

ARIANE DE LIMA LOPES
ANDRÉ GUSTAVO BASSO CHELEGUINI

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO



Ariane de Lima Lopes
André Gustavo Basso Cheleguini

**O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE
NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO**

1ª Edição

Belém-PA
Home Editora
2023

© 2023 Edição brasileira
by Home Editora

© 2023 Texto
by Autor

Todos os direitos reservados

Home Editora

CNPJ: 39.242.488/0002-80

www.homeeditora.com

contato@homeeditora.com

9198473-5110

Av. Augusto Montenegro, 4120 - Parque Verde, Belém - PA, 66635-110

Editor-Chefe

Prof. Dr. Ednilson Ramalho

Diagramação e capa

Autores

Revisão de texto

Autores

Bibliotecária

Janaina Karina Alves Trigo Ramos

Produtor editorial

Nazareno Da Luz

Catálogo na publicação

Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

L864d

Lopes, Ariane de Lima

O direito fundamental à saúde no âmbito do sistema prisional brasileiro / Ariane de Lima Lopes, André Gustavo Basso Cheleguini. – Belém: Home, 2023.

Livro em pdf

ISBN: 978-65-85712-17-0

DOI: 10.46898/home.d053ac4b-f9e1-49cb-96c4-bba69ccf57b7

I. Direitos humanos. I. Lopes, Ariane de Lima. II. Cheleguini, André Gustavo Basso. III. Título.

CDD 341.481

Índice para catálogo sistemático

I. Direitos humanos



Todo o conteúdo apresentado neste livro é de responsabilidade do(s) autor(es).
Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-SemDerivações 4.0 Internacional.

Conselho Editorial

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza - UFOPA
(Editor-Chefe)

Prof. Dr. Laecio Nobre de Macedo-UFMA

Prof. Dr. Aldrin Vianna de Santana-UNIFAP

Prof. Dr. Carlos Erick Brito de Sousa-UFMA

Prof^a. Dra. Renata Cristina Lopes Andrade-FURG

Prof. Dr. Clézio dos Santos-UFRRJ

Prof. Dr. Rodrigo Luiz Fabri-UFJF

Prof. Dr. Manoel dos Santos Costa-IEMA

Prof. Dr. Rodolfo Maduro Almeida-UFOPA

Prof. Dr. José Moraes Souto Filho-FIS

Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos-UEL

Prof^a. Dra. Maria de Fatima Vilhena da Silva-UFPA

Profa. Dra. Dayse Marinho Martins-IEMA

Prof. Dr. Daniel Tarciso Martins Pereira-UFAM

Prof^a. Dra. Elane da Silva Barbosa-UERN

“Acreditamos que um mundo melhor se faz com a difusão do conhecimento científico”.

Equipe Home Editora

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”. (Albert Einstein)

RESUMO

A presente obra versa sobre o direito fundamental à saúde no âmbito do sistema prisional brasileiro, tece considerações acerca da assistência à saúde, especialmente para a população carcerária. Nesse sentido, para uma melhor ilustração, são abordados os direitos fundamentais de forma geral, o direito à saúde na CF/1988, bem como análise de jurisprudências dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Rio de Janeiro, com intuito de demonstrar sinteticamente o entendimento do Poder Judiciário sobre o direito à saúde nas instituições prisionais.

Palavras chave: Direito à saúde, direitos fundamentais, sistema penitenciário, Constituição de 1988.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDP – Centro de Detenção Provisória.

CIB – Comissão Intergestores Bipartite.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça.

CPC – Código de Processo Civil.

FESP – Fazenda do Estado de São Paulo.

LEP – Lei de Execução Penal.

NESC – Núcleo Especializado de Situação Carcerária.

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

STF – Supremo Tribunal Federal.

SUS – Sistema Único de Saúde.

TJ – Tribunal de Justiça.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1. DIREITOS HUMANOS E/OU DIREITOS FUNDAMENTAIS	03
1.1. Breves apontamentos históricos	04
1.2. Gerações dos direitos fundamentais	06
1.3. Direitos e garantias na Constituição de 1988	08
1.4. Interpretação dos direitos fundamentais	09
2. DIREITOS SOCIAIS	12
2.1. Mínimo existencial	13
3. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	16
3.1. Sistema Único de Saúde	20
3.2. Judicialização do Direito à Saúde	21
4. NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA	24
4.1. Concessão de Liminar	25
4.2. Análise de Jurisprudências de Tribunais de Justiça	26
CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	53

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988) dispõe sobre o direito à saúde numa dimensão social, resultado da evolução dos direitos fundamentais. O direito à saúde pode ser considerado o direito fundamental e social de maior relevância, uma vez que está ligado essencialmente ao direito à vida.

Acerca do direito à saúde, Silva (2005, p. 308-309) explica que:

não era de todo estranho ao nosso Direito Constitucional anterior, que dava competência à União para legislar sobre defesa e proteção da saúde, mas isso tinha sentido de organização administrativa de combate às endemias e epidemias. Agora é diferente, trata-se de direito do homem.

Segundo o artigo 23, inciso II da CF/1988, os deveres elencados no artigo 196, de promover a prestação de saúde, de expandir as políticas públicas que intencionam a diminuição de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, são de competência comum aos entes federativos.

Nesse contexto, a saúde é direito de todos e dever do Estado, razão pela qual, são diversas as hipóteses de conflitos entre o cidadão e o Estado que conduz a propositura de ações judiciais visando à garantia desses direitos.

O estudo do presente tema se mostra relevante, na medida em que aborda o direito fundamental à saúde no sistema prisional brasileiro e se tratando de pessoas privadas de liberdade, a exposição se dá em face de uma singela análise de jurisprudências, de forma a externar o entendimento do Poder Judiciário a respeito deste assunto.

Haja vista que o Estado e Municípios, de forma geral, vêm constantemente se esquivando de suas obrigações de prestar os serviços de saúde à população carcerária, que não perdem sua condição de cidadão e destinatários dos serviços públicos, inclusive o de saúde, conforme dispõe o artigo 3º da Lei de Execução Penal (LEP).

O trabalho está estruturado da seguinte maneira: o primeiro e segundo capítulo trata de maneira genérica sobre os direitos fundamentais e direitos sociais, a fim de conceituar o direito à saúde de uma forma doutrinária e de forma consistente.

Além disso, o primeiro capítulo aborda sua evolução no contexto histórico e ao final tece considerações acerca da hermenêutica jurídica para compreender o sentido e o alcance das disposições constitucionais acerca dos direitos e garantias fundamentais.

Ademais, o segundo capítulo tem como intuito compreender os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem. Para tanto, aborda-se seus aspectos históricos, bem como sua vinculação com o mínimo existencial, acerca do princípio da dignidade da pessoa humana.

O capítulo seguinte tem como objetivo compreender o direito à saúde na CF/1988, seus aspectos históricos, o Sistema Único de Saúde, assim como a judicialização do direito à saúde, haja vista ser esse o enfoque do trabalho. Nessa perspectiva, merece destaque a competência comum dos entes federativos relativo ao dever de garantir a saúde para todos os cidadãos, inclusive para aqueles privados de liberdade.

Por fim, o quarto capítulo, como ponto chave do presente estudo, é dirigido à análise de jurisprudências das decisões de segunda instância, com escopo de verificar como está sendo conceituado e aplicado o direito à saúde no sistema penitenciário brasileiro.

1. DIREITOS HUMANOS E/OU DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal de 1934 foi a primeira a utilizar as expressões de Direitos e Garantias Fundamentais, abrangendo as inúmeras espécies de direitos que, consoante à terminologia e classificação consagrada no direito constitucional positivo brasileiro vigente, são os assim chamados direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, os quais compõem o estatuto constitucional dos partidos políticos e a liberdade de associação partidária (SARLET, 2017, p. 330-331).

Considerando os direitos e garantias fundamentais como gênero e as demais acima referidas como espécies, o direito constitucional acabou adotando a tendência dominante no âmbito do direito comparado (SARLET, 2017, p. 331).

Essa terminologia possui expressões sinônimas, como “direitos humanos”; “direitos do homem”; “direitos subjetivos públicos”; “liberdades públicas”; “direitos individuais”; “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”; exceto no caso da expressão “direitos humanos”, as outras se referem a conceitos mais limitados do que o complexo mais amplo representado pelos direitos fundamentais (SARLET, 2017, p. 331).

Por um lado, “direitos humanos” é a expressão mais utilizada no âmbito da filosofia política e das ciências sociais de uma forma geral e do direito internacional, por outro, “direitos fundamentais” é a terminologia adotada no direito constitucional, incluindo no Brasil (SARLET, 2017, p. 331).

Outrossim, pela notável relevância da questão e por se tratar seguramente das duas expressões mais utilizadas e aceitas, é preciso dedicar alguma atenção às suas possíveis distinções, que têm sido reconhecidas por ampla doutrina e pela jurisprudência.

Não há dúvida que os direitos fundamentais, de certa forma, são também direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, mesmo que representado por entes coletivos (SARLET, 2017, p. 332).

O termo “direitos fundamentais” se aplica àqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, à medida que a expressão “direitos humanos” se relaciona com os documentos de

direito internacional, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional (SARLET, 2017, p. 332).

Reconhecer essa diferença, todavia, não significa desconsiderar a relação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, visto que a maior parte das constituições do segundo pós-guerra se inspirou tanto na Declaração Universal de 1948 quanto nos diversos documentos internacionais (SARLET, 2017, p. 333).

Importa salientar, por fim, que não se trata de noções incompatíveis e sim cada vez mais relacionadas entre si, o que não afasta o cenário de se tratar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas (SARLET, 2017, p. 333).

O tópico a seguir apresenta uma breve evolução histórica a fim de aprimorar a compreensão dos direitos humanos e fundamentais.

1.1. Breves apontamentos históricos

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias, permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas (BRANCO, 2017, p. 127).

Os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, principalmente no pensamento greco-romano e na tradição judaico-cristã (SARLET, 2017, p. 334-335).

Do Antigo Testamento herdamos a ideia de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus. Por sua vez, da doutrina estoica greco-romana e do cristianismo herdamos as teses da humanidade e igualdade de todos os homens em dignidade, para os cristãos, perante Deus (SARLET, 2017, p. 335).

Fora no século XVIII, especialmente na França com Rousseau (1712-1778), na América com Thomas Paine (1737-1809) e na Alemanha (Prússia) com Kant (1724-1804), que o processo de concepção doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais atingiu seu ponto máximo, tendo sido Thomas Paine o responsável pela propagação da expressão “direitos do homem” como substitutiva do termo “direitos naturais” (SARLET, 2017, p. 336).

A *Magna Charta Libertatum* (pacto firmado em 1215, na Inglaterra, pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses) serviu como referência para

alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade, juntamente com a Reforma Protestante, que levou à reivindicação e ao reconhecimento da liberdade de opção religiosa e de culto em diversos países da Europa; ambos os movimentos foram de suma importância para a evolução que conduziu ao nascimento dos direitos fundamentais (SARLET, 2017, p. 337).

Além disso, as Declarações de Direitos da Inglaterra, do século XVII, principalmente, a chamada Petição de Direitos (*Petition of Rights*), de 1628, firmada por Carlos I, e o Ato de Habeas Corpus (*Habeas Corpus Act*), de 1679, subscrito por Carlos II, assim como a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), de 1689, promulgada pelo Parlamento, e que entrou em vigor já no reinado de Guilherme d'Orange, como resultado da denominada "Revolução Gloriosa", de 1688, representaram a evolução das liberdades, acarretando expressiva ampliação, tanto no que diz respeito ao conteúdo das liberdades reconhecidas, quanto no que tange à extensão da sua titularidade a todos os cidadãos ingleses (SARLET, 2017, p. 338).

Embora tais documentos da Inglaterra, tenham passado a integrar a tradição constitucional inglesa, os direitos neles reconhecidos não podem ser equiparados aos direitos fundamentais atualmente consagrados nas constituições (SARLET, 2017, p. 338).

Acerca da divergência doutrinária sobre a paternidade dos direitos fundamentais, concorrida entre a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa, de 1789, fora os direitos consagrados nas primeiras emendas integradas à Constituição norte-americana, que resultaram a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais (SARLET, 2017, p. 338).

A Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, que era uma das treze colônias inglesas da América, datada de 12 de janeiro de 1776, foi anterior à Declaração de Independência dos Estados Unidos, mas ambas foram inspiradas nas teorias de Locke, Rousseau e Montesquieu, sendo versadas especialmente nos escritos de Jefferson e Adams e postas em prática por James Madison, George Mason entre outros (SILVA, 2005, p. 153).

