Técnicas de Manutenção de Computadores	106.060,32	11.784,48	117.844,80
		Conveniente: Secretaria de Estado da Defesa Social			

Fonte: Brasil. Ministério da Justiça. **Convênios/Contratos de Repasses Celebrados em 2009.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC0BE0432ITEMIDF71EFD0CC8494E40A44C4C9382D25C1FPTBRNN.htm>> . Acesso em: 8 dez. 2010.

Essa é uma questão séria. Há disponibilidade de recursos que não estão sendo dirigidos ao Estado de Alagoas por causa da reprovável gestão de seus dirigentes políticos. Recursos contingenciados por discricionariedade ou por inércia somente vitimizam a população já marginalizada. É urgente que os órgãos de execução e, especialmente, o Poder Judiciário se atenham à questão de forma a introduzir uma prática de garantia dos direitos devidos pelo Estado a seus titulares.

A tarefa de decisão acerca da alocação de recursos públicos é caracterizada como

²⁶⁴ MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 234.

política e deve ser efetuada de forma a garantir o protagonismo das instâncias majoritárias. Não se pode concluir dessa assertiva que a disponibilidade da efetivação dos direitos constitucionalmente definidos como fundamentais esteja à disposição do Poder Público. Diz Eduardo Mendonça que “a realização desses conteúdos não se encontra à disposição das majorias e o Judiciário não age de forma ilegítima quando os protege, ainda quando sua decisão venha a interferir no processo de alocação dos recursos públicos”.²⁶⁵

Ana Paula de Barcellos avisa que o tema a respeito da preferência que se dá a alguma política pública em detrimento de outras não deve ser considerado como reservado à deliberação política sem que a isso se possam impor determinadas limitações. Para a autora, a matéria discutida encontra na incidência de normas jurídicas constitucionais as balizas nas quais devem ser pautadas as ações governamentais.²⁶⁶

A não execução de políticas públicas no sistema prisional, de forma muito ampla e sem que encontre qualquer espécie de motivo suficiente, uma vez que o caos representado e denunciado é generalizado, é aceita como um fato normal. O Poder Executivo estaria encarando a permissão legal de limitação do empenho como uma “faculdade de não fazer nada”.²⁶⁷ A crítica de Eduardo Mendonça, acompanhada neste trabalho, não se dirige à especificidade do mérito pelo qual se decide não gastar, mas dos abusos cometidos pela ausência de justificativa plausível para tal. Reconhece-se a importância das manobras a serem efetuadas necessariamente pela imprevisível movimentação financeira que pode destruir contas públicas, mas não se deve conferir um poder tão amplo a ponto de minar os objetivos constitucionais, deixando que o Poder Executivo ignore as previsões orçamentárias sem que para isso sejam apresentados os motivos justificadores dessa conduta.

Conclui-se, portanto, que a liberdade do agente público representante do povo não encontra justificativa para uma ação que desconsidere a Constituição Federal. O fato da representatividade resultar de uma eleição para cargo majoritário não “autoriza decisões idiossincráticas, comprovadamente ineficientes ou simplesmente sem sentido”.²⁶⁸

Para Eduardo Mendonça, não se trata de desqualificar os motivos pelos quais o Poder Executivo promove os cortes necessários no orçamento que fora aprovado pelo Congresso

265 Idem. p. 232.

266 BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico, nº 15. Salvador. Jan. Fev. Mar. 2007.

267 MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p. 235.

268 BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico, nº 15. Salvador. Jan. Fev. Mar. 2007.

Nacional, mas não se pode continuar com atos que apenas desconsideram a participação do Poder Legislativo ou mesmo a proposta enviada pelo próprio Executivo. Não há, na Constituição Federal brasileira, nenhuma disposição que conceda tamanho poder de decisão.

269

Adiante, será analisada, especificamente, a política pública de saúde nas prisões programada pelo Governo Federal e como está sendo gerenciada essa tarefa no estado de Alagoas, para que então se complementem os elementos que possam encaminhar à tarefa de identificação das garantias de efetivação desse direito.

3.3. O Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário

A saúde, sendo um direito de todos e dever do Estado, é instrumentalizada através de um conjunto de ações propostas pelo Sistema Único de Saúde que devem proporcionar bons índices de qualidade de vida à população brasileira. Reconhecendo a situação de precariedade no Sistema Penitenciário brasileiro, o Ministério da Saúde, em ação conjunta com o Ministério da Justiça, desenvolveu o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário – PNSSP.

Uma das estratégias do Plano reconhece a importância da integração dos entes federativos na implantação das ações de atenção à saúde mediante a aplicação dos princípios do SUS. Essa é a primeira política pública de saúde especificamente dirigida à população encarcerada, e seu objetivo é ultrapassar as barreiras para conceder aos titulares do direito subjetivo à saúde programas que reduzam os agravos e os danos provocados pelas condições precárias de confinamento.

Políticas públicas, para Maria Paula Dallari Bucci, “são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.²⁷⁰ Além disso, deve ser feita a advertência de que, para a autora, a política pública não deve ser confundida com o plano em si, pois aquela é mais ampla e se realiza através de um

269 MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. *In*: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p. 235. O autor identifica duas situações interessantes que devem ser citadas: a principal fonte de receita no país é a atividade tributária, estritamente vinculada por meio de disposições legais. Nesse polo da equação dos elementos essenciais à atividade do Estado, há pouca liberdade. No outro lado, no entanto, a despesa se reveste do traje que caracteriza o orçamento como peça autorizativa.

270 BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

procedimento de seleção dos meios para que se possam realizar as metas de governo, podendo contar com a participação de entes públicos ou privados.

A definição do objeto discutido para o direito deve ser amparado em quatro pontos importantes para esse estudo. O primeiro deles é a constitucionalidade da missão a ser implementada com o fim de promoção dos direitos fundamentais. No caso do estudo aqui dirigido, o direito à saúde deve ser garantido nos termos impostos pela Carta Magna ao menos no que se possa designar como mínimo existencial. Como demonstrado acima, não há escassez de recursos, mas disponibilidade contingenciada pelo Poder Público.

O segundo ponto do qual se parte nesta pesquisa é a ideia de que políticas públicas são identificadas como atividades desenvolvidas pelo Poder Público diretamente para a satisfação de necessidades sociais, ainda naquelas situações em que ações de fomento possam ser dirigidas à atuação de particulares. Dessa forma, é através das políticas públicas que as metas constitucionais de satisfação dos direitos podem ser atingidas. O PNSSP é uma dessas atividades programadas pelo Poder Público.²⁷¹

O terceiro ponto a ser considerado é a ideia de que a execução de um projeto de política pública necessariamente envolve um considerável gasto de dinheiro público pelo Estado. É no orçamento que as políticas públicas são definidas concretamente. Com o interesse de efetivação do direito à saúde nas prisões, foi criado o Incentivo para Atenção à Saúde no Sistema Penitenciário. Esse incentivo é compartilhado entre os gestores de saúde e da justiça das esferas de governo e é financiado em 70% pelo Ministério da Saúde e em 30% pelo Ministério da Justiça.

O quarto ponto é a constatação de que a disponibilidade de recursos deve ser constatada para que a política desenvolvida possa ser efetivada. A escassez de recursos, que deve ser comprovada, dirige o administrador à necessária efetuação de escolhas dos programas que serão considerados prioritários. Mas essas escolhas não são disponibilizadas sem que se estabeleçam limites.

A última nota, portanto, é a observação consequente de que a vinculação da atividade

271 “A Política Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário foi construída com a participação do Conselho Nacional de Saúde (CNS), Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), Conselho Nacional de Secretários de Estado da Justiça (CONSEJ) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), bem como áreas do Ministério da Saúde e Ministério da Justiça. Aprovada na Comissão Intergestores Tripartite e na 12ª Conferência Nacional de Saúde, a Política Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário foi instituída pela Portaria Interministerial n.º 1.777 de 9 de setembro de 2003, assinada pelos Ministros da Saúde e da Justiça.” BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde no Sistema Penitenciário**. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=24519>. Acesso em: 8 dez. 2010.

administrativa do gestor de políticas públicas encontra-se definida no texto da Constituição Federal, tanto em matéria de prioridades como em matéria de disponibilização dos recursos. Ana Paula de Barcelos leciona que quando a Constituição consagra petrificada determinada cláusula, não há alternativas ao Poder Público, a não ser a submissão ao seu comando. A Constituição “interfere em caráter imperativo na definição dos gastos públicos”.²⁷²

Já foram traçados acima os principais elementos que definem a participação de um estado no PNSSP. Aqui resta somar às conclusões sobre a má gestão do FUNPEN a omissão do Estado de Alagoas que, ao invés de promover ações dirigidas à adesão da política governamental, segue desconsiderando a saúde do preso como uma meta ou objetivo de seus programas. Além do contingenciamento de empenho promovido, o Estado Alagoano padece de insuficiência de recursos por insuficiência de ações gerenciais. A não qualificação do Estado de Alagoas no PNSSP ocasiona o não repasse do Incentivo para Atenção à Saúde no Sistema Penitenciário, o que poderia “justificar” uma espécie de “escassez de recursos disponíveis.”²⁷³

São esses dois obstáculos os identificados neste estudo como potencialmente promotores de sérios danos à saúde dos indivíduos encarcerados. Além do mais, deixa-se de considerar a constatação de que as relações sociais travadas pelos prisioneiros são vetores eficientes na disseminação de agravos para a população em geral, o que define a questão da saúde nas prisões como um evidente problema de saúde pública.

É dever constitucional do Poder Público promover a assistência à saúde. A reintegração social não pode ser confundida com um mito, no sentido de impossível ou algo criado para acalentar as mentes que não conseguem obter respostas para fenômenos no mundo dos fatos através do próprio mundo dos fatos. Seria semelhante a conceder-se aos indivíduos uma espécie de essência criminosa. Poder-se-ia falar em metas não cumpridas, para as quais as desculpas se revestem de argumentos frágeis, como a discricionariedade ou a escassez de recursos.

A qualidade e a eficiência de uma política pública não carece apenas dos recursos a serem disponibilizados. No caso do PNSSP em Alagoas, o dinheiro não chega aos caixas, nem sequer mutilado pelas ações de contingenciamento, por fatores de ineficiente gerenciamento

272 BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico, nº 15. Salvador. Jan. Fev. Mar. 2007.

273 Opta-se por essa expressão com a finalidade de demonstrar que a escassez de recursos não pode ser encarada na questão penitenciária como sendo algo insuperável. De fato, bastaria que à questão fosse dedicada maior atenção através da adoção dos requisitos estabelecidos pelo PNSSP para que o incentivo pudesse ser repassado.

ou talvez por incompetência técnica dos servidores públicos responsáveis pelo andamento da pauta. Uma das soluções possíveis para a redução dos problemas sanitários no cárcere contaria, sem dúvida, com o cadastramento do Estado de Alagoas no PNSSP. Apesar disso, não é mera denúncia o que aqui se faz. Justifica-se a necessidade de argumentação em favor da intervenção judicial para que se efetive determinados programas veiculadores do direito social à saúde.

Para se ter uma ideia do prejuízo acarretado por tal omissão, o Ministério da Saúde estabeleceu, com a Portaria nº 3.270, de 26 de outubro de 2010, o elenco de medicamentos para o atendimento das pessoas presas vinculadas às Equipes de Saúde do Sistema Penitenciário Brasileiro incluídas no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde dos Estados qualificados para o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário.²⁷⁴ Os medicamentos elencados serão distribuídos trimestralmente a partir da data da publicação da Portaria, mas ao Estado de Alagoas resta assistir à falência promovida pela omissão do Governo Estadual.

Tudo parece permitido no cárcere. A permissão ocasionada pela omissão do Estado é diagnóstico seguro da má gestão dos seus interesses. A Sociedade Brasileira de Infectologia demonstra interesse na questão da saúde nas prisões e anuncia que as unidades carcerárias reúnem as condições de insalubridade adequadas ao desenvolvimento e proliferação de doenças infectocontagiosas como em nenhum outro ambiente social. Dermatoses, hepatites e doenças sexualmente transmissíveis lideram o grau de incidência dos agravos e os riscos de contágio facilmente ultrapassam os limites dos muros retentores e atingem a comunidade em geral por meios que variam do contato com os que trabalham nas prisões até, e especialmente, através das visitas íntimas.²⁷⁵

No Brasil não existe um sistema de informação no âmbito da saúde penitenciária. Por essa razão, torna-se difícil estabelecer quais são os verdadeiros problemas enfrentados pelo grupo de pessoas privadas de liberdade. Somente por meio de algumas peças de relatórios é que se pode ter uma ideia do que de fato existe, e a situação apresentada ultrapassa os limites de restrições possíveis para a caracterização de qualquer mínimo existencial em que se possa

274 BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº 3.270, de 26 de outubro de 2010**. Diário Oficial da União, nº 206, quarta-feira, 27 de outubro de 2010. p. 59. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 8 dez. 2010.

275 **Presídios são focos de doenças infectocontagiosas**. Disponível em: <http://www.sbinfecto.org.br/default.asp?site_Acao=&paginaId=134&mNoti_Acao=mostraNoticia¬iciaId=16759>. Acesso em: 10 dez. 2010. Apesar dessa constatação, não se desconsidera a potencial hipótese de que o interno seja infectado por um agente externo.

pensar.²⁷⁶

Em Alagoas, o Ministério da Justiça encontrou presos mutilados por ausência de tratamento médico e celas através das quais os esgotos percorrem os espaços de convivência. O relatório preliminar do CNPCP foi elaborado a partir de inspeção realizada por representantes do órgão ao Sistema Prisional do Estado. Além da superlotação – constatada rotineiramente em todo o país –, a saúde do preso foi declarada em situação de “abandono total”. Foram constatados itens intoleráveis como mutilações derivadas de doenças não tratadas, maus-tratos e mortes ocorridas no interior dos presídios alagoanos.²⁷⁷

Gisela Maria Bester, em comentários preliminares, demonstrou indignação diante da situação absurda de gravidade reinante na prestação de saúde no Sistema Prisional de Alagoas. A Conselheira do CNPCP retrata como “absurdo” e “disparadamente o mais grave” o descaso demonstrado entre todos os estados nos quais teve a oportunidade de vistoriar. Em entrevista, a Conselheira afirma que havia se deparado com “as maiores violações dos direitos fundamentais constitucionais. Não são meras irregularidades, é bem mais que isso. É absurdo, mais que caótico e altamente inconstitucional”.²⁷⁸

A integridade física dos presos está à mercê da violência promovida pela omissão estatal em garantir que a efetividade dos programas implantados, ou mesmo a serem implantados, alcance o objetivo de conceder-lhes o direito à saúde, do qual são titulares. O abandono demonstrado, a excessiva falta de higiene, a superlotação, a violência física denunciada pelo Conselho – demonstrada pela constatação de marca de munição letal nas paredes e não letal no corpo dos prisioneiros – são uma afronta à dignidade e não se precisa fazer maiores demonstrações disso.

Em nota oficial, o secretário de Estado da Defesa Social, Paulo Rubim, negou que os presos estejam abandonados, contradizendo a descrição do relatório preliminar do CNPCP. O secretário afirma que a inspeção, no entanto, ajudou a planejar algumas medidas em caráter de

276 A opção metodológica para este trabalho não incluiu a tarefa de visitas ao sistema prisional com a intenção de verificar a situação da saúde individual. Preferiu-se, para esse fim, utilizar as informações oficiais que consubstanciam a dissertação, por considerá-las suficientes para a pesquisa aqui desenvolvida. Os dados coletados evidenciam o descaso com a saúde no cárcere. Se a situação fosse diferente, o Governo Federal teria interesse em explicitá-la, a não ser que o quadro fosse pior do que o relatado por seus órgãos.

277 As fotos constantes do Relatório de visitas do CNPCP se encontram no Anexo I desta dissertação.

278 A notícia foi veiculada por diversas páginas na internet, dentre eles: **Conselho divulga relatório que denuncia mazelas dos presídios de Maceió**. Disponível em: <<http://www.primeiraedicao.com.br/?pag=maceio&cod=10225>>. Acesso em: 11 dez. 2010. **Presídios em situação de calamidade**. Disponível em: <http://gazetaweb.globo.com/v2/gazetadealagoas/texto_completo.php?cod=172990&ass=11&data=2010-10-28>. Acesso em: 11 dez. 2010. **Em inspeção, Ministério da Justiça encontra presos mutilados e celas com esgoto em Alagoas**. Disponível em: <<http://www.uol.com.br>>. Acesso em: 11 dez. 2010.

emergência que foram tomadas e outras ações que serão, paulatinamente, adotadas. A primeira medida a ser adotada é a criação de uma nova área para o isolamento, que será providenciada pela Intendência-Geral. Diz o secretário estadual que “a situação de total abandono não é realidade”. Aponta como pontos positivos convênios que foram firmados em parceria com empresas privadas, que utilizarão como mão de obra os encarcerados, a contenção de circulação de dinheiro como uma forma ao combate do tráfico de drogas no interior das prisões, programas de alfabetização, assistência religiosa, o programa Fábrica da Esperança e o funcionamento de uma padaria.²⁷⁹

As declarações apresentadas pelo secretário estadual, no entanto, não enfrentam o debate da questão sanitária dos presídios. Ao contrário, desprezam a pauta da valorização de programas voltados a outras áreas da ressocialização. Necessária a constatação de que o CNPCP denunciou maus-tratos e falta de condições sanitárias adequadas à vida digna. Não estava o relatório preliminar denunciando o grande número de analfabetos, o desemprego ou violação ao direito de liberdade religiosa. A tentativa de desvio no discurso de Paulo Rubim aponta que as práticas institucionais do Estado de Alagoas, se não pretendem obstaculizar, esquecem-se da importância constitucional do direito à saúde.

4 O DIREITO À SAÚDE DO PRESO: UMA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL E AS POSSIBILIDADES BRASILEIRAS

4.1. Dos objetivos finais

A falta de políticas públicas eficazes no sistema prisional é, como em qualquer outra área social, uma das principais causas da decadência dos direitos sociais garantidos nos textos normativos. A questão da intervenção do Poder Judiciário nos programas de políticas públicas representa uma discussão que ainda se trava em direcionamentos diversos.

