

UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA - UNISANTA
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE:
DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

LAYZA BEZERRA MACIEL PEREIRA

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DIANTE DA AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA
NO ÂMBITO DA SAÚDE MENTAL DAS PESSOAS ENCARCERADAS NO BRASIL:
ABORDAGENS À LUZ DO DIREITO À SAÚDE

SANTOS – SP
2022

LAYZA BEZERRA MACIEL PEREIRA

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO DIANTE DA AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA
NO ÂMBITO DA SAÚDE MENTAL DAS PESSOAS ENCARCERADAS NO BRASIL:
ABORDAGENS À LUZ DO DIREITO À SAÚDE**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, sob a orientação do Prof. Dr. Luciano Pereira de Souza.

SANTOS – SP

2022

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos.

616.89 Pereira, Layza Bezerra Maciel.

P492r A responsabilidade do estado diante da ausência de assistência no âmbito da saúde mental das pessoas encarceradas no Brasil: abordagens à luz do direito à saúde. /

Layza Bezerra Maciel Pereira.

2022.

109 f.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Pereira de Souza.

Dissertação (Mestrado)-- Universidade Santa Cecília, Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, Santos, SP, 2022.

1. Saúde Mental. 2. Cárcere. 3 Tortura Estrutural.

4. Responsabilidade Estatal. 5. Judicialização.

I. de Souza, Luciano Pereira. II. A responsabilidade do estado diante da ausência de assistência no âmbito da saúde mental das pessoas encarceradas no Brasil: abordagens à luz do direito à saúde.

Elaborada pelo SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas - Unisanta

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NOS CASOS DE AUSÊNCIA DE
ASSISTÊNCIA NO AMBITO DA SAÚDE MENTAL, DAS PESSOAS
ENCARCERADAS NO BRASIL: ABORDAGENS À LUZ DO DIREITO À SAÚDE

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, sob a orientação do Dr. Luciano Pereira de Souza.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dr. Luciano Pereira de Souza

Prof. Dr. Rosa Maria Ferreiro Pinto

Prof. Dr. Cleber de Deus Pereira da Silva (membro externo)

Data da defesa: 27/01/2022

Resultado: APROVADA

AGRADECIMENTOS

Como já dizia Fernando Pessoa: “Tudo vale a pena, quando a alma não é pequena”. E, diante dessa frase, quero expressar a minha gratidão a Deus, por ser tão bondoso para comigo, pois a cada dia, os meus esforços e lutas me fazem ser quem sou hoje, e com o coração transbordando de felicidade com a conquista do título de Mestrado, tão sonhado.

Gostaria de agradecer também, aos meus pais por serem presentes, à minhas irmãs, pela compreensão e por estarem sempre comigo.

E, em especial, a um amigo fiel e incentivador, pois momentos de dúvida sempre estava com uma palavra amiga e me entusiasmando com o propósito de mais uma conquista. Ricardo, o meu muito obrigada a você. Ao meu orientador Luciano Pereira, pelo esforço e dedicação.

Finalizo com a sensação de dever cumprido e pronta para colher os frutos plantados com muito fervor e garra!

Tudo passa...

Todas as coisas na Terra passam.

Os dias de dificuldade passarão...

Passarão, também, os dias de amargura e solidão.

As dores e as lágrimas passarão.

As frustrações que nos fazem chorar... Um dia passarão.

(...) Assim, façamos a nossa parte o melhor que pudermos,

sem esmorecimento e confiemos em Deus,

aproveitando cada segundo, cada minuto que, por certo, também passará.

Tudo passa...

exceto Deus.

Chico Xavier

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi analisar as responsabilidades do Estado nos casos de ausência de assistência da saúde mental das pessoas condenadas com a privação de liberdade na perspectiva do direito à saúde, bem como aprofundar o tema no que diz às causas dos transtornos mentais que ocorrem no cárcere, traçando uma relação entre o surgimento de tais doenças e a omissão estatal no que diz respeito ao enraizamento dos maus tratos na estrutura física e ao tratamento (i) moral direcionado aos privados de liberdade. O método de análise e abordagem da pesquisa foi o método dedutivo, pois partimos da premissa de que o Estado não tem efetivado as políticas de saúde mental nos estabelecimentos prisionais, de forma eficiente e efetiva. Com relação ao método procedimental de coleta de dados, recorreu-se a fontes documentais, jurisprudenciais, convencionais, numa revisão de literatura sobre a temática geradora que subsidiou o aporte teórico da pesquisa. Outrossim, ao longo do estudo, detalhou - dados de pesquisas realizadas no cárcere nacional sobre o transtorno mental que acometia os privados de liberdade, em destaque para as pesquisas de Otaviano Oliveira e Paulo Teitelbaum (1999), no Estado do Rio Grande do Sul, Fábio Araújo, Tatiana Nakano e Maria Gouveia (2009) com os presos no Estado da Paraíba, Sérgio Andreoli e Elias Abdalla Filho (2012), no Estado de São Paulo, Maria Coelho (2012), da cidade de Salvador/Bahia, Fernando Damas e Walter Oliveira (2013), em Santa Catarina, Maria Minayo e Adalgisa Ribeiro (2016), do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, bem como se traçou um diálogo de tais dados com a Pesquisa Nacional de Saúde, realizada pelo IBGE no ano de 2013, que demonstra o elevado índice de surgimento de transtornos mentais severos entre os encarcerados. Ao final, fez-se crítica a problemática do acesso a saúde mental do condenado e a respectiva responsabilização estatal pela sua não concretização.

Palavras-chave: Saúde Mental. Cárcere. Tortura Estrutural. Responsabilidade Estatal. Judicialização.

ABSTRACT

The objective of this work was to analyze the responsibilities of the State in cases of lack of mental health care for people with deprivation of liberty from the perspective of the right to health, as well as to deepen the theme regarding the causes of mental disorders that occur in prison, drawing a relationship between the emergence of such diseases and the state's omission with regard to the rooting of abuse in the physical structure and the (im)moral treatment aimed at those deprived of liberty. The method of analysis and approach to the research was the hypothetical-deductive method, as we started from the premise that the State has not implemented mental health policies in prisons efficiently and effectively. Regarding the procedural method of data collection, documental, jurisprudential, conventional sources were used, in a literature review on the generating theme that supported the theoretical contribution of the research. Also, throughout the study, detailed research data conducted in the national prison on the mental disorder that afflicted those deprived of liberty, highlighting the research by Otaviano Oliveira and Paulo Teitelbaum (1999), in the State of Rio Grande do Sul, Fábio Araújo, Tatiana Nakano and Maria Gouveia (2009) with prisoners in the State of Paraíba, Sérgio Andreoli and Elias Abdalla Filho (2012), in the State of São Paulo, Maria Coelho (2012), from the city of Salvador/Bahia, Fernando Damas and Walter Oliveira (2013), in Santa Catarina, Maria Minayo and Adalgisa Ribeiro (2016), from the Penitentiary System of the State of Rio de Janeiro, as well as a dialogue of such data with the National Health Survey, carried out by the IBGE at year 2013, confirming the high rate of emergence of mental disorders among inmates. In the end, there was a profound criticism of the problem of access to mental health of the convict and the respective state responsibility for its non-fulfillment.

Keywords: Mental Health. Prison. Structural Torture. State Responsibility. Judicialization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CF/1988 – Constituição Federal de 1988

CF/OAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público

CPP – Código de Processo Penal

DST – Doenças Sexualmente Transmissíveis

EUA – Estados Unidos da América

HIV – Human Immunodeficiency Virus

HBV/VHB – Designações do Vírus da Hepatite B

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

LEP – Lei de Execução Penal

MP – Ministério Público

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PAISA – Programa de Ações Intersetoriais de Assistência à Saúde e de Assistência Social para o Sistema Prisional

PNAISP – Política Nacional de Atenção Integral às Pessoas privadas de Liberdade no Sistema Prisional

PNSSP – Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DA RESPONSABILIDADE NA ÁREA DA SAÚDE: CONFLITOS, LIMITES E DESAFIOS.....	12
2.1 PERCURSO HISTÓRICO SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO NA ÁREA DA SAÚDE.....	12
2.1.1 A responsabilização constitucional do Estado na área da saúde.....	12
2.1.2 Evolução dos direitos fundamentais em face de consciência social: um diálogo com a história constitucional.....	14
2.1.3 O conceito de saúde e de saúde mental.....	17
2.1.4 A evolução jurisprudencial nos tribunais superiores sobre a saúde pública como direito individual.....	19
2.2 O DIREITO À SAÚDE NA CRFB/88: CONSTITUCIONALIZAÇÃO, PRINCIPIOLOGIA E ABRANGÊNCIA NORMATIVA.....	26
2.2.1 A constitucionalização da saúde.....	26
2.2.2 O direito da saúde e seus princípios.....	30
2.2.2.1 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana.....	31
2.2.2.2 Princípio do mínimo existencial.....	32
2.2.2.3 Princípio da vedação do retrocesso social (art. 1º, caput e III da CF).....	33
2.2.2.4 Princípio da igualdade, equidade e solidariedade.....	34
2.3 A RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL NA ÁREA DA SAÚDE.....	35
3 O SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL E AS GARANTIAS ASSEGURADAS PELA ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	49
3.1 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS E SUAS VIOLAÇÕES DECORRENTES DO ESTADO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....	50
3.1.1 As “Regras de Mandela”.....	61
3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DOS SUJEITOS ENCARCERADOS: UMA ABORDAGEM À LUZ DO DIREITO À SAÚDE.....	64
3.3 A SITUAÇÃO ESTRUTURAL DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL NO ÂMBITO DA SAÚDE MENTAL.....	67

4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NOS CASOS DE AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA NO ÂMBITO DA SAÚDE MENTAL, DAS PESSOAS ENCARCERADAS NO BRASIL.....73

4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE MENTAL NOS CASOS DE OMISSÃO ESTATAL.....73

4.2 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A EXCLUDENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO DA SAÚDE MENTAL.....79

4.3 A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM FACE DA INÉRCIA E OMISSÃO QUANTO À PROMOÇÃO DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA DO ENCARCERADO.....86

5 CONCLUSÃO.....96

REFERÊNCIAS.....10

1 INTRODUÇÃO

O artigo 196, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante a todo o cidadão o direito à saúde (SARLET, 2018), mas não explicita ou faz referência, de forma textual, ao termo “saúde mental”, pois essa proteção decorre de uma interpretação extensiva de que a saúde do ser humano, dentre eles os encarcerados, se perfaz do ponto de vista físico, mental, corporal e espiritual. Cumpre destacar que, apesar do cometimento de infrações penais, estas pessoas continuam sendo sujeito de direitos (NUCCI, 2020; TÁVORA; ALENCAR, 2020; LIMA, 2020), uma vez que todos os direitos que não foram alcançados pela sentença penal condenatória serão resguardados.

O pretexto deste trabalho é discorrer sobre as consequências e contradições da omissão do Estado na efetivação do direito à saúde mental do encarcerado condenado judicialmente no Brasil, qual seja, aquele condenado que esteja cumprindo a sua pena em presídios nacionais, não contemplando os condenados em medida de segurança, tudo isso, sem prejuízo de responsabilização que possa vir a surgir no plano internacional, assunto que merece estudo em apartado.

Deve-se pontuar, que não se busca o estudo de possíveis valores indenizatórios que possam vir a surgir no impetrar de medidas jurisdicionais, mas sim, um estudo do direito abstrato a saúde mental do condenado, muitas vezes relegada pela estrutura do encarceramento.

A relevância da temática em apreço mostra-se evidente pelo fato de que quando se trata de direito à saúde, esquece-se de que a mesma apresenta-se em múltiplas dimensões e, muitas vezes, direciona-se ações em serviços de saúde apenas para aspectos físicos, deixando de lado a saúde mental.

Ademais, no cárcere o sujeito privado de liberdade – devido à falta de assistência no que tange ao trabalho, à educação, ao esporte e ao lazer – acaba sendo acometido por muitas doenças e agravos mentais como o estresse, a síndrome do pânico e a depressão, causadas por conta da omissão estatal em se garantir o acesso a políticas públicas e sociais na área de saúde mental, fazendo-se com o que o preso – de forma potencial – volte a delinquir ou a apresentar quadros de violência em razão de transtornos comportamentais e agravos mentais ocasionados pela falta de políticas, ações e serviços de assistência em saúde

mental que são de responsabilidade do Estado e estão previstas e delineadas na Lei 7.210/84 (BRASIL, 1984).

O objetivo geral desta pesquisa foi analisar as responsabilidades do Estado nos casos de ausência de assistência da saúde mental das pessoas condenadas em juízo à privação de liberdade na perspectiva do direito à saúde.

Além disso, como objetivos específicos, este trabalho buscou: identificar a configuração jurídica das responsabilidades do Estado quanto à omissão da promoção assistencial da saúde mental do encarcerado nacional, tendo em vista o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana; caracterizar a situação estrutural do sistema carcerário nacional no âmbito da saúde mental. Analisar o fenômeno da judicialização do direito à saúde mental nos casos de omissão estatal, na jurisprudência nacional.

Justifica-se o trabalho pela necessidade de se adequar a realidade dos presídios brasileiros ao novo modelo de política global de desenvolvimento sustentável (ODS) que a ONU busca implantar até o ano de 2030, na tentativa de elevar a qualidade de vida de todas as pessoas, inclusive as que se encontram privadas de liberdade.

A pesquisa foi de cunho descritivo, porque se pretende trazer à baila as características do sistema carcerário brasileiro apontando as possíveis responsabilidades estatais quanto a sua omissão, descrevendo de forma crítica e dialógica (GIL, 2002; LAMY, 2011) a saúde como um todo, no que diz respeito aos seus aspectos físicos, comportamentais e mentais.

Através de um percurso histórico-jurídico, iremos mensurar (através de uma linha do tempo) a evolução do sistema carcerário brasileiro levando em consideração a lei, a doutrina e jurisprudência aplicáveis a matéria, pois, do ponto de vista histórico e do direito comparado, a Lei de Execuções Penais é considerada uma das conquistas jurídico-legais mais humanitárias do mundo.

O universo da pesquisa, conforme lições de Rocha (2010), foi o sistema carcerário brasileiro que, em todo o país, apresenta-se de forma diversa, mas, também, com múltiplos desafios e contradições comuns a todos os sistemas prisionais regionais e locais.

O método de análise e abordagem da pesquisa foi o método dedutivo pois partiremos da premissa de que o Estado não tem efetivado as políticas de saúde mental nos estabelecimentos prisionais, de forma eficiente e efetiva, e neste sentido,

necessita ser responsabilizado por suas omissões em se concretizar o direito à saúde mental do preso por meio de políticas e ações.

Com relação ao método procedimental de coleta de dados, iremos recorrer a fontes documentais, jurisprudenciais, convencionais, numa revisão de literatura sobre a temática geradora que irão subsidiar o aporte teórico da pesquisa, sendo, portanto, uma pesquisa bibliográfica porém, de forma qualitativa, iremos analisar de forma crítica e aprofundada a problemática do acesso a saúde mental do condenado bem como a respectiva responsabilização estatal pela sua não concretização. Assim, o método procedimental de análise dos dados foi o desenho de investigação qualitativa.

O universo teórico-doutrinário desta pesquisa, para fundamentar e subsidiar o processo de investigação metodológica, será representado por alguns autores que discorrem sobre a temática geradora como Lima (2020), Nucci (2020), Távora e Alencar (2020) e Avena (2017), dentre outros que irão fundamentar as discussões teóricas.

O Direito à saúde mental da pessoa privada de sua liberdade representa uma faceta dos direitos fundamentais sociais onde, a efetividade de tais espectros e garantias, reclamam uma postura mais ativa e progressiva por parte do Estado como forma de se assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CRFB/88) que carece de uma realização prática, através de um olhar mais humano para a saúde do preso, pois o ambiente em que os encarcerados estão submetidos, está suscetível a inúmeras enfermidades e condições adversas capazes de ceifarem a integridade física e mental e, em casos mais graves, o próprio direito a vida (MENEZES; MENEZES, 2014).

A redução dos riscos de doenças, no âmbito do estabelecimento prisional, deve ser garantido (enquanto obrigação estatal e direito público subjetivo do encarcerado) por meio de políticas sociais e econômicas.

2 DA RESPONSABILIDADE NA ÁREA DA SAÚDE: CONFLITOS, LIMITES E DESAFIOS

2.1 PERCURSO HISTÓRICO SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO DO ESTADO NA ÁREA DA SAÚDE

A responsabilização civil do Estado é uma das principais características de nosso Estado Democrático de Direito, que tem como norte nossa constituição, em essência, garantista, a saber, o constitucionalismo, com esboço no que já sustentou Canotilho (2003), seria uma teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.

Nesse sentido, a responsabilização do ente estatal é um meio de se limitar o poder do Estado e, com isso, garantir direitos fundamentais, entre os mesmos, a saúde, que apesar de ser um direito natural do homem intrinsecamente ligado ao direito à vida, sob a luz do garantismo, só restou consagrada na Constituição Federal de 1988.

Contudo, até a promulgação da Carta Constitucional de 88, o Direito à saúde como um direito público social trilhou um caminho tormentoso a seguir detalhado.

2.1.1 A responsabilização constitucional do Estado na área da saúde

Textos constitucionais anteriores traziam em seu bojo apenas disposições esparsas sobre a questão, como se observa no art. 179, XXXI, da Constituição Imperial de 1824 (BRASIL, 1841), que garantia os “socorros públicos”, ou a Constituição da República de 1934, que apontava em seu art. 10, II, que competia concorrentemente a União e aos Estados “cuidar da saúde e assistência pública”, bem como garantiu, em seu art. 121, §1º, “h”, a “assistência médica e sanitária ao trabalhador à gestante” (que tinha assegurado descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego) (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1937 manteve o entendimento limitado da Constituição de 1934, abordando o dever da legislação trabalhista de zelar e proteger a saúde dos trabalhadores, não manifestando, assim, qualquer avanço no que diz respeito ao direito à saúde da sociedade como um todo.

A Constituição de 1946, no que diz respeito a esse direito (saúde), continuou a alinhar seu teor às constituições de 1934 e 1937, ou seja, expressava o direito a saúde do trabalhador.

Porém, há de se ressaltar que a Constituição Brasileira de 1946, tinha como cenário histórico mundial o fim da segunda grande guerra mundial, que trouxe à tona um sentimento de solidariedade global. Nunca uma batalha tinha deixado tantos mortos, tinha exposto de forma explícita o lado sombrio e macabro do ser humano, e tais fatores políticos externos findaram por influenciar o constituinte brasileiro a alocar expressamente o direito à vida como um direito fundamental, alçando-o, assim, à cláusula pétrea.

É bem verdade que, apesar do direito à vida ser uma manifestação legislativa de suma importância para o desenvolvimento individual do direito à saúde, com ele não se confunde.

É que o direito à vida não pode ser interpretado, pelo menos não em regra, de forma a englobar a ampla proteção da saúde. Ainda assim, não há como se negar que, diante da omissão pretérita do constituinte no que diz respeito à saúde, a ligação deste direito com o direito à vida, ganha tamanha intimidade que acaba fazendo com que este opere como um fundamento para o reconhecimento do direito à saúde.

Ora, não há como se dissociar, por exemplo, a vida do cidadão, do tratamento médico necessário para que a mesma tenha continuidade, pois de nada adiantaria a Constituição assegurar o direito à vida, se na prática, não se consubstanciasse saúde pública que atendesse a preservação da vida. Está-se diante do princípio do mínimo existencial, ou seja, o Estado tem a obrigação de garantir a todos as condições materiais mínimas para se viver com dignidade.

Não obstante, mesmo diante dessas premissas, o que se percebeu foi que o constituinte brasileiro, até então, continuava a omitir tal direito de forma ampla no texto constitucional.

Outrossim, a Constituição do Brasil de 1967, novamente, não trouxe qualquer mudança significativa no que diz respeito ao direito à saúde, mantendo o seu

desenvolvimento e proteção à área trabalhista, seja no âmbito celetista, seja no espaço de serviço público.

Foi somente com a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), como dito alhures, que o direito à saúde restou amplamente consagrado, uma vez que esta carta magna além de destacá-lo como um direito fundamental social (art. 6º, *caput*), também expressou a forma de sua prestação (Arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217), não fazendo qualquer distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I, do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II, do Título II), ambos pertencentes à classe dos direitos e garantias fundamentais (Título II), que, por essa natureza, foram declarados de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º).

Assim, o que se percebe é que, em que pese a saúde ser um bem protegido pelo Estado, a consciência social por esse direito, no Brasil, só ganhou força, proteção e prestação efetiva a nível constitucional, na década de 80.

O motivo para tamanha demora está no fato do direito à saúde se reverter de complexidade e derivar de elaboração e consciência social.

Complexidade porque não é um direito de abstenção estatal, muito pelo contrário, é um direito social que exige uma atuação positiva, um agir do Estado, para sua eficaz implementação, dependendo de alocação de recursos materiais e humanos, o que, para um país como o Brasil, finda por assumir significativa relevância financeira.

2.1.2 Evolução dos direitos fundamentais em face de consciência social: um diálogo com a história constitucional

Para que se tenha uma percepção sobre essa consciência social é preciso entender a própria evolução dos direitos fundamentais, ao menos as chamadas dimensões (gerações) dos direitos fundamentais, que direciona o surgimento do moderno Estado Constitucional, cuja essência e razão de ser (SARLAT; MARINONI, 2017) residem na formação da limitação do poder estatal e no reconhecimento e na proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais do homem.

Os direitos fundamentais de 1ª dimensão (BOBBIO, 1992), são denominadores comuns nas primeiras constituições escritas, de matriz liberal-burguesa, do final do século XVIII, que sofreram influência direta das revoluções

liberais (francesa e norte-americana), e por lutarem contra o autoritarismo da época, possuem como características marcantes um cunho fortemente individualista. Direitos que traduzem o valor da liberdade.

Singrando esses valores, anotou Paulo Bonavides (1997, p. 563-564), *in verbis*:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, e são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Não que os gritos da revolução francesa não ecoassem nos direitos sociais, basta que se lembre que o lema invocado nas trincheiras da revolução – “*liberté, égalité, solidarité*” – que apontam as três primeiras dimensões dos direitos fundamentais.

Entretanto, o que se viu no texto constitucional francês foi uma extrema preocupação com os direitos de liberdade, até mesmo por conta dos principais valores que inflamaram a revolução, qual seja, direitos de defesa contra a mão autoritarista do Estado, buscando uma menor intervenção do mesmo na esfera da autonomia individual. São, por esses motivos, direitos de “resistência”, de abstenção ou “de oposição perante o Estado”.

São exemplos de 1ª dimensão os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, e pelos direitos de participação política.

Os direitos fundamentais de 2ª dimensão, por sua vez, só ganhariam, de fato, os holofotes, no decorrer dos séculos XIX e XX, quando do impacto da revolução industrial europeia e os graves problemas sociais que esta trouxe consigo, por conta, justamente, da abstenção estatal, implementada pela liberalidade, que tanto se buscou na Revolução Francesa, levando-se a constatação de que somente a formalização dos direitos de liberdade e igualdade, não seria suficiente para a concretização do seu gozo – novamente, de que adianta o direito à vida, sem a devida proteção da saúde.

Tais direitos, entabulados de direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São,

portanto, direitos que se connexionam com o direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2005, p.286).

Ressalte-se que não há como negar que a Revolução Francesa trouxe a igualdade entre suas exigências, mas uma igualdade cunho formal, legal, incapaz de concretizar os anseios populares que surgiriam com a revolução industrial, entretanto, plantou uma semente que germinada por movimentos reivindicatórios, como o cartista, na Inglaterra (1838), e a Comuna de Paris (1848), findou por atribuir ao Estado comportamento ativo em busca da realização da justiça social,

Nessa trilha, a principal diferença entre os direitos de 1ª e de 2ª dimensão diz respeito ao aspecto positivo dos direitos de 2ª dimensão em detrimento da negatividade dos de 1ª, qual seja, enquanto esses exigem uma abstenção Estatal, aqueles exigem um atuar do Estado, um agir, uma prestação social do Estado (direitos prestacionais), que atuando, estaria a buscar a implementação factual (material) do princípio da igualdade (*égalité*). Na lapidar formulação de Paulo Bonavides (1997), tais direitos “nasceram abraçados ao princípio da igualdade”, *in casu*, uma igualdade material e não meramente formal.

São nos direitos prestacionais (2ª dimensão), nessa necessidade da prestação estatal sobre a sociedade que encontraremos o direito à saúde. No entanto, mesmo tais direitos, não surgiram de forma homogênea, justamente porque o seu surgimento exigia uma evolução da consciência social.

Se ordenar os fatos históricos ligados aos anseios sociais, como bem salientado anteriormente, as ideias que defendiam a necessidade da intervenção estatal se desenvolveram com a revolução industrial europeia, e muito por conta das consequências negativas da industrialização, qual sejam, a exploração da mão de obra, com cargas laborais de 14 à 16 horas diárias e das péssimas condições de trabalho, que trouxeram consigo doenças e acidentes laborais.

Assim, o estopim dos direitos sociais está diretamente ligado ao desenvolvimento da área trabalhista, o que justifica a presença constante do direito de saúde, direito social que é atrelado às normas que circundavam o direito do trabalho, também um direito social, como bem observou-se nas Constituições 1934, 1937, 1946 e 1967.

