

RECHTD

Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, ISSN 2175-2168

[CAPA](#) [SOBRE](#) [ACESSO](#) [CADASTRO](#) [PESQUISA](#) [ATUAL](#)
[POLÍTICA DE ÉTICA](#) [INDEXAÇÃO](#) [CONTATO](#)

USUÁRIO

[ANTERIORES](#) [SUBMISSÃO](#)

Login

Senha

[Lembrar usuário](#)

Capa > [Indexação](#)

Indexação

IDIOMA

Português (Brasil)

CONTEÚDO DA REVISTA

[Pesquisa](#)

[Todos](#)

Procurar

- [Por Edição](#)
- [Por Autor](#)
- [Por título](#)
- [Outras revistas](#)



A *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)* encontra-se indexada nas seguintes bases de dados e diretórios de pesquisa:

[Scopus](#)

[Portal Capes de Periódicos](#)

[EBSCO](#)

[Ulrich's Database](#)

[Latindex](#)

[Dialnet](#)

[IBICT – Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia](#)

[ROAD – Directory of Open Access Scholarly Resources](#)

[DOAJ – Directory of Open Access Journal](#)

[Google Scholar](#)

[Universal Impact Factor](#)

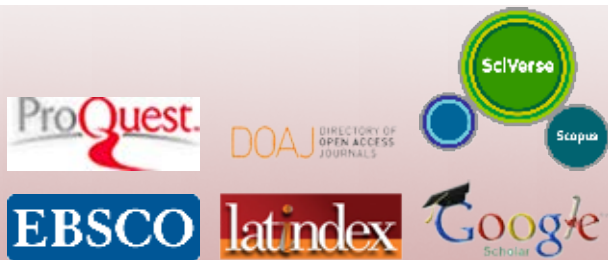
TAMANHO DE FONTE

INFORMAÇÕES

- [Para leitores](#)
- [Para Autores](#)
- [Para Bibliotecários](#)

OPEN JOURNAL SYSTEMS

[Ajuda do sistema](#)



ISSN: 2175-2168 - Melhor visualizado no Mozilla Firefox



Este trabalho está licenciado sob uma [Licença Creative Commons Attribution 3.0](https://creativecommons.org/licenses/by/3.0/)

São Leopoldo, RS. Av. Unisinos, 950. Bairro Cristo Rei, CEP: 93.022-000. Atendimento Unisinos +55 (51) 3591 1122

Projeto gráfico: Jully Rodrigues

Crossref Member Badge



Crossref Similarity Check logo



A pena corporal do cárcere e o direito à saúde: entre a normativa penitenciária europeia e italiana¹

The corporal punishment of prison and the right to health: between European and Italian penitentiary norms

Giuseppe Caputo²

Università degli studi di Firenze (UNIFI/Italia)
giuseppe.caputo@unifi.it

Resumo

No presente artigo analisaremos o modo como é conceituada e normatizada a saúde dos detentos na normativa penitenciária europeia e italiana. Não nos limitaremos somente ao dado normativo, procuraremos, ao contrário, compreender o contexto em que as normas foram adotadas e os efeitos que produziram. A metodologia fenomenológica foi utilizada na abordagem dos conteúdos encontrados ao longo da pesquisa, permitindo atingir as conclusões em perspectiva comparada entre ambas normativas estudadas.

Palavras-chave: Sociologia jurídica, cárcere, direito à saúde.

Abstract

In this article we will analyze how the health of detainees is conceptualized and standardized in European and Italian penitentiary regulations. We will not limit ourselves to the normative data only, but rather seek to understand the context in which the norms were adopted and the effects they produced. The phenomenological methodology was used in the approach of the contents found throughout the research, allowing to reach the conclusions in a comparative perspective between both studied normative.

Keywords: Legal sociology, prison, right to health.

¹ Tradução de Fernando de Souza Barbosa Júnior. Revisão de Elisandra Maria Nunes.

² Università degli Studi di Firenze. Dipartimento di Scienze Giuridiche. Via delle Pandette, 32, Edificio 4, 3 andar, CEP 50127, Florença, Toscana, Itália.