Como dito acima, os direitos sociais são passíveis de ser judicializados. O papel político dos tribunais, com a constatação dos impactos de suas decisões na elaboração de políticas públicas, ainda que por vias indiretas, ainda não se encontra bem delineado, e os

²⁷⁹ **Rubim esclarece relatório apresentado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.** Disponível em: <http://www.cadaminuto.com.br/noticia/2010/10/27/rubim-esclarece-relatorio-apresentado-pelo-conselho-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria>>. Acesso em: 11 dez. 2010.

debatedores se enfrentam com uma série de argumentos que devem ser considerados.

Tratar-se-ão alguns dos itens que devem ser levados em conta como argumentos pelo Poder Judiciário quando enfrentar tal problemática. A seletividade se dirige à averiguação das possibilidades concedidas ao Poder Judiciário de atuação na arena das políticas públicas referentes à saúde do preso. Com essa finalidade, o primeiro passo será a análise da questão da saúde nas prisões norte-americanas. Justifica-se essa escolha devido ao paradigmático enfrentamento da questão na Suprema Corte daquele país, muito mais que pelo reconhecimento de que os argumentos utilizados possam servir de inspiração aos tribunais brasileiros.

4.2. A proibição contra punições cruéis e inusitadas: o caso *Stelle v. Gamble*²⁸⁰

Tornou-se comum nos Estados Unidos da América a alegação sustentada a partir da utilização dos termos “punições cruéis e inusitadas” com referência inspirada na Oitava Emenda do texto constitucional. Sempre que um prisioneiro é torturado, condenado à morte, quando a força é utilizada de forma inadequada para fazer com que o encarcerado aja de uma ou outra forma e, enfaticamente, quando cuidados médicos são deliberadamente negados, ocasionando danos graves à saúde do cidadão custodiado, o uso dessa expressão soa como sentença adequada às possibilidades argumentativas, tanto judiciárias como da opinião pública.²⁸¹

A primeira vez que o termo “punições cruéis e inusitadas” foi utilizado remonta à data da promulgação do *Bill of Rights*, em 1689.²⁸² Em 12 de junho de 1776, os redatores da Declaração de Direitos da Virgínia incluíram em sua cláusula nona a ideia de que não seria possível a inflicção de penas inusitadas e caracterizadas pela crueldade a qualquer pessoa.²⁸³

280 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Estelle v. Gamble** (No. 75-929). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0429_0097_ZO.html> Acesso em: 12 set. 2010.

281 STINNEFORD, John. **The original meaning of “unusual”**: the eighth amendment as a bar to cruel innovation. Disponível em <<http://www.law.northwestern.edu/lawreview/v102/n4/1739/LR102n4Stinneford.pdf>> Acesso em: 12 set. 2010.

282 **An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown** Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/dna/h2g2/A700372>> Acesso em: 12 set. 2010. O Bill of Rights Act de 1689 é considerado por muitos como uma das maiores declarações das liberdades do direito inglês após a *Carta Magna* de 1215 e o *Petition of Right*, 1628. Em vez de lidar com a proteção dos direitos dos indivíduos e dos direitos civis como os conhecemos hoje, o Bill of Rights Act de 1689, estabelecia limites à atividade do Estado no exercício de sua soberania.

283 **The Virginia Declaration of Rights**. Disponível em: <<http://www.law.ou.edu/ushistory/vadeclear.shtml>> Acesso em: 12 set. 2010.

Mais tarde, a Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América foi promulgada, com o texto assegurando a impossibilidade de imposição de medida penal com traços distintivos de crueldade. Diz o texto da referida emenda que “não será exigida fiança excessiva, nem impostas multas excessivas, nem penas cruéis e inusitadas”.²⁸⁴

Segundo René David, essa declaração acrescida ao texto constitucional dos Estados Unidos, apesar de ter afastado a possibilidade de aplicação de penas cruéis e inusitadas, conforme jurisprudência dessa mesma Corte, não excluiu a pena de morte dentre o rol de sanções constitucionalmente adequadas. Para que se possa fazer incidir a pena capital sobre um fato cometido por um cidadão, basta que a legislação preveja de forma clara os critérios a serem utilizados no momento de sua aplicação.²⁸⁵

No entendimento da Suprema Corte norte-americana, quando se propôs a emenda procurou-se preservar o conceito básico da dignidade do homem, assegurando que o poder de impor a pena deveria ser exercido dentro dos limites de padrões civilizados.²⁸⁶

A Constituição norte-americana foi promulgada em 1787 e representa, para aquela nação, o ato de fundação de seu próprio país e não apenas uma declaração política, como poderiam ser consideradas outras cartas constitucionais contemporâneas.²⁸⁷ A respeito do modelo americano de constitucionalismo, pode-se colher na decisão paradigmática do caso *Marbury v. Madison* a declaração de supremacia da Constituição e a ideia de que o Poder Judiciário é o seu intérprete final.

Luís Roberto Barroso, em estudo acerca desse modelo, registra que durante os anos em que a Corte norte-americana esteve sob a presidência de Earl Warren (1953-1969), foi transferida a atenção primordial dada aos direitos de propriedade para colocar em foco os direitos pessoais. Diz o autor que,

284 Tradução livre do autor do texto: *Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.* ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Constitution of the United States of America (Amendment VIII)**. Disponível em: <<http://topics.law.cornell.edu/constitution/billofrights#amendmentviii>> Acesso em: 12 set. 2010.

285 DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Martins Fontes: São Paulo, 2002. p. 502-503.

286 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Trop v. Dulles (No. 70)**. The exact scope of the constitutional phrase "cruel and unusual" has not been detailed by this Court. But the basic policy reflected in these words is firmly established in the Anglo-American tradition of criminal justice. The phrase in our Constitution was taken directly from the English Declaration of Rights of 1688, and the principle it represents can be traced back to the Magna Carta. The basic concept underlying the Eighth Amendment is nothing less than the dignity of man. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0356_0086_ZO.html> Acesso em: 12 set. 2010.

287 DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo**. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p. 494.

Embora associada, invariavelmente, com o ativismo judicial, examinada em perspectiva histórica a Corte Warren se destaca, verdadeiramente, pela construção de uma democracia inclusiva, por uma visão humanista dos problemas sociais e pelo avanço dos direitos civis e individuais, inclusive os não enumerados na Constituição.

288

Após a saída de Earl Warren da presidência do Tribunal, Warren Burger, um opositor da jurisprudência da Corte Warren e crítico do ativismo judicial, foi nomeado por Richard Nixon o *Chief of Justice*. Apesar da tentativa de que a Corte se tornasse mais conservadora, percebe-se que não foram tão homogêneas as respostas dadas pela jurisprudência dessa Casa às questões submetidas a sua análise. Luís Roberto Barroso aponta como uma das questões em que o retrocesso pode ser mais bem visualizado a referente às pautas dos direitos dos acusados em procedimentos criminais.²⁸⁹

Apesar das observações apontadas acima acerca da Corte Burger e das questões criminais, inclusive a respeito da constitucionalidade da pena de morte, um grande avanço foi dado na história das prisões norte-americanas. Refere-se aqui à decisão paradigmática do caso *Stelle v. Gamble*, que se tornaria o fundamento legal nos Estados Unidos da América para a garantia do direito à saúde nas prisões. O tema será visto a seguir através da análise de elementos importantes para sua compreensão.

A Suprema Corte norte-americana decidiu, em 1976, questão em que J.W. Gamble, um detento do Departamento de Correções do Texas, alegava não ter sido submetido a tratamento médico adequado durante o período em que se encontrava custodiado pelo Estado. Gamble fora ferido em um acidente no dia 9 de novembro de 1973, quando um fardo de algodão desabou sobre ele enquanto estava descarregando um caminhão. O prisioneiro, mesmo reclamando de dores insuportáveis, recebeu apenas analgésicos e relaxantes musculares. Mais tarde, após meses de alegações a respeito do mal-estar físico e de submissão a confinamentos administrativos e solitária sem exames médicos mais adequados, um eletrocardiograma diagnosticaria irregularidade cardíaca. As dores nas costas e em um de seus braços não foram tratadas corretamente, nem foi prescrito qualquer tipo de cuidado dirigido às suas enfermidades, apesar das constantes reclamações do cidadão encarcerado às autoridades penitenciárias.

A Oitava Emenda à Constituição Americana tem sido interpretada pela Suprema Corte

288 BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 328.

289 Idem. p. 329.

daquele país como uma forma flexível e dinâmica, em de acordo com a evolução das normas de decência, proibitiva do uso de punição que é "excessiva" ou porque ela envolve a imposição arbitrária e desnecessária de dor, ou porque é flagrantemente desproporcional à gravidade do crime.²⁹⁰ Não apenas castigos físicos são incluídos como inadequados, mas o repúdio inclui toda e qualquer aflição desnecessária promotora de situação em que a dignidade, a humanidade e a decência possam ser desproporcionalmente diminuída pela medida penal, em flagrante inconstitucionalidade por violação da Oitava Emenda.

No caso em questão, foi codificado pela Corte o denominado *evolving standard of decency* para os cuidados sanitários atrás das grades. Segundo Robert Greifinger, pela primeira vez em quase 200 anos de história, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América estabeleceu como aplicável à questão do direito à saúde nas prisões o conteúdo do princípio constitucional impresso no teor literal da Oitava Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América.²⁹¹ O texto constitucional, ao proibir a possibilidade de submissão do cidadão a penas cruéis ou inusitadas estabelece a necessidade de que serviços médicos de saúde adequados sejam disponibilizados para os que estão sujeitos ao cumprimento de pena de prisão. O fato de que esses cidadãos se encontram desprovidos de sua liberdade fez com que a Corte norte-americana estabelecesse ser inconstitucional a negativa aos cuidados médicos necessários ou mesmo os atos comissivos dirigidos, mas que sejam insuficientes ao correto tratamento da enfermidade.

Estabelece a decisão em pauta que, “no pior dos casos, tal falha pode realmente produzir 'tortura física ou uma morte lenta', (...) males de maior preocupação imediata para os redatores da Emenda”. Apesar dessa preocupação, os juízes norte-americanos não abriram mão de ampliar a interpretação mesmo aos cuidados mais elementares, pois “em casos menos graves, a negação de cuidados médicos, pode resultar em dor e sofrimento que ninguém sugere que possa servir a qualquer propósito penológico”.²⁹²

A partir dessas observações, foi estabelecido que a Constituição dos Estados Unidos da

290 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Estelle v. Gamble** (No. 75-929). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0429_0097_ZO.html> Acesso em: 12 set. 2010.

291 GREIFINGER, Robert. Thirty years since Stelle v. Gamble: looking forward, not wayward. In: _____ (ed.). **Public health behind bars: from prisons to community**. Nova York: Springer, 2007. p.2.

292 Tradução livre do autor do texto: In the worst cases, such a failure may actually produce physical “torture or a lingering death,” (...) the evils of most immediate concern to the drafters of the Amendment. In less serious cases, denial of medical care may result in pain and suffering which no one suggests would serve any penological purpose. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Estelle v. Gamble** (No. 75-929). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0429_0097_ZO.html> Acesso em: 12 set. 2010.

América, com fundamento na Oitava Emenda, nega a possibilidade de que os entes estatais possam agir com indiferença deliberada à necessidade de cuidados médicos de prisioneiros por constituir, ela mesma, “arbitrária e desnecessária inflicção da dor” (*unnecessary and wanton infliction of pain*).

Observe-se, no entanto, que não será qualquer alegação de dor que proporcionará ao prisioneiro o reconhecimento da inconstitucionalidade da situação. Em outra situação posta pela jurisprudência americana, a submissão de um condenado à pena capital a uma segunda tentativa de eletrocutamento não representaria por si só uma arbitrária e desnecessária inflicção da dor quando derivada de um acidente imprevisível no qual a morte não havia sido alcançada. Nessas situações, a segunda tentativa não seria “repugnante para a consciência da humanidade” (*repugnant to the conscience of mankind*).²⁹³

Por essa razão, o texto da decisão do caso *Stelle v. Gamble* estabelece que não é suficiente a alegação de que o médico tenha agido com negligência e que a vítima de problemas com saúde seja um prisioneiro para que se possa diagnosticar a violação do texto constitucional. Para que essa violação possa ser reconhecida, o cidadão encarcerado deve alegar atos ou omissões – passíveis de ser comprovados – suficientemente prejudiciais de indiferença deliberada com a necessidade de cuidados médicos. É somente essa a indiferença que possui a potencialidade de promoção de grave ofensa aos “padrões de decência”, em violação à Oitava Emenda.

Para que se possam definir os termos trazidos pela manifestação suprema do Poder Judiciário norte-americano, Robert Greinfinger diz que a grave necessidade de tratamento médico deve ser definida “(...) como uma condição de saúde que, sem os cuidados em tempo, irá resultar em dor, deterioração mensurável de função (incluindo a função dos órgãos), morte ou risco substancial para a saúde pública”.²⁹⁴ A séria necessidade médica é um elemento objetivo da situação a ser arguida.

O termo “deliberada indiferença”, no entanto, goza de uma vagueza semântica característica de sua plurivocidade. Em outra situação mais recente, a mesma Corte estabeleceu o âmbito no qual o termo deve ser entendido pelo intérprete. A “indiferença

293 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Louisiana ex rel. Francis v. Resweber** (No. 142) Francis v. Resweber (No. 142). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0429_0097_ZO.html> Acesso em: 12 set. 2010.

294 Tradução livre do autor: “as a valid health condition that, without timely intervention, will result in pain, measurable deterioration in function (including organ function), death or substantial risk to the public health.” GREIFINGER, Robert. Thirty years since *Stelle v. Gamble*: looking forward, not wayward. In: _____ (ed.). **Public health behind bars: from prisons to community**. Nova York: Springer, 2007, p.2.

deliberada” para a saúde ou a segurança do preso será detectada através de um elemento subjetivo a ser investigado: a ciência do agente estatal. Apenas se constatado que era possível saber que os presos enfrentavam um risco considerável de dano grave e, mesmo assim, ignorava-se esse risco ao não tomar as medidas razoáveis para diminuir essa possibilidade, será caracterizada a *deliberate indifference*.²⁹⁵

Para que se possa entender como o princípio do “padrão evolutivo de decência” foi construído, deve-se observar a decisão da Suprema Corte norte-americana na qual Albert Trop, um soldado do exército, condenado a três anos de trabalhos forçados por deserção alegava estar sendo submetido à sanção violadora do teor da Oitava Emenda à Constituição daquele país por, mesmo após o cumprimento de sua sanção, não poder retirar um passaporte e ter-se tornado apátrida em razão de seus atos durante a guerra. Em um dos julgamentos mais festejados da Corte Warren, o *Chief of Justice* disse que a Oitava Emenda “(...) deve extrair seu sentido das normas de decência que marcam o progresso de uma sociedade”.²⁹⁶

Essa declaração serviu de instrumento argumentativo para que em 1976 a questão do direito à saúde nas prisões recebesse a atenção devida da Suprema Corte quando se estabeleceu que a indiferença deliberada aos cuidados médicos necessários à saúde do preso feria a norma constitucional. É importante anotar, ainda, que ambos os casos trouxeram o legado de que o reconhecimento das mudanças legais e éticas sobre a interpretação da decência pela sociedade deve influenciar dramaticamente o programa de políticas públicas para a promoção da ressocialização almejada pela medida penal.

A consequência derivada dessa decisão foi um crescente índice de melhoramento na área de políticas públicas dirigidas à saúde nas prisões desde o ano de 1976. O aperfeiçoamento nas áreas profissionais fez com que se confirmasse a ideia de que o acesso à saúde seria a regra e não a exceção.

Em virtude do grande número de ações promovidas pelos prisioneiros norte-americanos, o Congresso daquele país aprovou o *Prison Litigation Reform Act* (PLRA, 1995) com o objetivo de desobstruir os tribunais federais. Exigia-se o esgotamento dos recursos administrativos para sanar as situações acerca das condições prisionais como condição de

295 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Farmer v. Brennan** (92-7247). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-7247.ZS.html>> Acesso em: 12 set. 2010.

296 Tradução livre do autor: “(...) must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Trop v. Dulles** (No. 70). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0356_0086_ZO.html> Acesso em: 12 set. 2010.

admissibilidade de uma ação civil que possuísse esse objeto.²⁹⁷ Identificado como um retrocesso na questão da saúde nas prisões, a Corte norte-americana tratou de incluir a questão da saúde do preso como protegida pelo *American with Disabilities Act* (ADA, 1990), quando afirmou que as condições inadequadas podem ser arguidas com esse fundamento legal, igualando os prisioneiros aos portadores de necessidades especiais para os fins de aplicação da lei. Nesse quadro, o acesso a instituições públicas e serviços adequados lhes é garantido através da aplicação dessa lei federal.²⁹⁸

4.3. Os riscos à saúde pública como um alerta para a promoção da saúde nas prisões

Falou-se, até aqui, que a saúde pública é posta em risco quando não se trata a saúde do prisioneiro. Pode-se, equivocadamente, imaginar que as prisões não representem um risco à saúde da população em geral, mas quem está detido é o indivíduo, não a sua moléstia. A par dos problemas físicos, argumenta-se aqui sobre os riscos potencializados pelos agravos infectocontagiosos. No caso da tuberculose, por exemplo, seria imprescindível que as acomodações dificultassem a proliferação da doença, fossem saudáveis, com ventilação e iluminação naturais, além de que a superlotação fosse superada definitivamente.

As casas penitenciárias não se constituem em ambientes herméticos e mesmo a segurança máxima não obstrui a disseminação dos problemas sanitários. Constata-se que o risco surge justamente do contato com a população em geral, que pode servir como vetores que disseminarão os agravos para a população externa ao ambiente penitenciário.