Foi somente com a Constituição Federal de 1988, como dito alhures, que o direito à saúde restou amplamente consagrado, uma vez que esta carta magna além de destacá-lo como um direito fundamental social (art. 6º, *caput*), também expressou a forma de sua prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217), não fazendo qualquer distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I, do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II, do Título II), ambos pertencentes à classe dos direitos e garantias fundamentais (Título II), que, por essa natureza, foram declarados de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º) (BRASIL, 1988).

2.1.3 O conceito de saúde e de saúde mental

A definição de saúde foi muito estudada entre os anos inaugurais da Revolução Industrial (fim do século XVII) e a primeira metade do século XX, pois de um lado percebia-se um forte crescimento de grupos marginais que viviam em condições de miserabilidade, que forçaram o estudo da saúde a variáveis ligadas ao trabalho, à alimentação, à moradia.

Destacam-se os estudos do filósofo Engels (1986), sobre as condições de vida dos trabalhadores na Inglaterra, quando da Revolução Industrial, concluindo que “a cidade, o tipo de vida de seus habitantes, seus ambientes de trabalho, são responsáveis pelo nível de saúde das populações”.

Por outro lado, à descoberta de germes causadores de doenças e a busca pela medicação necessária para isolá-los, fez surgir o conceito de que a saúde seria a ausência de doenças (DALLARI, p. 58, 1988).

Como dito anteriormente, a Segunda Grande Guerra deixou uma cicatriz na sociedade mundial e fez surgir uma necessidade ineludível de se discutir o tema e de colocar no papel soluções práticas.

Desse diálogo surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU), que fomentou a Declaração dos Direitos do Homem bem como a criação de organizações especiais que objetivavam garantir e proteger alguns desses direitos considerados de suma importância para a humanidade.

Dentre essas organizações, destaque para a Organização Mundial da Saúde (OMS), que, no preâmbulo de sua Constituição (BRASIL, 1948), conceituou a saúde

como sendo “o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.

Percebe-se, do conceito dado pela OMS, a necessidade de um equilíbrio entre o homem e o ambiente ao qual se encontra (bem-estar físico, mental e social), o que demonstra, para a viabilização de sua garantia a necessária dependência da participação dos indivíduos no processo de concretização, exprimindo tanto ideologias baseadas no princípio da liberdade (1ª dimensão) como baseadas no princípio da igualdade (2ª dimensão).

Dos ensinamentos de Dallari (1988, p. 59) sobre o conceito de saúde, pode-se concluir que, sob a ótica individual, pode-se verificar que o direito à saúde cerca-se do princípio da liberdade, uma vez que o homem tem total liberdade para escolher o tipo de relação que vai ter com o ambiente, tem liberdade para escolher o seu labor, ou mesmo a liberdade para escolher o profissional da saúde que irá fazer o seu tratamento, bem como sob a ótica social, o direito à saúde se aproxima do princípio da igualdade, quando se percebe a intervenção estatal na obrigatoriedade da vacina, ou na regulamentação dos ambientes de trabalho, assim como a oferta de tratamento médico igualitário a todos aqueles que dele necessitem.

E é desse movimento pendular, ora a saúde alinhando-se à liberdade, ora alinhando-se à igualdade, que se pode concluir, como dito alhures, que o direito à saúde depende da participação dos indivíduos no processo de concretização, pois não basta que a lei máxima do país declare que todos têm direito à saúde, sem esboçar meios para garantir esses direitos.

Ademais, é necessário que se pontue o conceito de saúde mental para fins de delimitação do objeto de estudo, em que pese não existir uma definição universal para essa espécie de saúde.

Nesse ponto, interessante o conceito de saúde mental levantado por Naomar de Almeida Filho, Maria Thereza Ávila Coelho e Maria Fernanda Peres (1999, p. 123), *in verbis*:

[...] a saúde mental significa um *socius* saudável; ela implica emprego, satisfação no trabalho, vida cotidiana significativa, participação social, lazer, qualidade das redes sociais, equidade, enfim, qualidade de vida. Por mais que se decrete o fim das utopias e a crise dos valores, não se pode escapar: o conceito de saúde mental vincula-se a uma pauta emancipatória do sujeito, de natureza inapelavelmente política.

Segundo o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais da APA (Associação Psiquiátrica Americana), que já está na sua 5ª edição, a saúde mental é concebida como a maneira pela qual nossos pensamentos, sentimentos e comportamentos afetam nossas vidas, *in verbis*:

Um Transtorno Mental é uma Síndrome caracterizada por perturbação clinicamente significativa na cognição, na regulação emocional ou no comportamento de um indivíduo que reflete uma disfunção nos processos psicológicos, biológicos ou de desenvolvimento subjacentes ao funcionamento mental.

Transtornos Mentais estão frequentemente associados a sofrimento ou incapacidade significativos que afetam atividades sociais, profissionais ou outras atividades importantes. Uma resposta esperada ou aprovada culturalmente a um estressor ou perda comum, como a morte de um ente querido, não constitui transtorno mental. Desvios sociais de comportamento (por exemplo, de natureza política, religiosa ou sexual) e conflitos que são basicamente referentes ao indivíduo e à sociedade não são transtornos mentais a menos que o desvio ou conflito seja o resultado de uma disfunção no indivíduo, conforme descrito (AMERICAN..., p. 62).

O DMS-5 aponta em seu texto várias espécies de transtornos mentais, entre os quais os transtornos obsessivos-compulsivos, o transtorno bipolar, a esquizofrenia, os transtornos de personalidade, os Transtornos neurocognitivos, entre outros.

A análise da responsabilidade civil no que diz respeito ao surgimento de tais transtornos nos privados de liberdade exige uma sensibilidade do julgador, bem como o auxílio de perícias médicas para se aferir até onde o desenvolvimento ou agravamento de tais doenças estariam ligados ao ambiente carcerário, mas, é perfeitamente possível que qualquer transtorno mental desenvolvido no cárcere, desde que não se constitua em um mero aborrecimento, possa vir a ser objeto de judicialização, desde que presente os pressupostos de sua configuração, como se verá a frente.

2.1.4 A evolução jurisprudencial nos tribunais superiores sobre a saúde pública como direito individual

No Brasil, como se destacou, em que pese a Constituição Imperial de 1824, apontar a garantia dos “socorros públicos”, ou a Constituição da República de 1934, que apontou em seu art. 10, II, que competia concorrentemente à União e aos

Estados “cuidar da saúde e assistência pública”, bem como garantiu, em seu art. 121, §1º, “h”, a “assistência médica e sanitária ao trabalhador à gestante” (que tinha assegurado descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego), o que se percebeu foi um grande avanço no que diz respeito ao desenvolvimento da saúde ligada ao setor trabalhista, e/ou à saúde no âmbito coletivo ou transindividual, a exemplo dos casos emendados pelo STF a seguir explanados, *in verbis*:

MEDICOS SANITARISTAS DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E SAÚDE. PROVENTOS DA INATIVIDADE. APLICAÇÃO DA LEI N. 1.333, DE 1951. RECURSO NÃO CONHECIDO. (RE 30721, Relator(a): LAFAYETTE DE ANDRADA, Segunda Turma, julgado em 12/06/1956, DJ 13-12-1956 PP-15342 EMENT VOL-00283-01 PP-00278 ADJ 15-04-1957 PP-01133) (BRASIL, 1970).

DESPEDIDA. APÓS READMITIDO POR RESTABELECIMENTO DE SAÚDE, O EMPREGADO DESPEDIDO TEM TODOS OS DIREITOS CONSEQUENTES DA DISPENSA COMUM, INCLUSIVE AVISO PREVIO. (RE 51636, Relator(a): CÂNDIDO MOTTA, Primeira Turma, julgado em 05/11/1962, DJ 06-12-1962 PP-03748 EMENT VOL-00525-06 PP-02172) (BRASIL, 1969).

FUNCIONALISMO. GRATIFICAÇÃO DE RISCO DE VIDA E SAÚDE (ART. 145, VI DA L. N 1711/52). SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO DO PORTO DO RIO DE JANEIRO. HAVENDO ATO DA AUTARQUIA FIXANDO-LHE A PERCENTAGEM, DEVEM AUFERI-LA OS SERVIDORES QUE, EM AÇÃO ORDINARIA, PROVARAM SATISFAZER AS CONDIÇÕES NECESSARIAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE. (RE 74665, Relator(a): XAVIER DE ALBUQUERQUE, Segunda Turma, julgado em 05/12/1972, DJ 21-12-1972 PP-08780 EMENT VOL-00897-03 PP-01140) (BRASIL, 1972a).

GRATIFICAÇÃO ESPECIAL POR SERVIÇO PRESTADO COM RISCO DE VIDA E SAÚDE CORRESPONDENTE AO PERÍODO DE 10.2.60 A 26.6.64 E PLEITEADA POR GRÁFICOS DO MINISTÉRIO DA MARINHA. SE O DIREITO A ESSA VANTAGEM NÃO CHEGOU A APERFEICOAR-SE, A JUSTIÇA NÃO TEM COMO RECONHECE-LO. 2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (RE 70395, Relator(a): ANTONIO NEDER, Segunda Turma, julgado em 09/10/1972, DJ 01-12-1972 PP-08113 EMENT VOL-00895-01 PP-00290) (BRASIL, 1972b).

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA, ART.279-CP. SENDO A RESPONSABILIDADE PENAL PERSONALÍSSIMA, O RESULTADO SÓ É IMPUTÁVEL A QUEM LHE DEU CAUSA. INAPLICÁVEL E A EXTENSÃO DOS CRITÉRIOS DA CULPA AQUILIANO AO CAMPO DO DIREITO PENAL. ATIPICIDADE DOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA - FALTA DE JUSTA CAUSA. RHC, CONHECIDO E PROVIDO. (RHC 56209, Relator(a): MOREIRA ALVES, Segunda Turma, julgado em 12/05/1978, DJ 30-06-1978 PP-04845 EMENT VOL-01101-02 PP-00569) (BRASIL, 1978).

Assim, observa-se que a jurisprudência da época confirma o avanço nas questões de saúde laboral, bem como nos casos de saúde pública social, alinhado ao posicionamento constitucional daquele momento histórico.

Ainda sobre o tema, buscou-se, através do banco de dados jurisprudenciais do STF, casos de tratamento médico ligado ao direito individual à saúde, entre as datas de 01/01/1901 a 01/01/1988, momento em que o site da suprema corte não apontou qualquer caso sobre o tema, ao menos não na sua modalidade individual.

Em outro sentido, percebe-se a grande evolução jurídico constitucional do tema quando das mudanças de perspectivas alinhadas pela CF/88, momento em que o direito à saúde ganhou ares de subjetividade, passando, ainda, a ser delineado como um direito de todos e um dever do Estado.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), foi um marco na realidade da saúde pública nacional, pois não só a declarou como um direito social fundamental, mas, também, trouxe inúmeros dispositivos que buscam garantir a sua exigibilidade, tornando-o um direito subjetivo e, portanto, passível de se aferir responsabilização civil ao Estado garantidor desse direito.

É perceptível essa mudança em temas ligados à saúde, como por exemplo, o direito ao tratamento médico adequado aos necessitados e a responsabilidade estatal sobre o tema, conforme jurisprudência pátria citada abaixo, *in litteris*:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. (STF. RE 855178 RG, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 05/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-050 DIVULG 13-03-2015 PUBLIC 16-03-2015) (BRASIL, 2016b).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO ADEQUADO AOS NECESSITADOS. DEVER DO ESTADO (TEMA 793 DA REPERCUSSÃO GERAL). COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DO TRATAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 279/STF. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – (...). II - O acórdão recorrido está em consonância com o que foi decidido no Tema 793 da Repercussão Geral, RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados”. III – (...). IV - Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, ARE 1121669 Agr., Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 17/08/2018, PROCESSO

ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 04-09-2018 PUBLIC 05-09-2018) (BRASIL, 2001).

Cabe destacar, inclusive, a análise de duas recentes decisões oriundas do STJ e do STF sobre o tema ligado à saúde, mais especificamente sobre a possibilidade de o Poder Judiciário obrigar o Estado a fornecer medicamentos.

A primeira decisão, originária do STJ, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, diz respeito à possibilidade de o Poder Judiciário obrigar o Estado a fornecer medicamento que não está especificado na lista de medicamentos que o SUS é obrigado a municiar gratuitamente para a população (Portaria 2.982/2009 do Ministério da Saúde) e, restou assim ementada:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

(STJ. 1ª Seção. EDcl no Resp. 1.657.156-RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 12/09/2018 (recurso repetitivo) (Info 633) (BRASIL, 2018).

A controvérsia surgiu por conta da interpretação dada a lei nº 8.080/90, que prevê o dever do Estado de fornecer assistência médica integral, inclusive farmacêutica. Porém, essa lei foi alterada pela lei nº 12.401/2011, incluindo, entre suas modificações, o art.19-P, que expressa que o fornecimento de medicamentos será feita com base no protocolo clínico ou de diretriz terapêutica e, na falta disso, com base nas relações de medicamentos do SUS.

O STJ, contudo, como se observa na decisão supracitada, entendeu que o fato de o medicamento não constar na lista dos medicamentos do SUS, não obstaria o dever imposto pela ordem constitucional, enumerando requisitos que devem ser preenchidos nesses casos pontuais, como a necessidade de laudo médico fundamentado, a incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito e a existência de registro do medicamento na ANVISA.

No ano seguinte ao julgamento do STJ, chega aos corredores do STF um julgado que trata da possibilidade de fornecimento de medicamentos que ainda não estão registrados na própria ANVISA.

A ANVISA é uma autarquia especial (entidade administrativa independente), criada pela Lei nº 9.782/99 que tem por finalidade, nos termos do art. 6º, da citada lei, “promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras”, sendo, essa instituição, a responsável por exercer a vigilância sanitária de medicamentos (art. 8º, § 1º, I) (BRASIL, 1999).

Assim, a ANVISA é responsável pelo processo de aprovação e registro de medicamentos e somente depois destes é que determinado medicamento pode ser comercializado no Brasil.

Ocorre que, o processo de aprovação e registro de determinados medicamentos podem perdurar por anos, ao passo que com o acesso à informação, por conta do avançar da tecnologia, faz com que o estudo e a descoberta de novas formas de tratamento cheguem ao conhecimento médico de forma quase que simultânea à sua aprovação em outros países do mundo, o que fez surgir o questionamento jurídico ao STF sobre a possibilidade de se autorizar judicialmente algum remédio ainda não aprovado pela ANVISA.

E sobre o tema, deve-se destacar o RE 657718/MG, proferida pelo STF, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, que decidiu em sede de repercussão geral (informativo 941, do STF), no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos, nos seguintes termos, *in verbis*:

A ausência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.

É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:

- a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);
- b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e
- c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

(STF. Plenário. RE 657718/MG, rel. orig. Min. MARCO AURÉLIO, red. p/ o ac. Min. ROBERTO BARROSO, julgado em 22/5/2019 (repercussão geral) (Info 941) (BRASIL, 2021).

Assim, da análise do caso concreto, restou avençado pelo STF que, em regra, a ausência de registro na ANVISA, impede o fornecimento de medicamento por decisão judicial, porém, em regime de exceção, quando se estiver diante de um caso em que reste caracterizada a demora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido de registro do medicamento, poderá o Poder Judiciário conceder de tal medicamento, desde que preenchido, cumulativamente, os requisitos acima delineados.

Interessante a observação localizada no requisito “a” – salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras -, que demonstra a sensibilidade desta decisão judicial. Medicamentos órfãos são fármacos que se mostrem eficazes no tratamento ou diagnóstico de doenças raras ou ultrarraras, para os quais não houve solicitação de registro, em razão da falta de viabilidade econômica, como bem destacou o voto em análise, *in verbis*:

A única exceção em relação a esse requisito seria o caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras, para os quais não houve solicitação de registro, em razão da falta de viabilidade econômica. Nesses casos, a parte deverá demonstrar que (i) a doença é rara conforme os critérios da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da ANVISA nº 205/2017 (enfermidade que atinge até 65 pessoas em cada 100 mil) e (ii) não há protocolo clínico específico do Ministério da Saúde para o tratamento da doença (BRASIL, 2019).

Nessa trilha, percebe-se a sensibilidade do julgador, que aplicando princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, igualdade e busca pelo mínimo existencial, vem, a cada decisão, desafiando óbices administrativas (reserva do possível) e lacunas legais (medicamentos órfãos) em prol da defesa da saúde do ser humano.

Ainda sobre a jurisprudência do STF, muito interessante o entendimento que este tribunal superior externou em recente decisão cautelar oriunda da ADPF nº 756, no que se refere especificamente à questão absolutamente inconstitucional vivenciada pela caótica situação sanitária instalada no sistema de saúde do estado do Amazonas, sobretudo da capital Manaus, quanto ao contágio pela COVID-19.

O Ministro Ricardo Lewandowski (STF, 2021), relator da supracitada ADPF, decidiu nos seguintes termos, quando da análise da cautelar, *in verbis*:

Em face do exposto, defiro em parte a cautelar pedida pelos requerentes para determinar ao Governo Federal que: (i) promova, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária instalada em Manaus, capital do Amazonas, em especial suprimindo os

estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e de outros insumos médico-hospitalares para que possam prestar pronto e adequado atendimento aos seus pacientes, sem prejuízo da atuação das autoridades estaduais e municipais no âmbito das respectivas competências; (ii) apresente a esta Suprema Corte, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que está colocando em prática ou pretende desenvolver para o enfrentamento da situação de emergência, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros; e (iii) atualize o plano em questão a cada 48 (quarenta e oito) horas, enquanto perdurar a conjuntura excepcional.

(STF - ADPF: 756 DF 0106680-22.2020.1.00.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 15/01/2021, Data de Publicação: 19/01/2021) (BRASIL, 2021).

Da análise da liminar alhures citada, evidencia-se que o Poder Judiciário, diante do caos instalado no sistema de saúde do estado do Amazonas, buscou intervir de forma pontual, principalmente no que tange aos cilindros de oxigênio e demais insumos necessários para o atendimento da população de Manaus (AM), severamente atingida pela omissão administrativa no que diz respeito a estes insumos.

Observa-se, que a decisão do STF, se fez através da aplicabilidade dos princípios constitucionais, como os da publicidade e da eficiência (art. 37, da CF); no direito à informação que assiste aos cidadãos (art. 5º, XXXIII, e 37, §2º, II, da CF); na obrigação da União de “planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas” (art. 21, XVII, CF). Destaque-se das palavras do Ministro Lewandowski, a seguinte conclusão, *in litteris*:

(...) no dever incontornável e irrenunciável cometido ao Estado de assegurar a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, caput, da CF), traduzida por uma “existência digna” (art. 170, caput, da CF), e no direito à saúde, este último, repita-se, “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 6º, caput, e 196, caput, da CF) (BRASIL, 2021).

Apesar de se citar a responsabilização do Estado no que diz respeito ao necessário atendimento no setor de saúde, há de se observar que nossa legislação permite uma setorização mista de atendimento hospitalar, qual seja, há hospitais públicos e privados, e, em que pese a tentação de se ausentar a culpa do Estado quando da hospitalização de pessoas no âmbito privado, há de se pontuar que cada caso deve ser tratado com particularidade, uma vez que, mesmo no setor privado há o atendimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

2.2 O DIREITO À SAÚDE NA CRFB/88: CONSTITUCIONALIZAÇÃO, PRINCIPIOLOGIA E ABRANGÊNCIA NORMATIVA

2.2.1 A constitucionalização da saúde

A CRFB de 1988 é considerada um marco jurídico do constitucionalismo no processo de redemocratização do Brasil, que, não bastasse trazer em seu bojo o mais amplo rol de direitos e garantias fundamentais já positivados em uma constituição nacional, ainda os alça a natureza jurídica de cláusula pétrea, ou seja, torna-os limites materiais ao poder de reforma constitucional (art. 60, §4º, da CF).

Como dito alhures, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que o direito à saúde restou amplamente consagrado, uma vez que esta carta magna além de destacá-lo como um direito fundamental social (art. 6º, *caput*), também expressou a forma de sua prestação (arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217), não fazendo qualquer distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I, do Título II) e os direitos sociais (Capítulo II, do Título II), ambos pertencentes à classe dos direitos e garantias fundamentais (Título II), que, por essa natureza, foram declarados de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º).

Ressalte-se, apenas a título de debate argumentativo, que o direito à saúde já era estudado pela doutrina no que diz respeito à defesa do direito à vida, já consagrado em constituições anteriores, basta que pense na inutilidade de se proteger a vida a quem não teria condições mínimas de manter sua saúde, o que levava, muitas vezes, a se verificar verdadeiras lacunas no ordenamento jurídico, que levava o intérprete a buscar soluções através do mecanismo da ponderação de interesses.

Interessante observar que essa positivação constitucional dos direitos e garantias fundamentais, como já mencionados anteriormente, tem como propósito a limitação jurídica do poder estatal em prol da proteção do indivíduo, não sendo à toa que a Constituição Federal findou por alçar no nível de cláusula pétrea tais direitos. Por cláusula pétrea se entende um verdadeiro limite material ao poder de reforma constitucional, assim, os direitos que possuem esta característica, não podem ser abolidos por qualquer proposta derivada de alteração constitucional.

É nesse diálogo, que controvérsias doutrinárias findaram por fazer surgir interpretações diferenciadas sobre a aplicabilidade do art. 60, § 4º, IV, da CF/88 (cláusulas pétreas) no que diz respeito aos direitos sociais, ou seja, se seria possível estender-se a natureza diante de uma possível limitação desta cláusula aos “direitos e garantias individuais” localizadas no referido artigo.

Assim sendo, parte da doutrina, de forma minoritária, vem entendendo pela aplicabilidade da interpretação literal do inciso IV, do supracitado artigo e, com isso, defendem que o legislador constituinte originário estava se referindo tão somente aos direitos arrolados no art. 5º, da CF/1988 e que, por esta razão, não caberia aos poderes constituídos, sob o pretexto de interpretação do precitado artigo, estender tal natureza a direitos não focalizados pelo titular da soberania (BRANDÃO, 2010, p. 10).

Entretanto, a atribuição de um peso definitivo a interpretação gramatical, em detrimento das demais formas de interpretação entabuladas pela hermenêutica jurídica finda por empobrecer os argumentos desta doutrina. Para isso basta que se observe a densidade moral dos direitos e garantias fundamentais, que buscam limitar o poder estatal em detrimento dos direitos fundamentais do detentor do poder, o povo.

Assim, como se explicaria para a população que a instituição do júri (art. 5º, XXVIII) seria uma cláusula pétrea ao passo que o direito à saúde não.

Nesses termos, a razão sinaliza para a doutrina majoritária que defende que o constituinte de 1998 instituiu como cláusula pétrea os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão, seja eles direitos de defesa (primeira dimensão) ou prestacionais (segunda e terceira dimensão), fruto da sintonia entre o constituinte de 1988 e a tese da indivisibilidade e da interdependência das dimensões dos direitos fundamentais (SARLET apud BRANDÃO, 2010, p. 10).

Este, inclusive, é o entendimento perpetrado pela ONU, nos termos do item 5, da Declaração de Viena de 1993, *in verbis*:

5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais (VIENA, 1993).

Outrossim, os direitos sociais, como direitos fundamentais que são, também possuem características subjetivas e objetivas (dupla dimensão dos direitos fundamentais).

Possuem características subjetivas porque, mesmo que sua natureza programática, que muitas vezes exigem uma disponibilidade de recursos públicos (princípio da reserva do possível) somada à própria omissão estatal em legislar sobre direitos sociais, dificultando ainda mais o já difícil agir do Poder Judiciário sobre as políticas públicas, muitas vezes façam surgir questionamentos sobre essa subjetividade, não há como se negar que tais direitos podem ser exigíveis judicial e administrativamente pelos seus respectivos titulares (subjetividade jurídica).

Já sob uma ótica objetiva, os direitos sociais apresentam valores constitucionais a serem respeitados e concretizados por toda a sociedade, sinalizando a busca pela construção de uma sociedade mais justa, solidária e a erradicação das desigualdades sociais. São direitos que possuem uma eficácia dirigente (irradiante), que impõe ao Estado o dever de permanente realização social (SARLET; MARINONI, 2017).

Esta característica irradiante constitui um norte tanto para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, como para o próprio agir estatal no que diz respeito à criação de procedimentos voltados à proteção dos direitos sociais, bem como voltados a políticas de prevenção.

Assim sendo, os direitos sociais, entre eles o direito à saúde, possuem especial proteção contra o poder de reforma constitucional, bem como contra restrições por parte dos órgãos estatais, a citar, como exemplo, a decisão tomada pela suprema corte na ADI de nº 5595, que tratou sobre o congelamento dos pisos de custeio da saúde e da educação.

Na ocasião, entendeu a Procuradoria-Geral da República (autor da ADI) que tais medidas atentam diretamente contra os direitos fundamentais à vida e à saúde (arts. 5º, caput; 6º e 196 a 198, caput e § 1º), contra o princípio da vedação de retrocesso social (art. 1º, caput e III) e contra o princípio do devido processo legal substantivo (art. 5º, LIV). Violam, por conseguinte, cláusula pétrea inscrita no art. 60, § 4º, IV, todos da Constituição da República (BRASIL, 2001).

O STF, em juízo de cognição sumária, deferiu medida cautelar para suspender a eficácia dos arts. 2º e 3º, da EC nº 86/2015, momento em que observou

a possibilidade de reforma constitucional que vise o aprimoramento dos direitos e garantias fundamentais, salientando, inclusive, que esta é a medida desejável de atualização dos fins e preceitos da Constituição Federal, porém sinalizou, corretamente, que alterações que impliquem retrocesso no estágio de proteção dos direitos e garantias até então alcançados não seriam admissíveis, ainda que a pretexto de limites orçamentário-financeiros (BRASIL, 2001).