Pelo que se vislumbra, não há propriamente uma inspiração das declarações de direitos e sim lutas e reivindicações para alcançar os direitos nelas consolidados (SILVA, 2005, p. 173).

De fato, a vinculação do próprio Estado às cláusulas constitucionais, acompanhada, logo após, da garantia do controle judicial da constitucionalidade das leis e atos do poder estatal por meio da Suprema Corte, resultou na consagração da noção de direitos fundamentais como direitos de hierarquia constitucional, oponíveis pelo cidadão ao Estado.

Além do legado norte-americano, importa destacar a relevância da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, fruto da revolução que provocou a queda do Antigo Regime e o início da ordem liberal-burguesa na França (SARLET, 2017, p. 338-339).

Os direitos fundamentais assumem posição de efetiva relevância na sociedade quando se altera a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem relativo ao indivíduo se ajustam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos (BRANCO, 2017, p. 127).

1.2. Gerações dos direitos fundamentais

Outro entendimento histórico dispõe sobre a evolução dos direitos fundamentais em gerações/dimensões. Desde o seu reconhecimento nas primeiras constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz respeito a seu conteúdo, quanto no que tange à sua titularidade, eficácia e efetivação.

É preciso salientar que há fundadas críticas com relação ao próprio termo “gerações”, na visão de Sarlet (2017, p. 339-340):

o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.

Por sua vez, há concordância de opiniões no que tange ao assunto referente às três primeiras dimensões dos direitos fundamentais (SARLET, 2017, p. 339-340).

Para Bonavides (2019, p. 577-578), a primeira geração são os direitos à liberdade e os primeiros a serem constatados no instrumento normativo constitucional. Referem-se aos direitos civis e políticos e seu titular é o indivíduo, sendo oponíveis ao Estado, ou seja, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Segundo o mesmo autor, a segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das diferentes formas de Estado social, depois que germinaram por atuação da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo corresponderia a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Nas palavras de Sarlet (2017, p. 342):

Nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, Constituição Brasileira de 1824 e Alemã de 1849, ainda hoje, se caracterizam por assegurarem aos indivíduos, direitos a prestações sociais por parte do Estado, tais como prestações de assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de constituições, além de constituírem o objeto de diversos pactos internacionais.

A terceira geração prossegue Bonavides (2019, p. 583-584), é o chamado direito da fraternidade, o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação, têm por destinatário o gênero humano, ou seja, têm uma titularidade indefinida e indeterminada.

Por fim, explica Bonavides (2019, p. 586-587) que a quarta geração é o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de universalidade. E esses direitos resumem o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos.

Na mesma linha de pensamento, Tavares (2012, p. 501) explica que, ao longo da história, assistiu-se à consagração dos direitos civis, dos direitos políticos, dos direitos sociais básicos e econômicos, dos direitos coletivos, dos direitos das minorias e do direito ao desarmamento.

Para ele, a existência de várias dimensões é perfeitamente compreensível, já que decorrem da própria natureza humana, pois as necessidades do homem são intermináveis, o que, por sua vez, determina o surgimento de novas espécies de necessidades do ser humano.

Sua visão está em consonância aos esclarecimentos anteriores, de forma que, a primeira dimensão são os direitos individuais e direitos políticos; a segunda dimensão são os direitos sociais, a terceira dimensão são os direitos coletivos ou difusos como o direito ao consumidor e direito ambiental e a quarta dimensão são os direitos da minoria.

O presente estudo foca apenas na segunda geração, que são os direitos de grupos sociais menos favorecidos, e que impõem ao Estado uma obrigação de fazer, de prestar direitos positivos (como por exemplo: à assistência social; saúde; educação; trabalho; lazer; entre outros), razão pela qual visa estabelecer uma liberdade e igualdade para todos, mediante ação corretiva dos Poderes Públicos.

Consiste no pressuposto de que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas para exercê-la.

1.3. Direitos e garantias na Constituição de 1988

Na Constituição Federal de 1988, há direitos que tem como objetivo um bem típico do indivíduo, como a vida, honra e liberdade física. Existem outras normas também que de forma indireta protegem esses direitos, por vezes, ao limitar procedimentalmente o exercício do poder. Essas normas dão origem aos direitos e garantias fundamentais, que assegurem às pessoas a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao seu direito instrumentalizado (BRANCO, 2017, p. 155).

É necessário garantir o direito, não basta que seja conhecido e declarado, uma coisa são os direitos, outra coisa as garantias. As disposições puramente declaratórias no texto Constitucional são as que fixam a existência legal aos direitos

reconhecidos, já as disposições assecuratórias são as que limitam o poder em defesa dos direitos, uma institui o direito, outra a garantia (SILVA, 2005, p. 186).

Na Constituição não consta uma regra que separa as duas categorias, nem adota um vocabulário preciso acerca das garantias, como por exemplo, no Capítulo I, do Título II, intitulado “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, que não cita as garantias, mas boa parte se constitui em garantias, reconhecendo os direitos e garantindo-os (SILVA, 2005, p. 186).

Nesse contexto, é preciso compreender o sentido e o alcance das disposições constitucionais acerca dos direitos e garantias fundamentais, daí a necessidade de uma breve discussão sobre a hermenêutica jurídica.

1.4. Interpretação dos direitos fundamentais

Até meados do século XX não havia em que se falar de direito com interpretação, somente depois dos 50 anos houve interpretação da Constituição, o que passou a valer também para a hermenêutica dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2019, p. 611).

Toda interpretação dos direitos fundamentais se vincula acerca da teoria dos direitos fundamentais e esta, por sua vez, na teoria da Constituição e ambas a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania, objetivando uma ideologia no sentido político, jurídico e social (BONAVIDES, 2019, p. 612).

De tal concepção nasce o contexto teórico, que faz a legitimidade dos direitos fundamentais e da Constituição, traduzida através dos valores da ordem democrática do Estado de Direito, onde repousa a eficácia das regras constitucionais e da estabilidade de princípios do ordenamento jurídico, conduzido por uma teoria material da Constituição (BONAVIDES, 2019, p. 612).

No campo tradicional do Direito Privado, os publicistas – escritores políticos – identificaram e classificaram as teorias de direitos fundamentais sem as desenvolver, notando a impossibilidade de alguém atuar na esfera interpretativa de direitos fundamentais ou cláusulas constitucionais, apenas com o recurso de técnicas jurídicas de interpretação determinadas no simples exame de texto das disposições legais, ou seja, insuficientes para captar o sentido das cláusulas

principais de uma Constituição ou seu alcance normativo pluridimensional de um direito fundamental (BONAVIDES, 2019, p. 612-613).

No direito público, o formalismo positivista visava equiparar a Constituição à lei, como se ambas fossem dotadas da mesma estrutura, natureza e substância. A Constituição é lei, mas é, sobretudo, direito, tal como é reconhecido pela teoria material da Constituição (BONAVIDES, 2019, p. 613).

Como nos ensina Bonavides (2019, p. 613) se percebe que:

aquele dedutivismo formalista excluía da Ciência do Direito e da tarefa hermenêutica a consideração de princípios e valores, sem cuidar que estes formam o tecido material e o substrato estrutural já da Constituição, já dos direitos fundamentais. Afastados da interpretação sem eles não há, em rigor concretização, por não haver “pré-compreensão”, e, não havendo “pré-compreensão”, quase todo Direito Público tende a ficar abalado em seus alicerces, fundamentos e legitimidade.

Ao criar a Nova Hermenêutica, o Direito Constitucional acolheu o plano científico do Direito as considerações axiológicas, referidas unicamente aos valores no direito positivo que constituem a matéria-prima do sociologismo jurídico ou do concretismo (BONAVIDES, 2019, p. 614).

A Nova Hermenêutica, cuja metodologia tem como um dos seus basilares o princípio da proporcionalidade, já oferece os seguintes resultados: a criação científica de um novo Direito Constitucional, ou ao menos uma reconstrução desse ramo da ciência jurídica; a formação da teoria material da Constituição fora das rígidas limitações do positivismo formalista e por último a inauguração no Direito Público de um novo polo de interpretações concentradas nas esferas jusprivatista e juscivilista; a criação de duas novas teorias hermenêuticas, isto é, uma a de interpretação mais ampla da Constituição e outra mais restrita dos direitos fundamentais, porém, ambas originais e autônomas (BONAVIDES, 2019, p. 614-615).

Assim, surge, a necessidade de uma atuação valorativa, fática e material que se cumpre por meio de uma nova técnica interpretativa, a técnica concretizadora, fundada num voluntarismo subjetivo ou objetivo – a vontade da lei ou a vontade do legislador – na qual o intérprete se volta para uma “compreensão” do conteúdo da norma que se vai concretizar. Esse ato se vincula tanto na “pré-compreensão” do

intérprete, como ao problema concreto que se vai resolver (BONAVIDES, 2019, p. 636-637).

Nessa perspectiva Canotilho (1998, p. 1075) ensina que concretizar a Constituição consiste, fundamentalmente, no processo de densificação¹ de regras e princípios constitucionais:

A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do *texto da norma* (do se enunciado) para uma norma concreta – *norma jurídica* – que, por sua vez, será apenas um resultado intermédio, pois só com a descoberta da *norma de decisão* para a solução dos casos jurídico-constitucionais teremos o resultado final da concretização.

A Constituição possui normas que se interpretam e normas que se concretizam, desde a Nova Hermenêutica, é possível notar essa relevante distinção, pois foi a partir dela que fora introduzido o conceito novo de concretização, inerente à interpretação de boa parte da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais e das cláusulas abstratas e genéricas do texto constitucional, os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se (BONAVIDES, 2019, p. 622-624).

Após esse capítulo onde os direitos humanos e fundamentais foram analisados de forma geral, cabe agora focar nos direitos sociais.

¹ Densificar uma norma quer dizer preencher, completar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, principalmente carecido de concretização, com intuito de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos (CANOTILHO, 1998, p. 1075).

2. DIREITOS SOCIAIS

Como ensina Silva (2005, p. 286-287), os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações 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 têm conexão direta com o direito da igualdade.

A CF/1988 foi a primeira carta na história brasileira a prever um título específico para os chamados direitos e garantias fundamentais, onde foram também consagrados os direitos sociais básicos e de caráter mais geral. Embora na evolução constitucional já tivesse sido previsto algumas normas, tais como a assistência jurídica, proteção à maternidade e à infância, direito à educação, entre outros, geralmente especificados no catálogo dos direitos individuais ou por meio de regras estabelecidas nos títulos da ordem econômica e social, apenas no texto promulgado em 10 de outubro de 1988 que os direitos sociais foram efetivamente positivados na condição de direitos fundamentais (SARLET, 2017, p. 635).

Os direitos sociais, como direitos de segunda geração, são aqueles que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma operante de Estado na efetivação da igualdade social dos hipossuficientes. Por este motivo são conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais (TAVARES, 2012, p. 838).

O artigo 6º, da CF/1988, no qual estão situados os direitos sociais básicos, sem prejuízo aos direitos específicos de outros direitos sociais e dos trabalhadores, enfatiza o forte compromisso com a justiça social, comprometimento este reforçado pelos princípios fundamentais elencados no Título I da Constituição, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III), positivada como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito.

Tal princípio atua como verdadeiro fio condutor relativo aos diversos direitos fundamentais, reforçando a existência de uma recíproca particularidade entre os direitos civis e políticos, designados por muitos como direitos individuais ou direitos de liberdade e os direitos sociais, na medida em que os direitos fundamentais apresentam parcelas do conteúdo e dimensões do princípio da dignidade humana (SARLET, 2017, p. 636-637).

Ademais, a busca da justiça social, portanto, o compromisso com a realização dos direitos sociais, guarda sintonia com os objetivos fundamentais da República elencados no artigo 3.º da Constituição, que estabelece como norte a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a redução das desigualdades sociais (SARLET, 2017, p. 637).

Salienta-se por fim, que os direitos sociais somente podem ser compreendidos e aplicados da forma adequada a partir de uma análise conjunta e sistemática de todas as normas constitucionais que direta e indiretamente a eles se vinculam, assim como à luz de toda a legislação infraconstitucional e da jurisprudência que os concretiza. Além de que, na sua condição de direitos fundamentais, os direitos sociais exigem uma abordagem que esteja em permanente diálogo com a teoria geral dos direitos fundamentais (SARLET, 2017, p. 638).