A noção de saúde pública deve ser esclarecida. Segundo Michel Levy, “saúde pública é a arte e a ciência de prevenir doenças e agravos, prolongando a vida, e promovendo a saúde através de esforços organizados da sociedade”.²⁹⁹ Para o autor, a saúde pública é um instrumento de prática, de informação e fortalecimento para os indivíduos e para as comunidades, através da criação de ambientes saudáveis mediante o uso de estratégias com

297 “The most-litigated provision of the PLRA is its exhaustion requirement, which provides: ‘No action shall be brought with respect to prison conditions under section 1983 of this title, or any other Federal law, by a prisoner confined in any jail, prison, or other correctional facility until such administrative remedies as are available are exhausted.’” BOSTON, John. **The Prison Litigation Reform Act**. The Legal Aid Society: Prisoners’ Rights Project. New York, 2004. Disponível em: <<http://www.wnyc.net/pb/docs/plra2cir04.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

298 GREIFINGER, Robert. Thirty years since *Stelle v. Gamble*: looking forward, not wayward. In: _____ (ed.). **Public health behind bars**: from prisons to community. Nova York: Springer, 2007, p.2.

299 LEVY, Michael. International public health and corrections: models of care and harm minimization. In: GREIFINGER, Robert (ed.). **Public health behind bars**: from prisons to community. Nova York: Springer, 2007, p.74.

eficácia cientificamente comprovadas e mecanismos de responsabilização.

Vacilando entre as dificuldades de se estabelecer conceitos prontos, pode-se constatar insucesso. No entanto, Michel Levy acerta em sua opinião por ter definido os objetivos práticos a serem alcançados sem ter se alongado a impossibilidades fáticas. A definição proposta por Charles-Edward Winslow, em 1920, continua atual e inspiradora de tantos quantos se proponham a estudar o tema. Na sua visão, destaca que

A saúde pública é a ciência e a arte de prevenir doenças, de prolongar a vida e de promover a saúde e a integridade física através de esforços coordenados da comunidade para a preservação do meio ambiente, o controle das infecções que podem atingir a população, a educação do indivíduo sobre os princípios de higiene pessoal, a organização dos serviços médicos e de saúde para o diagnóstico precoce, o tratamento preventivo de patologias, o desenvolvimento de mecanismos sociais que assegurem a cada um nível de vida adequado para a manutenção da saúde.³⁰⁰

Dessa forma, pode-se somar a essa definição a ideia de que a saúde pública, no contexto das prisões, deve tratar de prevenir, através de programas adequados, a saúde dos internos e, no seu exterior, garantir que os impactos do encarceramento sejam minimizados. A realidade epidemiológica das unidades prisionais, o estado geral de saúde de uma população encarcerada, bem como a vinculação de atividade estatal para a administração das questões sanitárias no Sistema Prisional são facetas pertinentes à concepção de saúde pública.

A questão da saúde pública, que também pode se constituir em uma disciplina do conhecimento humano, envolve problemas sociais relevantes. Para Fernando Aith, a análise das dificuldades que serão objetos da saúde pública define-se por meio de uma construção social. “De fato, o que é de início uma realidade social torna-se em seguida um problema médico, depois uma questão política, logo após um problema de saúde pública e, após, uma questão jurídica tratada.” Desse ponto em diante, a elaboração de políticas públicas e a sua efetiva execução devem ser as metas almejadas.³⁰¹

Além da educação preventiva na prisão, cumpre parte dessa missão o desenvolvimento

300 Tradução livre do autor do texto original contido na segunda nota de rodapé do primeiro capítulo da obra indicada: “Public health is the science and the art of preventing disease, prolonging life, and promoting physical health and efficiency through organized community efforts for the sanitation of the environment, the control of community infections, the education of the individual in principles of personal hygiene, the organization of medical and nursing service for the early diagnosis and preventive treatment of disease, and the development of the social machinery which will ensure to every individual in the community a standard of living adequate for the maintenance of health.” WINSLOW, C.E.A. **The evolution and significance of modern public health campaign.** New Haven, Yale University Press, 1923. p. 1. Disponível em: <<http://hearth.library.cornell.edu/cgi/t/text/text-idx?c=hearth;idno=4502578>>. Acesso em: 11 DEZ. 2010.

301 AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil.** São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 59.

de pesquisas que definam o cuidado com o reingresso do prisioneiro na comunidade da qual faz parte. O cuidado com a saúde do egresso do cárcere representa um grande desafio para os programas de saúde e, portanto, deve constar da pauta de discussão dos gestores do Estado.

O fortalecimento dos programas de atenção à saúde nas prisões não deve ocorrer em descompasso com o fortalecimento de outros programas de saúde para a comunidade em geral. O caráter universal desse direito e a gravidade de sua prestação defeituosa põem todos em situações de risco. A diversidade de programas, no entanto, deve estar preparada para enfrentar características que não são comuns a todos os grupos sociais. Educação sexual numa escola em uma grande metrópole não exige as mesmas técnicas que o tratamento dos dependentes químicos em uma comunidade interiorana.

A proliferação da tuberculose, HIV, hepatites, dermatoses e outras doenças infectocontagiosas é um risco social a que está sujeita a comunidade em geral. Na prisão, a inadequação do ambiente pode favorecer o agravamento e a disseminação para outros grupos sociais com os quais os internos entram em contato, especialmente agentes penitenciários e familiares, inclusive parceiros de visita íntima. O uso de drogas, lícitas ou ilícitas, também é um fator que tem o potencial de promover sérios danos à saúde individual e coletiva. Enfim, o presídio, às margens dos programas de saúde, funciona como uma espécie de centro contaminador não muito distante das áreas de convívio da maioria da população.

Por essa razão, à área do conhecimento denominada saúde pública cabe desenvolver estudos voltados à minimização dos danos à saúde do preso. Como propostas a esses estudos, indicam-se sete tipos de questões a que devem se dedicar os estudiosos: a) Quais são as características sociais e sanitárias dos indivíduos encarcerados?³⁰² Sobre essa pergunta repousa a importância de identificar as necessidades de vários segmentos da população prisional, servindo de base para avaliações e intervenções a ser realizadas através de programas eficientes;³⁰³ b) Como a saúde dos encarcerados difere em relação à dos não

302 Um estudo no Rio de Janeiro revelou que “a população prisional é jovem, de baixa escolaridade, apresenta grau importante de ruptura dos vínculos familiares, em especial para as mulheres, tem história de envolvimento com as drogas, seja pelo uso ou pelo tráfico, e tem história de doenças sexualmente transmissíveis.” Para maiores detalhes, ver: CARVALHO, Márcia Lazaro de et al. **Perfil dos internos no sistema prisional do Rio de Janeiro: especificidades de gênero no processo de exclusão social**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, jun. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232006000200023&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 12 dez. 2010.

303 Nesse sentido, o encarceramento pode representar um momento oportuno para se considerar novas estratégias de abordagem dessa população e se implementar políticas de assistência à saúde mais adequadas. Ver: MIRANDA, Angélica Espinosa; MERCON-DE-VARGAS, Paulo Roberto; VIANA, Maria Carmen. **Saúde sexual e reprodutiva em penitenciária feminina, Espírito Santo, Brasil**. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 38, n. 2, abr. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102004000200015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 12 dez. 2010.

encarcerados? c) Como o aprisionamento, em si, afeta a saúde da população encarcerada? Essas duas questões, se respondidas, poderão definir se o encarceramento possui uma relação causal ou não com a incidência de determinados agravos, como HIV. O resultado para as constatações a serem obtidas provavelmente guiará as autoridades públicas a estabelecerem políticas públicas de prevenção mais adequadas, com esforços substanciais para reduzir o contágio ou o elevado índice de consumo de drogas no interior dos muros das prisões;³⁰⁴ d) Quais são os efeitos das políticas e as práticas da justiça criminal em relação à saúde dos presos?³⁰⁵ e) Qual o impacto das intervenções sanitárias realizadas com o intuito de melhorar a saúde dos presos? A resposta a essa questão poderia demonstrar o efeito das políticas públicas já instituídas com a finalidade de demonstrar seus custos relacionados com os benefícios atingidos, ou seja, sua adequação ou não à realidade em que estão implantadas.³⁰⁶

As outras duas questões são diretamente ligadas à saúde fora das prisões, mas pode-se, através de respostas eficientes, demonstrar como as pessoas são direta ou indiretamente afetadas pelos agravos sanitários derivados daquele ambiente. Continuando o rol acima listado: f) como o reingresso afeta a saúde das populações encarceradas? O egresso do cárcere encontra, durante o período que se segue a sua liberação, serviços de saúde adequados para melhorar seus comportamentos de risco em relação ao uso de drogas e aos agravos infectocontagiosos? Esses estudos podem servir de base para o programa de atenção à saúde do egresso.

Por fim, a última pergunta, que parece mais distante das pesquisas brasileiras: g) qual é o impacto dos índices de encarceramento no bem-estar das comunidades e da população em

304 Estudos a esse respeito no Brasil são escassos, mas podem servir de exemplos dessa iniciativa: Um estudo que revela que para cada ano a mais que se passa na prisão, a chance de usar cocaína aumenta em 13%, ver: CARVALHO, Márcia Lazaro de et al. **Modelo preditivo do uso de cocaína em prisões do Estado do Rio de Janeiro**. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 39, n. 5, out. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102005000500019&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 12 dez. 2010.

305 No Estado de São Paulo “houve um aumento marcante na taxa de encarceramento, que antecedeu, e logo em seguida coincidiu, com um declínio igualmente expressivo na taxa de homicídios. (...) Apesar de não ser possível concluir que essa relação seja causal, constatou-se uma associação temporal clara, compatível com a interpretação de que o aumento no encarceramento de criminosos exerceu seu efeito incapacitador e/ou dissuasor do crime em São Paulo.” Outros fatores não analisados, no entanto, podem ter tido significativo impacto. Para mais detalhes, ver: NADANOVSKY, Paulo. **O aumento no encarceramento e a redução nos homicídios em São Paulo, Brasil, entre 1996 e 2005**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 25, n. 8, ago. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2009000800022&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 12 dez. 2010.

306 As questões apresentadas foram acompanhadas de diversos exemplos desse tipo de pesquisas nos Estados Unidos da América, às quais se dispensam citação devido às possíveis variações de resultados se comparados com a realização dessas pesquisas no Brasil. FREUDENBERG, Nicholas. Health research behind bars: a brief guide to research in jails and prisons. In: GREIFINGER, Robert (ed.). **Public health behind bars: from prisons to community**. Nova York: Springer, 2007, p.74.

geral? A saúde das famílias, comunidades e da população em geral é afetada em que grau? Esses estudos podem ter a força de instruir e inspirar a implantação de políticas públicas que se ajustam às necessidades de promoção da saúde pública. De fato, identificando-se uma realidade social, constatados os problemas sanitários, a implantação de uma política pública direcionada à resolução do problema torna-se uma questão a ser enfrentada pelos estudiosos da saúde pública.

4.4. As violações do direito à saúde no sistema prisional alagoano à luz dos parâmetros internacionais

O sistema penitenciário alagoano, especificamente, e o brasileiro, em geral, representam, dadas as condições apresentadas, uma afronta aos princípios e regras estabelecidos nos documentos internacionais e na própria Constituição da República. Os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna não estão sendo realizados e a dignidade da pessoa humana – fundamento da República Federativa do Brasil – é posta em papel secundário nos estabelecimentos prisionais. Como a promoção de um direito determinado é fator de determinação da legitimidade dos poderes públicos, o Estado tende a se tornar institucionalmente desacreditado.

Para evitar tal situação de instabilidade, Miguel Carbonell elenca as obrigações gerais do Estado em matéria de direitos fundamentais sociais. Por serem satisfeitos geralmente através de prestações a cargo do Estado, os direitos sociais demandam obrigações que carecem ser bem determinadas. Essa determinação é condição específica para que se possa pleitear a satisfação dos direitos envolvidos em termos judiciais.³⁰⁷ As obrigações gerais, nesses termos, se dividem em obrigações de respeitar, obrigações de proteger e obrigações de cumprir ou realizar, e desempenham papel estratégico no estabelecimento de um nível mínimo de respeito aos direitos fundamentais sociais.

Ao se falar em obrigações de respeitar quer-se dizer que o Estado e todo o seu aparato institucional devem abster-se de adotar qualquer postura tendente a violar a integridade dos indivíduos e dos grupos sociais. Além disso, não se pode nem mesmo colocar em risco suas liberdades ou qualquer outro direito. Essas considerações envolvem ainda a necessidade de que o Estado ponha à disposição recursos para que os sujeitos possam satisfazer esses direitos

307 CARBONELL, Miguel. **Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozos de algunos problemas.** Santiago. Estudios Constitucionales. Año 6, nº 2, 2008. p. 60.

pelos meios que considerarem mais adequados.³⁰⁸

Os encarcerados no Estado de Alagoas estão tendo seu direito à saúde desrespeitado, deliberadamente negado pela ausência de comprometimento das instituições governamentais em pôr à disposição tratamento médico adequado, violando a integridade física da população privada de liberdade. Como demonstrado no capítulo anterior, os prédios insuficientes, deteriorados, sujos e inadequados são o retrato do descaso do Estado promotor de posturas que são dissintônicas com a tarefa de promoção da dignidade da pessoa humana. Que-se dizer que, com isso, as finalidades condensadas nos valores expressos por esse princípio restam prejudicadas com a consequente fragilização dos fundamentos da República. Ao intérprete que se põe diante dessa constatação cabe, portanto, condicionando sua atividade pelo conteúdo da dignidade, um trabalho hermenêutico que objetive recuperar a unidade do sistema.³⁰⁹

Em termos de violações, as obrigações de respeitar são descumpridas quando as ações políticas ou o estabelecimento de documentos normativos violam as normas estabelecidas no artigo 12 do Pacto e são susceptíveis de resultar em lesão corporal, morbidade e mortalidade. Em situações comuns, esses danos são evitáveis e desnecessários. Exemplos ressaltam a negação do acesso aos serviços de saúde, bens e serviços a indivíduos ou grupos específicos, como resultado de fato ou de discriminação: a retenção deliberada ou deturpação de informações vitais para a proteção da saúde ou o tratamento, a suspensão da legislação ou da adoção de leis ou políticas que interferem com o exercício de qualquer dos componentes do direito à saúde, e o fracasso do Estado a ter em conta as suas obrigações legais relativas ao direito à saúde, quando entrar em acordos bilaterais ou multilaterais com outros Estados, organizações internacionais e outras entidades, como empresas multinacionais.

Nas prisões alagoanas, quando se trata de averiguar o cumprimento das obrigações de proteger, nos termos propostos, verifica-se o fracasso da tarefa ao se observar, por exemplo, que as medidas necessárias para proteger os indivíduos que estão submetidos à privação de liberdade de violações do direito à saúde através da omissão de agressões à integridade física não estão sendo efetivadas.

A repercussão nacional dos problemas derivados de um princípio de rebelião em 21 de janeiro de 2011 no sistema prisional alagoano fez com que o Ministério Público de Alagoas

308 Idem. p. 60-61.

309 BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

abrisse uma investigação para apurar se houve tortura contra presos nesse episódio, inclusive sobre denúncias de que os agentes penitenciários estariam violando o direito à saúde dos presos ao dificultarem a entrada de médicos para atender doentes e feridos.³¹⁰ Houve a confirmação de violência física através de laudos periciais, e cinco óbitos por causa violenta foram confirmados dentro do presídio, até mesmo dentro de enfermarias.³¹¹

Cabe registrar ainda que em 1º de abril de 2011, servidores públicos, agentes penitenciários lotados no sistema prisional do estado de Alagoas, foram acusados de envolvimento nos assassinatos dos reeducandos José Lovêncio dos Santos Neto, 31, e José Domingos da Silva, 41, encontrados mortos na enfermaria no Presídio Baldomero Cavalcante no dia 30 de janeiro de 2011. Os agentes públicos foram presos em cumprimento dos mandados de prisão que foram expedidos pela 17ª Vara, responsável por casos de crime organizado.³¹²

As obrigações de cumprir ocorrem através da falência dos Estados Partes em adotar as políticas. Apesar de os esforços federais serem dirigidos pelo PNSSP para garantir a realização do direito à saúde do preso, o Estado de Alagoas demonstra que não se preocupa com o problema ao negligenciar sua qualificação para o plano. Além disso, as despesas são insuficientes e, provavelmente, há má aplicação dos recursos públicos. Isso traz como resultado a impossibilidade de gozo do direito à saúde dos indivíduos e grupos privados de liberdade, especialmente considerando o fato de que são mais vulneráveis devido à estrutura e ambiente facilitadores da proliferação de agravos sanitários. Portanto, considera-se que há, no sistema penitenciário alagoano, a incapacidade do Estado em acompanhar a realização do direito à saúde.

Dessa forma, fica demonstrado que o Estado, no que se refere aos indivíduos privados de liberdade tem violado todas as obrigações gerais em matéria do direito fundamental social à saúde. Não se respeita, não se protege e nem se realiza o direito à saúde atrás das grades em Alagoas.

310 **Promotoria abre investigação sobre tortura de presos em AL.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/867073-promotoria-abre-investigacao-sobre-tortura-de-presos-em-al.shtml>>. Acesso em: 01 abr. 2011.

311 **Secretaria investiga cinco mortes nos presídios de AL.** Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,secretaria-investiga-cinco-mortes-nos-presidios-de-al,319424,0.htm>>. Acesso em: 01 abr. 2011.

312 **Agentes penitenciários são presos por morte de detentos em AL.** Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI5042539-EI5030,00.html>>. Acesso em: 01 abr. 2011.

4.5. A defesa da efetividade do direito à saúde do preso e respostas possíveis do Poder Judiciário

Constatada a inexistência de óbices à judicialização do direito à saúde nas prisões, é preciso que se apontem, neste tópico, as responsabilidades dos órgãos de execução em promover ações que garantam a efetividade desse direito. Serão mencionados, brevemente, os meios disponíveis para a fiscalização do sistema de saúde penitenciário, bem como os instrumentos com que contam para judicializar demandas sobre esse objeto, sempre com a finalidade de se alcançar o máximo de efetividade do direito à saúde, reconhecendo os limites orçamentários não como desculpas para a inefetividade, mas como instrumento de realização de políticas públicas.