Introdução

O conceito tradicional de saúde nasce de instâncias médico-curativas que a compreendem como uma mera ausência de doença: é saudável aquele que não possui doenças ou enfermidades. Em 1948, a esta definição se junta outra, promovida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que compreende a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social” (Constituição da OMS, Preâmbulo), que não pode ser reduzida à simples ausência de doenças ou enfermidades. Esta representa um direito fundamental de todos os indivíduos, devendo ser garantida sem qualquer distinção de raça, religião, crença política, condição social ou econômica.

O conceito de saúde da OMS é coerente com as estratégias do sistema de *welfare* europeu que visavam, através de programas e serviços sócio-sanitários universais financiados mediante ingresso de receita fiscal geral, promover o bem-estar dos indivíduos e, através deste, a força produtiva e a capacidade da inteira população (Foucault, 2004). A saúde apresentava-se, desse modo, como uma dimensão muito complexa, dentro da qual interage uma pluralidade de fatores psicofísicos, ambientais e sociais.

A ambigüidade da noção de saúde, que oscila entre a versão tradicional e reducionista e àquela generalista da OMS, reverbera também no modo em que na Europa e na Itália é conceituada e normatizada a saúde dos indivíduos submetidos à restrição da liberdade pessoal. A partir da segunda metade dos séculos XX, esta conheceu diversas vicissitudes ligadas às várias tendências de políticas penitenciárias e sanitárias que se sucederam. Exemplificando, podemos individuar três modelos normativos europeus de cárcere e a cada um deles, como veremos, corresponde um diverso modo de entender a saúde dos detentos: o da *reabilitação*, o da *ressocialização* e o da *humanização* do tratamento. O primeiro, oficializado pelas *Standard Minimum Rules* (S.M.R.), adotadas em 1955 pelas Nações Unidas,³ enfatiza a finalidade reabilitativa do cárcere. O segundo, constituído pela readaptação europeia das SMR, adotado pelo Conselho da Europa em 1987 e intitulado *European Prison Rules* (EPR),⁴ defende a deflação carcerária, as medidas alternativas à detenção e a reinserção social dos detentos ao final da pena. O terceiro, representado pela atualização das EPR, adotadas em 2006⁵, das S.M.R. adotadas em 2015 com o nome de *Mandela Rules*⁶, e pelos *Standards* do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e dos Tratamentos Desumanos e Degradantes (C.P.T., 2006), insiste na humanização do cárcere e o reconhecimento dos direitos dos detentos.

É necessário compreender que nenhum dos três modelos pode ser considerado, hoje,

³ *Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos*. Adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social. Estas foram incorporados pelo Conselho da Europa com a resolução n. 5, de 19 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>

⁴ *Regras Penitenciárias Europeias*. Adotadas com a Recomendação Rec(1987)3 do Comitê de Ministros dos Estados Membros do Conselho da Europa, de 12 de fevereiro de 1987. Representam uma atualização das *Standard Minimum Rules* das Nações Unidas de 1955, já incorporadas pelo mesmo Conselho com a resolução 05/73.

⁵ *Regras Penitenciárias Europeias*. Adotadas com a Recomendação Rec(2006)2 do Comitê de Ministros dos Estados Membros, na 952ª reunião de Delegados dos Ministros, de 11 de janeiro de 2006. Disponível em <http://www.dgsp.mj.pt/paginas/documentos/informacoes/legislacao/RPEuropeias.pdf>

⁶ *Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos (Regras de Mandela)*, Adotadas pela Comissão de Prevenção ao Crime e Justiça Criminal. Vigésima quarta sessão Viena, 18-22 de maio de 2015. Disponível em <https://www.penalreform.org/resource/standard-minimum-rules-treatment-prisoners-smr/>

definitivamente prevalente sobre os outros. É verdade que a sucessão temporal dos textos normativos adotados (SMR de 1995, E.P.R. de 1987 e E.P.R de 2006) poderia sugerir o contrário mas, em um exame mais detalhado percebe-se que nenhum dos três textos jamais colocou completamente em discussão os princípios daquele precedente, limitaram-se, freqüentemente, a enfatizar alguns aspectos a despeito de outros, ou mesmo, a adaptar algumas partes às diferentes exigências histórico-sociais.