2.1. Mínimo existencial

A respeito do núcleo essencial mínimo, Piovesan (2014, p. 253) observa que:

o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem enfatizado o dever dos Estados-partes de assegurar, ao menos, o núcleo essencial mínimo, o *minimum core obligation* relativamente a cada direito enunciado no pacto, cabendo aos Estados o dever de respeitar, proteger e implementar tais direitos.

É evidente, que na atual quadra da evolução, a vinculação dos direitos sociais como uma garantia do mínimo existencial está relacionada ao objeto de controvérsia na doutrina e jurisprudência. Contudo, no Brasil, a figura do mínimo existencial na condição de direito e garantia fundamental, pode ser considerado relativamente recente, embora o objetivo de uma existência digna tenha sido antecipadamente prestigiado no plano do direito constitucional positivo (SARLET, 2017, p. 667).

A noção de um direito fundamental, e, portanto, garantia fundamental, nas condições materiais para ter uma vida digna, ocorreu primordialmente, numa elaboração dogmática na Alemanha do Segundo Pós-Guerra, com Otto Bachof, que não reclamaria o princípio da dignidade da pessoa humana, somente a garantia da liberdade, como também um mínimo de segurança social, vez que sem recursos

materiais para uma existência digna, ficaria sacrificada a própria dignidade (SARLET, 2017, p. 667).

Essa tese, preliminarmente, fora acolhida pelo Tribunal Federal Administrativo, e, posteriormente, pelo Tribunal Constitucional Federal, celebrando então, um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna. No momento atual, a doutrina alemã entende que a garantia engloba o conteúdo fundamental do princípio do Estado Social de Direito, formando uma de suas principais tarefas e obrigações.

De outro lado, a matéria do mínimo existencial é limitada por circunstâncias de tempo e espaço, assim como acarreta diálogo com o padrão socioeconômico vigente. A garantia de uma existência digna envolve consoante compreensão predominante, mais do que uma mera sobrevivência física, logo, situa-se além do limite da pobreza plena, não se reduzindo à mera existência física, mas também alcançando a garantia de um mínimo de inclusão social, tal como acesso aos bens culturais e participação na vida política (SARLET, 2017, p. 667).

O mínimo existencial resguarda não somente a vida humana em si, mas uma vida saudável, segundo Sarlet (2017, p. 668):

assim, muito embora também na doutrina e jurisprudência constitucional brasileira não se possa falar da existência de unanimidade no que diz com a noção de um mínimo existencial, a tendência amplamente majoritária converge no sentido de afirmar que o conteúdo do mínimo existencial ultrapassa a noção de um mínimo meramente vital ou de sobrevivência, para resguardar não só a vida humana em si, mas uma vida saudável, portanto, uma vida com certa qualidade.

O mínimo existencial, assim como a dignidade da pessoa humana, convive, mas não se confunde, com os direitos sociais, não perde sua possível autonomia na arquitetura constitucional. Além do mais, a noção de um mínimo existencial tem servido de parâmetro para definir o alcance do objeto dos direitos sociais, até mesmo para a determinação de seu conteúdo exigível, passando, portanto, critérios materiais relevantes para o intérprete e para o processo de concretização dos direitos sociais. De qualquer modo, se percebe que a relação entre o mínimo existencial e os direitos sociais exige permanente atenção e desenvolvimento por parte da doutrina e da jurisprudência constitucional (SARLET, 2017, p. 669).

No âmbito da jurisprudência brasileira, se destaca a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconhece proteção ao mínimo existencial tanto na perspectiva de um direito de defesa, quanto no que tange à sua vocação prestacional, e tem consolidado o entendimento de que nesta seara prestacional incumbe ao Estado, primeiramente, o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo existencial, em favor do cidadão (SARLET, 2017, p. 670).

Portanto, o mínimo existencial versa sobre um direito subjetivo, conseqüentemente, judicialmente exigível, à satisfação das necessidades ligadas ao mínimo existencial, e, desta forma, à dignidade da pessoa humana. No que diz respeito ao direito à saúde e o direito à educação já são várias as decisões do STF reconhecendo o dever de prestação, até mesmo em caráter originário, ou seja, não necessariamente dependente de prévia política pública ou previsão legal.

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira carta na história brasileira a prever um título específico para os chamados direitos e garantias, onde foram também consagrados o direito fundamental à saúde, previsto em seus artigos 196 e 197, e tem por objetivo o bem-estar e a justiça social.

3. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A Constituição Italiana foi a primeira a reconhecer a saúde como fundamental, direito do indivíduo e interesse da coletividade; a sua formulação universal se deu através da Constituição Portuguesa, em seu artigo 64, se destacando ainda a Constituição Espanhola, em seu artigo 64, e da Guatemala, em seus artigos 93 e 100, quatro Constituições que relacionam saúde com a seguridade social (SILVA, 2005, p. 309).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada no ano de 1948, é estabelecida por meio de duas categorias de direitos: os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Seu artigo XXV assegura o direito à saúde a todo homem, vejamos:

todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Esse dispositivo consagra a dignidade da pessoa humana, condição que esclarece o direito de se ter uma qualidade de vida.

No mesmo contexto, o protocolo adicional de San Salvador à convenção americana sobre direitos humanos, complementar ao “Pacto de San José da Costa Rica”, adotado pela Assembleia Geral da OEA em 17 de novembro de 1988 em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, também elenca em seu artigo 10 o direito à saúde:

1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.
2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:
 - a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;
 - b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;
 - c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas;

- d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;
- e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e
- f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

Segundo a CF/1988, o Estado tem o dever fundamental de promover a prestação de saúde, o dever de expandir as políticas sociais e econômicas que intencionam a diminuição de doenças, designada a proporcionar o acesso universal igualitário às ações e serviços para à promoção, à proteção e à recuperação da saúde, conforme expresso no artigo 196.

O artigo 196, em conjunto com os artigos 198 e 200 da CF/1988, tratam-se de um direito positivo “que exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas (...), que cujo cumprimento depende a própria realização do direito” (SILVA, 2005, p. 309).

Nas palavras de Sarlet (2017, p. 672):

basta uma leitura superficial dos dispositivos pertinentes (arts. 196 a 200) para que se perceba que nos encontramos, em verdade, no que diz com a forma de positivação, tanto em face de uma norma definidora de direito (direito à saúde como direito subjetivo, de todos, portanto de titularidade universal), quanto diante de normas de cunho impositivo de deveres e tarefas, pois o art. 196 enuncia que a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera).

É possível identificar no artigo 196 supracitado, dispõe acerca de direito individual e direito coletivo de proteção à saúde. Foi destacado pelo Ministro Celso de Mello, do STF, relator do AgR 393175/RS, a dimensão individual do direito à saúde, reconhecendo esse direito como um direito público subjetivo, assegurado pela maioria das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional, veja:

(...) PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO. PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES

DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES. DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - **O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. 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 (...).** (BRASIL. STF, Recurso Especial 393175 RS 2006), grifo nosso.

Esse direito subjetivo é resguardado pelas políticas sociais e econômicas, não há um direito pleno a todo e qualquer procedimento para suprir a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente de uma política pública existente que o execute, tem um direito público subjetivo e políticas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

O direito à saúde pode se estabilizar mediante ações de dimensão individual e mediante as políticas públicas (dimensão coletiva) que objetive a diminuição do risco de doenças e de outros agravos.

Observa-se a necessidade de criação de políticas que efetivem o direito à saúde mediante escolhas associadas, é certo que além da necessidade de dispor de recursos escassos através de critérios distributivos, o próprio avanço da medicina estabelece um viés programático ao direito à saúde, visto que sempre haverá uma nova descoberta, um novo diagnóstico, um novo exame ou um procedimento cirúrgico, uma nova doença ou o retorno de uma doença aparentemente cessada.

As políticas públicas devem buscar a diminuição do risco de doenças e de outros agravos, de maneira a comprovar sua redução preventiva. As ações

preventivas e serviços públicos na área da saúde são expressamente indicados como prioritárias, de acordo com o artigo 198 e inciso II, da CF/1988.

Fora estabelecido pelo constituinte um sistema universal de acesso aos serviços públicos, questão que reforça a responsabilidade solidária dos entes federativos, que garante consoante o artigo 7º, IV, da Lei do Sistema Único de Saúde nº 8.080/90 “a igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”.

No Brasil, a quebra de patente de medicamentos também pode ser incluída como forma de concretização de política pública, ocasionando maior eficácia ao direito à saúde.

As políticas públicas à saúde já existentes levam a conclusão de que os problemas de eficácia social do direito fundamental estão ligados a questão de implementação e manutenção dessas políticas, acarretando na composição dos orçamentos dos entes federativos, pois há falta de legislação específica, ou seja, o problema não é de existência e sim de execução administrativa das políticas públicas pelos entes da federação.

No mais, o direito à saúde é uma das vertentes do direito à vida, sendo, ainda, um resultado do princípio fundamental, alicerce de todo o ordenamento jurídico pátrio, que é a dignidade da pessoa humana, mencionada no artigo 1º, inciso III², da CF/1988.

Nesse sentido, lição de Sarlet (2017, p. 671), que diz:

é no âmbito do direito à saúde que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu respectivo objeto (no caso da dimensão positiva, trata-se de prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar etc.) com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. (...) O direito à vida (e, no que se verifica a conexão, também o direito à saúde) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana.

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana;

3.1. Sistema Único de Saúde

O Sistema Único de Saúde (SUS) criou o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde, no polo ativo podendo ser qualquer indivíduo ou a coletividade, vez que à promoção e à proteção da saúde é um direito coletivo, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde.

Essas ações e serviços públicos de saúde devem se integrar em todo o território nacional, compondo um sistema único, regionalizado e hierarquizado, organizado de forma descentralizada, com direção única em cada uma das esferas de governo (art. 198, caput e inciso I, da CF/1988), vale dizer, na esfera federal, estadual, distrital e municipal. Assim, a expressão “as ações e serviços públicos” de saúde tem como responsável o Poder Público, envolvendo todas as entidades federativas.

Também é por intermédio desse sistema que o Poder Público cria uma série de atividades do controle de substâncias relevantes para a saúde e outras destinadas ao aprimoramento das prestações sanitárias.

Conforme o disposto no artigo 200 da CF/1988, o SUS deve controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde pública e, igualmente, participar da produção de medicamentos, equipamentos e insumos.

Deve ainda fiscalizar e inspecionar alimentos e bebidas, entendendo sua proporção nutricional. Cumpre também ao sistema único executar ações de vigilância sanitária, epidemiológica e de saúde do trabalhador.

O sistema único deve participar da formulação da política e execução das ações de saneamento básico, neste caso, conjuntamente com os demais órgãos (públicos ou privados) específicos desse setor.

As ações e serviços públicos de saúde incluem-se ao princípio do atendimento integral (art. 198, II), que é diferente do acesso universal. Este se relaciona ao direito que é atribuído a qualquer indivíduo.

Já o atendimento integral relaciona-se ao próprio serviço, que deve englobar todas as necessidades do ser humano referentes à saúde. Portanto, todos têm direito à saúde e deve ser prestada de forma completa, sem exclusões de doenças

ou patologias, por dificuldades técnicas ou financeiras do Poder Público. Não é permitido o Poder Público se esquivar da prestação de saúde em todos os setores.

A Constituição estabeleceu o modelo de organização e procedimento para o direito à saúde básica, sendo que, no plano infraconstitucional, o modelo foi baseado pelas Leis Federais nº 8.142/90 e nº 8.080/90.

O constituinte, portanto, rompeu a tradição anteriormente estabelecida e adotou uma rede regionalizada e hierarquizada, consoante o critério da subsidiariedade, como molde de melhor concretizar esse direito social. Seu ponto de vista resultou em parte da evolução do sistema que antes era instituído na esfera ordinária, como o Sistema Nacional de Saúde, criado pela Lei nº 6.229/75, e o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde.

Pelo caráter regionalizado do SUS, fora definido que a competência para cuidar da saúde é comum aos entes federativos, de acordo com o artigo 23, II, da CF/1988. E para sua efetivação, a forma de financiamento passa a ser uma questão indispensável, principalmente aos municípios.

3.2. Judicialização do Direito à Saúde

Como mencionado no tópico anterior, à obrigação de fornecer assistência à saúde ao indivíduo é comum aos entes federativos, sendo assim, conforme explica Mendes (2017, p. 603), são diversas as hipóteses de conflitos entre o cidadão e o Estado que conduz a judicialização do direito à saúde, objeto do presente estudo.