4.5.1 Entre a efetividade e a inefetividade do direito à saúde: distinções conceituais necessárias

A determinação acerca do conceito de efetividade pressupõe a tarefa de distinguir esse termo de outros para que não surjam dúvidas a respeito de que fenômeno se trata. Apesar da impressão que se pode ter quando se fala da eficácia jurídica dos comandos constitucionais que versam a respeito do direito à saúde como sendo exigíveis, definir parâmetros para definir em que termos essa exigibilidade perante o Judiciário deve se processar requer que alguns termos sejam esclarecidos.

Com o termo “vigência”, Hans Kelsen, por exemplo, pretendia designar a “existência específica de uma norma”. Ao mesmo tempo, com relação à eficácia da norma, o autor propõe que esta seja definida como “o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar no mundo dos fatos”.³¹³ Além disso, acrescente-se que na perspectiva do autor apenas nas situações em que um determinado grau de eficácia (mínimo) pudesse ser constatado se poderia falar em vigência da norma.

Dirley da Cunha Júnior afirma que a eficácia da norma pode ser entendida em dois sentidos diferentes. Em um primeiro sentido, *eficácia social* carregaria o mesmo teor apresentado por Hans Kelsen, ou seja, “consiste na fato de que a norma é efetivamente

³¹³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

obedecida e aplicada”. Trata-se da mesma ideia a que Miguel Reale e Luis Roberto Barroso denominam efetividade. Assim, o autor citado propõe que “a eficácia social da norma designa o fenômeno de sua concreta observância no meio social que pretende regular”. Nesse sentido, eficácia é um objeto de estudo que se aproxima da área de interesse da Sociologia, além do próprio Direito.³¹⁴

Quanto ao segundo significado afirmado por Dirley da Cunha Júnior, o termo deve ser dito *eficácia jurídica*. Quer dizer, portanto, que essa modalidade de eficácia significa a potencialidade de produzir os efeitos pretendidos pela norma, fenômeno que interessa ao estudo do Direito. Assim, apenas nas situações em que se possa constatar eficácia jurídica se poderá perquirir a respeito da eficácia social, pois, logicamente, esta não poderá jamais ser identificada sem que uma norma apta a produzir efeitos esteja em questão.³¹⁵

Ao contrário disso, uma norma poderá ser eficaz juridicamente sem que produza certos efeitos pretendidos. Afirmo o autor que

Em decorrência disso, cumpre à ciência do Direito, e em especial à ciência do Direito Constitucional, o exame e a descoberta de meios adequados e efetivos para implementar o trânsito da eficácia jurídica da norma para a sua eficácia social.³¹⁶

A teoria do garantismo de Luigi Ferrajoli também se preocupa em estabelecer qual o sentido que se deve dar à ideia de eficácia. O autor denomina vigência a condição que uma norma desfruta quando atende aos requisitos formais de criação e existência. De outra forma, validade é o termo a ser utilizado nas situações em que ela seja harmônica com os conteúdos normativos de normas que lhe sejam superiores. Quando uma norma ofende as condições substanciais de validade – respeito aos direitos fundamentais, por exemplo – deve ser qualificada como vigente, porém não válida.³¹⁷

Enquanto na averiguação da vigência o operador deverá constatar um juízo de fato através de uma averiguação empírica, no processo de definição da validade deverão ser elaborados juízos de valor. Contrapondo as ideias de Ferrajoli às de Hans Kelsen observa-se que a análise da validade em torno da formalidade da criação da norma não mais deve subsistir com a teoria garantista. Ao contrário, é válida a norma que não padece de vícios

314 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito Constitucional**. 5ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 158.

315 Idem. p. 158-159.

316 Ibidem. p. 159.

317 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. 3ª edição revista. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. p. 330-331.

substanciais.

Ainda para Luigi Ferrajoli, a eficácia de uma norma deverá ser constatada apenas quando for observada por seus destinatários e/ou seja posta em prática pelos órgãos de aplicação.³¹⁸ Para isso, é preciso constatar vigência e validade em uma norma. Vê-se que o autor demonstra preocupação muito maior com a eficácia sob uma ótica normativa, bem mais do que sociológica. O “dever-ser” da Constituição resta frustrado ou satisfeito a partir do comportamento normativo dos órgãos aplicadores. É verdade que, em outro momento, será dada relevância à análise da eficácia social promovida pela norma.³¹⁹

4.5.2 Combatendo a inefetividade do direito à saúde atrás das grades

Do que foi exposto a respeito do conceito de eficácia e das informações derivadas dos dados colhidos neste trabalho, considera-se que o direito à saúde nas prisões, em especial as alagoanas, padece de desequilíbrio tal que se possa conceder a ele título de direito inefetivo (ineficaz). Duas razões: a) não é eficaz socialmente nos termos de Dirley da Cunha Júnior porque as normas que concedem esse direito aos indivíduos encarcerados não completaram o trânsito necessário entre a eficácia jurídica e a constatação de ser ela obedecida e aplicada; b) da mesma forma, para o garantismo de Ferrajoli, o fato de os presos não possuírem acesso aos serviços básicos de saúde e de terem sua integridade sob risco e violada, demonstra que os destinatários carecem do gozo do direito e que os órgãos da Administração Pública não têm posto em prática os deveres ordenados pela norma.

A complexidade das discussões que envolvem o fornecimento por parte do Estado das prestações que garantam efetividade a esse direito requer cuidados significativos e específicos. Ana Paula de Barcelos diz que, a partir de constatações óbvias, não se consegue definir gradações seguras em matéria de direito à saúde com o fim de definir o mínimo existencial. Nem mesmo seria fácil definir, em um dado período histórico, a quais prestações de saúde o cidadão tem direito.³²⁰ Nas prisões, os indivíduos possuem como mínimo existencial a justificar a intervenção do Poder Judiciário o direito a quais prestações?

318 ABELLÁN, Marina Gascón. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: FERRAJOLI, Luigi; SALAZAR, Pedro (ed.). **Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 27.

319 Idem. p. 39.

320 BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

O fato é que sempre há uma escolha política quando a Administração Pública não coloca essas prestações à disposição da população carcerária, pois há, explícita ou implicitamente, outras prioridades. Embora imposto pela Constituição, esse dever jurídico não parece, como ficou demonstrado, uma questão de interesse para o Estado.³²¹

Os presos possuem direito à saúde. A saúde nas prisões é um direito inefetivo. Ana Paula de Barcellos ensina que

(...) se a sociedade não for capaz de reconhecer a partir de que ponto as pessoas se encontram em uma situação indigna, isto é, se não houver consenso a respeito do conteúdo mínimo da dignidade, estra-se-á diante de uma crise ética e moral de tais proporções que o princípio da dignidade da pessoa humana terá se transformado em uma fórmula totalmente vazia, um signo sem significado correspondente.³²²

Ora, assiste razão à autora, pois se não é possível enxergar nas prisões alagoanas a indignidade a que estão submetidas as pessoas encarceradas, ou se diz que não ter direito à saúde é situação possível sem que sejam violados os valores e limites impostos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, então não se conhece mais a noção da dignidade.

Reconhecendo que as ações da Administração Pública são insuficientes, ou mesmo, omissivas, defende-se que o Poder Judiciário deve intervir e determinar o fornecimento de prestações de saúde em relação apenas ao mínimo existencial na prisão. Será possível ainda ultrapassar as prestações mínimas para se conceder outras prestações que hajam sido juridicizadas e tomadas em forma de lei.

O mínimo existencial que faz parte do atendimento das prestações de direito à saúde nas prisões, portanto, deve incluir, primeiro, a ideia de que deve ser dada preferência aos cuidados sanitários a fim de, através de um menor custo, beneficiar o maior número de pessoas. Como o presídio funciona como vetor de doenças infectocontagiosas, os resultados obtidos com os cuidados a essa população seriam positivos para a saúde pública. A Constituição Federal escolheu os serviços de saneamento (arts. 23, IX; 198, II; e, 200, IV), a saúde materno-infantil (art. 227, § 1º, I), as ações de medicina preventiva (art. 198, II) e as ações de prevenção epidemiológica (art. 200, II) como as prioridades na área de saúde. Todas essas prioridades têm sido desconsideradas na prisão, como esta dissertação fez demonstrar.³²³

321 Essa postura desconsidera, equivocadamente, o potencial de risco à saúde pública. Ainda que se possa considerar utilitarista, o fato é que os riscos seriam minimizados a um custo financeiro efetivamente menor se a saúde do preso fosse tratada pondo-se em pauta os benefícios sociais derivados.

322 Idem. p. 808.

323 Ainda, como parâmetro possível para se entender a ideia de medicina preventiva, a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, estabelece as exigências

Nesse contexto, surgem como protagonistas o Ministério Público e a Defensoria Pública, em defesa dos interesses coletivos, que através de suas ações podem exigir do Poder Judiciário a tutela de direitos cuja decisão tenham um impacto relevante. Exigir-se-á que estejam à disposição dos encarcerados tais serviços de saúde em quantidade e qualidade necessárias acessíveis para os detidos em cada estabelecimento prisional, de forma permanente. Ana Paula de Barcellos anota que ainda que é necessária a inclusão na norma orçamentária de tal disposição em previsão dos gastos oriundos de tal tutela, não devendo ser desprezada a ordenação constitucional.³²⁴

A Constituição brasileira atribuiu ao Ministério Público a tarefa de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e individuais disponíveis (art. 127, *caput*), além da função institucional para a tutela de interesses difusos e coletivos (art. 129, III), por intermédio de dois instrumentos nascidos com a Lei 7.345/85: o inquérito civil e a ação civil pública. Deve agir “sempre que a conduta desviada (ativa ou omissiva) merecer alta reprovabilidade em razão de sua carga lesiva potencial ou efetiva, seja no respeito à qualidade do bem atingido, seja na abrangência dos ofendidos”.³²⁵

O direito à saúde do preso é caracterizado como um direito coletivo, pois os beneficiários são passíveis de determinação e são ligados com a parte que deve prestar os serviços para sua efetivação por uma relação jurídica. O provimento de uma ação coletiva, assim, deverá ter seus efeitos compartilhados em benefício dos interessados de igual maneira. O processo coletivo é o meio mais adequado no campo da proteção jurídica dos interesses e dos direitos metaindividuais e o que se pretende controlar, em um procedimento no qual o direito à saúde do preso esteja em questão é a sua violação, pois esse é o verdadeiro objeto da causa.

A intervenção do Poder Judiciário na atenção do direito à saúde na prisão não deve ser obstada em razão da suposta obstrução ao princípio da separação dos poderes, pois, como

mínimas no seu artigo 12, e que o atendimento ambulatorial, o plano mais restrito de todos (que podem incluir, a seu critério, atendimento obstétrico, internação hospitalar ou atendimento odontológico), deverá prestar cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, e cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais solicitados pelo médico assistente. BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 2 abr. 2011.

324 BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 812.

325 PINTO, Maria Hilda Marsiaj. **Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 142.

visto, a tutela de direitos fundamentais não se encontra na esfera da discricionariedade do Poder Público. Não há ingerência do Poder Judiciário quando da ordenação de políticas públicas constitucionalmente estabelecidas ou previstas na legislação, quando há inadimplemento desses deveres.

Recentemente, a Defensoria Pública foi incluída no rol de legitimados ativos para a propositura de ação civil pública. Essa instituição veio somar suas atividades em torno dos interesses de proteção dos direitos fundamentais de caráter coletivo. A edição da Lei nº 11.448/2007 fez com que a discussão se pusesse em torno de qual seja o papel da instituição. Arguem alguns que ações coletivas propostas pela instituição devem guardar nexos com a sua missão institucional de defesa dos necessitados. Essa discussão é afastada neste trabalho porque a multidão de encarcerados é mesmo, em sua maioria, de indivíduos que não possuíram oportunidade de garantir seu direito ao acesso à justiça.

Apesar dos avanços promovidos, o III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil informa que os estados com IDH mais alto tendem a investir maior volume de recursos destinados para a assistência jurídica ao cidadão. Alagoas, por exemplo, está entre os Estados que menos investiram na matéria e possui, segundo informações do diagnóstico, o menor índice de desenvolvimento humano do país.³²⁶ Além disso, o número de cargos de defensores públicos também sofreu uma maior variação naqueles mesmos estados em que os recursos foram mais intensamente aplicados.

Acerca da acessibilidade à justiça, Daniel Sarmento afirma que mesmo tendo sido constatados avanços nas últimas décadas no Brasil no que tange ao acesso à justiça, “a principal clientela do Judiciário brasileiro, mesmo em demandas envolvendo direitos sociais, continua sendo a classe média.”³²⁷ Os setores mais excluídos da sociedade brasileira continuam sem ao menos procurar a Justiça, o que resulta na constatação de que decisões alocativas de recursos são, implicitamente, deslocativas.

Ao deslocar recursos de políticas públicas que deveriam estar disponíveis para os mais pobres, é possível dizer que o Poder Judiciário transfere à classe média as atenções de suas ações. Na verdade, a crítica deve ser dirigida ao privilegiamento que os tribunais têm ofertado às demandas individuais em detrimento das demandas coletivas, justamente pela

326 Brasil. ANADEPE. **III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**. Disponível em: <http://www.anadep.org.br/wtksite/Anexos_-_100_Regras_de_Bras_lia_-_Carta_do_Rio.pdf> Acesso em: 20 fev. 2011.

327 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4ª ed. Ampliada, revisada e atualizada. Salvador: JusPodium, 2010. p. 424-425.

mesma argumentação da escassez de recursos.

O direito fundamental social à saúde nas prisões é um problema derivado da ausência de efetividade das políticas públicas sanitárias planejadas abstratamente pela Administração Pública. Sendo um direito da coletividade, faz-se necessário que o Ministério Público e as Defensorias Públicas estaduais e da União se engajem em programas de facilitação do usufruto desse direito, ainda que, e especialmente, através dos mecanismos jurídicos brasileiros de ações coletivas.

O acesso à justiça, se concebido não meramente como acesso às instâncias jurisdicionais, mas, sim, acrescido da ideia de uma ordem social justa, poria as atividades do administrador entre aqueles que, ao lado das dificuldades institucionais do processo, figuram entre os obstáculos à garantia de que o direito à igualdade possa ser eficaz socialmente.

Apesar de serem órgãos de execução nos termos da Lei de Execuções Penais e de terem recebido a tarefa de defesa dos direitos coletivos, em Alagoas, o Ministério Público e a Defensoria Pública não ingressaram ainda com qualquer ação coletiva dirigida especificamente ao direito à saúde do preso. George Sarmiento explicita o resultado do omissão da Administração Pública e da inatividade dos órgãos responsáveis pelo controle da atividade executória penal: “A ausência de políticas públicas eficientes é a principal causa do apagão carcerário.”³²⁸

Portanto, não basta que se imponha ao Poder Judiciário o dever de permitir a abertura da discussão democrática sobre a violação de direitos fundamentais sociais se o processo coletivo não for adequadamente utilizado para esse fim, especialmente pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública. A inércia desses órgãos de execução não permite a produção de provimento jurisdicional com alcance social.

Assim, não configurando a proteção e a recuperação da saúde do preso uma alternativa ao Poder Público, sua implementação imediata por intermédio da execução das políticas públicas dirigidas e eficazes para o alcance dessa tarefa representa o compromisso com o estágio atual da saúde nas prisões e a necessidade de manter íntegro o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

Determinados os conteúdos das prestações através da efetivação de diversos programas legalmente estabelecidos e do mínimo existencial constitucionalmente definido,

328 SARMENTO, George. Dignidade da pessoa privada de liberdade: proibição da tortura, tratamentos desumanos ou degradantes. In: COUTINHO, Aldacy. et al. **Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor Antônio José Avelãs Nunes**. Coimbra. Coimbra Editora: 2009.

verificada a existência de dotação orçamentária e a condição humilhante a que são submetidos os indivíduos, em contraste com tudo aquilo que se previu no contexto internacional e constitucional a respeito da dignidade, urge que se disponha de mecanismos adequados e que esses mecanismos ponham força à satisfação desses direitos.

O Estado deve viabilizar o acesso à ordem jurídica justa no sentido de que sejam ressaltadas a existência de políticas dirigidas à satisfação do direito à saúde na prisão. Devem ser criados mecanismos processuais que permitam à coletividade demandar em favor da satisfação quando o Estado se omite ou presta serviços de forma inadequada. Além disso, é dever funcional do Ministério Público e da Defensoria Pública o relevante papel de salvaguardar o direito à saúde na prisão em termos coletivos.

Apesar de a lei não excluir da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito, por força da própria Constituição, demandas em favor da promoção do direito à saúde no sistema prisional alagoano não têm sido propostas pelos órgãos de execução legitimados para tal. Órgãos de controle interno como o Conselho Nacional do Ministério Público e os Conselhos Superiores das Defensorias devem, no exercício de suas atribuições, decidir sobre essas questões administrativas e funcionais. É urgente, o controle da atuação administrativa e do cumprimento dos deveres funcionais desses agentes constitucionalmente revestidos de tarefas essenciais ao exercício da justiça.

CONCLUSÃO

Ao longo de toda a exposição, inúmeras afirmações foram realizadas para que fosse constatado que a situação dos direitos fundamentais sociais nas prisões é de inefetividade. Essa conclusão não é uma ilusão estatística. Ao contrário, é uma realidade que pôde, neste texto, ser comprovado com informações derivadas de dados coletados em fontes governamentais. Quando se propôs o estudo da eficácia do direito à saúde nas prisões, a ideia era tornar o diagnóstico algo diferente de uma reportagem jornalística ou de uma mera

impressão, um trabalho científico.

Ao término desta pesquisa, o cenário constatado diante da relevância do direito à saúde e da inefetividade derivada da omissão do Estado em cumprir os programas de acesso à saúde previstos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como da ausência de prioridade demonstrada pelos órgãos de execução legitimados para a propositura de processos coletivos que objetivem a satisfação desse direito, tem-se a impressão de que se está diante de uma utopia.

Observou-se durante este trabalho que quando o Estado priva de liberdade um indivíduo, assume a responsabilidade de cuidar de sua saúde, o que não diz respeito apenas às condições sanitárias do estabelecimento, mas também ao tratamento médico adequado, individualmente considerado, sempre que necessário. Por sua própria formatação, as condições de encarceramento frequentemente possuem um efeito que potencializa os riscos sobre o bem-estar físico e mental dos encarcerados. Dessa forma, a Administração Pública tem toda a responsabilidade de minimizar os riscos a partir da programação de políticas públicas adequadas e eficazes. Os reclusos não devem, por derivação das condutas e omissões Estatais, permanecer em estado de saúde pior do que o diagnosticado no momento de seu ingresso.