Tratam-se, então, de tendências que convivem e, freqüentemente, terminam por justapor-se nas escolhas de política penitenciária dos Estados europeus. Consideramos necessária essa premissa a nossa discussão porque nos permitirá contextualizar e melhor compreender o modo em que as várias normativas tratam o problema da saúde dos detentos.

A saúde dos detentos: entre a reeducação, a ressocialização e a humanização

O *modelo da reabilitação* considera a saúde do detento de maneira dúplice. Por um lado, tende e reduzi-la ao problema do tratamento e da prevenção das doenças e do acesso aos serviços sanitários. Sublinha-se, por exemplo, a necessidade de dotar as estruturas penitenciárias de pessoal médico e de serviços sanitários adequados, que garantam aos detentos assistência, como se estes fossem cidadãos livres. Além disso, sugere-se o melhoramento das condições materiais de vida no cárcere, de modo a prevenir o aparecimento de patologias e a propagação de doenças infecciosas. Esta abordagem reducionista da saúde significa que somente nos casos mais graves de enfermidade o Estado concorda em renunciar temporariamente o exercício do poder punitivo. No caso italiano, por exemplo, a possibilidade de soltura ou prisão domiciliar é reconhecida apenas no caso de "motivos sérios" de doença física, mas não por doença mental, e somente quando o serviço de saúde penitenciário não consegue garantir os cuidados adequados (artigo 146 e 147 do Código Penal, artigo 47 da Ordem Penitenciária)⁷.

Por outro lado, a saúde dos indivíduos privados de liberdade é considerada como o instrumento através do qual o Estado transforma o criminoso em um bom cidadão respeitoso da lei. Todas as legislações europeias, progressivamente, aplicaram exatamente aquele paradigma descrito por Foucault em *Vigiar e Punir*, segundo o qual o cárcere é uma pena doce e incorpórea, que tem o objetivo a recuperação institucional do réu "doente", com vistas à reinserção social.

As *Standards Minimum Rules* (SMR), adotadas em 1955 das Nações Unidas, e o Ordenamento Penitenciário Italiano (OP), de 1975,⁸ considerando paternalisticamente o criminoso como o doente e inadaptado, que necessita de tratamento e de um regime disciplinar que o transformem. Em ambos os textos normativos se incorpora o pressuposto subjacente da Escola Positivista italiana de Lombroso, Ferri e Garofalo, segundo o qual o indivíduo que delinqüe é um "doente" que necessita de tratamento. Ainda que, é necessário recordar, o poder de impor tratamentos reeducativos foi temperado por intervenções

⁷ Apenas uma recente decisão da Corte Constitucional parece questionar pela primeira vez essa abordagem reducionista, ao admitir a aplicabilidade da prisão domiciliar mesmo no caso de doença mental e não apenas física grave (*Corte Constitucional*, Sentença n. 99, de 19 de abril de 2019).

⁸ Lei n. 354, de 26 de julho de 1975, relativa às "Normas sobre o Ordenamento Penitenciário e sobre a execução das medidas privativas e limitativas da liberdade". No art. 13 o OP estabelece que os detentos são objetos de uma observação científica da personalidade, que tem o objetivo de detectar "as carências psicofísicas que são a causa do desajuste social". Impossível não notar uma estratégica coincidência entre a definição de saúde da OMS, que fala de bem-estar psicofísico e social e aquela do tratamento penitenciário, que tem como objetos presumíveis "carências psicofísicas".

normativas e jurisprudenciais, que contrapuseram o direito individual à autodeterminação.⁹ O modelo de reabilitação europeu prevê, de fato, que detento dê o seu consentimento ao tratamento,¹⁰ mas, este consentimento é, de qualquer maneira, induzido do fato que, em troca, o detento obtém a participação nas atividades do instituto (esporte, escola e trabalho) que lhe consente aliviar a dureza do cárcere e, em tais casos, lhe permite também de desconto de pena ou acesso a programas externos.