É certo que, se não cabe ao Poder Judiciário formular as políticas sociais e econômicas na área da saúde, é sua obrigação verificar se essas políticas eleitas pelos órgãos competentes estão atendendo aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário (MENDES, 2017, p. 603).

Há políticas públicas que concretizam o direito constitucional à saúde, e constatando-se sua existência, cabe ao Poder Judiciário, diante das demandas existentes, identificar e analisar por qual motivo a Administração negou eventualmente a prestação de fornecimento de medicamentos, por exemplo.

Entretanto, pode acontecer dos medicamentos requeridos constar nas listas do Ministério da Saúde, ou de políticas públicas estaduais ou municipais, todavia, por problemas administrativos do órgão competente, esse acesso é interrompido.

Nesses casos, o cidadão não pode ser penalizado pela ação administrativa ineficiente ou pela omissão do gestor do sistema de saúde para obter os medicamentos considerados fundamentais, em quantidades suficientes, com escopo de atender a sua demanda.

Outrossim, está figurado um direito subjetivo à prestação à saúde, suscetível de confirmação por meio do Poder Judiciário. Em outras situações pode ser que o SUS não disponibilize o medicamento prescrito pelo médico, sendo assim, é necessário providenciar um medicamento similar, para tratar a mesma patologia com fármacos diferentes (MENDES, 2017, p. 603-604).

Para a comprovação das razões que impede o paciente de se utilizar da droga fornecida pelo SUS, é necessária a realização de exames e a partir de um critério de análise, verifica-se a aceitação do fornecimento do medicamento requerido (MENDES, 2017, p. 604).

Nos casos em que o tratamento requerido ainda é experimental ou não possuir registro na ANVISA, exige do Poder Judiciário um cuidado especial no caso para examinar a matéria, pelo entendimento da legislação apropriada, de modo a não sujeitar os cidadãos ao custeio do tratamento de eficácia duvidosa, podendo trazer riscos à sua saúde.

Tem questões mais delicadas de medicamentos registrados pela ANVISA, mas que não constam nas listas do SUS, sem outro tratamento disponível para determinada patologia, caso semelhante a este são os fármacos fornecidos pelo SUS, só que a patologia em que o cidadão é portador é distinta, compete-se a adoção do movimento da "medicina baseada em evidências", adotado pelo SUS (MENDES, 2017, p. 604).

Visa salientar que a individualização da demanda vem se tornando um crescente problema à política de saúde pública, vez que o procedimento ou o fármaco solicitado não estão incluídos no rol de medicamentos disponibilizados pelo SUS. Estudo feito no Estado de São Paulo fora constatado que 77% dos medicamentos solicitados em um determinado período, não integravam aos programas de assistência farmacêutica do SUS (MENDES, 2017, p. 604).

Esse levantamento também constatou que, normalmente, as pessoas que são beneficiadas pela intervenção do Poder Judiciário, possuem melhores condições financeiras e acesso à informação, essa constatação foi feita mediante dados como

o local de residência dos autores das demandas e o elevado número de ações propostas através de advogados particulares, com 74% dos casos avaliados. O quadro indica o desenvolvimento de uma situação completamente contrária ao projeto constitucional, do estabelecimento de um sistema de saúde universal que não possibilitasse a existência de privilégio para alguns usuários (MENDES, 2017, p. 604).

Em muitos casos, a judicialização do direito à saúde deveria acontecer, de preferência, no plano das ações coletivas e não no plano de milhares de ações individuais, principalmente nas hipóteses em que o medicamento se encontra na lista de aprovados pela ANVISA, não constando na listagem do SUS. A cultura das pretensões coletivas visa um verdadeiro estímulo ao diálogo institucional à preservação da isonomia e do atendimento, vez que os titulares de direitos estariam em iguais condições (MENDES, 2017, p. 605).

No Estado do Rio de Janeiro, fora constatado a existência de uma demanda grande de ações individuais, que impulsionou o Ministério Público a dar início a uma série de ações coletivas contra o Estado e Municípios. Além de proporcionar a comunicação entre várias ONGs que representavam os doentes com patologias crônicas, a Defensoria Pública e o Conselho Estadual de Saúde, foram essenciais para a propositura das respectivas ações, essas instituições citadas, tem conhecimento dos problemas práticos enfrentados em cada setor, estando aptas a contribuir com a demanda (MENDES, 2017, p. 605).

Por fim, o fortalecimento da cultura administrativa, que permite a realização do direito sem intervenção judicial, também é um desafio digno de ser enfrentado, devem ser estimuladas práticas desenvolvidas no âmbito da própria Administração, do Ministério Público e das Defensorias Públicas, por intermédio de ouvidorias, permitindo que a realização do direito seja efetivada além da intervenção judicial (MENDES, 2017, p. 606).

Essa situação em que o Estado descumpra a Constituição Federal e não fornece assistência à saúde e medicamentos ao cidadão também ocorre, de forma até mais dramática, com a população privada de liberdade, conforme se mostra no capítulo seguinte.

4. NÚCLEO ESPECIALIZADO DE SITUAÇÃO CARCERÁRIA

A Defensoria Pública tem legitimidade para a propositura de ação civil pública, nos termos da Lei nº 11.448/07, artigo 5º, inciso II (alteração da Lei nº 7.347/85) e atua como instituição essencial à função jurisdicional, à qual compete a defesa dos necessitados, conforme dispõe o artigo 134 da CF/88 e artigo 103 da CESP/89.

O Núcleo Especializado de Situação Carcerária (NESC) é um órgão interno da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, que tem por objetivo primordial prestar suporte e auxílio às pessoas presas ou internadas, tanto na área administrativa quanto judicialmente, mediante propositura de ação civil pública com atuação de um defensor público.

As inspeções e monitoramentos realizados nas penitenciárias são feitas por intermédio dos defensores públicos. Após as inspeções é possível constatar e verificar a real situação em que se encontra a assistência à saúde na unidade prisional e suas irregularidades. Com escopo de garantir o direito aos presos, os defensores ingressam com ação judicial, visando à concessão de liminares, para a devida regularização da assistência à saúde do preso, inclusive o fornecimento de medicamentos.

Importa mencionar os principais pedidos formulados pelos defensores, a fim de garantir a assistência à saúde do preso:

Em linhas gerais, a petição inicial da Defensoria visa o fornecimento de forma solidária (art. 23, II, da CF/88) de equipes mínimas de saúde e/ou fornecimento de medicamentos para suprir as necessidades das pessoas em situação carcerária, podendo ser nos moldes da Deliberação da Comissão de Intergestores Bipartite (CIB) 62/2012³ ou outro mecanismo legal. A citação dos réus (Estado e/ou Município) é requerida sob pena de revelia. É pedida ao juiz a intimação do representante do Ministério Público consoante artigo 5º, § 1º da Lei nº 7.347/85.

É pedida a procedência da ação na petição inicial, para condenar os réus (Estado e/ou Município) a providenciar a contratação ou manutenção de equipes de

³ Diretrizes Bipartite de orientação para o estabelecimento de participação dos municípios no atendimento à saúde da população privada de liberdade, realizado através da Comissão Intergestores Bipartite do Estado de São Paulo.

saúde na penitenciária, nos termos da Portaria Interministerial nº 01/2014⁴ do Ministério da Saúde e do Ministério da Justiça, combinado com a Portaria nº 482/2014⁵ do Ministério da Saúde, ou, subsidiariamente, nos termos da CIB nº 62/2012 e requerido à fixação de multa diária, conforme elenca o artigo 11 da Lei nº 7.347/85.

A fim de exemplificar de forma singela, o entendimento do Poder Judiciário, acerca do fornecimento de equipes mínimas e/ou medicamentos à população carcerária, este trabalho passa a analisar alguns casos práticos e verídicos, obtidos aleatoriamente.

4.1. Concessão de Liminar

Esse tópico tem como fonte a decisão de primeiro grau de antecipação de tutela, proferida numa ação civil pública (SÃO PAULO [ESTADO]. 2ª Vara Cível. Ação Civil Pública nº 1002500-11.2018.8.26.0222, 2019).

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo ingressou com ação civil pública, visando à concessão de liminar, para a regularização da Penitenciária Feminina de Guariba/SP, vez que fora constatada a ausência de assistência à saúde das centenas de pessoas presas naquele local, que nunca contou com a equipe mínima de saúde.

De acordo com as informações passadas pela direção da unidade, havia apenas um técnico de enfermagem e dois psicólogos para atendimento de mais de 800 mulheres, algumas em situação de maior vulnerabilidade, como pessoas com deficiência, idosas, grávidas, lactantes e portadoras do vírus HIV.

Os defensores que atuaram no caso alegaram, em síntese, que as mulheres presas (em especial aquelas elencadas no processo) precisavam de cuidados de saúde específicos, sendo que estes cuidados vêm sendo de forma negligenciada, vez que não é possível que apenas um técnico de enfermagem e dois psicólogos deem conta de todos os atendimentos necessários. Nesse contexto – de ausência de equipe mínima de saúde – é comum que os profissionais de saúde extrapolem

⁴ Política nacional de atenção integral à saúde das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional no âmbito do SUS.

⁵ Normas para a operacionalização da política nacional de atenção integral à saúde das pessoas privadas de liberdade no sistema prisional no âmbito do SUS.

suas capacidades técnicas para darem conta da demanda, e, em verdade, acabam por expor essas mulheres a um risco ainda maior que suas próprias condições precárias de saúde.

A petição inicial foi fundamentada no direito à saúde dos presos na Constituição Federal e diversos outros dispositivos legais.

Na decisão liminar, a juíza, da 2ª Vara Judicial de Guariba/SP, considerou as alegações apresentadas pela Defensoria e entendeu que o receio de dano irreparável ou de difícil reparação “era evidente”, pois a omissão estatal colocava em risco a saúde e dignidade humana das presas, “subtendo-as a situações precárias e degradantes, sem o acesso mínimo a atendimentos médicos de urgência e emergência”, pontuou.

A magistrada deferiu a tutela antecipada, pois estavam presentes os pressupostos necessários, determinando que o Estado fornecesse, no prazo de 45 dias, equipe mínima de saúde, nos moldes das normativas em vigor, sob pena de multa diária a ser fixada, em caso de descumprimento.

4.2. Análise de Jurisprudências de Tribunais de Justiça

Para ilustrar e robustecer a análise do entendimento do Poder Judiciário, acerca do fornecimento de mínimas condições de saúde e/ou fornecimento de medicamentos, este trabalho passa a apresentar algumas decisões de segunda instância.

Ademais, foram escolhidas 07 (sete) decisões aleatórias englobando os Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Rio de Janeiro.

Dessas decisões, três foram favoráveis visando o fornecimento de equipes mínimas de saúde e/ou fornecimento de medicamentos, bem como insumos necessários e outras quatro não foram favoráveis.

A seguir, detalham-se alguns aspectos fáticos e jurídicos dessas decisões.

- Agravo de instrumento interposto face indeferimento de antecipação de tutela:

Esse tópico tem como fonte a decisão de segunda instância proferida numa ação civil pública (SÃO PAULO [ESTADO]. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 2160083-29.2018.8.26.0000, 2018).

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo contra decisão que indeferiu o pedido de concessão de liminar dos autos principais da ação civil pública em face da Fazenda do Estado de São Paulo (FESP) e o Município de Taquarituba/SP.

A Defensoria Pública insurgiu-se através do NESC contra a decisão, sustentando, em síntese, que em visita de inspeção e monitoramento das condições de aprisionamento na Penitenciária Masculina de Taquarituba, fora constatado a ausência de assistência à saúde dos presidiários naquela instituição que nunca contou com equipe mínima de saúde, desde sua inauguração, nos termos da Portaria Interministerial nº 01/2014 combinado com a Portaria nº 482/2014.

Prosseguiu a agravante aduzindo que o Estado de São Paulo através da Secretaria de Estado da Saúde, que transfere a responsabilidade pela contratação de equipe de saúde à Secretaria de Administração Penitenciária não tomou qualquer providência para tanto.

Informou que o Município de Taquarituba se recusou a celebrar convênio para repasse de verba federal, mediante a aderência ao Programa Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), limitando-se apenas a prestar atendimento emergencial aos presidiários no Pronto Socorro Municipal e segundo informações da própria direção da unidade prisional, a equipe de saúde existente é formada apenas por duas auxiliares de enfermagem.

No quadro de funcionários, apesar de existirem duas enfermeiras, elas estão restritas a funções administrativas, não fazendo parte do corpo assistencial da equipe de enfermagem.