Mesmo em casos nos quais se pode visualizar a atenção inadequada do Estado à saúde da população em geral, assumiu-se que não se deve negar saúde, ao menos nos termos do mínimo existencial, àqueles que foram privados de liberdade pelo próprio Estado. Reconhece-se a escassez de recursos, mas não se legitima por isso, constatado o contingenciamento de verbas destinadas às prisões, a violação desumana da situação que submete a condições contrárias à dignidade milhares de brasileiros.

No Brasil, o contingenciamento do orçamento dirigido às políticas públicas na prisão tem sido uma das razões dos problemas enfrentados. Ambientes insalubres, doenças infectocontagiosas não tratadas adequadamente, ausência de fiscalização dos órgãos de execução, inexistência de atendimento individual igualitário, ausência de equipes de profissionais como previstas pelos regulamentos dos Ministérios da Saúde e da Justiça ausência de projetos conduzem ao entendimento de que as garantias postas à disposição da população pelo Estado gozam de validade sem que se observe qualquer espécie de efetividade.

Seguem-se propostas de ações que devem ser tomadas pelo Poder Público afim de

efetivar o direito à saúde nas prisões, reduzindo a distância entre a validade e a eficácia desse direito. Ei-las: a) Os recursos do Fundo Penitenciário Nacional precisam ser liberados com a finalidade de promoção das adequações necessárias previstas, em vez de retidos para que se alcance as metas de superávit primário do país; b) a construção de novos estabelecimentos prisionais com a finalidade de redução dos altos índices de superlotação e de esvaziar, de uma vez por todas, as celas das delegacias de polícia. Isso deve ser acompanhado por medidas que concedam aos presos o devido processo legal e o acompanhamento regular de seus processos, a fim de que o número de presos provisórios e de detentos que já tenham cumprido sua pena seja reduzido. Não se desconsidere, ainda, que programas de segurança pública potencializam a redução da criminalidade e o eventual envio do transgressor ao presídio.

Além das propostas acima, podem ser dito ainda que: c) é necessário potencializar a utilização do InfoPen, a fim de que as informações geradas transpareçam a realidade da situação carcerária; d) os estados da federação que ainda não aderiram ao Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário, em especial Alagoas, devem tomar todas as providências necessárias para tal no intuito de serem beneficiados com as vantagens do programa; e) fortalecer as Defensorias Públicas através da realização de concursos públicos para que se aumente o efetivo de defensores; f) realizar concursos públicos para que os envolvidos, em número suficiente, com a gestão da prisão, em especial com a prestação de serviços de saúde, façam parte de um quadro próprio e comprometido profissionalmente; g) estabelecer inspeções pelos serviços de vigilância sanitária e epidemiológica e a divulgação dos relatórios, aproximando a população da questão carcerária, por ser direta ou indiretamente ligada a ela; h) punir exemplarmente, através de mecanismos de controle eficientes, a violência praticada por agentes públicos aos privados de liberdade; i) potencializar a utilização do processo coletivo, especialmente pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública a fim de que o Poder Judiciário decida a respeito da situação dos direitos fundamentais nas prisões, com relevo para o direito à saúde.

Por fim, a tarefa da academia gira em torno da proposta de realizar pesquisas interdisciplinares sobre a condição de saúde da população carcerária com a finalidade de definir:

- 1) Quais são as características sociais e sanitárias dos indivíduos encarcerados?
- 2) Como a saúde dos encarcerados difere em relação a dos não encarcerados?
- 3) Como o aprisionamento, em si, afeta a saúde da população encarcerada?

- 4) Quais são os efeitos das políticas e práticas da justiça criminal em relação à saúde dos presos?
- 5) Qual o impacto das intervenções sanitárias realizadas com o intuito de melhorar a saúde dos presos?
- 6) Como o reingresso afeta a saúde das populações encarceradas?
- 7) Qual é o impacto dos índices de encarceramento no bem-estar das comunidades e da população em geral?

O trabalho que se encerra com essas conclusões parece possuir mais problemas do que os inicialmente propostos como cerne da pesquisa. A importância dada ao tema, no entanto, não deriva do fato de seu ineditismo, mas da tarefa que se espera cumprir com a efetivação do direito fundamental social à saúde no cárcere. Apenas com tal objetivo é possível satisfazer a tarefa da ciência de transformação da realidade em socorro ao homem.

É preciso dizer que a situação sanitária nas penitenciárias alagoanas é a prova do fracasso do projeto constitucional de garantia da dignidade da pessoa humana. A legitimidade do poder punitivo do Estado, no Brasil, carece de mudança radical na realidade prisional. Apenas se o direito à saúde for garantido pela Administração Pública, em termos de ser efetivo naquilo proposto pela legislação e pela Constituição Federal, se poderá concluir pela inexistência do abandono hoje constatado.

Enfim, é preciso ressaltar sempre que indivíduos encarcerados são titulares do direito subjetivo à saúde no sentido de garantir que esses direitos sejam efetivos, não conquistados através da mendicância, mas da programação e efetivação de políticas públicas eficazes à solução do problema. A prisão não é um erro histórico. Porém, para o fortalecimento da democracia no Estado de Direito, é tarefa inadiável para os responsáveis pelo direito à saúde do preso resgatar o significado da ressocialização.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian (Org.). **La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales**. 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto/ONU — Organización de las Naciones Unidas/PINUD — Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1998.

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário: A proteção do Direito à saúde no Brasil**. Quartier Latin, São Paulo, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum**. UFSC. Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, Revista nº 30, Ano 16, junho de 1995. p. 24-36.

ANTUNES, Eduardo Muylaert. **Natureza Jurídica da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 446, dez. 1972.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal**. 1ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2008.

_____. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico, nº 15. Salvador. Jan. Fev. Mar. 2007.

BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do Direito**. Barueri – SP: Manole, 2007.

_____. **Teoria Geral do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOSTON, John. **The Prison Litigation Reform Act**. The Legal Aid Society: Prisoners' Rights Project. New York, 2004. Disponível em:
<<http://www.wnyc.net/pb/docs/plra2cir04.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTE, Francisco; ADEODATO, João Maurício (coordenadores). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *et al.* (org.) **Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública: Saúde**. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BURATTINI, MN *et al.* **Correlation between HIV and HCV in Brazilian prisoners: evidence for parenteral transmission inside prison**. Rev. Saúde Pública vol. 34 nº 5, São Paulo, Out. 2000.

CATÃO, Adrualdo de Lima. **Decisão jurídica e racionalidade**. Maceió: Edufal, 2008.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARBONELL, Miguel. **Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozos de algunos problemas**. Estudios Constitucionales. Santiago. Ano 6. Nº 2, 2008.

_____; SALAZAR, Pedro (ed.). **Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madri: Editorial Trotta, 2005.

_____(ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

CARVALHO, Márcia Lazaro de *et al.* **Modelo preditivo do uso de cocaína em prisões do Estado do Rio de Janeiro**. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 39, nº 5, out. 2005 .

_____. **Perfil dos internos no sistema prisional do Rio de Janeiro: especificidades de gênero no processo de exclusão social**. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 11, nº 2, jun. 2006 .

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CHRISTOPOULOS, Basile Geroges Campos. **Orçamento e efetivação dos direitos sociais.** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, nº 19. Salvador: Set./out./nov. 2009.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COUTINHO, Aldacy. *et al.* **Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes.** Coimbra. Coimbra Editora: 2009.

CRUZ, André Luiz Vinhas da. **A tópica neoaristotélica de Theodor Viehweg – uma análise crítica de Manuel Atienza.** Revista da Esmese, Sergipe, nº 7, p. 159-180, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito Constitucional.** 5ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2011.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário.** São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DAVID, René. **Os grandes sistemas de direito contemporâneo.** Martins Fontes: São Paulo, 2002.

DEJOURS, Christophe. **Por um novo conceito de saúde.** Revista Brasileira de Saúde Ocupacional; 54 (14), 7-11. 1986.

DIDIER JR, Fredie. EHRHARDT JR, Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico. Homenagem a Marcos Bernardes de Mello.** São Paulo: Saraiva, 2010.

FASTENRATH, Ulrich. **Relative Normativity in International Law.** European Journal of International Law, vol. 4 nº 3, 305-340, (1993).

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal.** 3ª edição revista. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010.

_____ ; SALAZAR, Pedro (ed.). **Garantismo: Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli.** Madri: Editorial Trotta, 2005.

_____. **Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales.** DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 p. 15-31.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões.** 34ª ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

FUHRMANN, Nadia Lucia. **Neoliberalismo, Cidadania e Saúde: A recente reorganização do Sistema Público de Saúde no Brasil**. Civitas – Revista de Ciências Sociais v. 4, nº 1, jan.-jun. 2004.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7ª ed. Perspectiva: São Paulo, 2003.

_____. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4ª ed. LTC Editora: Rio de Janeiro, 1982.

GREIFINGER, Robert (ed.). **Public health behind bars: from prisons to community**. Nova York: Springer, 2007.

GUZMAN, Andrew T.; MEYER, Timothy L. **International Soft Law**. Journal of Legal Analysis 2 (2010): 171-225.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional ‘comparado’**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

_____. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LAPLANTINE, François. **Antropologia da doença**. 3ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2004.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Imprecisões quanto à norma jurídica**. Maceió: Revista da Esmal. Ano I, nº 2. Jan/jun 2003.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Bloco de constitucionalidade: os sistemas francês e espanhol**. Revista Opinião Jurídica, n. 3, ano II, Fortaleza, 2004.

LIMA, Rita de Cássia Gabrielli Souza *et al*. **A construção do direito à saúde na Itália e no Brasil na perspectiva da bioética cotidiana**. Saude soc., São Paulo, v. 18, nº 1, Mar. 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **La Generaciones de derechos humanos**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Nº 10. Setembro a Dezembro de 1991. p. 203 a 206.

- MAGALHÃES, Gustavo Alexandre; PINTO, Élide Graziane (Org.) **Judicialização, orçamento público e democratização do controle de políticas públicas**. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional público**. 5ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MÉNDEZ, Emilio García. **Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: reflexões para uma nova agenda**. SUR – Revista internacional de direitos humanos. Ano 1 • Número 1 • 1º semestre de 2004.
- MIRANDA, Angélica Espinosa; MERCON-DE-VARGAS, Paulo Roberto; VIANA, Maria Carmen. **Saúde sexual e reprodutiva em penitenciária feminina, Espírito Santo, Brasil**. Rev. Saúde Pública, São Paulo, v. 38, nº 2, abr. 2004.
- NADANOVSKY, Paulo. **O aumento no encarceramento e a redução nos homicídios em São Paulo, Brasil, entre 1996 e 2005**. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, v. 25, nº 8, ago. 2009.
- NIKKEN, Pedro. **El concepto de derechos humanos**. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994. (Série Estudios de Derechos Humanos).
- NOVELINO, Marcelo. **Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais**. 4ª ed. Ampliada, revisada e atualizada. Salvador: JusPodium, 2010.
- OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência o comissário e outros ensaios de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: nova retórica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- PINHEIRO, Luís Felipe Valerim Pinheiro. **Controle orçamentário e eficácia do planejamento estatal**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, set. out. nov. 2005.
- PINTO, Maria Hilda Marsiaj. **Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. **A Constituição de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**. EOS Revista Jurídica da Faculdade de Direito. V. I, nº I, ano 2. Dom Bosco. Curitiba, 2008.

_____. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional.** 8ª ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

PISARELLO, Gerardo. **Del Estado social legislativo al Estado social constitucional. por una protección de los derechos sociales.** Isonomia. Barcelona. Nº 15. Outubro/2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de Direito Privado, tomo I.** Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1999.

RABOSSO, Eduardo. **La teoría de los derechos humanos naturalizada.** Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Nº 5. Janeiro a Março de 1990.

RAWLS, John. **O Liberalismo político.** Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2ª ed. São Paulo, Atlas, 2000.

RODENAS, Alejandra; FONT, Enrique Andrés; SAGARDUY, Ramiro A. P. (Comité de Dirección) **Criminología crítica e control social.** Editorial Juris: Rosario - Argentina, 2000.

RORTY, Richard. **Contingência, ironia e solidariedade.** São Paulo: Martins, 2007.

_____. **Ensaio sobre Heidegger e outros.** Escritos filosóficos II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

_____. **Verdade e progresso.** 1ª ed. Trad: Denise R. Sales. Manole: Barueri-SP, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte geral.** Madri: Civitas, 1997.

SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira.** Sociologias, Porto Alegre, n. 16, dez. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma construção jurídico-constitucional necessária e possível.** Revista Brasileira de direito constitucional. RBDC n.9, jan/jun 2007.

_____. **O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988.** 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. (Org.) **Filosofia e teoria constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, George. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais.** In:

Revista do Mestrado em Direito da UFAL, nº 1, Maceió: Nossa Livraria, jan./dez. 2005.

SCLIAR, Moacyr. **História do Conceito de Saúde**. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 17(1):29-41, 2007.

SENDEN, Linda. **Soft law in European Community law**. Hart Publishing: Portland, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. Adré Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

WINSLOW, C.E.A. **The evolution and significance of modern public health campaign**. New Haven, Yale University Press, 1923.

SÍTIOS NA INTERNET

Agentes penitenciários são presos por morte de detentos em AL. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI5042539-EI5030,00.html>>. Acesso em: 01 abr. 2011.

An Act Declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/dna/h2g2/A700372>> Acesso em: 12 set. 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **CPI - Sistema Carcerário**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/atividadelegislativa/comissoes/comissoestemporarias/parlamentar-deinquerito/53a-legislatura-encerradas/cpicarce>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização. **Projeto de Lei Orçamentária para 2011 (Projeto de Lei n.º 59/2010-CN). Área Temática VII: Justiça e Defesa. Relatório apresentado**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/comissao/index/mista/orca/orcamento/or2011/rel_setor/setor07/000_Rel_Setorial_07.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2010.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=12150:brasil-tem-terceira-maior-populacaocarceraria-domundo&catid=1:notas&Itemid=675>. Acesso em: 28 nov. 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Relatório de visitas a estabelecimentos prisionais do estado de Alagoas. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2011.

Brasil. Ministério da Justiça. **FUNPEN em números 2008.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJC0BE0432ITEMID2E78DF78E8784A328117CFDD285A458BPTBRNN.htm>>. Acesso em 3 de dez. 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Plano diretor do sistema penitenciário do estado de Alagoas.** Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE7CD13B5ITEMID2AC5EC2AC7834C729B1465BE75D88371PTBRNN.htm>>. Acesso em 28 nov. 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatórios Estatísticos - Analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação.** Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 28 mar. 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Estados Qualificados.** Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=24528>. Acesso em: 28 mar. 2011.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde no Sistema Penitenciário.** Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=24519>. Acesso em: 8 dez. 2010.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Palácio do Planalto. **Agora é lei: alimentação é um direito.** Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/pec-alimentacao>> Acesso em: 21 nov. 2010.

CABRERA, Pedro José Cabrera. **La realidad penitenciaria em el Siglo XXI: perspectivas de futuro.** Disponível em: <http://www.dosorillas.org/IMG/Pedro_Jose_Cabrera-2.pdf> Acesso em 22 nov. 2010.

CARBONARI, Paulo César. **Monitoramento do cumprimento de compromissos em direitos humanos: Breve Relato e Comentário sobre Atuação junto ao Comitê DESC/ONU.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/carbonari/carboni_t02_genebra.htm>. Acesso em: 16 dez. 2010.

Capacitação humaniza Casa de Detenção. Disponível em: <<http://www2.alagoas24horas.com.br/conteudo/?vEditoria=Pol%EDcia&vCod=66784>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

Constituição da Organização Mundial de Saúde. Disponível em <<http://www.unifran.br/mestrado/promocaoSaude/docs/ConstituicaoWHO1946.pdf>>. Acesso: 12 set. 2010.

Dez presos fogem da Delegacia de Penedo; a terceira fuga só em 2010. Disponível em: <<http://cadaminuto.com.br/noticia/2010/03/26/dez-presos-fogem-da-delegacia-de-penedo-a-terceira-fuga-so-em-2010>>. Acesso em: 28 mar. 2011.

Dicionário de Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.esmpu.gov.br>> Acesso: 12

set. 2010.

Durante festa dos Navegantes, presos fogem da delegacia de Penedo. Disponível em: <<http://tudonahora.uol.com.br/noticia/interior/2011/02/12/129475/durante-festa-popular-presos-fogem-de-delegacia>> Acesso em: 28. mar. 2011.

ENGLAND, United Kingdom. International Centre for Prison Studies. **Prison Brief - Highest to Lowest Rates. Entire world - Prison Population Totals.** Disponível em: <<http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/index.php>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

International Centre for Prison Studies. Disponível em: <<http://www.kcl.ac.uk/schools/law/research/icps>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

MENDES, Gilmar. **Pronunciamento do Presidente do STF e do CNJ, Min. Gilmar Mendes, na abertura da Jornada Científica do Comitê Permanente da América Latina para a revisão das regras mínimas da ONU para o tratamento dos presos.** Belém, 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discurso_regras_minimas_para_tratamento_de_presos.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2010.

ONU. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Substantive issues arising in the implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights.** General comment nº 14 (2000). The right to the highest attainable standard of health. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/40d009901358b0e2c1256915005090be?Opendocument)> Acesso em: 6 nov. 2010.

ONU. **Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas sob Qualquer Forma de Detenção ou Prisão.** Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/bodyprinciples.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2010.

ONU. **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.** Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/doc_penas.php>. Acesso em: 23 nov. 2010.

ONU. **Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos.** Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/basicprinciples.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2010.

ONU. **Princípios de Ética Médica Aplicáveis à Função do Pessoal de Saúde, principalmente Médicos, na Proteção de Prisioneiros e Pessoas Detidas contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes.** Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/law/medicaethics.htm>>. Acesso em: 17 dez 2010.

ONU. **Regras Mínimas para o tratamento de prisioneiros.** Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/fpena/lex52.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2010.