Conceber a saúde como objeto privilegiado do tratamento reabilitativo, no entanto, produz um paradoxo: pretende-se reabilitar através da inflicção de sofrimento. Não se pode ignorar, de fato, que a privação da liberdade é uma punição que comporta, para quem a sofre, uma condição de vida inatural, que provoca uma necessária deterioração das condições de saúde.¹¹ Segundo Giuseppe Mosconi o cárcere é uma “fábrica salubre de doenças”, e não somente porque o detento é percebido como um sujeito doente “onde a doença não só é detectada a partir do comportamento anti-social, mas, é conexas à aplicação do encarceramento” (Mosconi 2005, p. 61). O médico penitenciário francês Gonin descreveu muito bem, em *La santé incarcéréé*, os efeitos do encarceramento sobre os corpos dos detentos: vertigens, contaminação e perda do olfato, diminuição e dissociação da vista, exacerbação da audição, surdez, distúrbios do sono, falta de tato ou hiperestesia, déficit na mastigação, distúrbios do aparato digestivo, doenças de pele e dos dentes, depressão ou outras manifestações psicopatológicas etc. A abstinência forçada a qual os detentos são submetidos, produz uma desafeição e distúrbios do comportamento sexual, que podem continuar por um longo período, mesmo depois à detenção (Sofri 1999). A promiscuidade e as precárias condições higiênico-sanitárias são, pois, a causa da difusão das mais variadas formas de doenças infecciosas, como o HIV, a hepatite B ou C. Além disso, a convivência forçada cria um clima difuso de violência, aumentando a probabilidade de um detento ser protagonista ou vítima de agressões físicas e morais.

A partir do fim dos anos 70, particularmente graças ao debate em torno da obra de Foucault *Vigiar e Punir*, começaram a vir à tona as ambigüidades e as contradições de um modelo penitenciário que considera a saúde apenas em função do tratamento reeducativo. Nasceu, assim, uma reflexão sobre a necessidade de uma revisão teórica e normativa do modelo reabilitativo, que desembocou, em 1987, na adoção, por parte do Conselho da Europa, das *European Prisons Rules* (E.P.R)¹², que se apresentam como uma adaptação europeia das SMR das Nações Unidas. Estas novas regras colocam-se em continuidade, no entanto, somente de maneira parcial com o modelo das SMR, uma vez que consideram a saúde, inclusive, como um status a ser preservado durante a detenção, com vistas à reinserção social ao final da pena

⁹ Segundo a Suprema Corte de Cassação italiana a reeducação não pode constringer o detento a aderir aos valores da convivência, sejam eles constitucionais ou comumente aceitos. Um conceito similar de reeducação afetaria não somente a liberdade de opinião, mas, também, a dignidade do indivíduo, uma vez que legitimaria a adoção de tratamentos afletivos que, indo além da simples privação de liberdade, violariam o parágrafo 4º do artigo 13 da Constituição, que veta “toda violência física e moral contra as pessoas que sejam de qualquer modo submetidas a restrições de liberdade”. De acordo com a Suprema Corte é necessário, deste modo, o consentimento do detento para qualquer forma de tratamento dentro do sistema penitenciário (Cassação, Seção I, 24.03.1982, Balindo in: *Rassegna penitenziaria e criminologia*, 1983, pp.872. Cassação, Seção I 29.03.1985, La Rosa in: *Cassazione penale*, 1986, pp. 1178.)

¹⁰ Na Itália, por exemplo, existe o “pacto de tratamento”, que o detento deve subscrever na presença do diretor do instituto (Circular do Departamento da Administração Penitenciária, de 14 de junho de 2005 – *Área educativa: documento de síntese e pacto de tratamento*, Protoc. N. GDAP-0217584-2005).