Após a análise da natureza constitucional do direito à saúde, impõe-se o estudo da sua constitucionalização, que se concretizou no art. 6º, da CF/88, consagrando-se como um direito fundamental voltado a todos, entretanto, a Carta Constitucional de 1988 foi além, entabulando em seu texto, uma seção (Seção II), no capítulo II (Da Seguridade Social), do título VIII (Da Ordem Social) dedicada a tratar e da saúde, introduzindo dispositivos consubstanciados de natureza principiológica, estabelecendo finalidades a serem buscadas pelo Estado.

Nessa ordem, seu artigo 196 [BRASIL. Constituição (1988)] estabelece que a saúde é direito de todos e *“dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.

Nesses termos, o termo “direito de todos” deixa claro que o direito à saúde é tanto um direito individual como um direito coletivo, não havendo mais espaço para o entendimento de que este direito é consubstanciado tão somente por normas programáticas, incapaz de produzir efeitos concretos, até porque, entender assim é negar a força normativa da Constituição.

Essa dimensão individual do direito à saúde já foi, inclusive, objeto de apreciação do Supremo Tribunal Federal, que entendeu, através de destacado voto do Min. Celso de Mello, *in litteris*:

o direito à saúde além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O poder público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. (STF, RE 271.286, Rel. Min. Celso de Mello, j. 12-9-2000, 2ª T, DJ de 24-11-2000) (BRASIL, 2000).

Destaque-se ainda, do citado artigo constitucional que o direito à saúde, além de ser um direito de todos, ainda o é um “dever do Estado” que ressalva, nessa ordem, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde, seja de forma corretiva, seja de forma preventiva.

Ao comentar esse dispositivo, SILVA (2009, p. 768) assevera que ele abriga uma verdadeira garantia, porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o direito que ela confere, pela cláusula ‘a saúde é direito de todos’, assim como os sujeitos desse direito, expressos pelo signo ‘todos’, que é o signo de universalização, mas com destinação precisa aos brasileiros e estrangeiros residentes - aliás, a norma reforça esses sentido ao prever o acesso universal e igualitário às ações de e serviços de saúde -, e, de outro lado, a obrigação correspondente, na cláusula ‘a saúde é dever do Estado’.

Pode-se dizer que apesar de consagrado no art. 6º da CF/88, é no art. 196 e ss. que o direito a saúde encontrou sua maior concretização constitucional, uma vez que se percebe que o art. 196, da CF representa tanto uma norma definidora de direito subjetivo (a saúde é direito de todos – titularidade universal), como uma norma definidora de deveres e tarefas para o Estado, que deve garantir a saúde através de políticas sociais e econômicas.

2.2.2 O direito da saúde e seus princípios

Além dessa abrangência normativo-constitucional, tais artigos, como dito inicialmente, consubstanciam natureza principiológica, por conferir um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional, bastando uma simples leitura do art. 196, da CF, para se verificar, por exemplo, a irradiação direta do princípio da igualdade na sua garantia, quando expressamente expõe que o acesso à saúde tem que ser garantido de forma universal e igualitário.

Essa busca por um sistema universal e igualitário de acesso à saúde, faz surgir outros princípios a serem observados, ora como um norte para a elaboração de novas leis infraconstitucionais, ora nos casos de necessária judicialização dos fatos.

Podemos verificar a natureza garantista do direito à saúde, oriunda do referido dispositivo constitucional, como bem observou SILVA (2009, p. 768), *in verbis*:

Finalmente, para que não se tenha o direito reconhecido como programático apenas, a norma aperfeiçoa o direito, consignando-lhe *garantia*. É isso que está previsto: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido (...)” - o direito é *garantido* por aquelas políticas indicadas, que hão de ser estabelecidas, sob pena de *omissão inconstitucional*, até porque, os meios financeiros para o cumprimento do dever do Estado, no caso, são arrecadados da sociedade, dos empregadores e empresas, dos trabalhadores e de outras fontes, consoante já discutimos antes.

Assim sendo, pode-se destacar que o direito à saúde, por reclamo constitucional, é regido por vários princípios, a saber: a) proteção da dignidade da pessoa humana; b) princípio do mínimo existencial; c) vedação ao retrocesso; d) igualdade, equidade e solidariedade; e) integralidade; f) responsabilidade estatal; e, g) segurança sanitária.

2.2.2.1 Princípio da proteção da dignidade da pessoa humana

Dentre os princípios basilares do direito à saúde, deve-se destacar o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio base para a efetivação dos direitos fundamentais.

Tal princípio passou a ser garantido a nível mundial após a Segunda Guerra Mundial, em reação as atrocidades cometidas pelo ser humano contra o seu igual, principalmente pelos regimes totalitários. A Declaração dos Direitos do Homem, trouxe em seu artigo primeiro declamou que “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade*”.

Nessa toada, esse princípio passou a ser constante nas constituições de todos os países democráticos, a exemplo da CF/88 que o alçou a fundamento da República Federativa do Brasil.

Sobre este princípio, obtempera Luís Roberto Barroso (2003, p. 38):

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos

individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.

Nesse sentir, o princípio da dignidade da pessoa humana está intimamente ligado aos direitos fundamentais, o que lhe substancia natureza de valor jurídico, constituindo muito mais que uma declaração de conteúdo ético e moral, pois se consubstancia em norma jurídico-positiva dotada de eficácia e aplicabilidade.

E nesse ponto, quando o Estado peca, seja por ação ou omissão, este princípio, dotado de eficácia e aplicabilidade jurídica, torna-se uma das principais armas de defesa do direito à saúde, seja no âmbito individual, seja no âmbito coletivo.

Alinhando esse entendimento, forçoso a conclusão de que dar saúde a sua população é dar dignidade a vida dessas pessoas, muito mais do que prezar pela sobrevivência do seu povo, um Estado tem que zelar pela vida digna do mesmo e vida sem saúde, não é sinônimo de dignidade.

2.2.2.2 Princípio do mínimo existencial

Destaque-se, ainda, o princípio do mínimo existencial, como parte principiológica ligada ao direito à saúde.

Como bem observou o texto de Barroso acima destacado, o núcleo material elementar do princípio da dignidade humana é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade (BARROSO, 2003).

O mínimo existencial é o núcleo axiológico do princípio da dignidade humana, é o núcleo básico dos direitos fundamentais e consiste no “direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (=imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas” (TORRES, 2009).

Assim sendo, os direitos destinados a existência de uma sociedade nada mais são que a garantia do mínimo existencial da mesma, estando a saúde e os

direitos sociais como um todo, protegidos para que se substancie uma existência digna ao povo, que tem o direito de reivindicar o respeito aos mesmos.

Nesses termos, a vinculação da saúde ao princípio/garantia do mínimo existencial é premissa evidente, pois a saúde não pode ser postergada sob qualquer fundamento e deve ser prioridade primeira do Poder Público, que, por meio de serviços públicos essenciais, deve garantir acesso à saúde com efetividade, meio necessário para se superar as desigualdades sociais, construindo, assim, uma sociedade livre, justa e solidária. Vida digna só existe se alinhada com a saúde.

2.2.2.3 Princípio da vedação do retrocesso social (art. 1º, caput e III da CF)

O princípio da vedação do retrocesso social tem como escopo a impossibilidade ou legitimidade de reduzir ou erradicar direitos sociais já assegurados aos seus cidadãos, ou seja, uma vez concretizado o direito, ele não poderia ser diminuído ou esvaziado.

É necessário que se observe que a Constituição Federal de 88 não prevê tal princípio taxativamente, porém é possível perceber a sua previsão quando da leitura do art. 5º, §2º, da Carta Magna, uma vez que expressa que os direitos e garantias entabulados na Constituição, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Na lapidar formulação de Canotinho (2003, p.468), o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contrarrevolução social' ou da 'evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito a saúde, direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito a educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

Esteve em pauta, assim, a aplicabilidade e o respeito que deve ter o legislador ao princípio da proibição do retrocesso social, que significa que toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não) (SARLET, 2009, p. 121).

Nesses termos, tal princípio se caracteriza como eficácia negativa, sustentando que não se pode estabelecer normas que tendem a abolir ou mesmo suprimir direitos sociais já consolidados.

2.2.2.4 Princípio da igualdade, equidade e solidariedade

Os direitos prestacionais, entre eles, o direito a saúde, objetivam a realização da igualdade material, no sentido de fazer com que toda população tenha participação na distribuição dos bens materiais e imateriais.

Outrossim, não se pode negar que os direitos fundamentais de defesa são dotados tantos de juridicidade como também de economicidade, haja vista que sua implementação implica em certo custo para a máquina estatal.

Este entendimento pressupõe que os direitos sociais implicam não somente o direito à igualdade consubstanciada no tratamento uniforme entre os cidadãos, mas também implica na solidariedade humana e no direito das preferências, qual seja, direito discriminatório com fins compensatórios, sempre com equidade como norte, em que se prioriza investimentos públicos voltados ao atendimento das necessidades vitais das camadas sociais menos favorecidas, como afirma Sarlet, *in litteris*:

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto – em regra – prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação e bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante, ainda que se saiba, como já frisado alhures, que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica (SARLET, 2006, p. 298).

2.2.2.5 Princípio da segurança sanitária

O princípio da segurança sanitária caracteriza-se como instrumento fundamental para a proteção da dignidade da pessoa humana.

Muito embora tal princípio não esteja expresso na CF com essa terminologia, há diversos dispositivos constitucionais que o consagram, como o dever do Estado de desenvolver políticas preventivas de saúde, que visem à redução do risco de

doenças e outros agravos à saúde (arts. 196, 197, 198, II e 200, da CF/88) (BRASIL, 1988).

Destaque para o art. 200, que estabelece as competências do SUS e que listou diversas atribuições relacionadas diretamente com a segurança sanitária, no que diz respeito à vigilância epidemiológica e do meio ambiente do trabalho.

Não seria diferente no que diz respeito ao ambiente carcerário, esse princípio é de suma importância para se buscar dar ao detento uma vida mais digna, com respeito ao mínimo existencial.

Nesse sentido, as Regras de Mandela pontuam que as instalações sanitárias devem ser adequadas, limpas e descentes, estando o médico ou o profissional de saúde pública competente com o dever de proceder a inspeções regulares e aconselhar o diretor sobre as instalações sanitárias, aquecimento, iluminação e ventilação do estabelecimento.

Porém, mesmo diante de normas constitucionais principiológicas uma das grandes dificuldades em torno do direito à saúde diz respeito à sua abrangência normativa, a identificar quais os efeitos que podem ser extraídos das normas constitucionais que tratam sobre o tema, ou seja, os limites desse direito, questionando-se se, de fato, o Poder Público seria devedor de um atendimento global, no sentido de ter que englobar toda e qualquer área da saúde (atendimento médico e psicológico, por exemplo) e, independente deste, qual seria o nível de prestação desses serviços (se de equipamentos de padrões mínimos, medianos ou equipamentos e hospitais de última geração).

A tarefa de se aplicar no caso concreto tais princípios é complexa, porém, o fatídico argumento do poder público de ausência de recursos e de incompetência do poder judiciário em decidirem sobre a alocação e destinação dos recursos públicos, não parece ser bem quista como solução que possa prevalecer quando se está diante da preservação do bem maior, que é a vida humana.

2.3 A RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL NA ÁREA DA SAÚDE

Todavia a responsabilização civil do Estado na área da saúde não é tema menos complexo do que a própria formação histórica desse direito.

Quando se inicia o estudo da responsabilização estatal, é muito comum escutarmos a frase “*the king can do no wrong*” quando do estudo da teoria da irresponsabilidade, pois ela foi adotada no período absolutista, quando qualquer tentativa de imputar responsabilidade significaria rebaixá-lo ao nível dos súditos, o que fugia à própria ideia de soberania (DI PIETRO, 2018).

Como já alinhado anteriormente, para a formação de Estado Democrático de Direito é necessário a responsabilização civil como forma de controle da atuação dos órgãos e agente públicos, razão pela qual, a teoria da irresponsabilidade começou a ser combatida em razão das graves injustiças causadas em razão da ação ou omissão do Estado.

Repise-se que foi apenas no século XIX que a teoria da irresponsabilidade foi superada pela ideia de responsabilidade, em um primeiro momento, fundada na teoria civilista de culpa, que tinha como fundamento a divisão dos atos administrativos em atos de império e de gestão, sendo que os primeiros seriam praticados pela Administração no exercício de suas prerrogativas, e os segundos, pela Administração em situação de igualdade com os particulares.

Essa teoria civilista da culpa (DI PIETRO, 2018, p. 717) vislumbrava a possibilidade de se responsabilizar o Estado apenas nos atos de gestão, afastando-se nas hipóteses de atos de império e isso findava por gerar muitas dificuldades em enquadrar a responsabilidade do Estado.

Tal teoria exigia que a responsabilidade só ocorreria mediante a comprovação da culpa (responsabilidade subjetiva), o que foi parâmetro para a formulação legislativa do art. 15, do Código Civil de 1916, que dispunha sobre a responsabilidade subjetiva do Estado.

As teorias publicísticas de responsabilidade, segundo os estudos de Di Pietro (2018, p. 718), desenvolveram-se apenas no século XIX, tendo como *leading case* ação movida pelo pai da menina Agnès Blanco, atropelada ao atravessar uma rua na cidade de Bordeaux, na França, por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Tabaco, de exploração, em 1873, sob o fundamento de que o Estado é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência da ação danosa de seus agentes. O Conselho de Estado Francês, decidiu pela responsabilização do Estado e reparação dos danos causados à menina atropelada.

Desde então, algumas teorias surgiram para buscar fundamentar a responsabilidade civil, destacando-se, inicialmente, a teoria da culpa anônima, também conhecida como especial, administrativa ou do serviço.

Segundo CARVALHO FILHO (2020, p. 1.029), por essa teoria, não seria necessária a individualização da conduta, já que a culpa é atribuída ao serviço público como um todo e não ao agente em si. Nesse caso, a culpa decorre da não prestação do serviço em razão de sua inexistência, de sua má prestação ou prestação com atraso.

Por esse motivo, para que o lesado pudesse exercer seu direito à reparação dos prejuízos, era necessário que comprovasse que o fato danoso se originava do mau funcionamento do serviço e que, em consequência, teria o Estado atuado culposamente. Cabia-lhe, ainda, o ônus de provar o elemento culpa. (CARVALHO FILHO. 2020, p. 1.029)

Logo, nos termos dessa teoria, não seria necessário identificar o agente, todavia, a culpa ainda deveria ser comprovada, tratando-se de responsabilidade subjetiva.

Após as doutrinas civilistas e a teoria da culpa do serviço, os Estados Democráticos, com lastro em fundamentos de ordem política, jurídica e social, passaram a adotar a teoria do risco ou da responsabilidade objetiva, que serve de fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado.

Tal teoria tem como característica a dispensa da verificação da culpa em relação ao fato danoso, restando à parte interessada que comprove a relação causal entre o fato ocorrido e dano sofrido e, segundo MEIRELLES (2016, p.623), subdivide-se em outras duas: a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, a seguir pontuadas.

Pela teoria do risco integral, o Estado responde independentemente de culpa, em verdade sequer depende de nexo causal entre o ato administrativo e o resultado, ocorrendo, inclusive, quando a culpa é da própria vítima, ou seja, não há que se falar em excludentes de responsabilidade.

Assim, mesmo que se verifique, no caso concreto, a culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiros ou força maior, deve o Estado responder pelo dano causado. Em regra, essa não é a teoria adotada pelo Direito Administrativo Brasileiro.

Noutro ponto, pela teoria do risco administrativo a obrigação de indenizar o dano surge do ato lesivo causado à vítima, não havendo necessidade de comprovar

a falta do serviço ou a culpa de seus agentes. Assim, basta que se comprove o dano e o nexo causal.

A culpa, nesse caso, é inferida do fato lesivo em razão de ação ou omissão imputada à Administração (MEIRELLES, 2016). Por causar ônus a certos indivíduos, os componentes da comunidade deverão apoiá-lo de forma compartilhada, em razão da desigualdade surgida. Fica claro, portanto, que a teoria tem por pressupostos o risco e a solidariedade social.

Joaquim Barbosa (BRASIL, 2007), em voto marcante sobre a responsabilidade objetiva, assentou que esta teoria apresenta dois fundamentos jurídicos irretocáveis. Primeiro, que ao atuar e intervir nos mais diversos setores da vida social, a administração submete seus agentes e também o particular a inúmeros riscos.

Ponderou, o ministro, que tais riscos são naturais da atividade administrativa e resultam da multiplicidade das suas intervenções, indispensáveis ao atendimento das diversas necessidades da coletividade.

O risco administrativo decorre de uma atividade lícita e absolutamente regular da administração, daí o caráter objetivo desse tipo de responsabilidade, que faz a abstração de qualquer consideração a respeito de qualquer culpa do agente causador do dano. (BARBOSA. 2007, RE 459.749/PE – p.4) (BRASIL, 2007).

Em segundo fundamento, dialogou com a teoria com a sólida e necessária aplicação do princípio da igualdade de todos os cidadãos perante os encargos públicos, aproximando essa teoria do risco administrativo à sociedade, uma vez que os danos sofridos pelos cidadãos, em função das respectivas atividades, devem ser compartilhados por toda a coletividade.

Em que pese a teoria do risco administrativo dispensar a verificação da culpa do Estado na formação do ato administrativo, não há, entretanto, responsabilidade civil genérica e indiscriminada (DI PIETRO, 2018, p. 822), uma vez que a mesma permite à Administração o direito de comprovar as excludentes de sua responsabilidade, acaso consiga demonstrar no caso concreto a culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiros ou força maior, assim como a ocorrência de culpa concorrente.

Essa é a teoria adotada pelo direito administrativo brasileiro e que, até o momento, vem sendo a mais defendido pela doutrina pátria como a mais justa e correta.

Sobre as excludentes da responsabilidade, especificamente no que diz respeito ao direito à saúde, deve-se tecer, ainda, alguns comentários sobre atos comissivos e omissivos.

Pela leitura do art. 37, §6º, da CFRB/88, resta estabelecido que, *in verbis*:

peçoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (BRASIL, 1988).

Dessume-se, da análise desse artigo, que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, enquanto a responsabilidade de seus agentes é subjetiva, só sendo cabível quando comprovado que agiram com dolo ou culpa, restando ao Estado, o direito de regresso contra o agente público, como delimitado pela parte final do parágrafo 6º, supracitado.

Cabe ressaltar, novamente, que o agente somente será responsabilizado se restar comprovado que este agiu com dolo ou culpa (responsabilidade subjetiva na modalidade culpa comum), sendo ônus da prova do Estado, ou seja, só será assegurado o direito de regresso ao Poder Público se este comprovar a culpa do seu agente

Impõe-se necessário o destaque à decisão emanada pelo STF, no segundo semestre de 2019, que consagrou a tese da dupla garantia, quando entendeu que em razão do disposto no art. 37, § 6º, da CRFB, a ação por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima para a ação o autor do ato, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (STF. RE 1027633/SP) (BRASIL, 2021).

Nesses termos, evidencia-se a dupla garantia porque há a proteção do particular prejudicado pela responsabilidade objetiva do Estado, e também a proteção do servidor, que somente pode ser responsabilizado em regresso pelo Estado, mediante demonstração de culpa ou dolo.

Sobre a origem dos danos causados a particulares, calha ressaltar que podem derivar tanto da ação como da omissão estatal, cabendo tecer alguns comentários sobre tais origens e sua repercussão no âmbito jurídico.

No que diz respeito a ato comissivo perpetrado pelo Estado, entende-se que independe que os danos possam ser gerados por conduta culposa ou não, ou seja, para que haja a configuração da responsabilidade civil, deverá haver prova da ação lícita ou ilícita (fato administrativo), do dano e do nexo causal entre a ação e o resultado, não sendo necessária, a ocorrência de dolo ou culpa.

A título de exemplo, na área da saúde, pode-se visualizar um ato comissivo em uma cirurgia médica mal sucedida e, nesses termos, aplica-se a teoria do risco administrativo, condenando a Administração Pública em danos materiais e morais.

Em outro ponto, há de se fazer ressalvas na aplicabilidade da responsabilidade civil no que diz respeito aos atos omissivos, ou seja, quando não há uma ação do Administrador, pois, nesses casos, há controvérsia no que diz respeito a aplicabilidade do art. 37, §6º, da CF/88 (responsabilidade objetiva), porém, nos casos de omissão, haveria dissonância, diante da aplicabilidade da responsabilidade subjetiva pela culpa.

Primeiramente, há de se destacar que, diferente dos casos de ação, na omissão o Estado somente poderá ser responsabilizado civilmente por ato ilícito, qual seja, ou suas entidades tinham o dever de alguma obrigação expressa ou implícita.

Na lapidar formulação de Carvalho Filho (2020, p. 1.050), quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado.

Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo em cumprir um dever legal, uma vez que somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.

Dos ensinamentos do nobre autor subscrito, conclui-se que a responsabilidade civil, no caso de conduta omissiva, só se constituirá quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa e, assim, por conseguinte, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não teria perfeita aplicabilidade.

Destaque-se, entretanto, que, mesmo nos casos de omissão, o Supremo Tribunal Federal vem entendendo pela necessidade de restar comprovado o nexo entre a omissão do Poder Estatal e os danos sofridos pelo particular, quando essa omissão decorre de um dever legal específico da Administração, que deveria ter agido para evitar o evento danoso.

Apenas a título de exemplo, o Estado foi considerado responsável quando um preso fugiu enquanto era levado a consultório e cometeu crime (RE nº 136.247) e, por outro lado, não houve configuração de responsabilidade quando o crime restou cometido meses após a fuga (RE nº 172.025).

Segue a ementa do primeiro caso (RE nº 136.247), *in verbis*:

Responsabilidade civil do Estado: fuga de preso - atribuída à incúria da guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão - preordenada ao assassinio de desafetos a quem atribuía a sua condenação, na busca dos quais, no estabelecimento industrial de que fora empregado, veio a matar o vigia, marido e pai dos autores: indenização deferida sem ofensa do art. 37, § 6º, da Constituição. (STF - RE: 136247 RJ, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 20/06/2000, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 18-08-2000 PP-00092 EMENT VOL-02000-04 PP-00798) (BRASIL, 2000).

Entendeu o Ministro Relator que ao invés da fuga intercorrente causar a interrupção do nexo causal, “*a incúria da guarda penitenciária foi a causa da fuga, preordenada ao objetivo criminoso imediatamente perseguido e colimado*”, qual seja, uma vingança contra as pessoas que jurara vingança quando da sua prisão.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOA CONDENADA CRIMINALMENTE, FORAGIDA DO SISTEMA PRISIONAL. DANO CAUSADO A TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O ATO DA FUGA E A CONDUTA DANOSA. AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva, exige os seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. . 2. A jurisprudência desta CORTE, inclusive, entende ser objetiva a responsabilidade civil decorrente de omissão, seja das pessoas jurídicas de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. 3. Entretanto, o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias como o caso fortuito e a força maior ou evidências de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima. 4. A fuga de presidiário e o cometimento de crime, sem

qualquer relação lógica com sua evasão, extirpa o elemento normativo, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente. Nesse cenário, em que não há causalidade direta para fins de atribuição de responsabilidade civil extracontratual do Poder Público, não se apresentam os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal - em especial, como já citado, por ausência do nexo causal. 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Tema 362, fixada a seguinte tese de repercussão geral: "Nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexo causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada". (STF - RE: 608.880 MT, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 08/09/2020) (BRASIL, 2021).

Como bem observado na ementa, o caso, inclusive foi objeto de fixação de tese repercussão geral, inscrito sob o tema 362, concluindo que nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexo causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada.

Outro caso bastante recorrente e tormentoso na jurisprudência pátria é o caso da morte de detentos, isso porque a mesma pode ocorrer por várias causas, como, *v. g.*, homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, e tantos foram os casos em que se buscou indenizações judiciais que o STF, com fundamento no art. 5º, XLIX, da CF/88 (é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral) fixou tese em sede de repercussão geral, alinhando parâmetros para a análise dessas situações.

Entendeu o STF (RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/3/2016) (BRASIL, 2016b) que a regra sempre será pela aplicabilidade da responsabilidade objetiva pela morte do detento quando houver inobservância do dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CF/88, excepcionando essa responsabilidade se o Estado conseguir provar que a morte do detento se deu de forma inevitável, uma vez que rompido o nexo causal entre o resultado morte e a omissão estatal.

Em recente decisão tomada pelo TJSP, o e. Tribunal Estadual entendeu nos seguintes termos, *in litteris*:

APELAÇÃO – Responsabilidade Civil – Danos morais e materiais em decorrência da morte do filho dos autores, que se encontrava preso no

Centro de Detenção Provisória II de Guarulhos, em função de evolução de quadro de gastrite para úlcera gástrica aguda com perfuração – Não demonstração dos fatos constitutivos do direito invocado, já que há comprovação de que o paciente vinha recebendo tratamento médico de maneira constante – Ausência de produção de provas destinadas a indicar a inadequação dos cuidados prestados – Recurso não provido. (TJ-SP - AC: 10036025620198260053 SP 1003602-56.2019.8.26.0053, Relator: Aliende Ribeiro, Data de Julgamento: 07/07/2020, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 07/07/2020) (SÃO PAULO, 2020).