Polícia Civil aborta fuga da delegacia de Penedo. Disponível em: <<http://www.ojornalweb.com/2010/07/22/policia-civil-aborta-fuga-da-delegacia-de-penedo/>>

Acesso em: 28 mar. 2011.

Presídios são focos de doenças infectocontagiosas. Disponível em: <http://www.sbinfecto.org.br/default.aspx?site_Acao=&paginaId=134&mNoti_Acao=mostraNoticia¬iciaId=16759>. Acesso em: 10 dez. 2010.

Promotoria abre investigação sobre tortura de presos em AL. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/867073-promotoria-abre-investigacao-sobre-tortura-de-presos-em-al.shtml>>. Acesso em: 1º de abr. 2011.

RAND Reserach Brief. **Prisoner Reentry: What Are the Public Health Challenges?** Disponível em: <http://www.rand.org/pubs/research_briefs/RB6013/RB6013.pdf> Acesso em 28 nov. 2010.

Relatório final da 11ª Conferência Nacional de Saúde. Disponível em: <<http://www.datasus.gov.br/cns/11Conferencia/relatorio/relatorio.htm>>. Acesso em 20 mar. 2011.

Rubim esclarece relatório apresentado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Disponível em: <http://www.cadaminuto.com.br/noticia/2010/10/27/rubim-esclarece-relatorio-apresentado-pelo-conselho-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria>>. Acesso em: 11 dez. 2010.

Secretaria investiga cinco mortes nos presídios de AL. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,secretaria-investiga-cinco-mortes-nos-presidios-deal,319424,0.htm>>. Acesso em: 1º de abr. 2011.

STINNEFORD, John. **The original meaning of “unusual”:** the eighth amendment as a bar to cruel innovation. Disponível em <<http://www.law.northwestern.edu/lawreview/v102/n4/1739/LR102n4Stinneford.pdf>> Acesso em: 12 set. 2010.

The Virginia Declaration of Rights. Disponível em: <<http://www.law.ou.edu/ushistory/vadeclar.shtml>> Acesso em: 12 set. 2010.

LEGISLAÇÃO E DECISÕES JUDICIAIS

BRASIL, STF. **ADPF 45 MC/DF**, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 4 mai. 2004.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.html>>. Acesso em: 21 nov. 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm>. Acesso em: 2 abr. 2011.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994.**

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LCP/Lcp79.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria Interministerial MS/MJ nº 1.777, de 9 de setembro de 2003**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJDA8C1EA2ITEMID114098CC7FA24F34B3B0F61C115F415DPTBRNN.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº 3.270, de 26 de outubro de 2010**. Diário Oficial da União, nº 206, quarta-feira, 27 de outubro de 2010. p. 59. Disponível em: <<http://www.in.gov.br>>. Acesso em: 8 dez. 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria Interministerial MS/MJ nº 3.343, de 28 de dezembro de 2006**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJDA8C1EA2ITEMID114098CC7FA24F34B3B0F61C115F415DPTBRNN.htm>>. Acesso em: 22 nov. 2010.

BRASIL. Presidência. **Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em: 6 nov. 2010.

BRASIL. Presidência da República. **Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/LCP/Lcp79.htm>>. Acesso em: 2 de dez. 2010.

BRASIL. STF. **HC-83.358-6 SP**. DJ. 04.06.2004 Disponível em <www.stf.jus.br> Acesso: 28 nov. 2010.

BRASIL. STJ. **REsp 776.732-RJ**, Relator Min. Humberto Martins, Julgado em 08/05/2007. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso: 28 nov. 2010

BRASIL. STJ. **REsp 936.342-ES**, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 11/11/2008. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso: 28 nov. 2010

BRASIL. STJ. **REsp 1.051.023-RJ**, Rel. originário Min. Francisco Falcão, Rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 11/11/2008. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso: 28 nov. 2010

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Estelle v. Gamble** (No. 75-929). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0429_0097_ZO.html>. Acesso em: 12 set. 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Farmer v. Brennan** (92-7247). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-7247.ZS.html>> Acesso em: 12 set. 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. **Trop v. Dulles (No. 70)**. Disponível em:
<http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0356_0086_ZO.html> Acesso em: 12 set. 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Constitution of the United States of America (Amendment VIII)**. Disponível em:
<<http://topics.law.cornell.edu/constitution/billofrights#amendmentviii>> Acesso em: 12 set. 2010.



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA

RELATÓRIO DE VISITAS A ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS DO
ESTADO DE ALAGOAS

PERÍODO: 25 a 27 de outubro de 2010.

Conselheiros: GISELA MARIA BESTER e ALVINO AUGUSTO DE SÁ.

EMENTA: 1. Introdução. 2. Penitenciária Baldomero Cavalcanti de Oliveira. 3. Presídio Feminino Santa Luzia. 4. Casa de Detenção de Maceió. 5. Recomendações específicas.

1. INTRODUÇÃO

O presente Relatório tem por escopo descrever as condições dos estabelecimentos visitados na cidade de Maceió – Alagoas (Estado com aproximadamente 3.156.108 habitantes e com uma população carcerária de 2.156 presos – com a cifra de 68,31 presos por 100 mil habitantes¹, conforme dados do INFOPEN de junho de 2010), apontar os pontos positivos e as irregularidades, recomendar providências e trazer sugestões para o aprimoramento da gestão, sempre tendo como parâmetro as normas de execução penal vigentes e atos normativos expedidos por este Conselho.

¹ Vale lembrar que a cifra brasileira é de 258,11 presos por 100 mil habitantes.

As visitas foram realizadas com o conhecimento prévio das autoridades públicas locais. A Comissão foi designada pela Portaria nº 19, do CNPCP, de 30 de setembro de 2010. Para a sua realização, a equipe contou com a colaboração dos servidores do CNPCP, Jussara Isaac Ribeiro, Rafael de Sousa Costa e Ronivaldo Bento Costa, a quem prestamos agradecimentos pelas colaborações.

Esclarecemos que os três dias de visita da equipe do CNPCP no Estado foram ocupados pelas seguintes atividades: no primeiro dia, 25/10, visitas aos estabelecimentos carcerários para as devidas inspeções; no segundo dia, 26/10, elaboração do relatório destas inspeções, e, no terceiro dia, 27/10, realizou-se Audiência Pública para a apresentação e o debate do referido relatório com as autoridades estaduais e a sociedade civil, contando com a presença do Presidente do CNPCP, Dr. Geder Rocha Gomes.

Especificamente sobre as atividades do dia 25/10, foram realizadas as seguintes visitas e inspeções na cidade de Maceió, conforme relatos detalhados na sequência:

a) Manhã

- Penitenciária Baldomero Cavalcanti de Oliveira;
- Presídio Feminino Santa Luzia;

b) Tarde

- Casa de Detenção de Maceió (vulgo "Cadeião").

2. PENITENCIÁRIA BALDOMERO CAVALCANTI DE OLIVEIRA

Direção e Acompanhantes da Visita do CNPCP

A equipe foi recebida pelo senhor Diego Zardenos – Diretor Geral da Unidade, acadêmico de Direito. Também fomos acompanhados por membros da Comissão de Relações Penitenciárias da OAB (Srs. Ricardo Soares Moraes e Adraildo Calado Rios, este Presidente da Comissão), pelo Ouvidor do Sistema

Penitenciário, Sr. Major Lima, pelo Presidente do Conselho Penitenciário Estadual, Sr. Francisco José Torres e pelo Sr. Gilberto Irineu de Medeiros (presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB).

Destinação, Capacidade e Lotação da Unidade

A Unidade destina-se ao regime fechado masculino e está situada na BR 104, KM 14, Complexo Penitenciário Alagoano, S/N, Tabuleiro.

As informações objetivas que se seguem foram retiradas do questionário preenchido pela direção do estabelecimento. No entanto, o questionário não foi respondido de forma consistente e completa. Porém, no momento da Audiência Pública os Conselheiros solicitaram aos responsáveis que os completassem, sendo assim possível complementarmos este Relatório. **Não obstante ao compromisso assumido em complementar as informações, não foram recebidas as informações atualizadas, apesar das diversas cobranças feitas**

As respostas ao questionário não informam a capacidade do estabelecimento, nem o número de presos.

Não há alas separadas para os regimes diferentes, para presos provisórios jovens e idosos, mas existe uma ala separada para pessoas com curso superior e outra para os presos que têm trabalho e outra para presos com problemas no convívio.

Cumprir destacar que há uma ala destinada aos presos que estão em regime de isolamento, cumprindo castigo que lhes foi imposto; para acessar esta ala passa-se por um corredor praticamente sem luz, abarrotado de lixo, que só se podia ver com o "flash" da máquina fotográfica. Nesta ala de isolamento há mais ou menos 12 celas, sendo 06 de cada lado. A ala se encontra em condições extremamente sub-humanas. No corredor central observa-se transbordamento do esgoto, vindo dos vasos sanitários das celas, que se encontravam entupidos. Foi possível observar em uma das celas fezes saindo por baixo da grade. Por conta destas péssimas condições de higiene, havia um preso com os dedos dos dois pés tomados por fungos. É de se frisar que as celas não têm iluminação, a não ser

o mínimo de iluminação solar. Os presos internos nesta ala de isolamento reclamam de maus tratos, torturas e espancamentos.

Segundo depoimento dos presos, o almoço chega para eles mais ou menos entre as 15 e 16 horas. Ninguém entra na ala para lhes levar a marmitta. Esta é passada por uma corda de lençóis amarrados (vulga “tereza”). Às vezes tal marmitta cai no chão, no meio da água de esgoto, e o preso que perdeu sua marmitta fica à mercê da solidariedade dos demais.

O castigo de permanência na ala de isolamento tem a duração máxima de 30 dias. No entanto, existem lá dois presos que já estão purgando sua pena naquelas péssimas condições há 1 ano e 1 mês, segundo informações deles mesmos. São eles: JOSIAL SERAFIM MENDES e DAMIÃO LUIZ SOARES DOS SANTOS.

Estado do Estabelecimento

O prédio é relativamente novo. Entretanto, os módulos destinados à habitação dos presos (exceto a ala especial – pessoal de curso superior) encontra-se em péssimas condições de conservação e higiene. Há um longo corredor de acesso aos módulos, no qual se observam marcas de mofo nas paredes laterais até a altura mais ou menos de 30 a 40 cm, devidas a alagamentos provocados pelas chuvas que ocorrem de junho a agosto, segundo informação dada por uma das pessoas que acompanhava a inspeção. Indagada sobre como se dava o trânsito neste corredor, ela respondeu que todos são obrigados a passar pelo meio da água. Neste mesmo corredor não existe iluminação, exceto a de um único holofote. Os agentes penitenciários testemunharam os graves problemas que enfrentam à noite, quando têm de transportar urgentemente algum preso por este local.

Os presos fizeram questão de nos mostrar os telhados, bastante danificados, por onde passam as águas da chuva, molhando suas celas.

Ao lado dos módulos existe um canal por onde passa esgoto a céu aberto. Neste esgoto existem ratazanas, que, segundo o relato dos presos, invadem suas celas.

Visitas e revistas

Antes de adentrar ao presídio as visitas contam com um espaço com boa cobertura, na qual existem muitos bancos, o que lhes torna mais confortável o tempo de espera. As visitas são recebidas dentro dos próprios módulos e não há um espaço próprio para visita íntima.

As revistas nas visitantes mulheres são feitas por agachamento e realizadas por agentes femininas. Este procedimento é motivo de queixa generalizada dos presos, que, segundo verbalizaram, vêem suas esposas e suas mães sendo humilhadas.

Alimentação

Os alimentos são elaborados por empresa terceirizada, porém na própria Unidade. A equipe do CNPCP constatou reclamações generalizadas sobre a baixa qualidade da comida. Os visitantes podem levar comida aos presos. Entretanto, os presos dizem que atualmente a casa define um limite máximo para alimentação a ser entregue pelas visitas. A portaria retém o alimento ultrapassado deste limite.

Roupas, uniformes e higiene pessoal

Todos os presos usam uniformes.

Não há distribuição de roupas de cama, nem de toalhas.

A distribuição do kit higiene é prevista para uma vez ao mês, mas os presos informaram que esta frequência não é obedecida, em função do que sempre faltam itens importantes, como papel higiênico.

Atendimentos jurídico, social e psicológico

Existe um parlatório bem conservado, com ar condicionado e cadeiras; iniciativa para a sua reforma foi da OAB/AL.

Segundo informes dos representantes da OAB/AL, os advogados reclamam muito quanto ao acesso aos presos, que é dificultado pela Administração da Unidade. Segundo as mesmas fontes, às vezes, a Direção, para impedir o acesso do advogado a um determinado preso, chega a informar que o mesmo teria sido transferido, o que não corresponde à verdade.

Não existe Defensor Público que atue na Unidade. Entretanto, há advogados contratados pela IGESP para prestar Assistência Jurídica. Os presos informaram que nunca observaram a presença do Juiz e do Promotor de Justiça de Execuções Penais.

Muito deles encontram-se presos provisoriamente há meses, sem terem tido nenhuma audiência e alguns não têm quaisquer notícias sobre seus processos.

Segundo a Direção, os serviços de assistência social e de psicologia atendem os presos de acordo com as suas solitificações.

Saúde

Segundo a enfermeira, existe um médico, o qual comparece três vezes por semana, das oito horas ao meio-dia. Há um consultório dentário e um dentista na casa. Pelas respostas ao questionário, há 2 enfermeiros e 1 auxiliar de enfermagem, 1 psicóloga e 1 assistente social. Os presos reclamam muito da falta de atendimento médico e de remédios.

Trabalho

Conforme o próprio questionário respondido pela Direção, somente um preso encontra-se trabalhando, mas não se observou nenhuma área destinada a oficinas.

Educação

Ainda conforme o próprio questionário respondido pela Direção, não existem atividades educacionais na casa e nenhum espaço destinado às mesmas.

Esportes, cultura e lazer

Consta no citado questionário que existem atividades esportivas. A equipe do CNPCP observou a existência de uma área destinada ao futebol, apenas na ala especial.

O banho de sol é diário.

É permitido o uso de rádio, TV e demais aparelhos eletrodomésticos.

Segurança e Servidores

A segurança interna é realizada por agentes de segurança penitenciária, que portam armas de fogo. Estas são extremamente antigas e estão em péssimo estado de conservação. A equipe do CNPCP teve a oportunidade de constatar algumas dessas armas obsoletas (revólveres do tempo do DNER e balas que já falharam). Se quiserem uma arma melhor, eles mesmos têm a que comprar.

A segurança externa e a escolta também são feitas por agentes de segurança penitenciária.

A escala de trabalho dos agentes é de 24 por 96. Todos utilizam uniformes e têm acesso a equipamento de segurança, como rádio e alarmes. Segundo as respostas ao questionário, o treinamento dos os agentes se dá através de curso de formação, existindo para tanto uma Escola Penitenciária. Os agentes informaram que são obrigados a custear seu próprio "psicotécnico".

Sanções disciplinares

Segundo a Direção (vide questionário), a sanção disciplinar é de isolamento, de, no máximo, 30 dias.

Informa a Direção que nos últimos 6 meses houve rebeliões e motins, com danos no prédio.

Constatou-se também uso de drogas ilícitas.

Inspeções feitas pelo Juiz, Ministério Público e outros

Consoante informou a Direção do presídio, em suas respostas ao questionário, o estabelecimento não tem sido inspecionado regularmente por Juiz Corregedor, Juiz da Execução e Ministério Público, nem visitado pelo Defensor Público, Conselho Penitenciário, Conselho da Comunidade, Pastoral Carcerária e nem pela Comissão de Direitos Humanos da OAB. Cumpre lembrar, no entanto, que a equipe do CNPCP, em sua inspeção, foi acompanhada pelo Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB, que era frequentemente assediado por familiares dos presos, numa demonstração de sua intensa atividade à frente da referida Comissão. Neste mesmo sentido, cumpre igualmente lembrar que a inspeção foi também acompanhada pelo Presidente do Conselho Penitenciário, que se mostrou sempre muito receptivo e, ao que tudo indica, bastante familiarizado com a problemática do sistema penitenciário do Estado de Alagoas.

Observações Gerais

Há que se dar destaque às seguintes queixas, bastante recorrentes, dos presos:

1 – Espancamentos relativamente constantes, infligidos de forma totalmente arbitrária pelo GAP – Grupo de Ações Penitenciárias. Um dos presos chegou a

dizer que, certa feita, sofreu espancamentos do GAP das 21:00 até às 03:00 da madrugada;

2 – Os agentes às vezes disparam tiros de borracha, sobretudo quando eles dão a ordem de tranca. Os presos chegaram a exhibir balas de borracha e também uma bala letal, que teriam sido disparadas contra eles, assim como marcas no corpo, que seriam resultantes dos ferimentos das balas;

3 – Segundo versão dos presos, o GAP, por vezes, teria certamente a intenção de incitá-los a fazer rebeliões;

4 – A comida é de péssima qualidade: eles têm que comer fígado 3 vezes por semana e mal cozido; galinha mal cozida; comida azeda;

5 – As visitas são vítimas de maus tratos e grosserias por parte de funcionários.

3. PRESÍDIO FEMININO SANTA LUZIA

Direção e Acompanhantes da Visita do CNPCP

A equipe foi recebida pela Senhora Fernanda Ananda de Mello Moraes – Diretora Geral da Unidade, com formação profissional em Direito. Também fomos acompanhados por membros da Comissão de Relações Penitenciárias da OAB (Srs. Ricardo Soares Moraes e Adraildo Calado Rios, já antes mencionados), pelo Ouvidor do Sistema Penitenciário, Major Marcos Lima, pelo Presidente do Conselho Penitenciário Estadual, Sr. Francisco José Torres e pelo Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB, Sr. Gilberto Irineu de Medeiros.

Destinação, Capacidade e Lotação da Unidade

A Unidade destina-se ao regime fechado feminino comportando presas condenadas e provisórias e está situada na BR 104, KM 14, Complexo Penitenciário Alagoano, S/N, Tabuleiro.

Há superlotação geral nas celas, que abrigam em média 6 presas; 25 celas tem metragem de 2m X 3m. A capacidade do Estabelecimento é de 74 vagas e no dia da visita abrigava 111 presas.