O atendimento de emergência na Santa Casa de Taquarituba é limitado ao pronto atendimento, e quando se faz necessária avaliação com especialista, os presos precisam ser encaminhados para o Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário, localizado na Capital do Estado de São Paulo, distante do presídio por quase quatrocentos quilômetros, ou cerca de quatro horas, tendo que viajar em péssimas condições, sendo que existem presos aguardando atendimento por períodos superiores há um ano.

Entre os presos, existem pessoas com doenças infectocontagiosas, que necessitam de tratamento imediato e constante, o que não é possível sem uma equipe mínima de saúde, bem como diversos presos com o diagnóstico de transtornos mentais, ou que necessitam de atendimento psiquiátrico.

A Defensoria continuou afirmando que apesar da penitenciária possuir instalações e equipamentos mínimos, não conta com equipe treinada, nem com controles de atendimentos e de processos internos, demonstrando o descaso dos agravados em relação à situação retratada.

Os agravados, por sua vez, pugnaram pelo desprovemento do recurso. O Município de Taquarituba alegou que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação, visto que a responsabilidade quanto ao atendimento de saúde dos encarcerados é de responsabilidade exclusiva do Estado de São Paulo, por meio de sua Secretaria de Administração Penitenciária.

A municipalidade continuou apontando a impossibilidade de firmar pacto com o Estado de São Paulo nos termos da CIB nº 62/2012, de caráter facultativo, sem observar as limitações orçamentárias, e o estrito respeito às Leis de Responsabilidade Fiscal e de Licitações, além do fato de que já vem sendo prestados atendimentos de emergência e odontológicos aos presos na rede pública municipal de saúde.

Prosseguiu dizendo que não se pode aceitar a intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública Municipal, pois não possui aptidão para atender às pretensões da agravante, que já estão previstas no orçamento do Estado de São Paulo, a quem compete prover tais demandas.

A FESP aduziu que não está omissa frente às requisições da agravante e às necessidades dos presidiários, vez que vem adotando medidas para atender essa demanda.

Informou que os encarcerados, assim como os portadores de doenças infectocontagiosas e usuários de medicamentos psicotrópicos, estão recebendo atendimento médico e odontológico, não só no Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário localizado em São Paulo e na Santa Casa de Misericórdia de Taquarituba, mas também na Santa Casa de Misericórdia de Avaré, no Hospital Amaral Carvalho de Jaú e no Hospital das Clínicas de Botucatu.

O agravado afirmou ainda, que os encarcerados já estavam sendo acompanhados por especialidades em outros serviços médicos, antes de serem presos, mantendo seus tratamentos nos mesmos locais.

A Procuradoria Geral de Justiça pugnou pelo desprovimento do recurso, informando que fora realizado acordo judicial nos autos principais pelo qual se estabeleceu a suspensão do processo pelo prazo de 60 dias, período em que o Município de Taquarituba, sem reconhecimento da sua legitimidade passiva na ação, promoveu a contratação de médico proveniente do último concurso público municipal realizado, que ficou responsável de atender inicialmente no posto de saúde, devendo a unidade prisional se organizar para estabelecer um fluxo de atendimento com este profissional.

Além disso, a FESP, na mesma oportunidade, informou que foi autorizada em 31 de agosto de 2018 a abertura de concurso público visando o provimento para o exercício de 2019, de 84 cargos de médico.

Na decisão, o relator aduziu que o recurso não comporta provimento. Apontando que de fato, a pretensão veiculada pela agravante, para a obtenção da tutela de urgência na ação civil pública que promove perante o juiz de 1º grau, não se sustenta, pois, em casos como o tratado nos autos, resta vedada a interferência do Poder Judiciário em seara reservada ao Poder Executivo, no que concerne às políticas da Administração Pública Estadual Penitenciária, sob pena de violação ao princípio federativo.

Prosseguiu o relator dizendo que é reconhecido que em determinadas situações específicas, foi possível e necessária à intervenção do Poder Judiciário, a fim de garantir condições mínimas de atendimento à população carcerária.

Todavia, esta situação não se afigura aos autos, pois, a despeito das condições relatadas pela agravante não serem as ideais, frente à legislação infra legal que fundamenta o pedido de instituição de equipe de saúde formada por médico e dentista, vislumbra-se que o atendimento médico garantido à população carcerária da Penitenciária Masculina de Taquarituba, ainda que abaixo do necessário, é prestado de forma contínua nos termos do que determina o artigo 14, § 2º da LEP.

Os fatos alegados pela FESP continuou o relator, demonstram que através de sua Secretaria da Administração Penitenciária, não se encontra omissa frente às solicitações da agravante, assim como o Município de Taquarituba que também se comprometeu a promover a contratação de médico, em auxílio à FESP, que poderá caso assim a agravante concorde, atender dentro da unidade prisional, que já conta com estrutura formada por instalações e equipamentos em boas condições de utilização.

Com as considerações postas, fora negado provimento ao recurso, vez que restou evidente a ausência do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), indispensável à concessão da medida, consoante artigo 300, caput do CPC/2015.

- Apelação interposta face denegação de segurança:

Esse tópico tem como fonte a decisão de segunda instância proferida no mandado de segurança (SÃO PAULO [ESTADO]. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 2141389-80.2016.8.26.0000, 2016).

Autor impetra mandado de segurança contra ato do juiz de direito corregedor da 8ª Região Administrativa Judiciária da comarca de São José do Rio Preto, visando tratamento médico ou intervenção cirúrgica para o impetrante que se encontrava preso na Penitenciária de Riolândia/SP e sofria de hérnia inguinal do

lado direito, aduzindo que o problema de saúde já o perseguia de outras unidades prisionais, onde nunca recebeu o devido atendimento médico.

A autoridade impetrada, segundo a petição inicial, deixou de solicitar informações para a unidade prisional sobre o tratamento de saúde do impetrante, apenas determinou que o impetrante informasse se havia feito pedido administrativo, não determinando a imediata realização do respectivo tratamento de saúde, determinando ainda, o arquivamento do pedido.

A petição prosseguiu sustentando violação aos artigos 5º, §1º e 196 da CF/1988, sendo certo que conforme jurisprudência pacificada, o município tem responsabilidade pelo fornecimento de medicamento e contratação de médico para garantir a saúde dos cidadãos.

Requeru a concessão da segurança, com fundamento nos artigos 5º, inciso LXIX, e outros da CF/1988, com intuito de assegurar direito de obter do município, médico especialista cirurgião geral, para atendimento e realização do procedimento cirúrgico.

Requeru ainda, que os medicamentos fossem fornecidos até que se concluísse o tratamento de saúde ou sanasse a doença, podendo para tanto trocar de medicamentos conforme orientação médica.

A câmara de julgadores ao analisarem o caso, apontou que o pedido do impetrante restou cumprido, visto que o mesmo fora atendido pelo serviço de saúde do presídio através de médico e regularmente medicado, ressaltando-se ainda que o juiz de 1º grau visita mensalmente o presídio em questão e tem conhecimento próprio e pessoal de que existiam adequadas instalações para o atendimento médico, bem como, depósito de medicamentos para serem fornecidos aos presos, tendo já presenciado a prestação do atendimento.

Contudo, os julgadores entenderam que não estava sendo negado ao impetrante o tratamento que necessita, tanto, que consta no processo que o mesmo estava sendo atendido por médico do serviço de saúde do presídio, ainda fora solicitado informações junto à Penitenciária de Riolândia/SP e constatado que o

impetrante vem recebendo assistência médica adequada, como todos os outros presos. Sendo assim, a concessão de mandado de segurança fora denegada.

- Apelação interposta face sentença procedente reexame necessário:

Esse tópico tem como fonte a decisão de segunda instância proferida numa ação civil pública (SÃO PAULO [ESTADO]. Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública nº 0007252-07.2015.8.26.0268, 2018).

Trata-se de ação civil pública ajuizada pela Defensoria do Estado de São Paulo em face da FESP e Município de Itapeverica da Serra/SP, visando à manutenção de equipes mínimas de saúde no Centro de Detenção Provisória (CDP) de Itapeverica da Serra, nos termos da Portaria Interministerial nº 01/2014 combinado com a Portaria nº 482/2014, que regulam o Programa Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP).

A ação foi julgada procedente em 1º instância, condenando os réus a providenciarem, em 90 dias, contratação e manutenção da equipe mínima de saúde, assim como, fornecimento dos medicamentos que se mostrassem necessários ao tratamento dos custodiados, sob pena de multa diária.

Inconformados, as administrações públicas municipais e estaduais interpuseram recurso de apelação.

A municipalidade apresentou preliminar de ilegitimidade passiva de parte. No mérito, alegou que o dever de prestação de serviços de saúde deve ser cumprido pela autarquia municipal de saúde - IS, com fundos próprios para arcar com as condenações, apontando que a população carcerária tem atendimento em prontos-socorros do município, quando necessário, recebendo medicamentos de tuberculose e vacinas.

A requerida afirmou ainda, que a intervenção do Poder Judiciário viola o princípio da separação de poderes, além disso, que as medidas administrativas devem se ater às previsões orçamentárias.

A FESP, por sua vez, sustentou que a decisão judicial é contra a lei, pois viola o princípio da separação de poderes inscrito na Constituição, pontuando a necessidade de realização de concursos públicos para contratação de equipe mínima.

Com relação à efetivação de direitos sociais, aduziu sobre o princípio da reserva do possível. Subsidiariamente, requereu o afastamento de multa cominatória.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo não provimento dos recursos e manutenção da r. sentença.

No TJ/SP, fora afastada pelo relator, a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Município de Itapecerica da Serra, uma vez que, a saúde é direito de todos e dever do Estado *lato sensu*, sendo que as ações e serviços públicos de saúde compõem um sistema único, de responsabilidade solidária entre os entes da federação (artigos 196 e 198 da CF/1988). Nesse sentido, assim pontuou o relator:

em relação ao mérito, a situação do sistema carcerário brasileiro é apenas mais um exemplo do ineficiente aparelhamento estatal operado por uma máquina administrativa inflada, excessivamente burocrática e lamentavelmente corrupta, que colabora para o sucateamento progressivo do sistema penitenciário, tal qual ocorre com as pastas da educação, da saúde e da segurança pública em todos os Estados da Federação.

Prosseguiu dizendo que a precariedade das equipes de saúde destinadas ao cuidado dos presos, não é mais frágil do que todo sistema público de saúde colocado à disposição da população não encarcerada em todo o Estado de São Paulo. Ressaltando que:

Governo após governo, são muitos os projetos que já nascem fracassados na área da saúde pública, seja por conta da baixa remuneração dos profissionais especializados, do altíssimo risco a que estão expostos nos centros de detenção como o de Itapecerica da Serra ou da ausência de material e medicamentos necessários para ter uma prestação de serviço minimamente digna, tanto para o profissional, quanto para o paciente.

Com as considerações postas, a fundamentação foi no sentido de que a saúde é direito de todos e dever do Estado *lato sensu*, tendo preferência sobre todos os demais interesses juridicamente tutelados. Por isso cabe ao ente público fornecer os medicamentos e tratamentos necessários, não sendo cabíveis justificativas em sentido contrário, vez que o Poder Público está sim obrigado a prestar atendimento individualizado aos portadores de doenças, independentemente da urgência de cada demanda.

Continuou pontuando que o direito à saúde não é limitado apenas ao aspecto hospitalar, mas também ao fornecimento de medicamentos, exames e insumos aos necessitados. Os presos têm direito à vida e à saúde, como corolários do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), que é o norteador da interpretação e aplicação do direito.

Referente aos presos propriamente ditos sustentou que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLIX, lhes assegura o respeito à integridade física e moral, prevendo, também, no inciso III, que ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

Com relação à CIB nº 62/2012, entendeu que ela aprova as Diretrizes para a Atenção à Saúde da População Privada de Liberdade, com objetivo de aperfeiçoar as ações de saúde destinadas à população encarcerada, definindo que as equipes de saúde nas unidades prisionais e centros de detenção provisória com população entre 500 e 1.200 presos deverão ser compostas, no mínimo, por 01 médico (20 horas semanais), 01 dentista (20 horas semanais), 01 enfermeiro (30 horas semanais) e 02 auxiliares de enfermagem (30 horas semanais).

Entretanto, sustentou o relator, que o CDP de Itapeverica da Serra, conta com uma população de mais de 2.400 presos, com uma equipe de saúde desprovida de médico.