Nesses termos, pode-se visualizar que o detento tinha uma doença e restou comprovado que recebeu o tratamento médico adequado, preservando a incolumidade física do preso no que era permitido preservar, restando demonstrado que o evento morte ocorreria mesmo estando o preso em liberdade.

Porém, deve-se destacar especial observação nos casos de suicídio que ocorrem dentro das penitenciárias, pois são os casos que mais interessam ao estudo aqui disposto, uma vez que dizem respeito pontual a saúde mental dos presos.

Observe-se recente decisão perpetrada pelo TJSP sobre o suicídio de um detento, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – Morte de detento em estabelecimento prisional – Suicídio – Cerceamento de defesa afastado – A dilação probatória pode ser dispensada se e quando o Juiz entender que a prova já produzida nos autos é suficiente para a solução da lide, sem que isto caracterize cerceamento de defesa - Provas nos autos suficientes à Ausência de indícios de negligência do Estado que pudesse ter contribuído para a prática do suicídio – Detento medicado e encaminhado ao psiquiatra quando apresentou sintomas delirantes e pensamentos suicida, porém, lamentavelmente, não obstante os cuidados despendidos, resolveu acabar com a própria vida - Culpa exclusiva da vítima que afasta o dever de indenizar - Recurso desprovido. (TJ-SP - AC: 10156978420198260032 SP 1015697-84.2019.8.26.0032, Relator: OSCILD DE LIMA JÚNIOR, Data de Julgamento: 26/10/2020, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 26/10/2020) (SÃO PAULO, 2020a)

Percebe-se que no caso acima exposto, o Estado medicou e encaminhou o detento ao psiquiatra quando o mesmo apresentou sintomas delirantes e pensamento suicida, não omitindo o seu dever de agir, oportunizando a forma adequada de tratamento, nos termos do art. 14, da Lei de Execuções Penais.

Noutro ponto, quando ocorre o suicídio do detento por não oportunizar tratamento médico e psiquiátrico ao doente, a jurisprudência vem entendendo caracterizada falha na prestação do serviço de vigilância, diante da omissão Estatal em proteger o detento que estava sob a guarda, pois têm por dever, nos

termos do art. 5º, XLIX, da CF, tomar medidas que garantam a incolumidade física/mental daquele custodiado, caracterizando o que a jurisprudência vem entendendo por “*cupa in vigilando*” do Estado. Vejamos a decisão abaixo selecionada:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – MORTE DE PRESO EM PENITENCIÁRIA – Detento diagnosticado com transtornos mentais comportamentais e esquizofrenia, durante toda a internação no hospital psiquiátrico Dr. Adolfo Bezerra de Menezes, em 19 de setembro de 2017 meses antes de seu óbito (em 17 de dezembro de 2017) , local de onde se evadiu, apresentou comportamento suicida. Assim, a despeito de seu notório transtorno psicológico e de acabar de ter sido recolhido, o detento foi deixado sem algemas e qualquer supervisão na enfermaria, o que possibilitou que cometesse suicídio, disso decorrendo a falha do Estado no seu dever de vigilância e proteção do preso, e a sua obrigação de indenizar o autor pelos danos causados (art. 37, § 6º, da CF). Dever de vigilância do Estado reconhecido – Dano moral comprovado – Precedentes do C.STJ, do C.STF, e desta C. 9ª Câmara de Direito Público desta Corte – Arbitramento em valor de acordo com os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade – Correção monetária e Juros moratórios que deverão observar os termos do que foi decidido definitivamente no Tema nº 810 do E. STF, e no Tema nº 905 do C. STJ – Reforma da sentença de improcedência – Recurso do autor provido. (TJ-SP - AC: 10451109620188260576 SP 1045110-96.2018.8.26.0576, Relator: REBOUÇAS DE CARVALHO, Data de Julgamento: 08/06/2020, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 08/06/2020) (SÃO PAULO, 2020b)

Percebe-se que a morte do detento nos casos de suicídio necessita de especial estudo para se verificar a responsabilidade civil, nos termos do art. 5º, XLIX, da CF, c/c o art. 14, da Lei de Execuções Penais.

Os casos de responsabilidade estatal, por danos ou agravos a saúde (física/fisiológica e mental) do preso deve ser pontuado dentro desses vértices, uma vez que, acaso o transtorno mental se origine de um não agir estatal, quando este tinha o dever de agir, a responsabilidade deverá ser a objetiva, pois o Estado não cumpriu seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, XLIX, da CF/88.

No entanto, isso não quer dizer que o Estado vai ser responsabilizado por todo e qualquer transtorno mental que um privado de liberdade venha a sofrer, pois, corretamente, o Direito Administrativo adota a teoria do risco administrativo, ou seja, o Estado poderá provar alguma causa excludente de responsabilidade, como por exemplo, o fato de o detento já ter adentrado o sistema penitenciário com histórico de depressão, não pode o Estado ser responsabilizado por um fato médico que já existia na vida do egresso.

Porém, diferente seria o caso do agravamento desse transtorno mental por conta da má prestação do Estado no que diz respeito às condições físicas e estruturais que nossos presídios impõem aos detentos, nesse caso, comprovado o agravamento por conta desse não agir estatal, a responsabilidade civil restará configurada. Feita esta análise geral, passa-se ao estudo das excludentes de responsabilidade civil do Estado.

1.4 AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL NA ÁREA DA SAÚDE

Conforme já afirmado, a responsabilidade do Estado Brasileiro é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88, aplicando-se a teoria do risco administrativo, que admite excludentes de responsabilidade civil.

A primeira excludente seria a situação de caso fortuito e força maior, que dizem respeito a um acontecimento ou desastre natural e, por isso, inevitável, imprevisível, o primeiro decorrente de evento da natureza e o segundo de conduta humana. Pode-se exemplificar a morte do detento por uma queda de um raio na prisão (caso fortuito) ou mesmo sua morte natural por conta de um ataque cardíaco fulminante (força maior).

Segue decisão recente sobre caso de morte súbita em penitenciária, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CIVIL Presídio – Falecimento – Morte súbita – Omissão estatal – Ausência de indícios – Nexo de causalidade – Não configuração – Danos morais – Impossibilidade: -- Independentemente da natureza da responsabilidade estatal, é indispensável a prova do nexo de causalidade, sem o qual não há dever de indenizar. (TJ-SP - AC: 10065949220168260053 SP 1006594-92.2016.8.26.0053, Relator: Teresa Ramos Marques, Data de Julgamento: 31/07/2020, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 31/07/2020) (SÃO PAULO, 2020c).

A segunda excludente seria casos de culpa exclusiva da vítima e, como o próprio nome diz, há culpa exclusiva do indivíduo que sofreu o dano, a exemplo de detento saudável e que nunca apresentou comportamento psiquiátrico, com instinto suicida, se enforca. Abaixo, segue jurisprudência para melhor se visualizar o caso concreto.

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SUICÍDIO DE PRESO (EM PRISÃO PREVENTIVA) EM CADEIA PÚBLICA. Filho dos autores que cometeu suicídio por asfixia mecânica em cela de cadeia pública enquanto cumpria prisão preventiva. Pretensão dos autores à condenação da FESP ao pagamento de indenização a título de danos morais. DESCABIMENTO DA PRETENSÃO. Em se tratando de morte ou suicídio de detento em estabelecimento prisional, a responsabilidade civil do Estado em regra é objetiva, face ao dever de estatal específico de proteção à integridade física e moral dos presos. Incidência, contudo, da teoria do risco administrativo, admitindo-se a isenção da responsabilidade estatal caso demonstrada impossibilidade do Poder Público de evitar o evento danoso. Inteligência do quanto decidido pelo C. STF no julgamento do RE nº 841.526/RS, sob o rito de repercussão geral (Tema 592). É dever do Estado garantir que o detento cumpra a pena em condições humanitárias, garantindo seus direitos fundamentais, contudo, não é possível exigir-se que o Estado seja o garantidor universal, estando onipresente e onisciente, sob pena de adoção da teoria do risco integral. In casu, o conjunto probatório permite a conclusão de que agentes públicos tomaram todas as providências pertinentes para evitar o evento danoso, tendo o evento ocorrido por culpa exclusiva da vítima. Ausência de nexo de causalidade entre a conduta omissiva estatal e o evento danoso. Responsabilidade civil do Estado não configurada na espécie. R. sentença de improcedência mantida. Honorários advocatícios - MAJORAÇÃO, nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, observada a gratuidade recursal concedida em sede recursal. RECURSO DE APELAÇÃO DOS AUTORES DESPROVIDO, com observação. (TJ-SP - AC: 10037874020198260168 SP 1003787-40.2019.8.26.0168, Relator: Flora Maria Nesi Tossi Silva, Data de Julgamento: 18/11/2020, 13ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 19/11/2020) (SÃO PAULO, 2020d).

A terceira excludente diz respeito a culpa exclusiva de terceiro e, nesse caso, o terceiro seria o responsável pelo dano causado a saúde da vítima. Como os exemplos traçados foram todos de detentos, deve-se confessar que encontrar uma excludente de culpa exclusiva de terceiros no caso de prejuízo a saúde do mesmo foi tarefa deveras complexa, porém, encontrou-se um caso em que o TJSP entendeu que a morte de um detento por conta de uma rebelião, configuraria uma excludente de responsabilidade se restasse comprovado que o Estado não se omitiu no seu dever de guarda, *in verbis*:

APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – ÓBITO DE REEDUCANDO - DEVER DE GUARDA – DANOS MATERIAIS E MORAIS – Pretensão inicial voltada à reparação dos danos materiais e morais alegadamente sofridos pelos autores, em virtude de suposta omissão do Estado em promover a segurança de reeducando que estava sob custódia em cadeia pública estatal – inadmissibilidade - inteligência do art. 37, §6º, da CF/88 cc. art. 43, do CC/2002 – responsabilidade civil do Estado que deve ser examinada sob o enfoque objetivo (omissão específica) – orientação sedimentada pelo Excelso Pretório no julgamento do RE nº 841.526/RS, submetido ao rito da repercussão geral – teoria do risco administrativo – exclusão da responsabilidade estatal que somente ocorre em caso de rompimento do nexo de causalidade entre a ação do agente

público e danos invocados pela vítima - elementos de informação coligidos aos autos que evidenciam a efetiva atuação do Estado no sentido de fornecer ao reeducando as condições mínimas necessárias à boa preservação da saúde – ação exclusiva de terceiros (rebelião) como causa adequada e necessária para o óbito do apenado – inexistência de dever absoluto do Estado (teoria da responsabilidade integral) de zelar por toda e qualquer intercorrência ocorrida dentro estabelecimentos por ele geridos - ausência de prova do estrito nexo de causalidade estabelecido entre a alegada omissão estatal e o óbito do detento – sentença de procedência reformada para julgar a ação improcedente – inversão dos ônus sucumbenciais. Recurso da FESP provido. (TJ-SP - AC: 10115187720188260506 SP 1011518-77.2018.8.26.0506, Relator: Paulo Barcellos Gatti, Data de Julgamento: 09/10/2020, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 09/10/2020)

Assim sendo, segundo o entendimento perpetrado pelo STJ, a responsabilidade do Estado em caso de morte de detento somente ocorre quando houver inobservância do dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, ao passo que estará escusado de qualquer responsabilidade se restar caracterizado causa impeditiva à proteção do detento, que romperia com o nexo causal entre a omissão administrativa e o resultado danoso.

1.5 A SETORIZAÇÃO DO DIREITO A SAÚDE MENTAL NO BRASIL: CASO XIMENES LOPES VERSUS BRASIL

Sobre o tema, interessante a análise da decisão oriunda da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Ximenes Lopes versus Brasil, que tratou de uma denúncia buscando a responsabilidade do Estado em detrimento da morte do senhor Ximenes Lopes, que foi internado em 1º de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, um centro de atendimento psiquiátrico privado, que operava no âmbito do sistema público de saúde do Brasil (Sistema Único de Saúde/SUS), no Município de Sobral, Estado do Ceará. O senhor Damião Ximenes Lopes faleceu em 4 de outubro de 1999 na Casa de Repouso Guararapes, após três dias de internação.

Chama a atenção o fato do Estado do Ceará, quando da apresentação de sua defesa, reconhecer sua responsabilidade pela violação dos arts. 4 e 5, da convenção, sendo, inclusive, alvo de elogios por parte da Comissão que entendeu nos seguintes termos, *in verbis*:

(...) atitude positiva, ética, responsável e construtiva do [... Estado] manifestada na declaração em que reconhece a responsabilidade pela violação dos artigos 4 e 5 [da Convenção] (...) *uma atitude desta natureza contribui para solucionar o caso presente, mas também contribui para estabelecer um precedente muito importante no Brasil e na região de como os Estados devem atuar responsavelmente quando os fatos são inquestionáveis e quando também é inquestionável a responsabilidade do Estado em matéria de direitos humanos no âmbito do sistema interamericano* (CORTE..., 2006).

Observe que estamos diante de uma hospitalização psiquiátrica em uma rede privada que prestou atendimento pelo SUS, e, em que pese o caráter privado da instituição, cabia ao Estado fiscalizar a casa de repouso no período de internação do senhor Ximenes Lopes, pois, nos termos do art. 197, da CF [Constituição (1988)], no que diz respeito a ações e serviços de saúde, cabe “*ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado*”.

Nesses termos, observa-se que não há mais espaço para a liberalidade selvagem no setor da saúde. Não há mais como se capitalizar o direito à vida e mesmo quando se admite uma setorização mista na saúde (uma rede de saúde pública e uma rede de saúde privada), não pode o Estado omitir-se em garantir o mínimo existencial para o tratamento da população, mesmo que seja no que diz respeito à fiscalização das instituições privadas de saúde.

Nesses termos, há de se perceber como o direito à saúde, após ser alçado ao status de direito fundamental vem se tornando um instrumento para diminuir as desigualdades e consubstanciar um mínimo existencial para uma vida digna.

3 O SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL E AS GARANTIAS ASSEGURADAS PELA ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Segundo as informações fornecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (CONSELHO..., 2019), que possuem como fundamento o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de 2020, o Brasil possui cerca de 734.000 mil pessoas privadas de liberdade, consubstanciando a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas de Estados Unidos (2,14 milhões), e China (1,65 milhões).

Pontue-se, entretanto, que segundo levantamento feito por Érick Felício (2019, p. 60), em que pese EUA e China liderarem tais estatísticas, a população carcerária desses países vem diminuindo, ao passo que o número de aprisionados no Brasil, nos últimos 15 anos, cresceu acima dos 50% (cinquenta por cento).

Tais números assustam mais ainda se se pontuar que em 1990, ano que se iniciou os levantamentos relacionados à população carcerária no Brasil, o número de pessoas privadas de liberdade estava na ordem de 90.000 mil (FELÍCIO, 2019), isto é, cerca de 8 (oito) vezes menor do que a apurada no último levantamento do INFOPEN.

No mesmo estudo, o citado autor registrou, no que diz respeito à taxa de aprisionamento no Brasil, que o número de vagas em 2016 era de 368.049, e levando-se em conta que a população carcerária brasileira estava em 734.000 mil pessoas, há de se concluir que há um déficit de 361.951 mil lugares em estabelecimentos prisionais brasileiros.

Nesses termos, ainda segundo o citado estudo feito por Érick Felício (2019, p. 62) o Brasil possui o dobro de presos que nosso sistema carcerário pode suportar, e isso em uma média ponderada, porque é cediço, nos números informados pelo INFOPEN (FELÍCIO, 2019) que há unidades federativas no Brasil com o índice de ocupação carcerária, bem acima do dobro, como, por exemplo, o Amazonas (484%), Ceará (309 %) e Pernambuco (301%).

Destaque-se que o Brasil vem sendo alvo de severas críticas emanadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no que diz respeito às superlotações dos presídios brasileiros, a exemplo das denúncias submetidas à Corte Interamericana de Direitos Humanos, solicitando medidas provisórias, em conformidade com os

artigos 63.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e 27 do Regulamento da Corte.

Sobre tais denúncias, podem-se citar, como exemplo, as oriundas do “Complexo Penitenciário de Pedrinhas”, localizado na cidade de São Luís, Estado do Maranhão, de novembro de 2014 e a do “Complexo Penitenciário de Curado – centro penitenciário Professor Aníbal Bruno”, localizado na cidade de Recife, Estado do Pernambuco, de maio de 2014.

Nos relatórios enviados, várias foram as denúncias, porém, para os fins que se destinam este trabalho, cabe destacar os itens 8 e 9, da Denúncia relacionada ao “Complexo Penitenciário de Pedrinhas”, a saber, *in verbis*:

8. situações de falta de atendimento médico, inclusive para presos feridos por disparos de arma de fogo, portadores de tuberculose, HIV/AIDS e lepra. Ainda, haveria escassez de alimentos, falta de acesso a água potável e a material de higiene, além da existência de medicamentos vencidos e armazenados em um local inadequado;
9. a alegada situação de superlotação carcerária, com: i) 600 pessoas privadas de liberdade no Centro de Detenção Provisória, que tem 392 vagas; ii) 300 presos na Central de Custódia dos Presos de Justiça, que tem 160 vagas; e iii) 1.350 presos na Penitenciária de São Luís II, centro penitenciário com capacidade para 108 pessoas; (BRASIL, 2014)

Bem como os itens 10 e 11, da Denúncia relacionada ao “Complexo Penitenciário de Curado”, a saber, *in verbis*:

10. mais de 100 situações de falta de atendimento médico. Além disso, haveria falta de médicos, técnicos de reabilitação e falta de alimentação adequada. Ademais, em vários pavilhões haveria internos com tuberculose e lepra, sem que o Estado houvesse adotado medidas a esse respeito;
11. a alegada situação de superlotação, com 6.456 pessoas privadas de liberdade presentes no dia 14 de setembro de 2013 e 6.444 em 28 de fevereiro de 2014, para um centro penitenciário com capacidade para 1.514 pessoas; (BRASIL, 2014)

É dentro dessa perspectiva fática que o estudo dos direitos e garantias fundamentais dos presos deve ser estudado.

3.1 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DOS PRESOS E SUAS VIOLAÇÕES DECORRENTES DO ESTADO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Quando se fala em direitos e garantias fundamentais, lembra-se logo dos direitos expostos na Constituição, porém, *in casu*, é importante ressaltar que já em 1940, o Código Penal previa que pessoas encarceradas deveriam ter respeitadas as suas condições de cidadãos, conforme se depreende da leitura do art. 38, do CP, *in verbis* “Art. 38, do CP. O preso conserva os direitos não atingidos pela perda de liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

É bem verdade que tais direitos somente começaram a tomar forma com a publicação da Lei de Execução Penal (LEP), em 1984, que preconizou, inclusive, a assistência à saúde do preso, tanto no âmbito preventivo, como no âmbito curativo, dispondo em seu texto mecanismos de inclusão social na análise dos direitos e deveres dos sentenciados, tendo em vista o fim socialmente regenerador do cumprimento da pena.

Pontue-se que a LEP recebeu forte influência do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos que, por sua vez, foi criado a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.

A título de conhecimento, o Brasil só depositou a carta de adesão ao pacto em 1992.

Diante dessa irradiação do Pacto de São José da Costa Rica, há de se reconhecer a LEP como um dos melhores instrumentos legislativos mundiais entre os que buscam a garantia dos direitos individuais do apenado.

A execução penal é um processo jurisdicional, vinculado à atividade administrativa, que tem por finalidade a efetividade da prestação punitiva estatal, o que caracteriza a execução da pena como atividade complexa, desenvolvida simultaneamente nos planos administrativo e jurisdicional (NUCCI, 2020, p.17) e que tem como seu objetivo a integração social do condenado e do internado, conforme o exposto no art. 1º, da LEP, *in verbis* “Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Nesse contexto, é inconteste a preocupação legislativa em reintroduzir o preso a sociedade, buscando garantir os direitos mínimos e necessários para essa recondução.

Tal norma, preconiza, ainda, em seu art. 10, ser dever do Estado a prestação assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientar o reforço à convivência em sociedade, sendo incluso nessa assistência, o direito à saúde (art. 11), que compreenderá o atendimento médico, farmacêutico e odontológico (art. 14), bem como impõe a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e presos provisórios (art. 40), senão vejamos, *in verbis*:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I – (...);

II - à saúde;

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios (BRASIL, 1984).

Observa-se a avançada redação do art. 40, voltado à defesa da dignidade da pessoa humana, com clara irradiação dos preceitos preconizados no Pacto de San José da Costa Rica, precisamente no seu art. 11, item 1.

Ainda nessa trilha, destaquem-se os art. 41 e 43 da LEP, que também estipulam direitos dos presos, *in litteris*:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003)

Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

(...)

Art. 43 - É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento. Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução (BRASIL, 1984).

Ademais, há de se pontuar que o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que foi adotada pela Resolução nº 2.200 da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

Tal pacto reconhece a dignidade inerente dos direitos econômicos, sociais e culturais, que, inclusive, constituem fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Já em seu art. 2.1, observa-se a necessidade de uma realização progressiva de tais direitos, no sentido de o Estado se comprometer a adotar medidas, por todos os meios apropriados, incluindo a adoção de medidas legislativas a fim de adotar as medidas imediatas, até o máximo de seus recursos disponíveis, a fim de conseguir para todos o gozo pleno dos direitos contidos no pacto.

Destaca-se, ainda, o art. 12, §2º, 4, do PIDESC, que assim remete, *in verbis*:

Art.12, §2. As medidas que os Estados-partes no presente pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

4. A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade (BRASIL, 1992).

Logo, ao Estado cabe o dever de criar prisões que assegurem assistência médica aos seus internos, inclusive a assistência médica psiquiátrica, muitas vezes deixada de lado por conta da tortura estrutural presente nas casas de detenção e reclusão.

Entretanto, não resta dúvida que a principal manifestação do Estado de Direito são os direitos e garantias fundamentais materialmente encontrados em sua Carta Magna, pois são eles que concretizam tal Estado, seja na condição de Estado

Democrático e Social, seja tornando materiais as condições subjetivas exigíveis em face do Estado.

A importância dos direitos e garantias fundamentais é percebível desde o compromisso ideológico tomado ainda no preâmbulo da nossa Lei Maior, *in verbis*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

Registre-se que nossa Constituição Federal se utiliza da expressão “*Direitos e Garantias Fundamentais*” para abranger diversas espécies de direitos (direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade e os direitos políticos), porém, não resta dúvida que tais direitos buscam garantir a proteção do povo diante do Estado, garantir mínimos que tornem a existência dos administrados digna.

Nesse sentir é pontual lembrar que os direitos e garantias fundamentais tem como base de orientação o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, da CF). Tal princípio, na concepção de SARLET (2018, p.68), constitui-se em "qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos".

Pertinentes são as palavras do professor Almir de Oliveira (2000, p.58), que analisando a dignidade da pessoa humana ao ângulo dos direitos humanos, vaticina:

A dignidade da pessoa humana é um dado transcendente e suporte indispensável de qualquer organização social que afirme a existência de Direitos Humanos fundamentais e se disponha a torná-los efetivos e assegurados pela sociedade e pelo Estado, como um bem impostergável. A pessoa humana é o pressuposto dos direitos humanos. Dir-se-á, com acerto,

que o é de todo o Direito. Ela é o antecedente necessário, do qual os direitos humanos são o consequente. Estes existem em razão dela e têm o seu fundamento na sua natureza. São-lhe inerentes. Nasceram com ela e para ela.

Percebe-se, assim, como o legislador constituinte buscou conceder poder normativo ao princípio da dignidade da pessoa humana, tornando-a, como não podia deixar de ser, nas palavras de Rogério Greco (2011, p.71), norma de hierarquia superior, *in verbis*:

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito à criação legislativa, bem como para aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim, por exemplo, o legislador infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza aflitiva, a exemplo dos açoites, mutilações, castrações, etc.

Em que pese o estudo conjunto dos direitos e garantias fundamentais, por vezes, é necessário à sua distinção e, nesse estudo, pode-se entender que os direitos têm como objeto um bem específico da pessoa (vida, liberdade, honra, propriedade, etc.), ao passo que outras normas protegem esses direitos indiretamente, através da instituição de procedimentos e permitindo o exercício do direito material. Tais normas procedimentais dão origem às garantias fundamentais.

As garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam (MENDES; BRANCO, 2017, p. 155), porém, nem sempre o limite entre um e outro se encontra límpido, mas, nada que interfira na precisão dos estudos, uma vez que a ordem constitucional confere tratamento unívoco a direitos e garantias fundamentais.

Nesse toar, a Constituição Federal de 88 é um marco na relação principiológica do direito brasileiro e considerada uma das cartas constitucionais mais completas do mundo, abrangendo direitos e garantias fundamentais em sua máxima amplitude, bem como permitindo, ainda, que tratados internacionais sobre direitos humanos sejam recepcionados com status de emenda constitucional, desde que aprovados pelo *quórum* desta.

Não obstante a pauta da desobediência constante aos direitos pertinentes à população carcerária nos presídios brasileiros, a CF/88 assegurou inúmeros direitos

e garantias constitucionais aos presos e aos acusados de crimes que devem (ao menos deveriam) ser respeitadas pelo Estado.

Podemos iniciar pelo art. 5º, LXIII, que garante ao preso à informação de seus direitos, inclusive o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado, ainda, a assistência da família e de advogado. O direito de permanecer calado é uma das expressões do princípio da não-autoincriminação, pois ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), ao passo que a garantia que muitos consideram simples, mas que foi inovação na Carta de 88 e demonstra a irradiação da dignidade da pessoa humana sobre os dispositivos processualistas é a importância da participação familiar quando da prisão.