¹¹ Tocqueville, em seus escritos penitenciários de 1832, já sublinhava que o cárcere – em particular, a severa prática do isolamento – é um potente fator patogênico, capaz de comprometer, inclusive definitivamente, a integridade psicofísica dos reclusos (Tocqueville e Beaumont, 1833)

¹² Adotadas com a Recomendação Número R(87)3 pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu, em 12 de fevereiro de 1987. Estas são uma atualização das *Standards Minimum Rules* das Nações Unidas, de 1985, já adotadas pelo próprio Conselho com a Resolução 5/1973.

(*modelo de ressocialização*). O objetivo principal das E.P.R é reduzir a separação entre o encarcerado e o mundo externo, com o duplo escopo de conter os efeitos dessocializantes da detenção, incentivar a utilização de medidas alternativas (tais como a prisão domiciliar e *probation*) e de favorecer a reinserção dos detentos ao final da pena. As E.P.R, juntamente com a *Resolução sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia 2000* (A5-0223/2001) do Parlamento Europeu, contribuíram, de acordo com Lucia Re (2006), ao delineamento do “modelo penitenciário europeu garantista”.

Nesse contexto diverso, a saúde dos detentos também assume um significado diferente: enfatiza-se a ideia de continuidade terapêutica entre o cárcere e os serviços sócio-sanitários externos. Imagina-se uma instituição penitenciária como um dos anéis de um complexo de serviços sociais que trabalham em conjunto harmonicamente, como uma primeira fase de assistência social, que deve continuar mesmo depois da liberdade.

Sucessivamente, a crise fiscal do Estado social e a afirmação, na Europa, de um novo modelo baseado na ideia de que a cidadania social não pode ser universal e que a despesa social pública deve ser contida (Ferrera, 1993; Rhodes e Meny 1998; Taylor Gooby, 2005), implicou em uma forte discussão do modelo penitenciário delineado pelas E.P.R de 1987 (Caputo 2017). Nos últimos 20 anos assistimos ao drástico corte de programas e de gastos voltados aos detentos e ex-detentos. Um novo recrudescimento das políticas penais provocou uma exacerbação das sanções penais e um crescimento, sem precedentes, das taxas de detenção (Pavarini 2002; Re 2006).¹³ A instituição penitenciária, ainda que formalmente ligada ao modelo garantista, não parece mais colocar ao centro do tratamento penitenciário a ressocialização dos autores de crimes (Allen, 1981), mas, a sua neutralização e a sua contenção (Garland, 1985, 2001; Wacquant, 2001; Santoro 2004; Caputo 2017).

Esse é o contexto em que, em 2006, o Conselho da Europa adota um novo texto das E.P.R¹⁴, e a Nações Unidas adota uma nova versão da S.M.R, com a qual tenta colocar uma barreira na deriva custodialista do sistema carcerário. As E.P.R. de 2006 e as *Mandela Rules* não afastam completamente o paradigma ressocializante, mas declinam-no em práticas e regimes detentivos que não têm apenas o objetivo de garantir a reeducação ou a ressocialização dos detentos, mas, aquele mais limitado de minimizar o risco de tratamentos desumanos e os efeitos dessocializantes do cárcere (*modelo da humanização*). O novo texto apresenta uma importante novidade em relação às SMR de 1995 e às EPR de 1987. Pela primeira vez são reconhecidos os direitos humanos dos detentos (art. 1). Os limites de poder das administrações penitenciárias não derivam mais somente da recomendação ou dos *standards* de tratamento genericamente inspirados no respeito da dignidade humana, mas, do reconhecimento formal dos direitos dos detentos.

As EPR, especialmente, não propõem mais a reeducação como objetivo da reclusão, mas, limitam-se a sugerir que “esta deve ser orientada no sentido de facilitar a reintegração na sociedade livre” (artigo 6) e que, a tal fim, “devem ser encorajadas a cooperação com os serviços sociais externos e, na medida do possível, a participação da sociedade civil na vida penitenciária” (artigo 7)¹⁵. No que diz respeito ao direito à saúde, leva-se a cabo o processo iniciado com as SMR de 1955 e sucedido pelas EPR de 1987, de reconhecimento do direito dos detentos a recorrer aos serviços de saúde comensuráveis àqueles garantidos aos cidadãos em

¹³ De 1990 a 2018, de fato, a população carcerária na Itália duplicou, passando de 31.053 para 59.655 (Fonte: Departamento da Administração Penitenciária, www.giustizia.it). A severidade das penas também aumentou: por exemplo, entre 1998 e 2014, segundo os dados do Conselho da Europa, a média de duração do encarceramento em meses é passada de 6,8 para 13,7 meses (Fonte: Council of Europe, *Annual penal statistics*, SPACE I, www.coe.int).