A respeito das dificuldades de provimento dos cargos na área da saúde, apontados pela FESP, o relator entendeu que não se pode admitir que essa situação justificasse a ausência completa de médico no estabelecimento prisional.

Quanto à procedência da ação, o TJ/SP entendeu que deve ser no sentido de determinar aos entes públicos que, solidariamente, providenciasse mediante concurso público a formação de uma a duas equipes de atenção básica prisional de nível III, de acordo com a Portaria nº 482/2014 e CIB nº 62/2012, para atender as necessidades imediatas do CDP de Itapeverica da Serra, no prazo de 120 dias.

Em relação à multa diária, entendeu ser cabível a sua cominação frente aos entes públicos para o caso de descumprimento da ordem judicial imposta, salientando que a penalidade deve ser arbitrada em montante suficiente a sujeitar a Administração ao cumprimento da obrigação.

Posto isso, fora negado provimento ao apelo da municipalidade e dado parcial provimento ao recurso oficial e ao voluntário da FESP, para manter a procedência da ação, alterando o prazo de cumprimento da obrigação de fazer consolidado em formar de uma a duas equipes de atenção básica prisional de nível III, sob pena de multa diária.

- Apelação interposta face sentença procedente reexame necessário:

Esse tópico tem como fonte a decisão de segunda instância proferida numa ação civil pública (SÃO PAULO [ESTADO]. Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública nº 0002394-21.2014.8.26.0153, 2018).

Trata-se de ação civil pública, com pedido de liminar, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e Defensoria Pública do Estado de São Paulo, contra o Município de Serra Azul/SP e a FESP, visando imediata instalação de equipes mínimas de saúde no CDP de Serra Azul, de acordo com a Portaria Interministerial ou, subsidiariamente, nos termos da CIB nº 62/2012. Bem como, pedido de fornecimento de medicamentos necessários à saúde dos presos.

A ação foi julgada procedente em 1ª instância, pois o juiz reconheceu a solidariedade dos réus ao atendimento da política pública, tanto que fora celebrado um “termo de compromisso para a realização de ações de atenção básica nas unidades prisionais”, observados os termos da CIB nº 62/2012 referente à Penitenciária II de Serra Azul. Entretanto, os réus não se dispuseram à

implementação das condições mínimas de prestação do serviço de saúde pública em questão, conforme se verificou na inspeção realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que à época atestou que a assistência de saúde dos presos seria precaríssima e praticamente inexistente.

Inconformada, apelou a Municipalidade de Serra Azul, sustentando, em síntese, que o limitado orçamento municipal não é capaz de suportar o ônus de atendimento à saúde da população carcerária do CDP visto que a CF/1988 atribuiu referida responsabilidade ao Estado, conforme as disposições contidas no artigo 41, VII da Lei nº 7.210/84 e o artigo 10 da LEP.

Aduziu ainda, que a Defensoria Pública não fez qualquer prova documental referente à existência de convênio entre os entes federativos, estadual e municipal para fins de prestação de assistência à saúde à população carcerária, de forma que figura medida de rigor a improcedência da ação.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

A ação foi proposta em prol de uma carta enviada por internos do CDP de Serra Azul, em 07/09/2013, noticiando as inúmeras irregularidades praticadas naquele estabelecimento prisional, dentre elas, a inexistência de tratamento de saúde à população carcerária.

A liminar fora parcialmente deferida nos seguintes termos: à FESP competirá a implementação, no prazo de 45 dias, de duas equipes mínimas de saúde, nos termos da CIB nº 62/2012, assim como o fornecimento de todos os medicamentos necessários ao regular tratamento dos presos, situação que deverá ser mantida até nova determinação do juízo, sob pena de multa diária.

No TJ/SP, o relator sustentou que os recursos não comportam provimento, fundamentou dizendo que o STF, em sede de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 592.581-RS, fixou a tese de ser lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF/1988).

Dessa forma prosseguiu o relator, conclui o STF que a centralidade do valor da dignidade da pessoa humana em nosso sistema constitucional autoriza a intervenção judicial com intuito de que seu conteúdo mínimo seja assegurado aos jurisdicionados em qualquer situação em que se encontre em contrapartida à circunstância de que o sistema penitenciário pode sim ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional” em razão do patente quadro de violação de direitos fundamentais, seja em razão de falhas estruturais, seja em decorrência de políticas públicas.

Fundamentou-se o relator no artigo 14 da LEP o qual dispõe que se atribui caráter preventivo e curativo a assistência à saúde do preso, compreendendo atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

Apontando ainda que os Ministérios da Saúde e da Justiça editaram a Portaria Interministerial com o objetivo de aprovar o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário para, assim, promover a integral atenção à saúde da população prisional confinada em unidades masculinas, femininas e psiquiátricas.

Consoante “Formulário de Inspeção do CNJ de 30/09/2011”, o CDP de Serra Azul, à época da inspeção, contava com 1.212 presos, sendo 1.200 provisórios, 10 condenados e 02 aguardando vaga para cumprimento de pena em medida de segurança. Destes, 74 encontrava-se em tratamento de saúde, destacando-se 01 portador de tuberculose, 03 portadores de AIDS, 26 pacientes psiquiátricos, 33 hipertensos, 09 diabéticos e 02 portadores de Hepatite C.

O relator aduziu que não é demais avaliar, por intermédio da celebração do “Termo de Compromisso de Saúde Prisional”, que o município réu assumiu a gestão da atenção básica na unidade prisional da Penitenciária II de Serra Azul, vez que em meados de 2013, contava com população prisional equivalente a 1.626 presos, superando em 400 a população aferida no ano de 2011 pelo CNJ, comprometendo-se com a contratação/manutenção de duas equipes contendo médico, enfermeiro, cirurgião dentista e técnico de enfermagem, cujos pagamentos ocorreriam mediante transferência mensal de recursos financeiros pela Secretaria de Estado da Saúde.

Consoante ofício de lavra da Coordenadoria de Unidades Prisionais da Região Noroeste Penitenciária II de Serra Azul reafirma que o CDP conta apenas com um auxiliar de enfermagem, e uma técnica de enfermagem que trabalham por 30 horas semanais, vinculados regime estatutário junto à Secretaria de Administração Penitenciária.

Sustentou o relator que foi nitidamente violado o direito fundamental ao mínimo existencial do preso quanto ao acesso à saúde básica, alegando que a procedência da ação apresenta medida de rigor. Posto isso fora negado provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário do Município de Serra Azul.

- Apelação interposta face sentença improcedente:

Esse tópico tem como fonte a decisão de segunda instância proferida numa ação civil pública (RIO GRANDE DO SUL [ESTADO]. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70039209846, 2012).

Trata-se de apelação interposta pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul contra o Estado do Rio Grande do Sul, da sentença que, nos autos da ação civil pública julgou improcedentes os pedidos.

A requerente alegou, em síntese, que a demanda fora ajuizada com base em critérios fornecidos pelo próprio órgão encarregado por zelar pela saúde dos presos, visando o fornecimento de medicamentos indispensáveis à população carcerária de no mínimo 1.000 apenados.

Fundamentou que o fornecimento de medicamentos aos apenados do sistema prisional vai ao encontro do direito fundamental à saúde, constitucionalmente previsto, estando devidamente comprovado nos autos que a medicação disponibilizada pelo Estado do Rio Grande do Sul, na penitenciária em questão, é insuficiente para atender a necessidade da extensão carcerária, motivo pelo qual pede o deferimento da ação.

O Ministério Público manifestou-se pela extinção do processo sem resolução de mérito, em vista da ilegitimidade ativa “*ad causam*” da Defensoria Pública, e, caso

não seja este o entendimento dos julgadores, pelo conhecimento e desprovimento da apelação.

Quanto às preliminares de ilegitimidade ativa da Defensoria Pública, assim como a perda do objeto, pelo cumprimento da liminar, foram rejeitadas pelo juiz de 1ª instância, e o agravo retido interposto, não fora reiterado na apelação. Portanto, sustentou o relator, prejudicadas as preliminares.

Não obstante, com relação à preliminar de ilegitimidade ativa da Defensoria Pública, ante a manifestação do Ministério Público pelo seu acolhimento, o relator renovou sua apreciação e apontou que a pretendida ilegitimidade ativa da Defensoria Pública, não fora atendida, pois a matéria foi muito bem analisada pelo juiz de 1ª instância.

Fundamentou dizendo que é expressa a legitimidade da Defensoria Pública para o ajuizamento de ação civil pública para a tutela de direitos de todos os presos da Penitenciária Estadual de Osório, conforme disposto na CF/1988 conjuntamente com as Leis nº 7.347/85, em seu artigo 5º, II, com a redação que lhe deu a Lei nº 11.448/07, Lei Orgânica da Defensoria Pública, artigos 1º, 3º e 4º, com a redação que lhe deu a Lei Complementar nº 132/09.

Proseguiu dizendo, que a Defensoria Pública tem legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública não apenas na defesa dos necessitados, em atenção às suas finalidades institucionais, mas também na tutela de todo e qualquer direito difuso, coletivo ou individual homogêneo, na forma da lei, de modo a garantir, sobretudo, o postulado da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, fora rejeitada a preliminar.

No mérito o relator sustentou que o recurso não merece ser provido, pois conforme consta nos autos, a Defensoria Pública ajuizou a ação visando à condenação do Estado do Rio Grande do Sul no cumprimento de obrigação de fornecimento de medicamentos, insumos farmacêuticos necessários à prevenção e tratamento/assistência à saúde dos presos da Penitenciária Estadual de Osório.

O relator pontuou que não é possível condenar o Estado a manter em estoques os medicamentos, de forma genérica, e sem a comprovação da

necessidade e utilidade dos fármacos e insumos pretendidos, o que poderia conduzir a perda da medicação, pelo decurso do prazo de validade e/ou ausência de presos que necessitam dos mesmos.

Afirmou ainda, que se deve buscar sempre a efetividade e o cumprimento dos direitos básicos e fundamentais, como no caso, fornecimento de medicamentos, entretanto, tal determinação deve ser pautada em critérios objetivos e concretos, levando em consideração as reais dificuldades em alcançar a realização plena desses direitos, com a adequada aplicação do dinheiro público.

Ademais, o relator fundamentou que a legislação que trata dos medicamentos especiais e excepcionais (Lei nº 9.909/93 e Portarias 238/06 e 2.577/06) não estabelece obrigatoriedade ao Estado de manter estoques mínimos de medicamentos.

Postas as considerações, fora rejeitado a preliminar de ilegitimidade ativa da Defensoria Pública e negado provimento à apelação.

- Apelação interposta face sentença procedente:

Esse tópico tem como fonte a decisão de segunda instância proferida numa ação de obrigação de fazer (MINAS GERAIS [ESTADO]. Tribunal de Justiça. Ação de Obrigação de Fazer nº 0006400-54.2012.8.13.0363, 2019).

Ação de obrigação de fazer proposta pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais contra o Estado de Minas Gerais, julgada procedente para condenar o Estado a disponibilizar médico clínico geral e enfermeiro para atuar nas dependências do Presídio de João Pinheiro, com carga horária de 20 horas semanais. Com objetivo de proporcionar aos presos a prestação de todos os serviços de saúde recomendados pelo médico e garantir os procedimentos de urgência recomendados para alguns presos, em casos específicos.

O juiz de 1º grau destacou na sentença que o fornecimento de medicamentos ocorreria mediante apresentação de receita médica atualizada.

Inconformado, recorreu ao Estado de Minas Gerais através de recurso de apelação, sustentando, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva.

Quanto ao mérito, o requerido aduziu, em síntese, a impossibilidade de nomeação de profissionais sem dotação orçamentária e sem concurso público, em atenção à Lei de Responsabilidade Fiscal, apontando que não cabe ao Poder Judiciário obrigar o Estado a organizar serviço de saúde na penitenciária e que deveria ser observada a divisão da responsabilidade dos entes públicos na efetivação do direito à saúde.

Fundamenta suas alegações no artigo 14 da LEP que regula a assistência à saúde do preso e possibilita que a assistência médica necessária seja prestada no estabelecimento penal ou em outro local, de forma que cabe ao Poder Executivo verificar qual a melhor forma para implementação desta política.

O requerido prosseguiu afirmando que não há omissão estatal e que os presos não estão privados da assistência à saúde, pois os atendimentos vêm sendo realizados fora do estabelecimento prisional.

A Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela manutenção da sentença.

O relator pontuou que a ilegitimidade suscitada pelo Estado de Minas Gerais para figurar como parte no polo passivo da demanda não lhe assiste, fundamentou no sentido de que a legitimidade é caracterizada como pressuposto processual, consoante artigo 17 do CPC/2015.