Consta, no art. 5º, LXII, da CF/88, que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, que demonstra, novamente, o grau de zelo do legislador constituinte com de direitos fundamentais básicos, especialmente os ligados a liberdade de locomoção, pois uma vez comunicado ao juiz a prisão, este, com força do inciso LXV, do mesmo artigo constitucional deve verificar a legalidade da prisão, pois, sendo a mesma ilegal deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária (BRASIL, 1988).

Dentre os direitos e garantias fundamentais asseguradas pela CRFB/88, no que diz respeito ao sistema carcerário nacional, há de se destacar o art. 5º, III, que veda a tortura e/ou tratamento desumano ou degradante.

Esse dispositivo consagra o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que impõe o dever de respeito. No tocante às autoridades públicas, seria um direito de caráter negativo no sentido de que exige uma abstenção dos Poderes Públicos de praticar condutas violadoras da dignidade do ser humano.

Porém, para se exigir uma abstenção da tortura, tratamento desumano, degradante ou cruel é necessário saber o que vem a ser tais práticas e, sobre o tema, calha observar que a Constituição Federal não definiu o que entende por tortura, tratamento desumano, degradante ou cruel, deixando esta decisão para os poderes constituídos, ou seja, delegou a definição do que viola a dignidade da pessoa humana aos poderes executivo, legislativo e judiciário.

Então como definir tais conceitos que, naturalmente, são abertos e propícios a interpretações pontualmente concretas. O STF vem aplicando, no plano jurídico-constitucional brasileiro o que restou consagrado na jurisprudência alemã como

“fórmula-objeto” de Günter Düring, correspondente ao imperativo categórico *kantiano* de que o ser humano, racional que é, existe como fim em si mesmo, jamais simples meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.

O homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ter considerado simultaneamente como fim (KANT, 2007. p. 67-68)

Assim, pode-se concluir que Immanuel Kant desenvolve o conceito de dignidade abordando a problemática de uma ação moral, observando que a racionalidade, que distingue o homem dos outros seres, é a virtude a ser considerada como fundamento do fim em si mesmo, e a consequência desse fundamento é a de que o homem, posto que dotado de dignidade, não pode servir como meio em busca de algum objetivo.

Dentre as decisões do STF que consagram a vedação à tortura, pode-se citar o julgado do HC 70.389/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello, importante decisão que tratou sobre a prática de tortura contra criança e adolescente por parte de policiais, tornando-se importante fonte estudo sobre o tema, podendo-se citar, entre suas exposições que o “delito de tortura - por comportar formas múltiplas de execução - caracteriza-se pela infligência de tormentos e suplícios que exasperam, na dimensão física, moral ou psíquica em que se projetam os seus efeitos, o sofrimento da vítima por atos de desnecessária, abusiva e inaceitável crueldade”.

Ainda segundo o Ministro, a tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.

Não bastasse esse dispositivo constitucional vedando a tortura, há de se ressaltar que a Constituição Federal de 88 ainda dispõe no seu inciso XLIX, que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, tornando evidente que a garantia da vedação à tortura deve ser observada, também, no que diz respeito à população carcerária.

É de fácil concordância que a penalidade das pessoas que cometeram crimes é, na sua forma mais severa, a privação da liberdade. Ter o seu direito de ir e vir

tolhido, através da reclusão nas casas penitenciárias, por isso a importância do direito à integridade física e moral ter sido alçado ao *status* de direito fundamental, devendo o respeito à integridade física e psíquica ser a regra a ser seguida pelas autoridades públicas.

Entretanto, o que vem se verificando é que dentro do sistema carcerário brasileiro ocorrem falhas estruturais e processuais, que podem acometer o adoecimento físico e mental do recluso.

Tais omissões e ações estatais vem sendo fortemente contestada por instituições que defendem os direitos humanos, como a Pastoral Carcerária Nacional, que entre os anos de 2014 e 2018 denunciou 175 casos de tortura e outras violações de direitos no sistema prisional, sendo que 68 dessas denúncias são oriundas do estado de São Paulo, que, também, possui a maior população carcerária brasileira.

O relatório Tortura em Tempos de Encarceramento em Massa (PASTORAL..., 2018), produzido pela Pastoral Carcerária, relata as múltiplas formas como a violência se faz presente no funcionamento do sistema carcerário brasileiro, aduzindo não apenas as agressões físicas, tipicamente associadas à tortura, mas alerta a violência física e mental finda por penetrar na própria estrutura constitutiva da engrenagem prisional.

O que deixa transparecer é que não basta a simples privação da liberdade para saciar a sede de justiça da sociedade brasileira, para a maioria das pessoas é necessário que o detento sofra mazelas físicas e psicológicas como uma “suposta forma” de fazer com que este pague pelo seu erro, e tal filosofia está incrustada na mentalidade social, que finda por refletir nas práticas carcerárias, o que explicaria porque a tortura está estruturada no sistema prisional brasileiro.

E é visível essa estruturação da tortura nos presídios brasileiros, bastando que se verifique, por exemplo, as superlotações carcerárias, que tornam o ambiente prisional insalubre até mesmo para os agentes do estado que trabalham na linha de detenção, ou mesmo a construção de prisões em locais cada vez mais distantes e isolados, que dificultam aos parentes do preso o direito de visita do detento, comprometendo ainda mais saúde física e mental de quem vive em cárcere. Isso sem falar na precariedade dos serviços básicos de saúde, na alimentação, muitas vezes deficiente, na hipermedicalização psiquiátrica, nos procedimentos disciplinares humilhantes, na ociosidade do ambiente carcerário.

E tudo isso é visto como uma forma de modelo prisional comum, uma espécie de banalização das condições abjetas aos quais os presos são submetidos e que não são vistas como formas de tortura, apesar de o ser.

Para o Padre Valdir Silveira (2017), coordenador nacional da Pastoral Carcerária, isso mostra que a tortura não é exceção, e sim a regra do sistema carcerário, *in verbis*:

O sistema carcerário do Brasil é caracterizado por produzir massacres, torturas e mortes. É um sistema criado para deixar a pessoa doente. Quando uma pessoa se adapta ao sistema carcerário, quer dizer que ela é imprópria para viver na sociedade, porque ela se adaptou a um ambiente que tirou toda sua individualidade, criatividade e habilidade de agir como um ser humano racional.

As palavras do sacerdote são como açoites para um direito que busca e defende a ressocialização do preso, uma vez que o sistema carcerário não encontra condições de prestar qualquer ajuda nesse sentido aos privados de liberdade, aliás, como visto acima, a estrutura moldada há décadas é no sentido de abandono, de um não querer Estatal em buscar essa ressocialização, uma vez que com o aval silente da sociedade, puni estruturalmente o preso.

Nesses termos, não se pode negar a compreensão de que a violência física e moral está enraizada no cotidiano social, refletindo, com severidade, e cada vez mais evidente, nas práticas cotidianas do sistema prisional.

Ora, a estruturação desse litígio, dessa maneira de tratar o encarcerado é tão visível que foi objeto de severa discussão no pleno da suprema corte brasileira, quando do julgamento da ADPF 347, que tratou e reconheceu o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

O estado de coisas inconstitucional é terminologia originária da Corte Constitucional da Colômbia, no ano de 1997, com a chamada “Sentencia de Unificación (SU)” e sua expressão foi a terminologia utilizada pelo Relator da Medida Cautelar, Ministro Marco Aurélio, na supracitada ADPF, quando da análise do presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária.

Tais conjecturas fizeram o Ministro caracterizar o sistema penitenciário nacional como “estado de coisas inconstitucional”.

Na oportunidade o plenário do STF debateu a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membro e do Distrito Federal.

Apesar de, até o presente momento, ainda não ter se manifestado sobre o mérito do pedido, o STF, em caráter cautelar, anotou que “no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica”, e mais, que “as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas” (BRASIL, 2021).

Não bastasse isso, elencou inúmeros dispositivos constitucionais (arts. 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais que reconhecem direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos), bem como normas infraconstitucionais como a LEP e a LC 79/1994, que estariam sendo diuturnamente transgredidas.

Em sua decisão cautelar, o STF apontou sérios problemas nas entranhas das estruturas carcerárias, destacando como as reiteradas violações dos direitos fundamentais findavam por construir cárceres que, “além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em ‘monstros do crime’”.

Não restam dúvidas que essa transformação de pequenos delinquentes em “monstros do crime” tem íntima relação com os danos psicológicos que o cárcere nacional pode ocasionar aos reclusos, oriundas de ações e omissões dos três poderes da república – Legislativo, Executivo e Judiciário – que violam sistematicamente os direitos fundamentais dos presos, retirando-lhes a dignidade e o mínimo existencial.

A violação sistêmica aos direitos fundamentais dos encarcerados é, em sua essência, uma espécie de tortura velada, estrutural e autorizada pela omissão dos poderes constitucionais em soma com a própria aceitabilidade da sociedade.

3.1.1 As “Regras de Mandela”

Segundo o CNJ (2016, p.16), no período de 1990 à 2014, o aumento da população prisional no Brasil foi de 574%, o que demonstra uma vertiginosa curva ascendente do encarceramento no Brasil.

Sobre essa perspectiva, durante 55 anos, os estados usaram “regras mínimas para o tratamento de presos” editadas pela ONU em 1955, como forma de guia para estruturar sua justiça e sistemas penais.

Entretanto, o que se visualizou foi que tais regras mínimas, não refletiam na realidade física e estrutural dos presídios brasileiros, e não resta dúvida de que as superlotações é, sob todos os aspectos, um agravante de uma realidade carcerária precária.

Lembrar-se dos casos “Pedrinhas” (2014) e “Curado” (2014), que são exemplos reais sobre a barbárie que as superlotações dos presídios podem gerar.

Dormir em cubículos superlotados em uma proporção de 3 à 4 vezes o que suportariam, fazendo com que presos durmam sem o mínimo de conforto e, em certos casos façam rodízios, durmam sentados, ou em locais impróprios, sem ventilação, e, até mesmo, em banheiros ou locais utilizados para o depósito de dejetos corporais.

Ocorre que essas “regras mínimas” passaram por revisão no ano de 2015, incorporando novas doutrinas de direitos humanos, com o fim de reestruturar o falido modelo de sistema penal, buscando entender a percepção do papel do encarceramento para a sociedade.

O novo modelo tem como norte instrumentos internacionais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanos ou Degradantes; as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude (Regras de Pequim); Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad); e Regras das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade; e as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para as Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok).

Sobre o tema, o Ministro Robert Lewandowski (BRASIL, 2016a, p.12) foi pontual ao afirmar, *in verbis*:

A atualização das Regras Mínimas fornece-nos orientações atualizadas e muito mais precisas, com instruções exatas para enfrentar a negligência estatal, prestigiando a dignidade daqueles em situação de privação de liberdade para devolver-lhes a essência de seres humanos que são e, bem por isso, obrigam sejam respeitados, proteção contra qualquer espécie de tratamento ou castigo degradante ou desumano, acomodações razoáveis para pessoas com deficiências físicas e mentais, entre outras orientações.

Em sua primeira observação preliminar, as prescrições de Mandela deixam claro que buscam estabelecer princípios e práticas no tratamento de presos e na gestão prisional, servindo para estimular esforços constantes com vista a ultrapassar dificuldades práticas na sua aplicação.

Entre os princípios básicos pode-se citar o respeito inerente à dignidade do ser humano e, assim, que nenhum privado de liberdade deverá ser submetido a tortura ou outras penas ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo estes justificáveis em qualquer circunstância.

Interessante que as determinações de Mandela não esquecem que os objetivos de uma pena de prisão ou de qualquer outra medida restritiva da liberdade são, prioritariamente, proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência.

Entretanto deve-se ponderar que o encarceramento, por si só, já é uma sanção deveras tormentosa, uma vez que exclui a pessoa do convívio com o mundo externo, retirando-se das pessoas a sua liberdade, o seu direito de autodeterminação.

Nesse sentido, as Regras de Mandela são pontuais quando instruem que a proteção da sociedade e a redução da reincidência só serão alcançadas quando o período de detenção for utilizado para assegurar, sempre que possível, a reintegração destas pessoas na sociedade após a sua libertação, para que possam levar uma vida autossuficiente e de respeito para com as leis.

E tal inserção do preso na sociedade só será possível se se proporcionar aos presos educação, formação profissional, bem como se instale programas que busquem o respeito moral, espiritual, social e de saúde física e mental do aprisionado.

Sobre a saúde, especificamente, as Regras de Mandela estabelecem um capítulo inteiro para sua abordagem, que seguem das normas 24 a 35, devendo-se destacar, no que diz respeito a saúde mental, as declarações das diretrizes 24, 25 e 32, *in verbis*:

Regra 24

1. A prestação de serviços médicos aos reclusos é da responsabilidade do Estado. Os reclusos devem poder usufruir dos mesmos padrões de serviços de saúde disponíveis à comunidade e ter acesso gratuito aos serviços de saúde necessários, sem discriminação em razão da sua situação jurídica.

Regra 25

1. Todos os estabelecimentos prisionais devem ter um serviço de saúde incumbido de avaliar, promover, proteger e melhorar a saúde física e mental dos reclusos, prestando particular atenção aos reclusos com necessidades especiais ou problemas de saúde que dificultam sua reabilitação.

Regra 32

1. A relação entre o médico ou outros profissionais de saúde e o recluso deve ser regida pelos mesmos padrões éticos e profissionais aplicados aos pacientes da comunidade, em particular:

- (a) O dever de proteger a saúde física e mental do recluso e a prevenção e tratamento de doenças, baseados apenas em fundamentos clínicos;
- (b) A adesão à autonomia do recluso no que concerne à sua própria saúde e ao consentimento informado na relação médico-paciente;
- (c) A confidencialidade da informação médica, a menos que manter tal confidencialidade resulte numa ameaça real e iminente para o paciente ou para os outros;
- (d) A absoluta proibição de participar, ativa ou passivamente, em atos que possam consistir em tortura ou sanções ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, incluindo experiências médicas ou científicas que possam ser prejudiciais à saúde do recluso, tais como a remoção de células, tecidos ou órgãos (BRASIL, 2016a).

Sobre a saúde, verifica-se que tais regras coadunam com os regramentos e a aplicabilidade do SUS aos privados de liberdade, que teve seu universo ampliado em janeiro de 2014, com a Portaria Interministerial nº 1, de 2 de Janeiro, de 2014, que instituiu a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como a Portaria nº482, de 1º de abril de 2014, que institui normas para a operacionalização da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Deve-se relembrar que antes, só existia no Brasil o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), criado em 2003 com a missão de prover a atenção integral à saúde da população prisional confinada em unidades masculinas

e femininas, bem como nas psiquiátricas, mas que, no entanto, não contemplava a totalidade da população prisional, apenas a população penitenciária - ou seja, aqueles já julgados e condenados ao regime fechado.

Nesse sentido, as especificações de Mandela podem e devem ser utilizadas como instrumentos a serviço da jurisdição e tem aptidão para transformarem o paradigma de encarceramento praticado pela justiça brasileira.

Entretanto, como já se pontuou, o problema da saúde dos presos é estrutural e se origina em uma gama de fatores que vão desde a superlotação no espaço físico diminuto, a tortura estrutural e psicológica, fazendo com que tais confinados necessitem de um amparo médico que vá além de hipermedicação psiquiátrica a limitação de tratamento de doenças voltadas à DST.

3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DOS SUJEITOS ENCARCERADOS: UMA ABORDAGEM À LUZ DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde da pessoa privada de sua liberdade representa uma faceta dos direitos fundamentais sociais onde, a efetividade de tais espectros e garantias, reclamam uma postura mais ativa e progressiva por parte do Estado como forma de se assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CRFB/88) que carece de uma realização prática, através de um olhar mais humano para a saúde do preso, pois o ambiente em que os encarcerados estão submetidos, está suscetível a inúmeras enfermidades e condições adversas capazes de ceifar a integridade física e mental e, em casos mais graves, o próprio direito a vida (MENEZES; MENEZES, 2014).

Tal princípio, na concepção de Ingo Sarlet (2018, p. 68), constitui-se em:

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

E nesse ponto, como dito alhures, quando o Estado peca, seja por ação ou omissão, este princípio, dotado de eficácia e aplicabilidade jurídica, torna-se uma

das principais armas de defesa do direito à saúde, seja no âmbito individual, seja no âmbito coletivo.

Porém, o que se percebe é que a aplicação de políticas sociais no contexto carcerário parece se distanciar de uma forma que a classe política aceita como natural, em que pese a garantida constitucional de aplicabilidade desses direitos aos privados de liberdade.

A sensação que se tem, diante de todo o contexto abordado alhures, é que esse véu que se coloca nas populações presidiárias serve como um escudo que ao longo do tempo vem permitindo o distanciamento entre as políticas sociais e a política carcerária, como se fossem incompatíveis.

Segundo Maria Cardoso (2009. p.106-128) isso ocorreria porque o Estado sempre priorizou ações repressivas, em detrimento de ações educativas voltadas ao setor penal, o que pouco integra às vidas de pessoas em conflito com a lei.

Como já se observou anteriormente, esse distanciamento entre as políticas sociais e as prisionais, encontram-se na estrutura do pensamento social sobre a população encarcerada. A verdade, e diga-se, uma verdade palpável com as pessoas que rodeiam nosso dia a dia, é que a sociedade avaliza essa necessidade de merecimento dos direitos sociais, excluindo os condenados criminalmente, como uma espécie de “plus” à punição de privação de liberdade - não bastaria para a sociedade que o preso tão somente perdesse a liberdade, seria necessário retirar seus direitos sociais, para que sofressem pelo mal que fizeram ao seu semelhante. É como se as políticas sociais fossem devidas apenas aos libertos, uma criação social de um caráter meritocrático dos direitos sociais.

Nunca é demais ressaltar que essa visão punitiva da sociedade ignora que desde o Código Penal (1940) já se previa que pessoas encarceradas deveriam ter respeitadas as suas condições de cidadãos, conforme se depreende da leitura do art. 38, do CP, *in verbis*:

“Art. 38, do CP. o preso conserva os direitos não atingidos pela perda de liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”.

Nessa ordem, apesar de terem seus direitos preservados, bem como sua integridade física e moral, foi somente com a publicação da Lei de Execução Penal, em 1984 que as políticas sociais no âmbito prisional começaram a tomar forma,

preconizando, inclusive, a assistência à saúde do preso, tanto no âmbito preventivo como curativo, apesar de essas garantias, por si só, operarem-se apenas no âmbito jurídico e não, necessariamente, dentro do efetivo cenário prisional, pois como já se destacou, muitos desses direitos vêm, até os dias de hoje, sendo omitidos pelo Estado e pela sociedade.

A CFRB/88 trouxe sensível contribuição à defesa dos direitos sociais carcerários, principalmente no que tange ao direito à saúde, que ganhou ares de subjetividade, já que passou a ser delineado como um direito de todos e um dever do Estado.

Mas deve-se pontuar que, um dos maiores marcos ocorridos nas políticas sociais de saúde se deu com o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, de 2003, que articulou um conjunto de ações e programas de todas as Secretarias e Órgãos vinculados aos Ministérios da Saúde e da Justiça que potencializam medidas concretas para o SUS a serem implantadas pelas respectivas Secretarias no âmbito dos Estados e Municípios.

Ampliando a assistência médica dada ao preso, potencializando medidas concretas para o SUS, tem o intuito de promover maior qualidade de vida para o encarcerado, com base no princípio da equidade e em atenção ao mandamento constitucional de que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado.

Entretanto, como já se pontuou, o problema da saúde dos presos é estrutural e se origina em uma gama de fatores que vão desde a superlotação no espaço físico diminuto, a tortura estrutural e psicológica, fazendo com que tais confinados necessitem de um amparo médico que vá além de hipermedicação psiquiátrica a limitação de tratamento de doenças voltadas à DST.

Por mais que já se tenha evidenciado e tratado anteriormente sobre a tortura psicológica nos presídios brasileiros, por mais que esteja evidente a estruturação da omissão estatal para com essas pessoas, por mais que a sociedade aceite essa modalidade velada de punição, é importante que sempre se tenha como norte que ao preso é necessário que se forneça um conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e psicológica, para a manutenção dentro dos presídios, de condições mínimas de existência humana digna.

Nesse sentir, plenamente possível que o preso, diante da omissão estatal de amparo a sua saúde possa vir a pleitear, juridicamente, através de mandado de segurança, o respeito ao seu direito líquido e certo à saúde, inclusive com o dever

de ser tratado por médico psiquiátrico quando diante do quadro de transtorno mental.

3.3 A SITUAÇÃO ESTRUTURAL DO SISTEMA CARCERÁRIO NACIONAL NO ÂMBITO DA SAÚDE MENTAL

Como já debatido anteriormente, a legislação que trata da execução penal expressamente prevê o dever do Estado em prestar assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientar o reforço à convivência em sociedade (art. 10, da LEP).

Nesse sentir, apesar de Eugênio Zaffaroni teorizar a pena como um “ato de poder político”, não há como se perder de vista a tríplice finalidade (polifuncional) da pena:

- preventiva, pois quando o legislador cria o crime, cominando-lhe a sanção penal o faz com a finalidade de prevenir delitos;
- retributiva, uma vez que a pena seria uma forma de retribuição justa pela prática de um delito;
- reeducativa no sentido de orientar, reeducar o detento para o seu retorno à sociedade, além de buscar, com isso, que o detento não reincida (prevenção especial positiva).

Não obstante as garantias constitucionais e infraconstitucionais dos detentos já debatidas alhures, a realidade das prisões brasileiras não coaduna com tais direitos, isso porque tais estabelecimentos tem um conjunto de carências estruturais e processuais, como ócio, superlotação, celas sem condições mínimas de salubridade para a permanência de presos – decorrente de ausência de ventilação, de iluminação e de instalações sanitárias adequadas (ambiente insalubre) - desrespeito à integridade física e moral dos detentos, havendo, inclusive, relatos de que as visitas íntimas seriam realizadas dentro das próprias celas e em grupos, e que existiriam detentas acomodadas improvisadamente (Resp. nº 1.389.952), entre outros, que ofende a integridade física e mental dos reclusos, dificultando à pretendida ressocialização e potencializando o estigma dos ex-presidiários.

Não bastasse isso, estudos realizados em várias penitenciárias do Brasil vêm apontando, já há algum tempo, os reflexos dessa tortura estrutural encontrada dentro dos muros dos presídios brasileiros na saúde mental dos reclusos.

Entre os estudos realizados, pode-se citar, inicialmente, o feito Otaviano Oliveira e Paulo Teitelbaum (1999, p. 503-21), e em que pese possuir mais de 20 (vinte) anos, foi feita de forma exaustiva entre mais de mil infratores em cumprimento de pena nas mais de noventa casas que compunham, na época, o sistema penitenciário gaúcho.

Os resultados desse estudo revelaram que 22,6% (vinte e dois vírgula seis por cento) dos presos apresentavam transtorno de personalidade antissocial; 14,7% (quatorze vírgula sete por cento), outros transtornos de personalidade; 7,7% (sete vírgula sete por cento), alcoolismo; 6,6% (seis vírgula seis por cento), deficiência mental; 2,5% (dois vírgula cinco por cento), toxicodependência; 2,4% (dois vírgula quatro por cento), distúrbios sexuais; 0,7% (zero vírgula sete por cento), transtornos psicóticos (OLIVEIRA; TEITELBAUM, 1999, p. 503-521).

Sérgio Andreoli, Elias Abdalla Filho, Maíra Mendes Santos *et al.* (2012, p. 585-587), no Estado de São Paulo, que indicam a prevalência significativa de transtornos mentais na população prisional.

Esse estudo aponta que 61,7% (sessenta e um vírgula sete por cento) dos presos tiveram ao menos uma ocorrência de transtorno mental ao longo da vida, e cerca de 25% (vinte e cinco por cento) daqueles que estavam em regime fechado preenchiam critérios de diagnósticos para pelo menos um transtorno mental no ano anterior ao estudo. Além disso, cerca de 11,2% (onze vírgula dois por cento) dos detentos homens e 25,5% (vinte e cinco vírgula cinco por cento) das mulheres apresentavam transtornos mentais graves (ABDALLA FILHO; SANTOS, 2012).

Com base nessa pesquisa, tais autores fizeram uma projeção desses números para o Brasil, calculando em cerca de 60 mil os prisioneiros com transtornos mentais graves (ANDREOLI, ABDALLA-FILHO; SANTOS *et al.*, 2012, p.585-597).

No mesmo ano, Maria Coelho (2012, pp. 131-144), em pesquisa de avaliação da saúde mental de reclusos em uma unidade prisional da cidade de Salvador/Bahia, verificou que 32 (trinta e dois) detentos revelaram dados compatíveis com transtornos psicológicos menores (12,4%). Esclareceu que tanto os portadores de transtorno mental quanto no total dos participantes, eram frequentes as queixas de

tristeza, ansiedade e insônia, revelando que o sintoma depressivo era o predominante, seguido de ansiedade e, posteriormente, do sintoma psicossomático.

Outra investigação que merece destaque foi a realizada em Santa Catarina, por Fernando Damas e Walter Oliveira (2013, p. 4), que vincularam os sintomas da depressão ao ambiente extremamente insalubre das casas de recolhimento, bem como à superlotação que finda por obrigar os presos a dormirem juntos em uma mesma cama ou no chão; às celas escuras, com pouca ventilação e odor fétido; à má alimentação, ao sedentarismo, à convivência com pessoas violentas e agressivas, dentre os quais destacou os próprios agentes penitenciários.