Não há alas separadas para jovens e idosas, sendo observado pela equipe do CNPCP não haver nem se quer espaço físico para tal separação.

Há uma cela destinada a presas lactantes e grávidas. Há duas presas grávidas e uma com oito meses de gestação.

Existe uma presa com diagnóstico de câncer de garganta, o qual está em fase evoluída, com comprometimento da voz, e que demanda tratamento específico. Trata-se da Sra. Maria do Carmo dos Santos, a qual reclamou da falta de acompanhamento médico. Indagada sobre essa situação, a Diretora informou que a solicitação de prisão domiciliar a esta presa dependia do resultado da biópsia que seria entregue no dia da visita do CNPCP, às 14 horas, em consulta médica.

Há uma cela separada, atualmente ocupada por três presas, utilizada como isolamento. Segundo foi informado pela Diretora do Estabelecimento, essa cela será desocupada para o recebimento de uma presa com direito à prisão especial.

Há uma indígena presa.

Não há estrangeiras, adolescentes, ou pessoas internadas em cumprimento a medida de segurança.

Estado do Estabelecimento

O prédio apresenta condições satisfatórias em sua estrutura. Embora possua relativa conservação, um dos problemas observados é a incapacidade de abrigar o número de presas por motivo de superlotação.

No geral, as condições de higiene são uma preocupação por parte das presas, as quais procuram manter em condições de uso, as instalações sanitárias e a área de uso comum.

Há precariedade para acomodação das detentas, com a existência de quatro suportes de cimento, e improvisação de locais para instalação de colchões no solo para as demais presas de cada cela.

Visitas e revistas

Não há ambiente para acomodação dos visitantes enquanto aguardam ou são identificados, tendo com isso que aguardar do lado de fora do estabelecimento, estando expostos a chuva ou a sol.

Quanto ao espaço para visitas, há reclamações generalizadas sobre o espaço disponível, visto que o pátio não possui cobertura suficiente para minimizar a situação de chuva ou sol.

Houve também reclamações quanto à proibição do recebimento de alimentos, produtos de higiene e analgésicos trazidos pelos familiares das presas.

Aqui a Comissão do CNPCP cumpre o dever de registrar que qualquer medicamento levado à população carcerária não o pode ser pelas visitas, e sim pela equipe de Saúde do Estabelecimento, visando ao combate à automedicação e segurança na prescrição dos medicamentos.

Alimentação

Os alimentos são elaborados por empresa terceirizada, porém na própria Unidade. A equipe do CNPCP constatou reclamações generalizadas sobre a baixa qualidade da comida. Os visitantes não podem entrar com comida para as presas.

Roupas, uniformes e higiene pessoal

Todas as presas usam uniformes, na cor laranja.

Não há distribuição de roupas de cama, nem de toalhas.

As presas reclamam da entrada de peças íntimas, pois as mesmas são limitadas, sendo: 2 calcinhas e 1 sutiã), **mensalmente**. Há distribuição do kit higiene, porém apenas uma vez no mês, composto por um sabonete, um rolo de papel higiênico, um pacote de absorvente e uma bisnaga de creme dental. As presas entrevistadas reclamaram muito quanto à insuficiência do material recebido.

Atendimentos jurídico, social e psicológico

Há um parlatório bem conservado, com ar condicionado e cadeiras, no entanto, a iniciativa para a reforma deste parlatório foi tomada pela OAB/AL.

As presas informaram que não sabem sobre a realização de visitas do Juiz e do Promotor de Justiça responsáveis pelas Execuções Penais.

Conforme resposta da Direção ao questionário, existe atendimento jurídico às presas e os serviços de assistência social e de psicologia atendem-nas de acordo com as suas solicitações.

Saúde

Segundo respostas aos questionários, há um médico, uma enfermeira e 4 auxiliares de enfermagem.

Cabe informar que são realizados trabalhos para prevenção ou controle de doenças infectocontagiosas, DST e AIDS, por meio de palestras, e são distribuídos preservativos semanalmente.

Trabalho

Segundo informações da Direção, existem 3 oficinas em funcionamento dentro da Unidade, que são administradas internamente. Porém, a equipe do CNPCP não visualizou nenhuma atividade no dia da visita.

Quanto ao trabalho interno, a Direção informou haver 10 detentas que trabalham no serviço da limpeza, 14 na fábrica, 7 na agricultura, 20 no artesanato. Há 14 presas com permissão para o trabalho externo. Mais uma vez, nada disso pôde ser constatado na visita.

Educação

Existem atividades educacionais, sendo que 15 detentas estudam no ensino fundamental e os cursos são ministrados pelos professores da Secretaria Estadual de Educação.

A equipe visualizou uma sala de aula improvisada, arejada, porém escura. Mais parece uma pequena biblioteca, onde efetivamente há acervo de livros.

Esportes, cultura e lazer

A Direção afirmou existir atividades esportivas e culturais, porém, não se visualizou nada no dia da visita.

O banho de sol é realizado diariamente.

É permitida a entrada de jornais e revistas, porém as presas não têm acesso ao telefone público. No interior das celas há aparelhos de televisão, rádios, ventiladores e fogareiros, porém, de uns tempos para cá foi proibida a entrada de novos objetos em função de mudança de Direção.

Há assistência religiosa.

Segurança e Servidores

A segurança interna, externa e escoltas são realizadas por agentes de segurança penitenciária, que portam armas de fogo. Estas são extremamente antigas e estão em péssimo estado de conservação. A equipe do CNPCP teve a oportunidade de constatar algumas dessas armas obsoletas (revólveres do tempo

do DNER e balas que já falharam). Se quiserem uma arma melhor, eles mesmos têm que a comprar.

A escala de trabalho dos agentes é de 24 por 96. Todos utilizam uniformes e têm acesso a equipamento de segurança, como rádio e alarmes. Segundo as respostas ao questionário, o treinamento dos agentes se dá por meio de curso de formação, existindo para tanto uma Escola Penitenciária. Os agentes informaram que são obrigados a custear seu próprio psicotécnico.

Sanções disciplinares

Segundo a Direção, as sanções disciplinares aplicadas são de acordo com a LEP. A sanção de isolamento é de no máximo 30 dias, sendo a média de 10 dias, sempre com a homologação do Juiz, conforme a Direção. Esta informou também que é possível identificar lideranças articuladas.

Este grupo de trabalho do CNPCP colheu queixas generalizadas das detentas quanto a maus tratos (agressões verbais), por conta da equipe de agentes penitenciários da própria Unidade.

Não houve rebeliões nos últimos seis meses, nem fugas. Segundo a Direção, nunca foi detectada a produção de substâncias tóxicas ou bebidas alcoólicas pelas presas, e que o principal veículo de introdução de drogas no estabelecimento é a visita.

Sobre Inspeções feitas pelo Juiz, Ministério Público e visitas de outros

Quanto às visitas à unidade prisional pelo Juiz de Execução Penal, pelo Promotor de Justiça e pela Defensoria Pública, as presas dizem nem saber do que se trata. Porém, a Direção informa que a frequência é trimestral para o juiz, bimestral para o Ministério Público, semanal para o Defensor Público, Conselho Penitenciário e Pastoral Carcerária e que os únicos que não frequentam é o juiz corregedor, a Comissão de Direitos Humanos da OAB e o Conselho da Comunidade.

Observações gerais

Há de se destacar as seguintes queixas que praticamente todas as detentas apresentaram:

A - os seus filhos só podem visitá-las se acompanhados por alguém que tenha suas guardas perante o Juizado da Infância e Juventude, o que na maioria das vezes dificulta muito ou mesmo inviabiliza a visita;

B – quando da visita dos seus filhos, é proibida a entrada de alimentos, o que dificulta a permanência deles na Unidade, já que eles têm de ficar sem se alimentar das 9 às 13 horas.

4. CASA DE DETENÇÃO DE MACEIÓ (“CADEIÃO”)

Direção e Acompanhantes da Visita do CNPCP

A equipe foi recebida pelo Senhor Gilson Mendonça da Silva – Diretor Geral da Unidade, com formação profissional em Administração em Marketing, segundo ele, no cargo há apenas dez dias (sua antecessora foi a Sra. Leni Alves de Almeida), tendo porém dito que já participou da administração de outras unidades penitenciárias (foi o anterior Diretor do Presídio de Segurança Média Masculino, Cirydiao Durval e Silva) –, o Diretor de Disciplina da Unidade, Sr. José Antunes de Oliveira Neto, e o Diretor Administrativo, Sr. Marcos André. Também fomos acompanhados por membros da Comissão de Relações Penitenciárias da OAB (Srs. Ricardo Soares Moraes e Adraildo Calado Rios, este o Presidente da Comissão), pelo Ouvidor do Sistema Penitenciário, Sr. Major Lima, e pelo Presidente do Conselho Penitenciário Estadual, Sr. Francisco José Torres.

Destinação, Capacidade e Lotação da Unidade

A Unidade destina-se ao regime provisório masculino e está situada na BR 104, KM 18, Complexo Penitenciário Alagoano, S/N, Tabuleiro.

Há superlotação nas celas, que abrigam em média de 6 a 9 pessoas, cada uma com metragem de 3m X 3m. A capacidade do Estabelecimento é de 240 vagas e no dia da visita abrigava 393 presos, porém há 5 dias este número era de 440, o que se explica inclusive pelo fato de esta unidade ser a porta de entrada do Sistema.

Não há alas separadas para jovens e idosos, mas a Direção informou que improvisam para esses fins, porém a equipe do CNPCP não observou nada nesse sentido.

Há ala separada apenas para detentos ameaçados, que ficam em uma cela para aqueles que não têm convívio (que não são aceitos pelos demais).

Há também uma cela intitulada "Presos de Cadeia", minúscula e absolutamente imprópria e insalubre para a permanência de um ser humano (não tem janelas nem iluminação). Nelas são mantidos de 1 a 4 presos, por até 4 dias conforme informações dos próprios agentes penitenciárias. Porém, alguns presos entrevistados informaram que, na verdade, tanto o número de pessoas quanto o de dias é bem maior.

Há uma cela destinada a presos que trabalham na Unidade, os quais, segundo o Diretor de Disciplina, também não são aceitos pelos demais.

Não há pessoas com deficiências, assim como também não há acessibilidade para elas no estabelecimento.

Há um indígena preso.

Não há estrangeiros, adolescentes, ou pessoas internadas em virtudes em medidas de segurança.

Estado do Estabelecimento

O prédio é de 2006, aparentemente inacabado, eis que há um segundo pavimento cuja construção foi interrompida. Há duas alas de cela. Nas celas há calor excessivo e pouca ventilação, situação agravada pelo pé direito muito baixo em lugar de clima tão quente. São proibidas as entradas de eletrodomésticos nas celas, sob o argumento de que causariam sobrecarga na rede de energia elétrica. Alias, quanto a isso, a própria Direção informou que há constantes quedas de energia, inclusive fazendo cair o sistema interno de informática.

No geral, as condições de higiene são péssimas, sobretudo nos banheiros das celas, onde há inclusive vasos sanitários quebrados, com os canos para o escoamento de dejetos humanos danificados. Entre uma ala e outra de celas há um corredor povoado por muitos ratos e com esgoto a céu aberto, tendo sido relatado pelos próprios agentes que este resulta das fezes e das urinas providas das privadas das celas. O mau cheiro é muito forte, sendo suportado tanto pelos presos quanto pelos agentes penitenciários. Segundo presos entrevistados pela equipe do CNPCP, todos têm somente uma hora diária para consumir água, seja para tomar banho, lavar roupas ou armazená-la para bebê-la. Informaram também que a água contém impurezas e organismos vivos que “entalam na garganta”. Em decorrência deste quadro a equipe identificou presos com parte dos dedos das mãos totalmente danificados por germes sem qualquer tratamento médico, demonstrando cabalmente a insalubridade do local.

Há precariedade para acomodação dos detentos nas celas, com a existência de quatro suportes de cimento, e improvisação de locais para instalação de colchões no solo para os demais presos de cada cela. Os colchões estão em péssimo estado, com espessura muito fina, muitas vezes consistindo em simples forros depositados sobre os cimentos.

Visitas e revistas

Há espaço para realização das visitas familiares comuns (4 vezes na semana – às quartas-feiras, quintas-feiras, sábados e domingos, na área aberta)

e íntimas (semanais). Nestas, há distribuição de preservativos e local apropriado e reservado. Aliás, uma das queixas externadas pelo Diretor da Unidade em reunião com a equipe do CNPCP foi a do excessivo comércio de preservativos e de medicamentos. Nos últimos dias foram encontradas substâncias tóxicas com os visitantes (maconha e loló), bem como muitos aparelhos de telefones celulares.

As revistas nas visitantes mulheres são feitas por agachamento e realizadas por agentes femininas. O Diretor de Disciplina informou-nos que, por questão de “bom senso”, as senhoras acima de 65 anos são liberadas deste procedimento. Justificou ainda que tal procedimento passou a ser utilizado para coibir a entrada de entorpecentes e celulares à Unidade, cujas intercorrências eram rotineiras antes disso.

Quanto às visitas homossexuais, a Direção informou não haver casos de homossexualismo registrados.

Classificação de presos e repasse de instruções

Indagado a respeito do exame criminológico para fins de progressão de regime, o Sr. Glauber Melo, agente penitenciário, Diretor da DUP – Direção das Unidades Penitenciárias -, disse que é realizada, porém tal tarefa é executada por uma Comissão Externa à Unidade, composta por Profissionais da Assistência Social, Psicologia e Psiquiatria, cujos laudos retornam à Direção da Casa de Detenção e dali são encaminhados ao Poder Judiciário.

Na entrada, segundo a Direção, os presos recebem explicações sobre o funcionamento da cadeia, seus direitos e deveres.

Alimentação

Os alimentos são elaborados por empresa terceirizada, porém na própria Unidade. A equipe do CNPCP constatou reclamações generalizadas sobre a baixa qualidade da comida (por exemplo, pedaços de frango praticamente crus,

alimentos azedos e com areia e pedrinhas), imprópria para o consumo humano. Os visitantes podem levar comida aos presos.

Roupas, uniformes e higiene pessoal

Todos os presos usam uniformes na cor verde-azulado, exceto aqueles que trabalham, cujos uniformes são da cor vermelha.

Não há distribuição de roupas de cama, nem de toalhas.

Há distribuição do kit higiene, porém apenas uma vez no mês, composto por um sabonete, um rolo de papel higiênico e uma bisnaga de creme dental. Os presos entrevistados quanto a isso reclamaram muito quanto à insuficiência do material recebido.

Atendimento jurídico e social

Até muito recentemente não havia espaço adequado para o atendimento jurídico dos presos. Atualmente há um parlatório com 6 cabines, instaladas pela OAB/AL, há um mês. Mesmo assim, os advogados reclamam muito quanto ao acesso aos presos, que é dificultado pela Administração da Unidade.

Não há nenhuma faculdade de Direito prestando assistência jurídica na forma de estágios, o que poderia ser muito útil aos presos.

A assistência jurídica realizada pela Defensoria Pública é muito precária e insuficiente, segundo os presos, entrevistados; estes informaram que ficam meses sem receber a visita do Juiz da VEP, do Promotor de Justiça e do Defensor Público.

Todos os presos que foram entrevistados por nossa equipe queixaram-se muito também quanto à falta de assistência jurídica básica para serem conduzidos às audiências. Muito deles encontram-se presos provisoriamente há meses ou até há anos sem terem tido nenhuma audiência, e alguns não têm quaisquer notícias sobre seus processos. Em média, passam dois anos sem irem a audiências. Para exemplificar, registramos os seguintes casos, todos da Ala Triagem I:

- Jackson Nogueira de Lima, preso na Unidade desde 13/09/2008;
- Emerson Dias de Souza, preso na Unidade há dois anos;
- Pedro Gomes da Silva, preso na Unidade há seis meses;
- Jadson de Lima Andrade, preso na Unidade há um ano e oito meses.

A equipe do CNPCP detectou também a absurda situação do preso Enoque Romualdo, do Módulo Trabalho, paulista, preso no Estado de Alagoas há quatro anos e quatro meses, cuja prisão, segundo ele, deu-se em uma Unidade Emergência Hospitalar, sem qualquer testemunha, e que até hoje não foi a nenhuma audiência e nem recebe visita de familiares devido à distância de seu Estado de origem. Quanto a este preso, que vem exercendo trabalho interno, os próprios agentes testemunharam o seu bom comportamento e o seu labor exemplar, há três anos, na Unidade.

Segundo a Direção, os serviços de assistência social e de psicologia atendem os presos de acordo com as suas solicitações.

Saúde

Segundo os presos entrevistados, há somente um médico, que no momento da visita não se encontrava na Unidade. Nossa equipe constatou generalizadas reclamações dos presos quanto ao atendimento médico. Há farmácia, porém instalada no CPJ – Centro Psiquiátrico Judiciário. Há enfermaria, porém no momento em que visitamos estava somente com um preso, cardiopata, que estava fazendo exames. Isto nos chamou a atenção diante do alto número de presos vistos com lesões expostas e queixosos quanto à falta de atendimento de saúde. A unidade conta com o trabalho de uma enfermeira chefe e de 5 auxiliares de enfermagem.

A Direção informou haver atendimento psiquiátrico, feito por um profissional.

Há atendimento odontológico, que oferece o tratamento básico padrão do SUS. A equipe entrevistou o Odontólogo, Sr. José Francisco de Lima – CRO/AL 1317, que comparece à Unidade todos os dias. Segundo ele, há outros colegas que também prestam assistência odontológica, em turnos de revezamento. A Unidade conta com um gabinete odontológico completo e em bom estado de conservação, porém que se presta ao atendimento dos aproximadamente 400 presos e dos funcionários da casa, bem como de toda a Intendência, uma vez que esta é a única Unidade do Sistema a contar com gabinete odontológico de qualidade.

Conforme a Direção há atendimento psicológico, feito por apenas um profissional.

Entrevistamos as auxiliares de enfermagem quanto a presos com Aids, TB e doenças co-infecciosas, as quais responderam não haver atualmente nenhum preso com este tipo de doença. Segundo a Direção, são feitas palestras, orientações e exames para a prevenção e controle de doenças infectocontagiosas, DST e AIDS. Há distribuição de preservativos com a frequência quinzenal.