Referindo-se à demanda que visa o acesso à assistência à saúde a pacientes presos, é evidente a legitimidade passiva "*ad causam*" do ente estadual, pois, conforme elenca o artigo 23, inciso II, da CF/1988, há competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para cuidar da saúde, o que compreende também a assistência à saúde dos presos e internados, de acordo com a previsão dos artigos 10 e 11 da LEP.

O relator entendeu que o referido artigo 23, II, da CF/1988 não pode ser interpretado de forma isolada, devendo ser conjugado com os artigos 197 e 198 da CF/1988, os quais consagram o sistema público de saúde como uma rede

regionalizada, hierarquizada e descentralizada, com direção única em cada esfera de governo.

Com tais razões, fora rejeitada a preliminar. É examinado o reexame necessário, em razão de sua maior abrangência.

A ação pretendeu condenar o Estado de Minas Gerais à obrigação de fazer consistente em garantir atendimento médico nas dependências do Presídio de João Pinheiro, para que as pessoas privadas de liberdade naquele estabelecimento tenham assegurado o direito de acesso à saúde, compreendendo consultas, medicamentos, tratamentos médico hospitalares, cirurgias, transporte, consoante previsão do artigo 196 da CF/88 e dos artigos 10 e 11 da LEP.

O requerente aludiu que conforme constatado nos autos principais, há ausência de médicos e enfermeiros para prestar serviços de saúde no estabelecimento prisional, motivo pelo qual a população carcerária do presídio de João Pinheiro somente recebeu atendimento nas instituições locais, o que se mostra insuficiente, tanto pela dificuldade de agendamento, quanto em virtude da ausência de profissionais especializados.

Além disso, o Ministério Público relatou a situação de quatro presos com problemas de saúde específicos, requerendo que fossem garantidos a eles os procedimentos médicos recomendados. Anexou aos autos os prontuários, exames e documentos médicos que descrevem a situação clínica de cada um desses pacientes.

O Ministério Público ressaltou ainda a responsabilidade do Estado para fornecer assistência aos presos e internados, assegurando seus direitos fundamentais, e requereu a condenação do Estado de Minas Gerais para garantir a disponibilização de médico clínico geral e de enfermeiro para atendimento nas dependências do presídio de João Pinheiro, com carga horária de 20h semanais, com intuito de avaliar a situação clínica dos presos que necessitarem de atendimento médico.

O juiz de 1ª instância julgou procedentes os pedidos iniciais. Contudo, sustentou o relator, que a sentença merece reforma parcial.

O relator sustentou que, como regra, não compete ao Poder Judiciário formular e implementar políticas públicas, pois, nessa seara, a atuação incumbe aos Poderes Legislativo e Executivo. Entretanto, o STF firmou entendimento no sentido de que, em face do princípio da supremacia da Constituição, é lícito ao Poder Judiciário adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implantação de políticas públicas, quando se registrar situação caracterizadora de omissão estatal.

Na esteira do entendimento do STF, o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública, adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação ao princípio da separação dos poderes, pontuou.

Não obstante, devem estar presentes três requisitos, quais sejam: a natureza constitucional da política pública reclamada, a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais, e a prova de que há omissão ou prestação deficiente pela Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento.

O relator apontou que não está caracterizada a omissão, a ilegalidade e a inércia da Administração Pública quanto à prestação de serviços de saúde aos apenados do Presídio de João Pinheiro, ausente a demonstração de lesão aos direitos fundamentais.

Fundamentando que se extrai da interpretação da Constituição Federal e da lei, que a assistência à saúde, sem dúvida, é direito do preso, cabendo, primordialmente, ao poder público garantir-lhe o tratamento médico adequado. Entretanto, é facultado ao Estado prestar a assistência por meio de equipe interna no estabelecimento prisional ou em outro local, mediante a autorização de saída do preso, conforme disposto no artigo 14, § 1º da LEP.

Diante disso, prosseguiu o relator, que não há como o Judiciário impor a contratação de profissional para atender o presídio interna e exclusivamente, se há nos autos a comprovação de que os presos têm autorização para realizar o tratamento de saúde externamente e vêm recebendo atendimento pela rede pública de saúde.

Ainda que se argumente pela insuficiência do atendimento prestado fora da estrutura do presídio, vez que os presos atendidos pela rede pública eventualmente poderão se deparar com as limitações existentes no SUS, entende-se que eventuais violações, em nível individual, não são suficientes para caracterizar a omissão do Estado de modo abrangente, podendo ser supridas também conforme especificidades de cada demanda.

Assim, continuou o relator, a prova dos autos não é suficiente para caracterizar a inércia e a omissão do Poder Público no atendimento aos presos de forma generalizada, a ponto de ensejar a intervenção judicial referente à própria organização da política pública de assistência à saúde das pessoas privadas de liberdade, com intuito de determinar ao Estado a contratação de profissionais.

Isso porque, o Programa Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), no âmbito do SUS, fora estabelecido pela Portaria Interministerial nº 01/2014 e possui forma própria de adesão, execução, organização e monitoramento das ações e serviços de saúde no sistema penitenciário, em atenção à quantidade de presos nos presídios, a descentralização das obrigações e de verbas entre os entes federativos, entre outras particularidades administrativas.

Nesse sentido, compete aos gestores públicos adotarem as medidas cabíveis para atenderem à demanda do estabelecimento prisional, observando a sua conveniência, o planejamento das políticas públicas e as possibilidades orçamentárias.

O relator prosseguiu sustentando que a sentença merece reforma quanto à determinação para que o Estado de Minas Gerais contrate médico clínico geral e enfermeiro para atuação exclusiva no presídio de João Pinheiro, pois não foi constatada nos autos a omissão genérica do Estado quanto ao atendimento da população carcerária relativo a consultas, medicamentos, tratamentos, cirurgias e aos serviços de saúde de modo geral.

Não obstante, fora verificado a existência de omissões e falhas em provimentos individuais e específicos, conforme relatado nos casos dos pacientes elencados na petição inicial.

Quanto a isso, pontuou o relator, é de se manter a sentença na parte em que antecipou a tutela e julgou procedente o pedido formulado, para compelir o Estado a fornecer os tratamentos médicos adequados aos quatro pacientes especificados nos autos, pois demonstrada a omissão estatal no cumprimento do dever de efetivação do direito à saúde, possibilitando a intervenção do Judiciário para supri-la, nos termos do entendimento do STF.

Com as considerações postas, fora reformada parcialmente a sentença, na remessa necessária, e dado parcial provimento ao recurso voluntário para afastar a condenação do Estado de Minas Gerais à contratação de médico e de enfermeiro para atendimento nas dependências do presídio de João Pinheiro e à prestação de todos os serviços de saúde recomendados por médico que venha a atender aos presos.

- Apelação face sentença parcialmente procedente:

Esse tópico tem como fonte a decisão de segunda instância proferida numa ação civil pública (RIO DE JANEIRO [ESTADO]. Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública nº 0404949-77.2012.8.19.0001, 2017).

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública contra o Estado do Rio de Janeiro, visando adoção de medidas tendentes a combater a situação de tuberculose no sistema penitenciário.

O requerente descreveu que em inspeção nas unidades prisionais situadas no Município do Rio de Janeiro, foram constatadas deficiências de recursos humanos, de assistência farmacêutica, de assistência diagnóstica e no transporte sanitário. Ainda, formulou pedido de indenização coletiva por danos morais.

Primeiramente foram analisados pelos julgadores os agravos retidos interpostos por ambas as partes. Em sua defesa, o requerido suscitou preliminar de inépcia da petição inicial, que não fora acolhida pela decisão saneadora.

O relator sustentou que inexistia razão para acolhimento da preliminar, pois os fatos foram devidamente narrados e os pedidos objetivamente formulados, de maneira a se compreender na plenitude as pretensões formuladas na demanda.

Com relação à produção de provas, ambas as partes pretenderam ouvir testemunhas e o Ministério Público requereu ainda prova pericial.

O relator apontou que na qualidade de destinatário da prova, o magistrado pode, baseado no livre convencimento motivado, indeferir a produção de provas que julgar impertinentes, irrelevantes ou protelatórias para o regular andamento do processo. Assim, o voto foi no sentido de negar provimento aos dois agravos retidos.

Nas razões de recurso, o Ministério Público alegou que parte dos pedidos relacionados às medidas de combate à tuberculose não foram apreciados na sentença, o que seria caso de anulação com retorno dos autos à primeira instância, aduziu o relator que ainda que tenha havido omissão na sentença com relação a alguns pedidos, o caso analisado comporta aplicação da “Teoria da Causa Madura”, de acordo com o artigo 1.013, § 3º, inciso III, do CPC/2015.

Diante disso, o relator afirmou que o processo se encontrava em condições de imediato julgamento, sem necessidade de produção de provas, o que permite ao Tribunal decidir o mérito, depois de mais de dez anos de tramitação em primeira instância.

O relator ilustrou ainda, que no ano de 2010, o Brasil foi o décimo nono país com maior número de tuberculosos, prosseguiu dizendo que é certo que os presídios fluminenses contribuem muitíssimo para esta infeliz estatística, cujas consequências foram sérias e gravíssimas.

Foi observado e constatado que a assistência ambulatorial era realizada sem qualquer tipo de protocolo ou normas, não havendo controle sobre o agendamento de consultas nem acompanhamento individualizado de cada interno infectado com tuberculose.

A assistência diagnóstica era precária, com demora em realizar simples exames, devido à carência de recursos humanos e materiais. A assistência farmacêutica era inexistente, pois não havia farmácia implantada em nenhum dos

ambulatórios visitados, que estavam desabastecidos, sem previsão de reposição de antibióticos, anti-inflamatórios, analgésicos e controlados.

Também fora verificado déficit de profissionais de saúde para atendimento nas unidades prisionais, com muitos ambulatórios em péssimas condições de higiene e em desacordo com as normas técnicas, bem como, a deficiência do transporte sanitário sem qualquer tipo de rotina de procedimentos.

Em resposta ao relatório de inspeção, o réu afirmou que não nega a necessidade de aprimoramento das ações sanitárias de combate à tuberculose nas unidades prisionais, tanto que a questão era objeto de ação específica das Secretarias de Estado de Saúde e de Administração Penitenciária.

O relator apontou que estava diante de algo gravíssimo e urgente, pois a questão vinha sendo conduzida pelo Ministério Público desde 2002 sem uma solução definitiva. E, havendo afronta do administrador público aos preceitos constitucionais, torna-se imperiosa as providências do Poder Judiciário para fazer cumprir os direitos fundamentais, à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana e à integridade física do preso, não mais sendo permitida a demora.

Na hipótese, sustentou o relator, inexistência de violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF/1988), pois a intervenção do Poder Judiciário não tem o propósito de substituir o Executivo, mas apenas controlar as políticas públicas de modo a garantir a concretude e máxima efetividade do comando constitucional que prevê o direito fundamental à vida (art. 5º, caput, CF), à integridade física do preso (art. 5º, inciso XLIX, CF) e à saúde (art. 196, CF).

O fato do Poder Executivo ter reconhecido a precariedade do sistema de saúde pública nas unidades prisionais e adotar ações específicas de combate à tuberculose, significa que o problema já foi detectado e que há interesse em solucionar a questão.

Como bem observado na sentença, aduziu o relator, os programas e ações já desenvolvidos não apresentaram resultados satisfatórios, não foram suficientes para sanar ou, ao menos, controlar e tratar a infecção por tuberculose.

Continuou pontuando que a inércia da Administração Pública é notória, conforme apontado na sentença há nos autos diversos ofícios, informações, relatórios e reclamações a respeito do caos da saúde pública no sistema penitenciário, o que é de conhecimento de todos. Assim, nenhuma razão assiste ao Estado em seus argumentos apresentados.

A ação civil pública fora ajuizada em 2012, acompanhada de inquérito civil instaurado em 2002 para apurar a questão da tuberculose nos presídios. Em análise da vasta documentação que instrui a ação, verifica-se dos últimos relatórios de inspeção e reclamações encaminhadas para Ouvidoria do Ministério Público, referentes aos anos de 2015 e 2016, que nada ou pouca coisa mudou, havendo registros de presos com tuberculose, sem isolamento, falta de assistência médica e farmacêutica, apontou.