Nas palavras destes pesquisadores, a citação abaixo sobre tais penitenciárias, *in verbis*:

O ambiente nas prisões é, em geral, altamente precário e insalubre. Celas superlotadas, má-alimentação, sedentarismo, uso de drogas e falta de higiene predominam, condições propícias à proliferação de epidemias e desenvolvimento de patologias. Há uma prevalência considerável de casos de DST/AIDS, tuberculose, pneumonias, dermatoses, transtornos mentais, hepatites, traumas, diarreias infecciosas, hipertensão arterial e diabetes mellitus entre a população carcerária brasileira (DAMAS; OLIVEIRA, 2013).

Destaquem-se, ainda, as anotações feitas por Maria Minayo e Adalgisa Ribeiro (2016, p. 2037), feito a partir de uma população de 24.231 detentos distribuídos em 33 unidades do Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro, que constatou a direta relação entre condições estruturais da Unidade e o adoecimento físico e mental do recluso, ressaltando que, embora as questões de saúde mental não fossem o objeto de estudo das autoras, assinalaram que tais doenças se entrelaçam com os agravos físicos, quando alertam que 52,2% (cinquenta e dois, vírgula dois por cento) dos homens e 73,1% (setenta e três vírgula um por cento) das mulheres ($p < 0,01$) relataram ter sofrido pelo menos um problema do sistema nervoso, nos últimos 12 meses. Sinais de depressão foram identificados em 71,2% (setenta e um vírgula dois por cento) dos homens e em 82,4% (oitenta e dois vírgula quatro por cento) das mulheres ($p < 0,001$) – e, segundo as autoras, tais percentagens foram aferidas pela escala de depressão de Beck et al.

Sobre a depressão que atinge os encarcerados, aponta-se a pesquisa feita por Fábio Araújo, Tatiana Nakano e Maria Gouveia (2009, p. 381-390) com os presos no Estado da Paraíba. Salientaram que sobre os sintomas depressivos 22,9 (vinte e dois vírgula nove por cento) dos homens e 33,1 (trinta e três vírgula um por cento)

das mulheres presas, utilizando escala de rastreamento, apresentam depressão moderada a grave; em estágio grave estão 10,5% (dez vírgula cinco por cento) dos homens e 17,2% (dezesete vírgula dois por cento) das mulheres.

Interessante o diálogo desses dados carcerários com os dados coletados pelo IBGE sobre a população brasileira. A Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) de 2013 estimou que 7,6% (11,2 milhões) das pessoas de 18 anos ou mais de idade receberam diagnóstico de depressão por profissional de saúde mental (INSTITUTO..., 2013). Mas, não é só a depressão que atinge os brasileiros, transtornos como ansiedade, bipolaridade e esquizofrenia também estão no topo da lista das doenças mais recorrentes.

Segundo dados orquestrados pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2011), através do Plano Nacional de Saúde 2012/2015, há uma projeção de que cerca de 3% (três por cento) da população mundial necessite de cuidados contínuos em Saúde Mental em função de transtornos mentais severos e persistentes: psicoses, neuroses graves, transtornos de humor graves ou deficiência mental com grave dificuldade de adaptação. Estima também que cerca de 9% (nove por cento) da população geral, em todas as faixas etárias, precisam de cuidados em saúde mental na forma de consulta médico-psicológica, aconselhamento, grupos de orientação ou outras formas de abordagem, em função de transtornos mentais considerados leves.

Comparando a projeção de que 3% (três por cento) da população mundial necessita de cuidados contínuos em Saúde Mental em função de transtornos mentais severos e persistentes com a realidade dos presídios do Brasil, por exemplo, com os números do Estado de São Paulo (maior população carcerária do Brasil), que, como dito alhures, registrou cerca de 11,2% (onze inteiros e dois décimos por cento) dos detentos homens e 25,5% (vinte e cinco inteiros e cinco décimos por cento) das mulheres apresentavam transtornos mentais graves, é que se pode ter a noção do completo caos psiquiátrico em que vivem os privados de liberdade.

Não bastasse isso, tais estudos vêm apontando além de uma diminuta quantidade de profissionais dedicados à saúde nesses estabelecimentos, o despreparo dos profissionais responsáveis pela guarda dos detentos, pois é comum que presos que desenvolvem enfermidades mentais não recebam tratamento médico adequado e imediato, ora por conta da hipermedicalização psiquiátrica, ora por falta de reconhecimento da necessidade de tratamento.

Muitas vezes a frieza dos números apontados nas percentagens acima não é suficiente para retratar a realidade dos presídios brasileiros, razão pela qual traz-se alguns depoimentos de presos expostos pela Pastoral Carcerária (2021), em muitas de suas visitas pelas prisões do Brasil, mostrando uma pequena fração do sofrimento dessas pessoas reclusas no sistema carcerário nacional, *in verbis*:

Não tem assistência médica aqui. Me cortei e fiquei dois meses com a ferida aberta, sem dar ponto, sem remédio. O atendimento médico aqui é uma vez por semana, e duas presas são atendidas. Quando eu fui atendida, disseram que não tinha mais o que fazer, tive que esperar a ferida cicatrizar sozinha. O único remédio que nos dão são para dormir e para a ansiedade, todo dia recebemos um copo de plástico com Amytril, Neozine e Rivotril (PASTORAL..., 2018).

“Estou há um ano e seis meses presa, não recebo visitas. Estou nessa cela de castigo porque duas mulheres me bateram, depois os agentes me colocaram aqui. Minhas mãos estão inflamadas. Nem médicos nem enfermeiros cuidaram de mim (PASTORAL..., 2018).

“Estou preso em medida de segurança, e não faço exames psiquiátricos há seis meses. Quando sai um alvará de soltura aqui, não deixam a pessoa sair e ela continua presa” (PASTORAL..., 2018).

A Pastoral Carcerária declarou que os nomes dos presos e de seus parentes, assim como os estados onde eles estão, foram omitidos, para evitar a identificação das pessoas e possíveis represálias.

Não restam dúvidas que a prisão tem seu caráter punitivo pelo erro perpetrado pelo detento, uma vez que o mal não pode ficar impune, porém a sua punição é a privação da liberdade, restando injustificável que uma pessoa que sofra um acidente e necessite de um médico fique 2 meses com a ferida exposta, ainda mais em um ambiente altamente insalubre.

Ademais é possível visualizar a hipermedicação psiquiátrica, oriunda de prescrições exageradas de remédios psiquiátricos, que reduz o tratamento em saúde mental aos psicotrópicos, ao passo que a comunicação entre os presos e os profissionais da saúde mental é deficiente, ou seja, os serviços de saúde mental não atendem, satisfatoriamente, as necessidades dos detentos.

Ora, como conseguir vislumbrar a ressocialização de pessoas que desenvolvem sérios problemas mentais dentro de um ambiente extremamente insalubre e com diminuto acompanhamento médico adequado? Como reportado, uma simples sutura demorou 2 (dois) meses para o atendimento médico, como visualizar o adequado atendimento de um transtorno mental severo. Destaque-se

que um dos depoimentos de um preso que recebeu medida de segurança, justamente por conta de transtorno mental, ficou 4 (quatro) meses sem consulta psiquiátrica, o que é inadmissível.

Esse tipo de comportamento omissivo por parte das instituições penitenciárias deve ser rechaçado pela Administração Pública, pois por mais que o condenado tenha cometido um crime, o mesmo se encontra em uma situação física de entrega da liberdade, a sua posição de encarcerado o mantém em completa vulnerabilidade diante do Estado.

Veja, o preso não tem como buscar ele própria um hospital para tratar do seu corte; o preso não tem como buscar na rede pública de saúde atendimento psiquiátrico; o preso fica dependente do agir do Estado e quando este não age, coloca em risco a saúde de uma pessoa ao qual tem o dever de proteger.

4 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NOS CASOS DE AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA NO ÂMBITO DA SAÚDE MENTAL, DAS PESSOAS ENCARCERADAS NO BRASIL

4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE MENTAL NOS CASOS DE OMISSÃO ESTATAL

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário ficou como responsável pela proteção dos direitos fundamentais constitucionais, entre eles, o direito à saúde. Essa incumbência consiste no controle de constitucionalidade de atos e normativos emanados pelos demais poderes a ponto de ser possível que a Justiça torne nulo ou inválido qualquer ato ou lei que divirja com preceitos constitucionais.

Neste contexto, sempre que a Administração Pública se omite na tomada de ações de concretização dos direitos sociais, o Poder Judiciário pode ser acionado para fazer valer os mandamentos constitucionais. Outra vertente de atuação judicial incide sobre a prestação de serviços públicos ineficientes ou de má qualidade, onde obrigará os entes administrativos a melhorarem o atendimento à população.

Registre-se que também a conduta omissiva da Administração pode ser objeto de controle judicial quando importar descumprimento de encargos político-jurídicos ou de comandos constitucionais ou decorrentes de lei em sentido estrito. Mas tal controle não pode invadir o mérito da atuação administrativa, como a forma de execução da própria política pública prevista pela norma ou a fixação de parâmetros ou valores, valendo notar que os destinatários da norma podem pleitear a indenização correspondente causada pela omissão (MEIRELLES, 2016, p. 846).

A atuação judicial sobre questões políticas encontra respaldo constitucional no intuito de cooperação entre os poderes para uma completa e eficiente ação estatal na prestação de serviços públicos.

A legitimidade da implementação de políticas públicas pelo Judiciário é prontamente constatada pelo leitor que se detenha na análise da Constituição brasileira, ao se considerar, ainda, a necessidade de mútua cooperação, harmonia e limitação entre os poderes do Estado para a construção de uma nação justa e solidária.

A Judicialização tem importante papel para a afirmação e concretização dos direitos sociais constitucionalizados que não receberam efetivação e concretização

por parte da administração pública. Sendo os direitos sociais uma espécie de direitos fundamentais por excelência, eles poder ter aplicação imediata. Qualquer omissão ou tentativa de frustrar a exequibilidade desses direitos é inconstitucional. Wolfgang Sarlet faz uma interessante reflexão a esse respeito:

O Poder Judiciário encontra-se investido do poder dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia. A falta de concretização não poderá, de tal sorte, constituir obstáculo à aplicação imediata pelos juízes e tribunais, na medida em que o Judiciário – por força do disposto no art. 5º § 1º, da CF – não apenas se encontra na obrigação dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização, valendo-se do instrumental fornecido pelo art. 4º a Lei de Introdução ao Código Civil, de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (SARLET, 2006, p. 280).

Há de se destacar ainda que as ações ou omissões estatais que acarretem a impossibilidade de desfrute dos direitos sociais ligados à saúde podem ser enquadrados no art. 85, III, da Constituição Federal como crime de responsabilidade do Chefe do Executivo, o qual tem a obrigação de idealizar maneiras de satisfação e acesso aos direitos básicos da vida humana. A este e aos demais entes da administração não se admite a evocação de lacuna legislativa como impedimento de execução de medidas capazes de efetivar direitos constitucionais, desde que essas ações não conflitem com proibições legais.

É principiológico que o Poder Judiciário não pode esquivar-se de analisar uma pretensão de direito, devendo decidir sobre todas as demandas que lhe forem submetidas e, cumprir com sua atribuição de exercer o controle de constitucionalidade sobre leis e atos emanados dos demais órgãos estatais. Essa ideia de controle advém do escalonamento normativo de supremacia constitucional quanto às demais leis, assim, só podem permanecer no ordenamento jurídico aqueles atos e preceitos que estiverem em consonância com a Carta Magna.

E nesse sentir, a importância dada pela Constituição Federal aos direitos sociais e sua classificação como direito fundamental constitucional, findou por emitir uma função subjetiva a tais direitos, tornando evidente a obrigação dos entes públicos em sua efetivação concreta aos cidadãos. O direito social à saúde deixou de ser um princípio programático, mas ser uma regra de caráter efetivo. O Poder Judiciário fez parte desta expansão e explicação através de diversos casos concretos que teve que responder.

Há de se observar que a judicialização da saúde não é tema simples em qualquer escala de diálogo. O Estado, pessoa jurídica de direito público, tem o dever de promover o bem-estar das pessoas, e o ideal é que o faça da forma mais ampla e concreta possível, porém o que se percebe é uma procura cada vez mais acentuada ao Poder Judiciário, na esperança de resolver omissões relacionadas à promoção desse direito constitucional.

Segundo relatório do Conselho Nacional de Justiça (2019, p.46), entre 2007 e 2017, houve um aumento de demandas judiciais relativas à saúde na ordem de 130% (cento e trinta por cento), ao passo que o número de demanda envolvendo outras áreas judiciais teve um aumento de aproximadamente 50% (cinquenta por cento).

Porém, é notória a preocupação do Estado com a crescente demanda judicial, a Secretaria de Saúde do Distrito Federal, chegou a classificar a judicialização da saúde como uma “epidemia injusta” (CONSELHO..., 2019. p. 100), pois, além de estar ferindo a limitação da reserva do possível, estaria desequilibrando o sistema e prejudicando a parcela mais carente da população, exemplificando a demanda por cirurgias, quem ingressa com a ação e consegue a liminar, na verdade estaria “furando a fila” daqueles que entraram pelo SUS.

De fato, a judicialização é um assunto que exige que o juiz decida sobre um conflito que não é jurídico, envolvendo sim, uma decisão política de fazer ou não fazer, bem como a discutir as possibilidades dentro do itinerário do SUS, desafiando o magistrado a dialogar com o ser político e com as políticas públicas, isso porque muito se diverge sobre os reais efeitos dessas ações judiciais sobre a política geral de saúde pública e privada, por conta de não se ter como se verificar a magnitude dos distúrbios que se possam causar, culpa, diga-se de passagem, da própria Administração Pública que não consegue demonstrar em juízo, com efetividade, a reserva do possível.

Na judicialização do direito à saúde, cabe ao Poder Judiciário identificar os motivos ou razões das políticas públicas existentes não serem suficientes para concretizarem, naquele momento, o direito constitucional à saúde.

Assim, ao analisar as demandas, salta aos olhos o dever de identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação e, só então, passa o magistrado, a fazer uma análise jurídica da situação, para saber se os ditames

constitucionais estão sendo atendidos de forma que o acesso seja universal e igualitário.

O Supremo Tribunal Federal, nesse encalço, traçou alguns critérios para fornecer balizas mais seguras, tendo em vista que a concretização do direito à saúde envolve diversos casos que tornam extremamente difícil à interpretação e aplicação desse direito fundamental. A decisão que merece destaque foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, *in litteris*:

Ementa: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação dos Poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (Miglustat). Fármaco registrado na Anvisa. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – STA 175 CE, Relator: Min. GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 17/03/2010) (BRASIL, 2010).

No caso acima, houve uma decisão precedida de audiência pública que fixou alguns critérios como a constatação da existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte e a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Como se observa do caso alhures destacado, que originou a audiência pública, foi verificado que o medicamento se encontrava registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), então, foi deferido os medicamentos devido à necessidade demonstrada no caso específico em face da enfermidade e das condições pessoais de saúde do paciente. Os entes federados não provaram a ocorrência de grave lesão à ordem, à saúde e à economia pública capaz de justificar a excepcionalidade da suspensão de tutela.

Os critérios fixados pelo Supremo Tribunal Federal na STA 175, assim como os próprios direitos fundamentais, não são absolutos. Nesse sentido, acabaram não sendo seguidos nas bases fixadas ou foram até mesmo relativizados pelo próprio Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada concedida no Agravo de Instrumento 2242691- 89.2015.8.26.0000, em trâmite perante a 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

que determinou o fornecimento da substância “fosfoetanolamina sintética” para tratamento de câncer, e suspensão de liminares e decisões de segunda instância que possuem objeto idêntico. Consta dos autos que a interessada ingressou com ação de obrigação de fazer, cujo pedido de antecipação dos efeitos de tutela foi indeferido pelo Juiz de piso. No agravo de instrumento interposto, ao qual foi dado provimento, o Desembargador Relator determinou o fornecimento da substância. Tal decisão foi mantida no julgamento do agravo regimental. (...) Isso posto, defiro em parte o pedido para suspender a execução da tutela antecipada concedida no Agravo de Instrumento 2242691- 89.2015.8.26.0000, em trâmite perante a 11ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim como todas as decisões judiciais proferidas em âmbito nacional no mesmo sentido, indicadas ou não nos autos, que tenham determinado à Universidade de São Paulo o fornecimento da substância “fosfoetanolamina sintética” para tratamento de câncer, até os seus respectivos trânsitos em julgado, mantido, porém, o seu fornecimento, enquanto remanescer o estoque do referido composto, observada a primazia aos pedidos mais antigos. Concedo, ainda, de ofício, salvo conduto às autoridades universitárias contra as quais tenha sido expedido mandado de prisão por suposto descumprimento de ordem judicial. Comunique-se com urgência. Publique-se. Brasília, 4 de abril de 2016. Ministro Ricardo Lewandowski Presidente (1) “Comissão aprova realização de testes da fosfoetanolamina em humanos” (BRASIL, 2016a [STA, 828]).

No julgado acima, o STF explicitamente relativizou os critérios fixados na STA 175 diante de uma nova demanda com alto grau de dificuldade para o julgador. Por se tratar de um medicamento experimental contra o câncer não registrado na ANVISA. Não sabia ao certo se teria o efeito desejado nos pacientes, por se tratar de uma pesquisa ainda em andamento. Porém, o direito à vida dos cidadãos fez com que fossem deferidas as ordens de fornecimento dos medicamentos enquanto houvesse estoque.

Percebe-se, assim, que, em regra, segue-se os critérios fixados na STA 175 (constatação da existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte e a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo Sistema Único de Saúde), porém, a saúde não é ciência exata, novos procedimentos terapêuticos surgem a todo momento, e, por essa razão, a depender do caso concreto, é perfeitamente possível que se relativize tais critérios.

Como se vê, o STF, para garantir o direito fundamental à saúde, não cria políticas públicas, mas determina o seu cumprimento, maximizando e concretizando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que, nas palavras de Daniel Sarmento (2002, p. 59-60), representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, assim como conferindo

unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, e consubstancia, em suma, a ideia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado.

Repise-se que a judicialização da saúde tomou novos ares nos anos de 2018 e 2019, quando o STJ e o STF, respectivamente, proferiram decisões que versam sobre o tema, apontando elementos cumulativos necessários para que se questione a omissão ou indeferimento de tratamento médico pela Administração Pública.

Recapitulando, o STJ (BRASIL, 2017), através do Resp. 1657156, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, que identificou a necessidade dos seguintes requisitos: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e c) existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

O STF (BRASIL, 2019), aprofundando ainda mais o tema, através do RE 657718/MG, com voto vencedor proferido pelo Ministro Roberto Barroso, entendeu ser possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Nesses sentir, é possível que tais critérios, possam ser aplicados em todas as demandas judiciais que tratam sobre o direito à saúde, inclusive no caso da saúde mental dos privados de liberdade, uma vez que, como se verificou (p. 36, 49, 48 e 50), o desrespeito ao tratamento médico e psiquiátrico ao doente encarcerado, caracterizada falha na prestação do serviço de vigilância, diante da omissão Estatal em proteger o detento que estava sob a guarda, pois têm por dever, nos termos do art. 5º, XLIX, da CF, tomar medidas que garantam a incolumidade física/mental daquele custodiado, caracterizando o que a jurisprudência vem entendendo por “*culpa in vigilando*” do Estado.

4.2 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E A EXCLUDENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL NO ÂMBITO DA SAÚDE MENTAL

Os direitos fundamentais como um todo, incluindo os direitos sociais prestacionais são desprovidos de caráter absoluto em detrimento de sua característica relativista, a qual os dota de possibilidade de compatibilização com outros direitos, o que permite, com mais efetividade, a coexistência harmônica de diversos direitos simultaneamente.

Sendo os direitos fundamentais o gênero do qual são espécies os direitos fundamentais prestacionais e os de defesa, cuja função predominante destes é limitar os poderes estatais como salvaguarda dos direitos básicos da humanidade (propriedade, liberdade, vida), os direitos sociais, com já mencionado alhures, enquanto direitos prestacionais, necessitam de uma ação positiva do Estado na esfera econômica e social (SARLET, 2006).

Assim, os direitos prestacionais objetivam a realização da igualdade material, no sentido de fazer com que toda população tenha participação na distribuição dos bens materiais e imateriais. Outrossim, não se pode negar que os direitos fundamentais de defesa são dotados tantos de juridicidade como também de economicidade, haja vista que sua implementação implica em certo custo para a máquina estatal.

Este entendimento pressupõe que os direitos sociais implicam não somente o direito à igualdade consubstanciada no tratamento uniforme entre os cidadãos, mas também implica no direito das preferências, qual seja, direito discriminatório com fins compensatórios, em que se prioriza investimentos públicos voltados ao atendimento das necessidades vitais das camadas sociais menos favorecidas, como afirma Sarlet, *in litteris*:

Justamente pelo fato de os direitos sociais prestacionais terem por objeto – em regra – prestações do Estado diretamente vinculadas à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação e bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante, ainda que se saiba, como já frisado alhures, que todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica (SARLET, 2006, p. 298).

Não há como negar que os custos para implementação dos direitos fundamentais prestacionais (educação, saúde, por exemplo) são consideráveis e

assumem uma notável expressão quanto a sua eficácia no meio social, podendo variar a depender da situação fática econômica em que se encontra determinada nação.

Ingo Wolfgang Sarlet (2006) identificou essa limitação financeira estatal frente aos diversos direitos sociais prestacionais como a busca estatal pela aplicabilidade da reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*), a qual “abrange tanto a possibilidade, quanto o poder de disposição por parte do destinatário da norma” (2006, p. 298).

Segundo os estudos de Viviane Maldonato (2015, p.191), a expressão “Reserva do Possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*) foi utilizada pela primeira vez pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), em 18 de julho de 1972, no emblemático julgado “*Numerus Clausus*” (BVerfGE, 33, 330), e é considerado como o marco inicial de aplicabilidade do citado princípio.

Numerus Clausus seria uma restrição que consistia em requisitos específicos para o ingresso no ensino superior e, segundo a pesquisadora (MALDONATO, 2015, p. 191), por ocasião do julgamento, a Corte Alemã não reconheceu a alegada incompatibilidade da restrição com a norma de cunho constitucional. Com efeito, afirmou a possibilidade desse regramento aos cursos de medicina no país, valendo-se do fundamento de que os direitos sociais se encontram sob a reserva do possível, assim entendido o que pode um indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade.

Nesse sentir, da análise do entendimento então perpetrado pelo Tribunal Constitucional Alemão, a efetividade dos direitos sociais estaria atrelada a noção de reserva do possível e, assim, as prestações materiais estariam sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, levando a conclusão de que os direitos fundamentais seriam dependentes das possibilidades financeiras dos cofres públicos.

Sobre o tema, Marcelo Novelino (2014), sustenta que a reserva do possível deve ser analisada sob três aspectos: (i) a disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; (ii) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; e, (iii) a razoabilidade e proporcionalidade da prestação. Nesse sentido, tais critérios são meios formais para

a efetivação dos direitos sociais no caso concreto. Não são meios da Administração Pública se eximir da responsabilidade. É o meio legal que Administração Pública deve utilizar cumulativamente para poder plenamente atender a demanda solicitada.

O supracitado autor caracteriza Reserva do Possível como a limitação fática e jurídica à realização dos direitos fundamentais, sobretudo, aos de cunho prestacional. Nesse sentido, a limitação pode ser evocada tanto por fundamentos de plano fático (insuficiência de recursos financeiros, por exemplo) como pela impossibilidade jurídica, quando inexistente norma que autorize a Administração Pública de agir sobre determinado assunto.

Sobre tais critérios é indispensável a leitura da ADPF 45, STF, que tratou sobre a legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, *in verbis*

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. (...). Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.(...). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto.

Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004 (BRASIL, 2004 [ADPF, 45] [Inf. 345/STF]) (BRASIL, 2004).

A decisão acima, de relatoria do Ministro Celso de Melo, estabeleceu a base para que o princípio da reserva do possível fosse aplicado dentro da legalidade sem ofender outros princípios a que o Poder Público está vinculado, frisando que o Poder Público deve manter as condições materiais mínimas de existência aos cidadãos, além de firmar parâmetros para a intervenção judicial quando da análise de casos que envolvam políticas públicas, determinando que a dignidade da pessoa humana deve ser o fundo constitucional necessário para limitar a extensão de argumentos relacionados à reserva do possível, especialmente em pedidos judiciais relacionados à saúde.

É de suma importância que, frente à limitação de recursos públicos, o Estado seja cuidadoso e seletivo sobre quais políticas adotar, sempre tendo como norte as necessidades populares, que, no Brasil, país emergente que é, são variadas e merecedoras de atenção. Sobre o tema, Gilmar Mendes e Paulo Gonet tecem interessantes considerações a esse respeito, *in verbis*:

Tais escolhas seguiram critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem 'escolhas trágicas' pautadas por critérios de justiça social (macro justiça). É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetuação e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. (MENDES; BRANCO, 2017, p. 628).

Entretanto, a reserva do possível não deve ser vista como um elemento integrante dos direitos fundamentais ou mesmo como se estivesse enquadrada no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais.

A reserva do possível constitui, nos termos da oportuna lição de Ingo Sarlet e Figueiredo (2007, p.189), *in verbis*:

[...] espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

Nesse sentido, dialoga com Sarlet, a lição de Mendes e Branco (2017), quando prescreve que a reserva do possível é balizada por dois interessantes princípios, o mínimo existencial e o princípio da vedação ao retrocesso social.