Cumprе relembrar que, segundo informações dos detentos, não refutada pela Administração da Unidade, quase todos os presos apresentam problemas de pele e irritação causada por fungos, devido à falta de higienização constante do local.

Por fim, o Estado ainda não está integrado ao Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário.

Trabalho

Segundo informações da Direção, alguns presos trabalham em atividades internas (apenas na capinagem). Quanto a oficinas de artesanato e de fábrica de bolas, a Direção informou que estão localizadas no DUP.

A Direção do DUP informou haver uma Casa de Egressos no sistema, porém sem êxito em seus propósitos.

Educação

A equipe visualizou uma boa sala de aula, porém sem ser utilizada para atividades de ensino, conforme informou a própria Direção. Embora isso, disse também que 11 presos estão sendo alfabetizados por professores do Sistema Penitenciário Estadual.

Esportes, cultura e lazer

As atividades de lazer resumem-se à prática esportiva (futebol), duas vezes na semana.

O banho de sol também é realizado 2 vezes por semana.

É permitida a entrada de jornais e revistas, porém os presos não têm acesso ao telefone público.

Há assistência religiosa. No momento da visita havia dois pastores da Igreja Assembléia de Deus conversando com os presos da Ala Triagem I.

Segurança e Servidores

O quadro de RH na área de segurança conta com 114 trabalhadores no sistema. Na área administrativa há 8 trabalhadores. A Direção informou haver regulamento penitenciário, porém essa informação foi negada pelos agentes entrevistados.

A segurança interna é realizada por agentes de segurança penitenciária, que portam armas de fogo. Estas são extremamente antigas e estão em péssimo estado de conservação. A equipe do CNPCP analisou algumas dessas armas obsoletas (revólveres do tempo do DNER e balas que já falharam). O próprio Diretor de Disciplina disse à equipe do CNPCP que, na verdade, os agentes "seguram" a Unidade com suas armas pessoais. Há somente um agente treinado para manusear a arma não letal "TEIZER". No dia da visita havia somente onze

agentes para cuidar de toda a Casa de Custódia, o que, segundo eles mesmos, é um contingente muito pequeno.

A segurança externa e a escolta também são feitas por agentes de segurança penitenciária. Importa mencionar que a Unidade tem guaritas de vigilância externa, muito criticadas pelos agentes quanto à exposição às intempéries e quanto à falta de sanitários.

A escala de trabalho dos agentes é de 24 por 96. Alguns deles informaram residir em Recife/PE. Todos utilizam uniformes e têm acesso a equipamento de segurança, como rádio e alarmes. A Direção informa que há treinamento de agentes, consistindo em cursos executados pelo IGESP, porém todos os agentes entrevistados negam tal informação, e inclusive reclamam fortemente quanto a terem que pagar do próprio bolso o curso de tiro e o exame psicotécnico, sendo que cada um custa em média R\$ 150,00. O agente José Rivaldo Ferreira contou que trabalhou 3 anos somente com crachá, sem a carteira funcional, a qual somente foi por ele recebida em 22/10/2010. Com essa deficiência, relatou que teve, por várias vezes, entraves para exercer seu próprio trabalho (com a Polícia Federal, por exemplo). Este agente e muitos outros seus colegas reclamaram do baixo salário que percebem (R\$ 997,50, sendo que a periculosidade incide somente sobre o “mínimo” do Estado), informação contestada pelo Secretário de Estado de Defesa, Sr. Rubim, na Audiência Pública, dizendo que percebem ainda um adicional de aproximadamente R\$ 500,00 (“bolsa” do governo federal).

Outra grande reclamação dos agentes concursados é quanto a terem que exercer o trabalho paralelamente com outros agentes contratados, que também portam armas de fogo, sem qualquer treinamento, o que contraria o Estatuto do Desarmamento, que somente as permite para efetivos. Havia mil agentes concursados, porém, como devido ao baixo salário muito destes foram passando em outros concursos públicos, atualmente restam em torno de 500. Por isso, o Estado acabou contratando, há meio ano, aproximadamente 1000 agentes penitenciários “terceirizados”.

Há no estabelecimento alojamento para agentes penitenciários femininos e masculinos. Quanto ao feminino, há sete camas e boa aparência, porém não há

armário para as auxiliares de enfermagem, que utilizam uma caixa de papelão para guardar os seus pertences. O aparelho de ar condicionado não funciona. Houve queixa das agentes “terceirizadas” quanto ao baixo salário (R\$ 750,00) e ao fato de que sobre o seu valor incide desconto previdenciário, mas não é repassado à Previdência Social. Estas agentes também reclamaram quanto ao fato de seus salários serem menores do que aqueles pagos às agentes concursadas para o exercício das mesmas funções. Já no alojamento masculino a situação é bem precária, contendo apenas duas camas e somente um chuveiro e um vaso sanitário para um número de onze a dezoito agentes. Os colchões são muito ruins e finos quanto à espessura. O aparelho de ar condicionado funciona mal (foi comprado usado). Todos os armários que ali existem foram comprados com o dinheiro dos próprios agentes penitenciários, somente a geladeira que ali está é do Estado.

Sanções disciplinares

Segundo a Direção, as sanções disciplinares aplicadas são o isolamento e a suspensão de visitas. A média para sanção de isolamento é de 10 dias, no máximo chegando há 30 dias, conforme a Direção. Esta informou também que é possível identificar lideranças articuladas.

Este grupo de trabalho do CNPCP colheu queixas generalizadas de maus tratos por conta do GAP (Grupo de Ações Penitenciárias) e pela equipe de agentes penitenciários da própria Unidade, tendo inclusive visualizado muitas lesões corporais nos presos e diversas marcas de munição letal nas paredes. A equipe do CNPCP verificou também a existência de inúmeras marcas de munição não letal (bala de borracha) nos corpos dos presos. Todo este quadro denota evidente situação de abuso de autoridade e até mesmo de práticas de torturas, acarretando sofrimento contínuo aos detentos. Indagada a Direção a respeito destas graves denúncias, o Diretor de Disciplina respondeu que se não for “na base da borracha” não há como recolher os presos às celas.

Não houve rebeliões nos últimos seis meses, nem fugas. Segundo a Direção, nunca foi detectada a produção de substâncias tóxicas ou bebidas alcoólicas pelos presos, e que o principal veículo de introdução de drogas no estabelecimento é a visita.

Não há ala para aplicação do regime disciplinar diferenciado.

A equipe do CNPCP indagou os Diretores da Unidade e da DUP sobre suas percepções quanto à recente transferência de 41 presos do Sistema Penitenciário Alagoano (um era desta Unidade) para a Penitenciária Federal de Campo Grande. O Sr. Glauber comentou que o sistema de inteligência GECOC tinha informações que certificavam a instalação do PCC no Estado, tendo sido esta a causa da transferência. Indagados novamente sobre a arbitrária conclusão de que 41 seriam muitos líderes, concordaram com esta observação, mas, por fim, disseram que essa seleção de presos fora feita pela 17ª Vara Criminal, integrada por cinco juízes, que atuam sem identificação individualizada, estando inclusive sendo questionada em Ação Direta de Inconstitucionalidade quanto à sua constitucionalidade.

Sobre Inspeção do Juiz, do Ministério Público e visitas de outros

A visita à unidade prisional pelo Juiz de Execução Penal não costuma ser frequente, segundo os presos, porém, a Direção informa que a frequência é de 30 em 30 dias. Quanto a isso, o próprio juiz da VEP, Sr. Jorge Leão de Omena, ao ser indagado na Audiência Pública, explicou que até maio fez visitas regulares às unidades, mas que nos últimos quatro meses não fez nenhuma visita tendo em vista que nos meses de junho e julho esteve em férias, e nos meses de agosto e setembro decidiu não ir porque estaria sendo ameaçado de morte. Em relação ao Ministério Público e à Defensoria Pública, as informações de ambas as partes são as mesmas. Quanto ao Conselho da Comunidade os presos entrevistados disseram nunca nem sequer ter ouvido falar de sua existência.

Cumprir destacar que os presos se queixam em uníssono quanto à falta de atuação do Poder Judiciário no campo da execução penal, situação piorada pelo fato de existir apenas uma VEP para toda a Maceió.

Houve também reclamação generalizada de presos, advogados e administradores da Unidade quanto à resistência do Tribunal de Justiça do Estado em disponibilizar o seu sistema (SAJE) nos finais de semana, às equipes do protocolo das Unidades, a fim de viabilizar a soltura de presos cujo alvará seja entregue pelo Oficial de Justiça ao estabelecimento após as 17 horas das sextas-feiras. Nestes casos, o preso acaba sendo solto apenas nas segundas-feiras seguintes. Indagado pelos Conselheiros do CNPCP sobre esta grave situação de um sistema tão arcaico, o Sr. Glauber, Diretor do DUP, disse que o juiz da VEP já mandou ofício para o Tribunal de Justiça a fim de sanar o problema quanto ao cadastramento, e que a previsão para isso funcionar é início de novembro de 2010.

Segundo a Direção, a Comissão de Direitos Humanos da OAB não faz inspeções na cadeia, porém, a julgar pelo volume de documentos que foram repassados à nossa equipe pelo presidente desta Comissão, Sr. Gilberto Irineu de Medeiros, pode-se concluir que na verdade há um grande ativismo e intenso trabalho da OAB de Alagoas no que se refere à defesa dos direitos humanos dos presos do sistema penitenciário estadual.

5. RECOMENDAÇÕES ESPECÍFICAS

Diante de todo o exposto, recomendamos, com o escopo de aprimorar o sistema prisional de Alagoas e fazer cumprir a Lei de Execução Penal, que:

5.1 Em relação ao Secretário Estadual de Defesa Social, sejam-lhe remetidos ofícios para que:

5.1.1 informe comprovadamente ao CNPCP a desativação da Ala de Isolamento existente na Penitenciária Baldomero Cavalcanti de Oliveira, conforme prometera fazê-lo na Audiência Pública, bem como informe a respeito da atual situação dos detentos Josial Serafim Mendes e Damião Luiz Soares dos Santos, que estavam, na data da inspeção, há um ano e um mês sofrendo castigo na referida ala;

5.1.2 informe ao CNPCP que providências têm planejadas, com prazo de execução, para sanar as graves situações de falta de higiene na Penitenciária Baldomero Cavalcanti de Oliveira e na Casa de Detenção de Alagoas;

5.1.3 forneça explicações sobre a falta de separação de presos definitivos e provisórios em todas as unidades prisionais do Estado;

5.1.4 implante, com urgência, o Sistema de Saúde Prisional, por adesão ao Plano Nacional de Saúde, a fim de adequar a carga horária do médico e da equipe médica que atua no sistema, de modo a cumprir no mínimo as 20 horas semanais em cada estabelecimento penitenciário, em cumprimento à Portaria Nº 1.777 MJ/MS;

5.1.5 informe ao CNPCP sobre a instituição de cursos profissionalizantes, criação de vagas de trabalho e de critérios de seleção e de pagamento a um maior número de apenados;

5.1.6 implante efetivamente a assistência educacional à população carcerária, informando as respectivas providências a este Conselho;

5.1.7 informe ao CNPCP qual o dispositivo legal ou ato administrativo que regulamenta a escala de trabalho dos servidores do sistema prisional, de 24h por 96h;

5.1.8 remeta cópia, ao CNPCP, dos Regimentos Internos das unidades prisionais cujas visitas são relatadas neste Relatório;

5.1.9 informe ao CNPCP qual é a subordinação do GAP – Grupo de Ações Penitenciárias – e qual órgão exerce o seu controle interno;

5.1.10 remeta ao CNPCP cópia do Plano de Segurança do Sistema Prisional do Estado de Alagoas, visando a esclarecer o uso de armas de fogo letais e não letais por agentes penitenciários nas dependências internas das unidades visitadas;

5.1.11 informe ao CNPCP, comprovadamente, quanto ao cumprimento do Estatuto do Índio, tendo em vista haver presa e preso indígenas nas unidades visitadas;

5.1.12 informe ao CNPCP qual é o sistema de controle de entrega do material de higiene aos presos.

5.2 Em relação à Diretora do Presídio Feminino Santa Luzia, seja-lhe remetido ofício para que informe ao CNPCP, especificamente a respeito da entrega do resultado da biópsia de eventual câncer de garganta da Sra. Maria do Carmo dos Santos, prevista para dar-se no dia 25 de outubro de 2010.

5.3 Em relação ao Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas e ao CNJ, sejam-lhes remetidos ofícios para que informem ao CNPCP:

5.3.1 as razões oficiais pelas quais o Juiz Titular da Vara de Execução Penal da Comarca de Maceió não vem fazendo as visitas devidas às unidades inspecionadas por este Conselho, desde maio último, conforme relatos dos presos.

5.4 Em relação à Defensoria Pública de Alagoas, seja-lhe remetido ofício para que informe ao CNPCP se patrocina a defesa dos seguintes presos da Ala Triagem I da Casa de Detenção de Maceió: Jackson Nogueira de Lima, preso na Unidade desde 13/09/2008; Emerson Dias de Souza, preso na Unidade há dois anos; Pedro Gomes da Silva, preso na Unidade há seis meses; Jadson de Lima Andrade, preso na Unidade há um ano e oito meses, bem como do preso Enoque Romualdo, do Módulo Trabalho, e, em caso de resposta afirmativa, que informe ainda qual a fase processual de cada um deles;

5.5 Em relação à Secretaria de Saúde do Estado ou outro órgão ao qual esteja vinculada a Vigilância Sanitária Estadual:

5.5.1 seja-lhe remetido ofício para que informe, ao CNPCP, após prévia inspeção às unidades listadas neste Relatório, a respeito da situação dos ambientes destinados ao preparo de alimentos e quanto à qualidade destes.

5.6 Em relação ao Presidente do Conselho Federal da OAB, seja-lhe remetido ofício, com cópia deste Relatório, para que tome ciência dos fatos referentes às Comissões da OAB/AL e às queixas de cerceamentos de acesso aos presos pelos advogados locais, nas unidades visitadas pelo CNPCP, especialmente na Casa de Detenção Provisória de Maceió.

5.7 Em relação à Procuradoria de Justiça do Estado de Alagoas, seja-lhe remetido ofício para que informe ao CNPCP as razões pelas quais o representante do Ministério Público responsável pela fiscalização da execução penal não estaria comparecendo às unidades visitadas por estes Conselheiros, segundo relatos dos presos.

5.8 Em relação à Procuradoria do INSS em Alagoas, seja-lhe expedido ofício para que verifique, e informe ao CNPCP, a denúncia feita por algumas agentes penitenciárias "terceirizadas" que atuam na Casa de Detenção Provisória de

Alagoas, quanto a incidir desconto previdenciário sobre seus salários mas não ser ele repassado à Previdência Social.

5.9 Em relação ao Departamento Penitenciário Nacional, seja-lhe remetida cópia deste relatório para ciência e providências que julgar cabíveis e adequadas quanto às verbas públicas que destina ao Estado de Alagoas diante do estado calamitoso das unidades inspecionadas pelo CNPCP.

ANEXOS

1 – Cópia de 38 cartas-denúncias escritas de próprio punho pelos presos das várias Unidades Prisionais, mais 10 Termos de Declarações de familiares de presos, denunciando espancamento, torturas e mortes; 12 Ofícios da Presidência da Comissão de Direitos Humanos da OAB/AL, 6 referentes à Casa de Detenção, 5 ao Presídio Cirydiao Durval e 1 ao Presídio Baldomero Cavalcanti, todos dirigidos ao Secretário de Estado da Defesa Social de Alagoas, Sr. Paulo Rubim, solicitando abertura do procedimentos administrativos e investigatórios sobre as mortes e torturas então denunciadas, material este recebido em mãos do Sr. Gilberto Irineu de Medeiros, Presidente da referida Comissão da OAB/AL;

2 – Questionários preenchidos pelas direções das três unidades inspecionadas pelo CNPCP;

3 – Registro fotográfico das visitas da equipe do CNPCP.

GISELA MARIA BESTER

ALVINO AUGUSTO DE SÁ

ANEXO II

Fotos apresentadas pelo Conselho Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias em audiência pública realizada no estado de Alagoas em 27 de outubro de 2010 para discutir a situação do Sistema Penitenciário no estado. As imagens foram divulgadas na internet no endereço eletrônico disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/2010/11/05/em-inspecao-ministerio-da-justica-encontra-presos-mutilados-e-celas-com-esgoto-em-alagoas.jhtm>>. Acesso em: 02 abr. 2011.

As imagens constam do relatório final de visitas pelo Conselho ao sistema prisional do estado de Alagoas e divulgado no sítio do Ministério da Justiça na internet.

IMAGEM 01



FONTE: BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatório de visitas a estabelecimentos prisionais do estado de Alagoas**. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2011.

Inspeção realizada pelo Ministério da Justiça no sistema prisional de Alagoas mostra que, além da superlotação, há problemas com a saúde dos presos, relato de maus tratos, além de esgoto aberto em celas e detentos mutilados por enfermidades não tratadas.

IMAGEM 02.



FONTE: BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatório de visitas a estabelecimentos prisionais do estado de Alagoas.** Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2011.

IMAGEM 03.



FONTE: BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatório de visitas a estabelecimentos prisionais do estado de Alagoas.** Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2011.

IMAGEM 04.



FONTE: BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatório de visitas a estabelecimentos prisionais do estado de Alagoas.** Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2011.

IMAGEM 05.



FONTE: BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatório de visitas a estabelecimentos prisionais do estado de Alagoas.** Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2011.

IMAGEM 06.



FONTE: BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatório de visitas a estabelecimentos prisionais do estado de Alagoas.** Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2011.

IMAGEM 07.



FONTE: BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatório de visitas a estabelecimentos prisionais do estado de Alagoas.** Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2011.

IMAGEM 08.



FONTE: BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatório de visitas a estabelecimentos prisionais do estado de Alagoas.** Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2011.

IMAGEM 09.



FONTE: BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatório de visitas a estabelecimentos prisionais do estado de Alagoas.** Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 30 mar. 2011.