O relator se fundamentou num julgamento sobre audiência de custódia onde o STF reconheceu que o sucateamento do sistema penitenciário nacional, por conta de falhas estruturais e falência de políticas públicas, caracteriza um “estado de coisas inconstitucional”. Que provoca violação massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, havendo necessidade de medidas de natureza normativa, administrativa e orçamentária para reversão desse quadro.

Prosseguiu ainda, com o fundamento que o Código Penal Brasileiro não prevê, dentre as penalidades, contrair doenças tais como a tuberculose. Se isso ocorre de forma recorrente nos presídios fluminenses, é preciso dar um basta definitivo a essa flagrante violação e desrespeito à integridade física do apenado (art. 5º, CF/1988).

Dessa forma, devem ser acolhidas todas as medidas tendentes ao combate da situação de tuberculose no sistema penitenciário, criteriosamente selecionadas pelo Ministério Público.

Com relação à crise financeira do Estado do Rio de Janeiro, diariamente é noticiado que servidores, aposentados e pensionistas estão sem receber, além do caos em setores essenciais como saúde, segurança pública e educação. Contudo, aduziu o relator, que não pode o Estado tentar se esquivar de seu dever

constitucional alegando falta de recursos financeiros, pois a questão tratada vem sendo apurada desde o inquérito civil de 2002.

No tocante à indenização coletiva por danos morais, afirmou que deve ser mantida a improcedência. No caso, o que existe são falhas estruturais ao longo dos anos, por despreparo ou má governança, devendo as instituições públicas e a sociedade em geral se unirem para resolver o tema de maior relevo que é erradicar a tuberculose das unidades prisionais.

Este julgamento, afirmou o relator, prospera em favor não só do preso, mas também em favor dos agentes penitenciários e demais servidores das unidades prisionais, dos visitantes e da coletividade, considerando que se trata de uma doença altamente infecciosa.

Fora negado provimento aos agravos retidos e dado parcial provimento ao recurso do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para julgar procedentes todas as medidas de combate à tuberculose, nos exatos termos da relação da decisão, referente aos pedidos.

Fora mantida a sentença tal como prolatada. Em consequência, fora negado provimento ao recurso do Estado do Rio de Janeiro.

Por fim, fora determinado à intimação dos Secretários de Estado de Saúde e da Administração Penitenciária, para que cumprissem em até 60 dias a integralidade da decisão, (em síntese: fornecimento de equipes mínimas de saúde, fornecimento de medicamentos, insumos, exames e transporte sanitário com segurança), sob pena de responsabilidades penais, civis e administrativas que couberem (art. 536, § 3º, CPC/2015).

O réu ficou incumbido de apresentar em primeira instância cronograma e relatório das atividades desenvolvidas e diante da gravidade da situação, fora dada ciência ao Governador do Estado do Rio de Janeiro do inteiro teor da decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De uma forma geral, esta parte final da obra faz breves considerações sobre o entendimento do Poder Judiciário acerca do direito à saúde no sistema penitenciário, baseado na análise doutrinária e jurisprudencial realizada nos capítulos anteriores.

Uma das situações analisadas foi o caso de ação civil pública que visa concessão de liminar para contratação/manutenção de equipes mínimas de saúde, quando comprovado que ainda que abaixo do necessário esteja sendo fornecida assistência médica aos presos em outras instituições de saúde.

Em casos como estes, o Poder Judiciário tem conceituado, que resta vedada sua interferência em seara reservada ao Poder Executivo, no que se refere às políticas da Administração Pública Estadual Penitenciária, sob pena de violação ao princípio federativo. Além de que para concessão de liminares é preciso estar presente o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*), indispensável à concessão da medida.

Com relação à penitenciária com equipe de saúde desprovida de médico, contando com um número excessivo de presos, o Poder Judiciário tem conceituado no sentido de que a precariedade das equipes de saúde destinadas ao cuidado dos presos, não é mais frágil do que todo sistema público de saúde colocado à disposição da população não encarcerada.

O entendimento do STF, em sede de repercussão geral no Recurso Extraordinário nº 592.581-RS, tem sido alguns dos fundamentos basilares do Poder Judiciário ao determinar o fornecimento de equipes mínimas de saúde, bem como fornecimento de medicamentos. Fixou a tese de ser lícito ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais.

Ainda no tocante a penitenciárias desprovidas de médico, os tribunais tem firmado entendimento de que a saúde é direito de todos e dever do Estado, tendo preferência sobre todos os demais interesses juridicamente tutelados. Por isso é obrigação do ente público prestar atendimento individualizado aos portadores de doenças, independentemente da urgência de cada demanda, não sendo cabíveis justificativas em sentido contrário.

Nesse caso, o Poder Judiciário determinou que os entes públicos providenciassem a formação de equipes mínimas de saúde, nos termos da Portaria nº 482/2014 e CIB nº 62/2012, bem como o fornecimento de medicamentos necessários ao regular tratamento dos presos.

Com relação ao pedido de fornecimento de medicamentos e insumos, para manter estoques de forma genérica em instituição penitenciária, sem a comprovação da sua necessidade e utilidade, o Poder Judiciário tem entendido no sentido de que poderia conduzir a perda da medicação, pelo decurso do prazo de validade e/ou ausência de presos que necessitam dos mesmos, tendo em vista que tal determinação deve ser pautada em critérios objetivos e concretos, com a adequada aplicação do dinheiro público.

Ademais, os tribunais têm fixado entendimento de que a legislação que trata dos medicamentos especiais e excepcionais não estabelece obrigatoriedade ao Estado de manter estoques mínimos.

Esse trabalho analisou ainda a questão referente à ausência de médico clínico geral e enfermeiro para prestar serviços de saúde no estabelecimento prisional, vez que este atendimento tem sido realizado em instituições locais, considerando que os presos têm autorização para realizar o tratamento de saúde externamente e vêm recebendo atendimento pela rede pública de saúde.

Nesses casos, o Poder Judiciário tem conceituado no sentido de que é facultado ao Estado prestar a assistência por meio de equipe interna no estabelecimento prisional ou em outro local, mediante a autorização de saída do preso, conforme disposto no artigo 14, § 1º da LEP, a insuficiência do atendimento prestado fora da instituição prisional, não é o bastante para caracterizar a omissão do Estado de modo abrangente, podendo ser supridas também de acordo com as especificidades de cada demanda.

Nesse contexto, compete aos gestores públicos adotarem as medidas cabíveis para atender à demanda do estabelecimento prisional, observando a sua conveniência o planejamento das políticas públicas e as possibilidades orçamentárias, com base no Programa Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), no âmbito do SUS, estabelecida pela Portaria Interministerial nº 01/2014.

Em relação ao fornecimento de tratamento médico adequado aos pacientes com necessidades individualizadas, o Poder Judiciário tem o entendimento que está demonstrado a omissão estatal no cumprimento do dever de efetivação do direito à saúde, possibilitando a intervenção do Judiciário para supri-la.

Por fim, com relação à adoção de medidas tendentes a combater a situação de tuberculose no sistema penitenciário, após constatações de deficiências de recursos humanos, de assistência farmacêutica, de assistência diagnóstica e no transporte sanitário, o Poder Judiciário tem entendido no sentido de que havendo afronta do administrador público aos preceitos constitucionais torna-se imperiosa as providências para fazer cumprir os direitos fundamentais, à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana e à integridade física do preso.

Ademais, tem-se entendido que o Código Penal Brasileiro não prevê, dentre suas penalidades, contrair doenças tais como a tuberculose, violando e desrespeitando a integridade física do apenado (art. 5º, CF/1988).

O Poder Judiciário também entende que se tratando de doença altamente infecciosa, a decisão favorável prospera em favor não só do preso, mas também em favor dos agentes penitenciários e demais servidores das unidades prisionais, dos visitantes e da coletividade.

Contudo, conclui-se que não se pode negar que as normas, até mesmo de natureza constitucional, estão sendo violadas, demandando ação do Poder Judiciário para sanar lesão a direitos fundamentais de pessoas que estão sob a custódia do Estado e, por esta razão, se encontram impossibilitadas de buscar seu direito, por iniciativa própria.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Direitos Fundamentais: Tópicos De Teoria Geral*. In MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. STF (Supremo Tribunal Federal). Recurso Especial 393175 RS, Relator: Ministro CELSO DE MELLO. Data de julgamento 01 fev. 2006. Data de publicação 16 fev. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2 ed. Coimbra – Portugal: Livraria Almedina, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Sociais*. In; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINAS GERAIS (ESTADO).TJ (1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais). *Decisão reformando em parte a sentença, em reexame necessário, e dando parcial provimento ao recurso na ação de obrigação de fazer nº 0006400-54.2012.8.13.0363*. Requerente: Estado de Minas Gerais. Requerido: Ministério Público do Estado De Minas Gerais. Desembargadores Edgard Penna Amorim, Armando Freire e Geraldo Augusto, 01 fev. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIO DE JANEIRO (ESTADO).TJ (3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro). *Decisão negando provimento aos agravos retidos, dando provimento parcial ao recurso do ministério público e negando provimento ao recurso do estado do rio de janeiro na ação civil pública nº 0404949-77.2012.8.19.0001*. Requerente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (autor) e Estado do Rio de Janeiro (réu), Requerido: os mesmos. Desembargador relator Peterson Barroso Simão, 25 jul. 2017.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO).TJ (2ª Câmara Cível Comarca do Tribunal de Justiça do Estado). *Decisão rejeitando a preliminar de ilegitimidade ativa da Defensoria Pública e desprovendo a apelação cível nº 70039209846*. Requerente: Defensoria Publica do Estado do Rio Grande do Sul. Requerido: Estado do Rio Grande do Sul. Desembargadores Pedro Luiz Rodrigues Bossle, João Barcelos de Souza Júnior e o presidente da câmara. 28 nov. 2012.

SÃO PAULO (ESTADO). 2ª Vara Cível. *Decisão liminar na ação civil pública nº 1002500-11.2018.8.26.0222*. Autor: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Réu: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Juíza de Direito: Joice Sofiati Salgado. (data da decisão) 14 mar. 2019.

SÃO PAULO (ESTADO).TJ (14ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo). *Decisão denegando a segurança requerida*. Mandado de Segurança – MS nº 2141389-80.2016.8.26.0000. Impetrado: Juiz de Direito do DEECRIM da 8ª RAJ São José do Rio Preto. Desembargadores Walter da Silva, Fernando Torres Garcia (presidente sem voto), Marco de Lorenzi e Miguel Marques e Silva. 29 set. 2016.

SÃO PAULO (ESTADO).TJ (9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo). *Decisão negando provimento ao apelo da municipalidade e parcial provimento ao recurso oficial e ao voluntário da FESP na ação civil pública nº 0007252-07.2015.8.26.0268*. Recorrente: Prefeitura Municipal de Itapeverica da Serra e Estado de São Paulo. Recorrida: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Desembargadores Carlos Eduardo Pachi, Décio Notarangeli (presidente) e Rebouças de Carvalho. 22 mar. 2018.

SÃO PAULO (ESTADO).TJ (2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo). *Decisão negando provimento ao recurso no Agravo de Instrumento nº 2160083-29.2018.8.26.0000*. Recorrente: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Recorrida: Estado de São Paulo e Município de Taquarituba. Desembargadores Carlos Von Adamek, Vera Angrisani (presidente) e Renato Delbianco. 27 nov. 2018.

SÃO PAULO (ESTADO).TJ (13ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo). *Decisão negando provimento ao recurso oficial e voluntário na ação civil pública nº 0002394-21.2014.8.26.0153*. Requerente: Prefeitura Municipal de Serra Azul. Requerido: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Desembargadores Flora Maria Nesi Tossi Silva (presidente sem voto), Ricardo Anafe e Borelli Thomaz. 06 jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Teoria dos direitos fundamentais*. In; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2017.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A presente obra versa sobre o direito fundamental à saúde no âmbito do sistema prisional brasileiro, tece considerações acerca da assistência à saúde, especialmente para a população carcerária.

Nesse sentido, para uma melhor ilustração, são abordados os direitos fundamentais de forma geral, o direito à saúde na CF/1988, bem como análise de jurisprudências dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Rio de Janeiro, com intuito de demonstrar sinteticamente o entendimento do Poder Judiciário sobre o direito à saúde nas instituições prisionais.

Ariane de Lima Lopes
André Gustavo Basso Cheleguini

Home Editora
CNPJ: 39.242.488/0002-80
www.homeeditora.com
contato@homeeditora.com
9198473-5110

Av. Augusto Montenegro, 4120 - Parque Verde, Belém - PA, 66635-110