O primeiro refere-se ao núcleo básico de direitos que garantem dignidade à vida humana. A ideia do mínimo existencial sugere ao Estado que ao deparar-se diante de limitação financeira para prestação de benefícios ao povo priorize o essencial para garantir a continuidade da existência humana e, nesse sentido, defendem que “ao menos o mínimo existencial de cada direito não pode ser deixado à parte da apreciação judicial, estando esta visão ligada à ideia do núcleo mínimo”.

Enquanto o segundo princípio se caracteriza como eficácia negativa, sustentando que não se pode estabelecer normas que tendem a abolir ou mesmo suprimir direitos sociais já consolidados.

Não há que duvidar que a reserva do possível é algo que se pode observar administrativamente na atual conjuntura da economia nacional, porém o que se verifica é que tal reserva do possível vem sendo utilizada muitas vezes como argumento genérico de impossibilidade para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os de cunho social relacionados ao direito à saúde.

Com efeito, é possível se verificar na jurisprudência pátria que as ações judiciais que buscam a efetividade do direito à saúde, em sua maioria, são contra argumentadas pela Fazenda Pública com o fundamento da impossibilidade da prestação perquirida diante da impossibilidade de sua concretude frente a necessidade do respeito à reserva do possível.

Sobre o tema, inclusive, manifestou-se o STJ, quando do Resp. nº 1.389.952-MT relatado pelo Min. Herman Benjamin, assim ementado, *in verbis*:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS RELACIONADO A INÚMERAS IRREGULARIDADES ESTRUTURAIS E SANITÁRIAS EM CADEIA PÚBLICA. (...). Não se pode deixar de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso ter em mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada. Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o peticionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. (...). É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá

discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir um padrão mínimo de dignidade às pessoas encarceradas em estabelecimentos prisionais. Por esse motivo, não havendo comprovação objetiva da incapacidade econômico financeira da pessoa estatal, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário determine a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político” (STJ. Resp. 1.389.952-MT, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 03/06/2014 (Informativo nº 543) (BRASIL, 2004a).

Essa decisão do STJ vem servindo como norte para as decisões dos Tribunais de Justiça do Brasil, como bem se percebe nas decisões a seguir elencadas, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. 1. (...). 2. A cláusula da reserva do possível não pode ser invocada pelo Poder Público, com o propósito de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, pois encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial. 3. (...). 4. Apelação Cível Improvida. (TJPI | Apelação Cível Nº 2018.0001.000127-6 | Relator: Des. JOSÉ RIBAMAR OLIVEIRA | 2ª Câmara de Direito Público | Data de Julgamento: 30/05/2019) (BRASIL, 2019).

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À RESERVA DO POSSÍVEL. MANUTENÇÃO DO PRONUNCIAMENTO ATACADO. (...). Direito à vida e à saúde. Garantia Constitucional, de modo que não podem os entes federativos se recusarem a fornecer os medicamentos necessários à manutenção da vida e da saúde. Responsabilidade solidária. Aplicação da súmula 65 deste Tribunal de Justiça. Precedente. Desprovisionamento Do Recurso. (TJ-RJ - APL: 00185297220198190042, Relator: Des(a). ALCIDES DA FONSECA NETO, Data de Julgamento: 29/07/2020, VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/07/2020) (RIO DE JANEIRO, 2020).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA - SERVIÇOS RESIDENCIAIS TERAPÊUTICOS EM SAÚDE MENTAL - DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE - TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL - PRIORIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DIREITO À VIDA DIGNA. (...). A teoria da reserva do possível não pode ser utilizada como argumento genérico para que o Poder Público negue aos cidadãos direito que lhes são assegurados pelo texto constitucional, é dizer, tal argumento não pode ser considerado válido quando possa comprometer o mínimo existencial dos cidadãos. (TJ-MG - AC: 10123160051405001 MG, Relator: DÁRCIO LOPARDI MENDES, Data de Julgamento: 14/05/2020, Data de Publicação: 15/06/2020) (MINAS GERAIS, 2020).

APELAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE CADEIRA DE RODAS ADAPTADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE. ASTREINTES. REDUÇÃO. Menor portador de "Paralisia cerebral com hemiparesia à direita, retardo mental, distúrbios de linguagem e autismo". Sentença que julgou procedente o pedido inaugural. Irresignação do Município de Piracicaba. 1. (...). 2. Direito à saúde assegurado pela Constituição Federal, cujas normas são complementadas pelo ECA e pela Lei nº 8.080/90. Direito à obtenção gratuita dos recursos necessários ao tratamento, habilitação e reabilitação dos enfermos. Dever correspectivo do Poder Público de fornecê-los. Conveniência do uso de determinados insumos que incumbe exclusivamente ao médico que acompanha o enfermo. Art. 21 e 42 do Código de Ética Médica. Súmulas nº 37, 65 e 66 do TJSP. 3. Teoria da reserva do possível que não pode se sobrepor ao direito fundamental à saúde, que se insere no âmbito do mínimo existencial. Observância do princípio da proporcionalidade. 3.(...). 4. Recurso de apelação desprovido e remessa necessária parcialmente provida. (TJ-SP - APL: 10206465820198260451 SP 1020646-58.2019.8.26.0451, Relator: DANIELA MARIA CILENTO MORSELLO, Data de Julgamento: 28/10/2020, Câmara Especial, Data de Publicação: 28/10/2020) (SÃO PAULO, 2020f).

O exame desses julgados sugere que o judiciário não vem admitindo que a reserva do possível seja utilizada como defesa genérica pelos tribunais judiciais vem no sentido de que a reserva do possível não pode ser utilizada como uma defesa genérica, sem a devida comprovação dos fatos alegados, devendo, sim, ser um objeto de defesa processual provada suficientemente em detalhes, para que possa surtir o efeito desejado para o Estado.

Logo, não há que se duvidar que a reserva do possível possa ser aplicada, com efeito ela pode e deve ser respeitada, porém em consonância com outros princípios constitucionais de extrema relevância, especialmente em face do disposto no art. 5º, §1º, da CF, que estipula a imediatidade dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, deve o poder público comprovar a falta efetiva dos recursos indispensáveis a satisfação dos direitos fundamentais, devendo para isso, respeitar, como alhures observado, o princípio do mínimo existencial.

Foi exatamente esse o entendimento do STJ, no julgamento do Resp. nº 1.389.952-MT, acima ementado, quando esclareceu, *in verbis*:

[...]não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir um padrão mínimo de

dignidade às pessoas encarceradas em estabelecimentos prisionais.
(BRASIL, 2014b)

Nesse sentido, e dialogando com a decisão do STJ, foi que o TJRJ editou a Súmula nº 241 que determina caber ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento a reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição.

Assim, pode-se concluir que diante de um o pedido com fundamento em um direito constitucional social, como a saúde, não basta ao Poder Público arguir a tese da reserva do possível, é necessário que a Administração Pública demonstre que aquele pedido atingirá os cofres públicos de maneira a colocar em risco a efetivação das políticas públicas. Tal diálogo demonstra que o princípio da reserva do possível deve dialogar diretamente com o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, que sinalizará aos órgãos jurisdicionais a cautela necessária para o julgamento do feito.

4.3 A CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM FACE DA INÉRCIA E OMISSÃO QUANTO À PROMOÇÃO DA SAÚDE E ASSISTÊNCIA DO ENCARCERADO

Diante de tudo o que foi exposto, questiona-se sobre a responsabilidade do Estado em face de sua omissão na promoção da saúde e assistência médica ao privado de liberdade, uma vez que tais indivíduos vivenciam a privação, tão somente, da sua liberdade e não de seus direitos sociais, sendo dever da Administração Pública a segurança e o bem-estar dos detentos.

Restou devidamente tratado alhures que o direito à saúde, Direito Social que é, deve ter aplicação imediata, uma vez que é um direito positivo, que exige um agir do Estado, obrigando a Administração Pública a adotar políticas sociais e econômicas que visem à redução de riscos de doença e de outros agravos, e que desde o disposto art. 196, da CFRB/88 – saúde é direito de todos e dever do Estado – passou a ser tratado como um direito subjetivo do cidadão sobre o Poder Público.

Outrossim, o direito à saúde do privado de liberdade representa uma faceta dos direitos fundamentais sociais onde, a efetividade de tais espectros e garantias, reclamam uma postura mais ativa e progressiva por parte do Estado, como forma de

se assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana que carece de uma realização prática.

É verdade que desde o ano de 1984, está previsto em lei (LEP) a assistência à saúde das pessoas reclusas em estabelecimentos penais (BRASIL, 1984) e que após a CFRB/88, ainda se pode destacar, como marco político-social de saúde no âmbito prisional, o PNSSP, instituído pela Portaria Interministerial nº 1.777/2003, que ampliou as diretrizes de saúde no sistema penitenciário, legitimando e garantindo o acesso às diretrizes do SUS.

Um ponto forte do PNSSP/2003 foi que através dele se instituiu a necessidade de se compor uma equipe multiprofissional mínima formada por médico, enfermeiro, cirurgião-dentista, assistente social, psicólogo, auxiliar de enfermagem e auxiliar de consultório dentário (BRASIL, 2003).

Porém, não obstante as garantias constitucionais e infraconstitucionais dos detentos já debatidas alhures, a realidade das prisões brasileiras não coaduna com tais direitos, isso porque tais estabelecimentos tem um conjunto de carências estruturais e processuais (ócio, a superlotação, ambiente insalubre), que ofendem a integridade física e mental dos reclusos, colocando obstáculos na já difícil e pretendida ressocialização, potencializando o estigma dos ex-presidiários e, em casos mais severos, ocasionando depressão e transtornos mentais graves.

Sobre esse tema, as palavras de Heleno Fragoso (2005), *in verbis*:

12. Embora as leis digam que tem de ser preservada a dignidade humana dos presos, em nossas prisões as condições de vida são intoleráveis. Aos defeitos comuns em todas as prisões, acrescentam-se, nas nossas, a superlotação, a ociosidade e a promiscuidade. Os presos não têm direitos. A prisão reflete, em última análise, condições estruturais da sociedade, que a mantém, como realidade violenta e totalizante e que dela se serve. A prisão também cumpre uma função ideológica importante, como expressão do castigo, no esquema da repressão, formando falsamente a imagem do criminoso. Sabemos hoje muito bem que não é possível, através da prisão, alcançar a ressocialização ou a readaptação social do condenado.

13. É inútil enunciar e proclamar direitos humanos na administração da justiça criminal, no quadro de uma realidade social tão dramática como é a da América Latina. Os direitos humanos só serão observados nos países do Terceiro Mundo quando houver justiça social e sociedades autenticamente democráticas. Esses países têm sido secularmente explorados, sendo cada vez maior a distância que os separa dos países industrializados. É ilusório imaginar que a nova ordem econômica internacional pode ser implementada para mudar o presente estado de coisas.
(...).

15. Às exigências de liberdade e, sobretudo, de reformas sociais importantes, os ditadores respondem invocando a doutrina de segurança nacional e denunciando o perigo comunista. É uma estratégia que tem sempre dado resultado, permitindo, no plano internacional, o prolongado

domínio econômico estrangeiro, e, no plano interno, a perpetuação de uma ordem social profundamente injusta, que continua a gerar a miséria e a pobreza e, ao mesmo tempo, a escandalosa opulência dos ricos.

16. A realização dos direitos humanos na justiça criminal está, pois, em função de um problema essencialmente político. É preciso compreender que aqui está o fundo da questão. Esses direitos só serão observados na justiça criminal de uma sociedade autenticamente democrática, onde se afirme como valor fundamental, verdadeiramente, o respeito à dignidade da pessoa humana, na luta permanente do povo contra a opressão, pela liberdade, pela justiça e pela paz.

Ademais, como alhures mencionado, estudos realizados em várias penitenciárias do Brasil – Rio Grande do Sul com Oliveira e Teitelbaum (1999, p. 503-21); São Paulo com Andreoli, Abdalla-Filho, Santos *et al.* (2012, p. 585-587); Bahia com Coelho (2012, p. 131-144); Santa Catarina com Damas e Oliveira (2013, p. 4); Rio de Janeiro com Maria Minayo e Adalgisa Ribeiro (2016, p. 2037); Paraíba com Araújo, Nakano e Gouveia (2009, p. 381-390) – vem apontando que cada vez mais presos vem desenvolvendo transtornos mentais durante seu encarceramento.

O Ministério da Saúde, como já pontuado, estimava no ano de 2012, que cerca de 3% (três por cento) da população mundial necessitaria de cuidados contínuos em saúde mental por conta de transtornos mentais severos e persistentes, ao passo que nesse mesmo ano, na pesquisa feita por Andreoli, Abdalla-Filho, Santos *et al.* (2012, p. 585-587), no Estado de São Paulo (maior população carcerária do Brasil), registrou-se que cerca de 11,2% (onze vírgula dois por cento) dos detentos homens e 25,5% (vinte e cinco vírgula cinco por cento) das mulheres apresentavam transtornos mentais graves. Logo, no cárcere, entre os homens, tem-se um percentual de transtornos mentais graves quatro vezes mais frequentes que a média da população mundial e entre as mulheres esse número é oito vezes a maior.

Observa-se que a pesquisa foi realizada quase 10 anos após a publicação da Portaria Interministerial nº 1.777/2003, o que torna tais números assustadores, mas também revelam o quão severo é o ambiente carcerário e como pode afetar a saúde mental dos que lá convivem.

Nesse sentir, no âmbito carcerário essa discussão consegue ser mais sensível ainda, justamente por conta dos problemas estruturais que vão desde a arquitetura debilitada dos presídios, à tortura estrutural e institucionalizada como forma de punir ainda mais o encarcerado, lembrando que essa punição estrutural se origina do entendimento de que deve haver uma meritocracia para o respeito aos direitos sociais (leia-se, pseudo meritocracia).

Como já dito anteriormente, a pena privativa de liberdade pune tão somente a liberdade do detento, sendo dever do Estado o respeito aos direitos sociais das pessoas que se encontram sob sua guarda, com fundamento nos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, isonomia, equidade e mínimo existencial.

Entretanto, em que pese, novamente, a sensação de justiça criada pela suposta meritocracia dos direitos sociais, não se mostra razoável a omissão do Poder Público dentro das casas penitenciárias, uma vez que os detentos, sem liberdade, encontram-se vulneráveis diante do poder estatal e em um ambiente altamente insalubre e perigoso, extremamente propício ao desenvolvimento de transtornos mentais severos, não podendo, qualquer dos poderes constitucionais, negar a determinada categoria de sujeitos o direito à integridade física e moral.

Sobre o tema, interessante as palavras de Teori Zavasckhi, quando proferiu seu voto no RE 580.252, MT, *in verbis*:

Convém enfatizar que a invocação seletiva de razões de estado para negar, especificamente a determinada categoria de sujeitos, o direito à integridade física e moral, não é compatível com o sentido e o alcance do princípio da jurisdição, já que, acolhidas essas razões, estar-se-ia recusando aos detentos os mecanismos de reparação judicial dos danos sofridos, deixando-os a descoberto de qualquer proteção estatal, numa condição de vulnerabilidade juridicamente desastrosa. Trata-se de uma dupla negativa, do direito e da jurisdição. Não pode a decisão judicial, que é o subproduto mais decantado da experiência jurídica, desfavorecer sistematicamente a um determinado grupo de sujeitos, sob pena de comprometer a sua própria legitimidade (MATO GROSSO DO SUL, 2017).

Assim, é preciso que o Estado tenha a consciência que a punição do preso se limita a sua liberdade, como bem pontuou as “Regras de Mandela”, o que já é algo que machuca, uma vez que retira da pessoa o direito de ir e vir.

Para Zygmunt Bauman (1999. p. 130) a proibição do movimento é um símbolo poderosíssimo de impotência, de incapacidade e de dor, ou seja, a própria reclusão já atua na mentalidade humana de forma a depreciar e diminuir o ser humano, de modo que o seu afastamento da sociedade, por si só, já pode causar consequências severas, principalmente na sociedade contemporânea, que preza pela liberdade de escolha e de movimento, valores que integram o núcleo dos direitos fundamentais.

Essa incapacidade deriva de uma sensação de insegurança que o preso sente quando adentra no presídio, que derivam de atos que vão desde o procedimento de triagem ao qual se submetem até às reiteradas agressões físicas e

psicológicas, que findam por fazer com que o detento se sinta cada vez mais a margem da sociedade. É inconcebível, nos dias atuais, que uma presa tenha se ferido e ficado meses a espera de uma interferência médica simples, como é o caso de uma sutura; que um preso em medida de segurança, fique 06 (seis) meses sem exames psiquiátricos; que ainda haja presídios superlotados com presos dormindo no chão.

Apesar de termos alocado depoimentos no capítulo anterior, que aparentemente demonstram a omissão do Poder Público no trato com os encarcerados, é interessante repisar, que como o caso seria de omissão administrativa, é necessário, como já explanado, que se constate o nexo causal entre o transtorno mental e a inércia pública, bem como não reste demonstrado qualquer excludente da responsabilidade da Administração Pública, e, assim constatado, é perfeitamente possível a configuração da responsabilidade do Estado pelos prejuízos psicológicos que o preso venha a sofrer.

Ora, não se mostra razoável a omissão do Poder Público em fornecer o tratamento imprescindível à manutenção da incolumidade psíquica/psicológica do preso que venha a desenvolver tal transtorno durante a sua estadia na cadeia pública, o que justificaria a intervenção do Poder Judiciário, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, valor consagrado como um dos fundamentos da República, bem como pelo art. 14, da LEP.

Assim sendo, acaso reste comprovado a omissão do Estado em fornecer o amparo psicológico ao detento, a mesma pontuaria como omissão administrativa, sendo indispensável a averiguação, ao menos, da modalidade culposa, por parte do agente administrativo responsável.

Sobre atos omissivos da Administração Pública, sempre atual o que pontuou Cavalieri Filho (2012. p.567), que distinguiu os atos omissivos do Estado em genéricos e específicos, *in litteris*:

Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar um dano. (...) Em suma, a omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso, quando a vítima se encontrava sob sua proteção ou guarda. Em contrapartida, a omissão genérica, tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração

tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão ocorre para o resultado, caso em que deve prevalecer o princípio da responsabilidade subjetiva.

No caso sob exame, qual seja, a omissão do Poder Público no que diz respeito ao amparo da saúde física e psicológica destinada ao detento, pode-se concluir que se trata de imputação de ato omissivo específico aos agentes da Administração, com fundamento no dever de guarda dos detentos que se encontram sob sua guarda, nos termos do art. 14, da LEP.

Ademais, como bem observa Min. Luiz Fux (BRASIL, 2016b), a omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso, sendo indispensável a leitura do RE 841526, que segue abaixo transcrito, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsuma-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral.

2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso.

3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal).

4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexos de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional.

6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis.

7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexos de causalidade da sua omissão com o resultado danoso.

8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento.

9. In casu, o tribunal a quo assentou que inocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal.

10. Recurso extraordinário DESPROVIDO.

STF. Plenário. RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/03/2016 (BRASIL, 2016b).

Nesses termos, restando provada a omissão do Estado que venha a causar carências estruturais e processuais, como o ócio, a superlotação, o descaso diante de uma situação transtorno mental e tais atitudes sejam comprovadamente suficientes para ofender a integridade física e mental do recluso, certamente, com fundamento no art. 37, §6º, da CF, restarão violados direitos fundamentais da pessoa sem liberdade, que possibilitará danos pessoais ao detento.

Como expressamente destacou o voto acima, é “dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal), deixando clara a responsabilidade do Estado pela integridade física e psíquica dos que estão sob a sua custódia”.

Nesses termos, a questão jurídica de fundo é clara, que as omissões do Estado na manutenção de condições degradantes e que causem traumas mentais aos custodiados podem e devem gerar responsabilidade para o Estado, porém, o que é de difícil resolução é uma sanção judicial que permita mudar essa fórmula estrutural que se encontra enraizada nos presídios nacionais.

Isso porque, verificado o ato omissivo gerador de responsabilidade, é possível se visualizar a condenação do estado em danos morais e materiais, sendo estes direcionados há um tratamento médico que por ventura a Administração Pública não fornece.

Porém, cabe um questionamento ao final: e se a Administração Pública, apesar da superlotação de determinado presídio, mantém em seus quadros um profissional de psicologia, como prevê a Portaria Interministerial nº 1.777/2003, que verificando o transtorno mental do condenado, expõe parecer no sentido da aplicabilidade do art. 108, da LEP, *in verbis* “Art. 108. O condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico”.

Diante disso e na hipótese da aplicabilidade do artigo supracitado, seria possível, ainda, se visualizar a responsabilidade da Administração Pública?

O STF, analisando o Tema 365, decidido no RE 580.252, com repercussão geral fixou a seguinte tese, *in verbis*:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento (MATO GROSSO DO SUL, 2017).

Na oportunidade, em seu voto vista, o Ministro Roberto Barroso expõe o problema estrutural dos presídios brasileiros, citando os relatórios da CPI do Sistema Carcerário, que atuou no ano de 2009, nos termos destacados abaixo, *in verbis*:

O relatório final da CPI do Sistema Carcerário, produzido pela Câmara dos Deputados em 2009, e os diversos relatórios de mutirões carcerários, promovidos pelo CNJ em todos os Estados desde 2008, apenas confirmam essas estatísticas. De acordo com tais documentos, nenhuma unidade da federação escapa do problema do déficit de vagas. Em grande parte dos presídios, há celas superlotadas, com pessoas amontoadas, dormindo em esquema de revezamento, em cima do vaso sanitário, no chão ou em redes afixadas nas paredes. E quando as celas não oferecem espaço suficiente, presos são alojados nos corredores, pátios e até mesmo em contêineres de aço, semelhantes a jaulas de animais (BARROSO, 2003, p. 38).

Ademais, o supracitado RE 580.252 (Tema 365), estabeleceu a condenação do Estado ao pagamento de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) ao autor da ação (detento, condenado a 20 anos de reclusão por crime de latrocínio - art. 157, § 3º, do CP), a título de reparação de danos extrapatrimoniais, momento em que, pede-se vênia para citar parte do voto vencedor que assim registrou, *in litteris*:

(...) no caso dos autos, é público e notório que a Vigilância Sanitária do Município de Corumbá-MS, em diligência, ocorrida no ano de 2003, constatou que efetivamente há superlotação, além de outros inúmeros problemas de higiene, havendo, outrossim, até o risco de transmissão de doenças, tendo determinado a adoção de providência para sanar tais deficiências" (fl. 332 dos apensos).

O acórdão dos infringentes, por sua vez, salientou que "(...) são notórias as condições precárias dos estabelecimentos penitenciários do país, nos quais, em sua grande maioria, não têm o mínimo de higiene ou salubridade, passam pelo problema da superlotação e da falta de agentes, que conseqüentemente, trazem danos aos presos" (fl. 405 dos apensos) (MATO GROSSO DO SUL, 2017).

Sobre o tema, ainda há de se destacar que o Ministro Roberto Barroso expressou sua preocupação, salientando que apesar da módica condenação pecuniária, a mesma não trazia consigo os parâmetros utilizados para a fixação do montante, tais como o tempo de encarceramento e a gravidade das violações suportadas (MATO GROSSO DO SUL, 2017, p. 45), ou seja, a indenização levou em conta, pura e simplesmente, a superlotação dos presídios e a exposição do encarcerado a um ambiente insalubre e degradante.

Além disso, apesar do valor módico da indenização extrapatrimonial, está-se diante de um único caso que tratou de superlotação carcerária, porém se tratava de tema para demandas repetitivas, assim, tal entendimento irradiará para os demais julgamentos que estavam suspensos, e mais, será base jurisprudencial para a proliferação de demandas semelhantes.

Em uma conta matemática linear, o próprio Ministro Roberto Barroso explanou que se se considerar que as prisões brasileiras acomodavam à época ((MATO GROSSO DO SUL, 2017) cerca de 560 mil presos, se o Estado for condenado a pagar cada um destes ao valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), o gasto só com indenizações individuais poderia chegar a mais de 1 bilhão de reais. A título de informação, o Infopen/2019 aponta que o Brasil, caso sejam analisados presos custodiados apenas em unidades prisionais, sem contar delegacias, detém 758.676 presos.

Além disso, como bem ressaltado, no valor apontado, não se leva em conta a gravidade das violações suportadas, o que leva a conclusão que restando comprovado que o transtorno mental do condenado se deu por culpa da Administração Pública, ou seja, que tal transtorno se originou por conta dos maus tratos, da superlotação, da manutenção em um presídio com os defeitos estruturais de ordem física e moral (tortura estrutural dos presídios), há de se entender que restará configurada a responsabilidade do Estado que é objetiva, mesmo o Estado aplicando o art. 108, da LEP, e o dever de indenizar o condenado é medida que deverá se impor, e, muito provavelmente, em uma quantia superior ao valor imposto no Tema 365, isso porque o fundo jurídico restará comprovado, qual seja, a omissão do Estado (não agir Estatal), o prejuízo mental do preso e o nexo causal entre a omissão e o resultado.

Repise-se, é cediço que a jurisprudência do STF vem assentando a responsabilidade objetiva do Estado pela integridade física e psíquica daqueles que

estão sob sua custódia, calhando destacar as palavras do Min. Gilmar Mendes, no voto do ARE 662.563/GO que afirmou em seu voto que “*a negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos detentos configura ato omissivo a dar ensejo à responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que, na condição de garante, tem o dever de zelar pela integridade física dos custodiados*” (BRASIL, 2012).

Todavia, o que chama a atenção, nessa situação, é que a solução jurisdicional a nível individual, na verdade, não teria uma natureza de solução efetiva.