¹⁴ Adotadas com a Recomendação Número R(2006)2 do Comitê de Ministros do Conselho Europeu, de 11 de janeiro de 2006.

¹⁵ *Mandela Rules* têm disposição similar na regra n. 24 e na regra 32.

liberdade.

(a) Direito ao tratamento e o serviço sanitário penitenciário: o caso italiano

O direito à saúde, entendida como ausência de doenças ou enfermidades, comporta uma dupla obrigação ao Estado: financiar programas e serviços públicos sanitários, finalizados ao tratamento e à prevenção das doenças e, em segundo lugar, tutelar os indivíduos das agressões que possam sofrer à própria integridade psicofísica. Neste parágrafo – e naquele sucessivo – iremos nos ocupar do primeiro aspecto, com particular atenção às recentes reformas do serviço de saúde penitenciário italiano, enquanto no parágrafo 4 daremos atenção do segundo aspecto.

O direito ao tratamento de saúde na sua dimensão positiva consiste no direito de exigir o acesso aos serviços oferecidos pelas instituições sanitárias dentro do cárcere. A esse respeito, a normativa penitenciária internacional sofreu uma evolução interessante, sobre a qual vale a pena debruçar-se, antes de afrontar o tema da reforma do sistema penitenciário italiano.

A primeira normativa internacional que versa sobre o argumento foram as *Standard Minimum Rules*, de 1955. O artigo 22 estabelece que os serviços de saúde penitenciários devam ser equiparados àqueles da comunidade externa. Os institutos penitenciários devem oferecer aos detentos serviços sanitários de base, incluindo o psiquiátrico, enquanto os especializados podem ser confiados ao Serviço de saúde nacional. O detento deve ser examinado no ingresso da prisão e, uma vez individuadas as doenças mentais e físicas que possui, devem-lhe ser garantidos todos os cuidados necessários. O serviço de saúde possui, ainda, importante função de prevenir o contágio e a proliferação de doenças infecciosas, não apenas entre os detentos, mas, também, de evitar que estas possam difundir-se ao externo. Poucas são as normas dedicadas aos detentos mulheres: ao artigo 23 limita-se a estabelecer que devam ser oferecidos serviços de assistência pré e pós-natal, enquanto nada se diz acerca da dotação orçamentária dos institutos para pessoal de saúde que leve em consideração as especificidades de gênero.¹⁶

As EPR de 1987 retomam os princípios bases das SMR em matéria de serviços de saúde, enfatizando o princípio da continuidade terapêutica, seja no ingresso que na saída do cárcere, em base a qual o *staff* da prisão deve trabalhar de acordo com as agências sócio-sanitárias dos sistemas de *welfare* nacional (por exemplo, àqueles de tratamento e prevenção à toxicod dependência ou à doença mental)¹⁷.

As EPR de 2006 e as Regras de Mandela (*Mandela Rules*) tratam o tema dos serviços de saúde de maneira mais articulada do que no texto anteriormente em vigor. À previsão, já contida nas SMR e nas EPR de 1987 segundo a qual os serviços de saúde penitenciários devem equiparados àqueles civis (art. 40.1 da EPR; regra n. 24 das Regras de Mandela), adiciona-se a norma, segundo a qual estes devem ser integrados ao sistema sanitário nacional (art.40.2 da E.P.R.) e uma outra, segundo a qual os detentos devem ter acesso aos serviços sanitários disponíveis no mundo externo sem qualquer discriminação decorrente do seu status (art. 40.3 da E.P.R.; regra 24 das Regras de Mandela).