Isso porque o detento, através de uma ação judicial, poderá conseguir uma liminar para fazer um tratamento psiquiátrico fora do ambiente carcerário em um hospital de Custódia, com fundamento no art. 108, da LEP, e, além disso, poderá ser deferido um dano moral por conta dos abalos psicológicos sofridos, considerando que é dever do Estado manter seus presídios com padrões mínimos de humanidade, sendo de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, §6º, da CFRB, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições de encarceramento, entretanto, o que provavelmente acontecerá é que o detento, mesmo após o seu tratamento no hospital de Custódia (art. 108, da LEP), irá retornar para o mesmo cárcere, para as mesmas condições degradantes condições sanitárias que lhe causaram os transtornos mentais e isso acabará se tornando um círculo vicioso que vai findar com maus tratos reincidentes, novos transtornos mentais, quiçá, até mais severos e, consequentemente, novas ações judiciais e novas indenizações.

Assim, a indenização pontual e individual, em nada modificará a situação vivida pelos privados de liberdade e as dificuldades estruturais que o sistema carcerário enfrenta e, acaso se proliferem tais ações, o resultado pode ser catastrófico aos cofres públicos, o que poderá levar o Poder Judiciário a intervir de forma mais severa na política prisional para exigir uma resposta mais eficaz, além da possibilidade do Brasil ser alvo de ações diante da Corte Internacional de Direitos Humanos.

5 CONCLUSÃO

O privado de liberdade, como bem aponta a expressão, é punido na privação da sua liberdade, devendo lhe ser garantido os demais direitos e garantias constitucionais como a proibição de penas cruéis (art. 5º, XLVII, da CF/88) e a garantia do respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, da CF/88).

Nesse sentir, é indubitável que o direito à saúde é direito fundamental do ser humano, mesmo àquele privado da liberdade, e que é de aplicabilidade imediata, que exige um agir do Estado, uma obrigação à Administração Pública em adotar políticas sociais e econômicas que visem à redução de riscos de doença e de outros agravos, e que desde o disposto no art. 196, da CFRB/88 – saúde é direito de todos e dever do Estado – passou a ser tratado como um direito subjetivo do cidadão sobre o Poder Público.

Esse direito subjetivo do cidadão sobre o Poder Público, demonstra a natureza garantista do direito à saúde, que tem como propósito a limitação jurídica do poder estatal em prol da proteção do indivíduo, não sendo a toa que a Constituição Federal findou por alçar no nível de cláusula pétrea tais direitos.

Porém, em que pese estarmos em pleno século XXI, dois séculos depois da criação da prisão nesse novo modelo punitivo (criadas na virada do século XVIII para o XIX), que abandonou as sessões públicas de tortura por mecanismos de aprisionamentos em ambientes fechados regulados pela disciplina estatal, com a finalidade de transformar a alma e do comportamento do detento (FOUCAULT, 1999, p. 12), é desse mesmo autor a conclusão (FOUCAULT, 1999, p. 292) de que as prisões não diminuem a taxa de criminalidade, exclamando que até se pode aumentar o número de prisões, multiplica-las ou transformá-las, porém “a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta (...) Apesar desta série de meios, o vício conserva sua audácia. O número de crimes não diminui; o número de reincidências aumenta mais que decresce”.

É assustador que essa conclusão, dada por Michel Foucault no ano de 1987 seja tão contemporânea, e mesmo na atual conjuntura jurídica, em que a legislação constitucional e infraconstitucional expressa garantias de incolumidade física e moral aos presos, mesmo com órgãos nacionais e internacionais que buscam a concretude desses direitos aos detentos, o que se evidencia é uma população carcerária crescente em conjunto com uma estrutura física deficitária, incrustada com

omissões estatais que geram uma tortura relevante capaz de fazer surgir um número cada vez maior de presos com transtornos mentais com as mais variadas gravidades.

Com vista a caracterizar a situação do sistema penitenciário brasileiro, observou-se nesse trabalho que a realidade das prisões brasileiras não coaduna com tais direitos, uma vez que tais estabelecimentos tem um conjunto de carências estruturais e processuais, como ócio, superlotação, celas sem condições mínimas de salubridade para a permanência de presos – decorrente de ausência de ventilação, de iluminação e de instalações sanitárias adequadas (ambiente insalubre) - desrespeito à integridade física e moral dos detentos, havendo, inclusive, relatos de que as visitas íntimas seriam realizadas dentro das próprias celas e em grupos (Resp. nº 1.389.952), entre outros, o que ofende a integridade física e mental dos reclusos, dificultando à pretendida ressocialização e potencializando o estigma dos ex-presidiários.

Nessa trilha, o que se percebe é que o sistema carcerário brasileiro não dialoga com os direitos constitucionais dos privados de liberdade, pois a estrutura moldada há décadas é no sentido de abandono e que com o aval silente da sociedade, finda por punir estruturalmente o preso.

A violação sistemática dos direitos fundamentais dos privados de liberdade nada mais é que uma tortura velada, estrutural e autorizada pela omissão Estatal em soma com a própria aceitabilidade da sociedade.

Destaquem-se os estudos realizados em várias penitenciárias do Brasil, entre os anos de 199 e 2016 – Rio Grande do Sul com Oliveira e Teitelbaum (1999, p. 503-21); São Paulo com Andreoli, Abdalla-Filho, Santos *et al.* (2012, p. 585-587); Bahia com Coelho (2012, p. 131-144); Santa Catarina com Damas e Oliveira (2013, p. 4); Rio de Janeiro com Maria Minayo e Adalgisa Ribeiro (2016, p. 2037); Paraíba com Araújo, Nakano e Gouveia (2009, p. 381-390) – que vem apontando que cada vez mais presos vem desenvolvendo transtornos mentais durante seu encarceramento.

Tais estudos, em diálogo com os números apontados pelo Ministério da Saúde, levam a conclusão que, no cárcere, entre os homens, tem-se um percentual de transtornos mentais graves quatro vezes mais frequentes que a média da população mundial e entre as mulheres esse número é oito vezes a maior.

Observou-se que o Poder Judiciário vem buscando agir dentro do que lhe é permitido, como aconteceu no julgamento da ADPF 347, que reconheceu o Estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, que analisou o quadro de

violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas.

Ressalte-se que não houve o julgamento do mérito do presente ADPF, porém, é de suma importância esse julgamento cautelar que observou no sistema prisional brasileiro uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica.

Com o objetivo de analisar a questão da individualização do direito à saúde mental do preso o julgamento do Tema 365, decidido no RE 580.252, com repercussão geral que considerou ser um dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento, condenando, na oportunidade, a Administração Pública a ressarcir um preso no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) à título de danos morais por conta dos maus tratos que veio a sofrer por causa da superlotação carcerária.

Logo, não resta dúvida que o preso que venha a sofrer transtornos mentais por conta dos maus tratos sofridos e da tortura estrutural que enfrenta todos os dias de sua sanção, acaso se comprove o nexo causal entre a omissão estatal e o resultado, mesmo o Estado fornecendo o devido tratamento em um casa de custódia, nos termos do art. 108, da LEP, restará configurado o dever de indenizar, e, muito provavelmente, em uma quantia superior ao valor imposto no tema 365, que não levou em consideração o estado mental do preso na fixação da quantia indenizatória.

Entretanto, conclui-se que a solução jurisdicional a nível individual, na verdade, não teria uma natureza de solução efetiva para sociedade, porque o detento, através de uma ação judicial, até poderia conseguir uma liminar para fazer um tratamento psiquiátrico fora do ambiente carcerário em um hospital de Custódia, com fundamento no art. 108, da LEP, e, além disso, diante dos abalos psicológicos sofridos, ter êxito em uma ação por danos morais (tema 365), entretanto, o que aconteceria ao final, é que o detento, após o seu tratamento no hospital de Custódia, retornará para o mesmo cárcere, para as mesmas condições degradantes que lhe causaram os transtornos mentais e isso acabaria se tornando um círculo vicioso que vai findar com maus tratos reincidentes e novos transtornos mentais, quiçá, até mais severos.

Nesses termos, a decisão judicial de danos materiais e morais por conta dos transtornos mentais ocasionados por conta dos maus tratos e condições desumanas aos quais os presos são submetidos é perfeitamente possível, entretanto, é uma decisão que, na prática, não é suficiente para resolver o problema social, pois o preso retornará para o mesmo ambiente que degradou sua saúde mental, poderá prejudicar as contas públicas, se se proliferar o número de ações e, ainda, entregará para a sociedade milhares de libertos com transtornos mentais, o que leva, como dito alhures, às conclusões de Michel Foucault (1999, p. 293), quando relatou “que a prisão, conseqüentemente, em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos”.

O enraizamento dessa tortura estrutural no nosso sistema carcerário é um cenário complexo, e a solução para as transgressões ocorridas exigem a atuação com pluralidade de autoridades, ou seja, não basta aos poderes constitucionais agirem de forma individual, os problemas estruturais do nosso sistema carcerário necessitam de um agir complexo e coordenado dos três poderes em diálogo com a sociedade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA FILHO, Naomar; COELHO Maria Tereza Ávila, PERES Maria Fernanda Tourinho. O conceito de saúde mental. **Revista USP**, v. 43, p. 100-125, 1999. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/28481>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtorno 5 DSM-5**. Tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento ... et al. Porto Alegre: Artmed, 2014. xlv, 948 p. Disponível em: http://dislex.co.pt/images/pdfs/DSM_V.pdf. Acesso em: 8 abr. 2021.
- ANDREOLI, Sergio Baxter; ABDALLA-FILHO, Elias; SANTOS, Maíra Mendes; *et al.* Transtorno Mental e Prisão. *In*: TABORDA, José G. V.; ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel. **Psiquiatria Forense**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.
- ARAÚJO, Fábio Alves Ferreira Maia; NAKANO, Tatiana de Cássia; GOUVEIA, Maria Lígia de Aquino. Prevalência de depressão e ansiedade em detentos. **Avaliação Psicológica**, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 381-390, dez. 2009.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal**. 6. ed. Grupo Gen-Editora Método Ltda., 2017.
- BARROSO, Luis Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? **Revista eletrônica do Ministério Público Federal**, 2010. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Brandao.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 ago. 2020.
- BRASIL. **ADI 5595 MC/DF**. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.595 Distrito Federal. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 24 agosto de 2001. Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5595MC003.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. **Apelação Cível nº 2018.0001.000127-6**. Relator: Des. José Ribamar Oliveira. 2ª Câmara de Direito Público, de 30 de maio de 2019, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/242777253/djpi-22-05-2019-pg-25>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil** (de 16 de julho # 1934). Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Brasília – DF: Presidência da República.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Leis Constitucionais. Brasília – DF: Presidência da República. 1937.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil** (de 25 de março de 1824). Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Brasília – DF. 1984.

BRASIL. **Decreto nº 26.042, de 17 de dezembro de 1948**. Promulga os Atos firmados em Nova York a 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde. Brasília – DF: Presidência da República, 1948.

BRASIL. Decreto-Lei nº **2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília – DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. **Informativo nº 345, de 30 de abril de 2004**. Relator: Min. Herman Benjamin, Brasília – DF, 2004a. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informjurisdata/article/view/3983/4207>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. **Informativo nº 941, de 24 de maio de 2019**. Este Informativo, elaborado com base em notas tomadas nas sessões de julgamento do Plenário e das Turmas, contém resumos de decisões proferidas pelo Tribunal. A fidelidade dos textos ao conteúdo efetivo dos julgados, embora seja uma das metas almejadas pelo trabalho, somente poderá ser aferida após a publicação do acórdão no Diário da Justiça Eletrônico. O periódico disponibiliza, também, links de áudios dos resumos produzidos. Brasília, 2019.

BRASIL. **Lei de nº 7210, de 11 de julho de 1984**. Institui a lei de execução penal. Brasília-DF: Presidência da República, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 14 ago. 2020.

BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**. Assembleia Geral das Nações Unidas. 1992. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. **Plano Nacional de Saúde – PNS: 2012-2015**. Secretaria-Executiva. Subsecretaria de Planejamento e Orçamento. Brasília: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em: https://docs.bvsalud.org/biblioref/2020/11/808968/plano_nacional_saude_2012_2015.pdf. Acesso em: 29 jan. 2021.

BRASIL. **Portaria Interministerial nº 1.777**, de 09 de setembro de 2003. Brasília – DF: Presidência da República. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2003/pri1777_09_09_2003.html. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. **RE 841526 Recurso Extraordinário** (Processo Físico). Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público. Relator: Min. Luiz Fux, de 30 março de 2016b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4645403>. Acesso em: 12 maio 2021.

BRASIL. **Recurso Extraordinário RE 271.286**. AIDS/HIV. Distribuição gratuita de medicamentos em favor de pessoas carentes. Legislação compatível com a tutela constitucional da saúde (CF, ART. 196). Precedentes do supremo tribunal Federal. Relator: Min. Celso de Melo, 12 de setembro de 2000. 2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825415/recurso-extraordinario-re-271286-rs-stf>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Recurso Extraordinário RE 70395** (Segunda Turma). Gratificação Especial por serviço prestado com risco de vida e saúde correspondente ao período de 10.2.60. A 26.6.64 e pleiteada por gráficos do Ministério da Marinha. Se o direito a essa vantagem não chegou a aperfeiçoar-se, a justiça não tem como reconhecer-lo. Recurso não reconhecido. Relator: Min. Antônio Neder, 9 outubro de 1972b. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14665654/recurso-extraordinario-re-70395-gb/inteiro-teor-103062777>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. **Recurso Extraordinário RHC 56209** (Segunda Turma). Crime contra a saúde pública, art.279-cp. sendo a responsabilidade penal personalíssima, o resultado só e imputável a quem lhe deu causa. inaplicável e a extensão dos critérios da culpa aquiliano ao campo do direito penal. Atipicidade dos fatos narrados na denúncia - falta de justa causa. rhc, conhecido e provido. Relator: Moreira Alves, 12 maio de 1978. 1978. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14611023/recurso-em-habeas-corpus-rhc-56209-rj/inteiro-teor-103039385>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. **Recurso extraordinário: RE 1027633/SP**. Responsabilidade Civil – Indenização – Réu Agente Público – Artigo 37 § 6º, da Constituição Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. 14 ago. 2019. 2019. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861748237/recurso-extraordinario-re-1027633-sp-sao-paulo-0001053-9220108260607/inteiro-teor-861748239?ref=juris-tabs>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Recurso extraordinário: RE 30721** (Segunda Turma). Médicos Sanitaristas do Ministério da Educação e Saúde. Proventos da inatividade. Aplicação

da Lei nº 1.333, de 1951. Recurso não reconhecido. Relator: Lafayette de Andrada, data do julgamento 1 de janeiro de 1970. 1970. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/823155/recurso-extraordinario-re-30721>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. **Recurso extraordinário: RE 51636** (Primeira Turma). Despedida após readmitido por restabelecimento de saúde, o empregado despedido tem todos os direitos consequentes da dispensa comum, inclusive aviso prévio. Relator: Candido Motta, 31 de dezembro de 1969. 1969. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/685084/recurso-extraordinario-re-51636/inteiro-teor-100406663>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. **Recurso Extraordinário: RE 657.718** Minas Gerais. Relator: Min. Marco Aurélio, de 22 maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. **Recurso extraordinário: RE 74665 GB** (Segunda Turma). Funcionalismo. Gratificação de risco de vida e saúde (Art. 145, VI da Lei nº 1711/52. Servidores e administração do Porto do Rio de Janeiro. Havendo ato da autarquia fixando-lhe a percentagem, devem auferi-la os servidores que, em ação ordinária, provaram satisfazer as condições necessárias. Recurso Extraordinário conhecido e provido, em partes. Relator: Xavier de Albuquerque, 5 de dezembro de 1972. 1972a. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/715273/recurso-extraordinario-re-74665-gb/inteiro-teor-100432181>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. **Recurso extraordinário: RE136247** (Primeira Turma). Responsabilidade civil do Estado: fuga de preso – atribuída à incúria da guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão – preordenada ao assassinio de desafetos a quem atribuída a sua condenação, na busca dos quais, no estabelecimento industrial de que fora empregado, veio a matar o vigia, o marido e pai dos autores: indenização deferida. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 20 de junho de 2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14754416/recurso-extraordinario-re-136247-rj/inteiro-teor-103139495>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Conselho Nacional de Justiça. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016a.

BRASIL. **Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 14 de novembro de 2014**: medidas provisórias a respeito do Brasil - assunto do complexo penitenciário de pedrinhas. Conselho Nacional de Justiça. 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf. Acesso em 11 de out. de 2021.

BRASIL. **Súmula n. 617**. A ausência de suspensão ou revogação do livramento condicional antes do término do período de prova enseja a extinção da punibilidade pelo integral cumprimento da pena. Terceira Seção, aprovada em 26/09/2018, DJe 01/10/2018. Brasília – DF: Superior Tribunal de Justiça – Informativo de Jurisprudência. 2018. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informjurisdata/article/view/3894/4120>. Acesso em: 26 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça STJ. **Recurso Especial: Resp. 0061724-08.2012.8.11.0000 MT 2013/0192671-0**. Direito Administrativo e outras matérias de direito público. Relator: Exmo. Sr. Min. Mauro Campbell Marques, de 3 de junho de 2014b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Min. Marco Aurélio, 8 de junho de 2021. Disponível: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 662.563 Agr./GO**. Recurso Extraordinário com Agravo. Relator: Min. Gilmar Mendes, 02 de abril de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4163649>. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 70.389/SP**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sydney Sanches, de 23 de junho de 1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 459.749/PE**. Constitucional Administrativo. Civil. Relator: Joaquim Barbosa. Responsabilidade Civil do Estado: Responsabilidade Objetiva. Brasília, 8 março, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso especial: Resp. 1657156**. Relator: Min. Bendito Gonçalves, 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 175 CE**. Relator: Min. Gilmar Mendes, de 17 março de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF – AG. REG. **No recurso extraordinário com agravo: ARE 662563 GO**. Relator Min. Gilmar Mendes, de 20 de março de 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21459787/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-662563-go-stf/inteiro-teor-110360841>. Acesso em: 3 maio 2021.

BRASIL. **Tutela Provisória incidental na arguição de descumprimento de preceito fundamental 756 Distrito Federal**. Relator: Ricardo Lewandowski, 15 janeiro de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345429635&ext=.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Maria Cristina Vidal. As assistências previstas na Lei de Execução Penal: uma tentativa de inclusão social do apenado. **Ser Social**, Brasília, v. 11, n. 23,

2009. Disponível em:

https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/12746/11147. Acesso em: 11 abr. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 10. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. A saúde mental de infratores presos numa unidade prisional da cidade de Salvador. *In*: COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas; CARVALHO FILHO, Milton Júlio (Org.). **Prisões numa abordagem interdisciplinar** [online]. Salvador: EDUFBA, 2012, pp. 131-144. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/7mkg8/epub/coelho-9788523217358.epub>. Acesso em: 11 abr. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Brasília-DF: Instituto de ensino e pesquisa. INSPER, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ximenes Lopes versus Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006 (Mérito, Reparações e Custas). 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

DALLARI, S. G. O direito à saúde. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, p. 57-63, 1988.

DAMAS, Fernando Balvedi; OLIVEIRA, Walter Ferreira. A saúde mental nas prisões de Santa Catarina, Brasil. **Cadernos Brasileiros de Saúde Mental**, Florianópolis, v. 5, n. 12, p.1-24, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/cbsm/article/view/68595/41300>. Acesso em: 03 mar. 2021.

DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora na Inglaterra**. São Paulo, Global Ed., 1986.

FELÍCIO, Érick Vanderlei Micheletti. **O direito à saúde das pessoas em situação de privação de liberdade pelo encarceramento**. Universidade Santa Cecília, Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, Santos, SP, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRAGOSO, Heleno. Boletim 150. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/3874/>. Acesso em: 03 mar. 2021.

GIL, Antonio Carlos *et al.* **Como elaborar projetos de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Pesquisa Nacional de Saúde**. Brasília: IBGE, 2013.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67-68.

LAMY, Marcelo. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Brasil: Elsevier, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2020.

MALDONATO, Viviane Nóbrega. O Poder Judiciário e o princípio da reserva do possível. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 16, n. 40, abr.-jun., 2015. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/40c%2013.pdf?d=636688172701896480>. Acesso em: 03 mar. 2021.

MATO GROSSO DO SUL. **Recurso Extraordinário 580.252 Mato Grosso do Sul**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, de 16 fevereiro de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>. Acesso em: 03 mar. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENEZES, Bruno Seligman de; MENEZES, Cristiane Penning Pauli de. O acesso à saúde no sistema penitenciário: a (in) observância da lei de execuções penais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 17, n. 122, 2014.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível: AC 10123160051405001 MG**. Relator: Darcio Lopardi Mendes, de 14 maio de 2020. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861525346/apelacao-civil-ac-10123160051405001-mg>. Acesso em: 14 nov. 2021.

MINAYO Maria Cecília de Souza; RIBEIRO Adalgisa Peixoto. Condições de saúde dos presos do estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Ciência e saúde coletiva** [online], v.

21, n. 7, p.2031-2040, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232015217.08552016>. Acesso em 03 mar. 2021.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Almir de. **Curso de Direitos Humanos**. 1. ed. São Paulo: Editora Forense, 2000.

OLIVEIRA, Otaviano Passos de; TEITELBAUM, Paulo Oscar. Delinquência no Rio Grande do Sul: um estudo da população carcerária. SANTOS, José Vicenti Tavares dos. **Violência em tempo de globalização**. 1 ed. São Paulo: Hucitec; 1999.

PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. Tortura em tempos de encarceramento em massa. 2018. Disponível em: <https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Tortura-em-tempos-de-encarceramento-em-massa-2018.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

PASTORAL CARCEREIRA. Vozes marcadas pelo cárcere: depoimentos de presos sobre o sistema carcerário. Combate e Prevenção à tortura, 2018. Disponível em: <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/vozes-marcadas-pelo-carcere-depoimentos-de-presos-sobre-o-sistema-carcerario>. Acesso em: 18 nov. 2021.

PASTORAL CARCEREIRA. Depoimentos dos Presos. 2021. Disponível em: <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/vozes-marcadas-pelo-carcere-depoimentos-de-presos-sobre-o-sistema-carcerario>. Acesso em: 08 abr. 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ. Apelação Cível: APL 00185297220198190042. Relator: Des.(a) Alcides da Fonseca Neto, de 29 de julho de 2020. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/934125869/apelacao-apl-185297220198190042>. Acesso em: 15 nov. 2021.

ROCHA, José Antonio Meira da. **As etapas da pesquisa**. Como fazer TCC. 2010. Disponível em: <https://meiradarocha.jor.br/news/tcc/2010/06/21/as-etapas-da-pesquisa/>. Acesso em 14 ago. de 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. **Apelação Cível: AC 1003602-56.2019.8.26.0053 SP 1003602-56.2019.8.26.0053**. Relator: Aliende Ribeiro, 7 de julho de 2020. 2020. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/895264789/apelacao-civel-ac-10036025620198260053-sp-1003602-5620198260053/inteiro-teor-895264849>. Acesso em: 18 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. **Apelação Cível: AC 1015697-84.2019.8.26.0032 SP 1015697-84.2019.8.26.0032**. Relator: Oscild de Lima Júnior, 26 de outubro de 2020. 2020a. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1114285530/apelacao-civel-ac-10156978420198260032-sp-1015697-8420198260032>. Acesso em: 18 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. **Apelação Cível: 10451109620188260576 SP 1045110-96.2018.8.26.0576**. Relator: Rebouças de Carvalho, 8 de junho de 2020. 2020b. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/886924762/apelacao-civel-ac-10451109620188260576-sp-1045110-9620188260576/inteiro-teor-886924781>. Acesso em: 20 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. **Apelação Cível: 10065949220168260053 SP 1006594-92.2016.8.26.0053**. Relator: Teresa Ramos Marques. 31 julho de 2020c. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/928123147/apelacao-civel-ac-10065949220168260053-sp-1006594-9220168260053/inteiro-teor-928123359>. Acesso em: 20 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. **Apelação Cível: AC 10206465820198260451 SP**. Relator (a): Daniela Maria Cilento Morsello, de 28 outubro de 2020. 2020f. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1112909872/apelacao-apl-10206465820198260451-sp-1020646-5820198260451/inteiro-teor-1112909931?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. **Apelação Cível: AC: 10037874020198260168 SP 1003787-40.2019.8.26.0168**. Relator: Flora Maria Nesi Tossi Silva, 19 de novembro de 2020d. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1128837620/apelacao-civel-ac-10037874020198260168-sp-1003787-4020198260168>. Acesso em: 20 nov. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo TJ-SP. **Apelação Cível: AC: 10115187720188260506 SP 1011518-77.2018.8.26.0506**, Relator: Paulo Barcellos Gatti, 19 de outubro de 2020. 2020e. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943632971/apelacao-civel-ac-10115187720188260506-sp-1011518-7720188260506?ref=amp>. Acesso em: 20 nov. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 75, n. 3, p. 116-149, jul./set. 2009. Disponível: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/13602>. Acesso em: 9 fev. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 1, out./dez. 2007. Disponível: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590/73>. Acesso em: 9 fev. 2021.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Padre. Valdir. Depoimento retirado da entrevista postada no site da Pastoral Carcerária. 2017. Disponível em: <https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/pe-valdir-tortura-e-institucional-ao-sistema-carcerario>. Acesso em: 9 fev. 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VIENA. Declaração e Programa de Ação de Viena. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos Viena, 1425 de Junho de 1993. 1993. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2021.