¹⁶ A normativa italiana também é muito pobre desse ponto de vista. A condição da mulher é relevada somente quando ela está grávida ou é mãe. Pensem-se nas hipóteses de adiamento da execução da pena para mulheres grávidas ou mães (art. 146 e 147 do Código Penal) ou nas hipóteses de prisão domiciliar especial previstas para as mulheres mães (art. 47 *ter* e *quinques* do Ordenamento Penitenciário).

¹⁷ As EPR inspiraram o Regulamento referente às normas sobre o Ordenamento Penitenciário italiano, emanado pelo Decreto Presidencial n. 230, de 30 de junho de 2000. Este, sendo uma fonte secundária, não poderia derogar explicitamente o ordenamento penitenciário de 1975 e, conseqüentemente, limitou-se a incluir algumas normas que sugerem uma interpretação atualizada nos princípios das EPR.

A maior ênfase, posta principalmente na nova edição das EPR, na integração entre serviço sanitário penitenciário e o nacional, é fruto de um amplo debate realizado na Europa sobre a conveniência ou não de confiar a assistência sanitária dos detentos ao Ministério da Saúde, ao invés das administrações penitenciárias, como tradicionalmente acontece. O debate também envolveu a Itália que, recentemente, com o Decreto do Presidente do Conselho de Ministros D.P.C.M. n. 126, de 30 de maio de 2008, completou a passagem das competências sanitárias pela medicina geral e especializada penitenciária do Ministério da Justiça ao Ministério da Saúde.

Para compreender o significado dessa reforma e as dificuldades de sua implementação, é necessário fazer uma breve premissa sobre a história do serviço sanitário penitenciário italiano. O Serviço Sanitário Penitenciário foi disciplinado nos seus elementos essenciais pelo OP de 1975, ainda em vigor, que previu que “cada instituto penitenciário é dotado de serviço médico e serviço farmacêutico, respondendo às exigências profiláticas e de tratamento da saúde dos detentos e internos; dispõe, ainda, de ao menos um especialista em psiquiatria.” (art. 11, parágrafo 1 O.P.). No caso em que “sejam necessários tratamentos ou exames que não podem ser realizados pelos serviços de saúde dos institutos, os condenados e internos são transferidos [...] em hospitais civis ou em outras estruturas externas de tratamento.” (art. 11 parágrafo 2 O.P.)

É importante destacar que a instituição do serviço sanitário penitenciário antecipou, em três anos, a do Serviço Sanitário Nacional (SSN), com o qual se pretendia garantir a os todos os indivíduos o direito à saúde (lei n. 360, de 1978). No momento da instituição do S.S.N., não obstante a opinião de muitos, favoráveis a sua extensão também aos detentos, prevaleceu a orientação oposta, segundo a qual a lei não deveria comportar na perda de autonomia do Serviço Sanitário Penitenciário, que permaneceu, desse modo, vinculado ao Ministério da Justiça. Na base desta escolha está a opinião que a especialidade do serviço sanitário penitenciário se justificasse, pelo fato que esta fizesse parte do tratamento de reeducação.¹⁸ De sua parte, a Administração Penitenciária opôs-se à tentativa de incluir a saúde penitenciária no S.S.N. porque considerava a medicina penitenciária um instrumento fundamental para a manutenção do controle e da segurança nos institutos. Esta atitude revela uma certa ambigüidade sobre como é considerado o papel da medicina penitenciária: muitas vezes ligado às exigências de vigilância e segurança das administrações penitenciárias, ao invés de atender aos interesses dos detentos/pacientes.¹⁹ A especialidade do Serviço Sanitário Penitenciário é, infelizmente, objeto de grandes equívocos. Confunde-se, normalmente, o fato que a medicina penitenciária seja um saber especializado, que tem como objeto patologias típicas do ambiente carcerário (Carnevale e Di Tilio, 2006), com a possibilidade de derrogar aos princípios gerais e aos direitos subjetivos (Ruotolo, 2002) em nome da continuidade do tratamento penitenciário.²⁰

¹⁸ Esta opinião foi confirmada por um parecer do Conselho de Estado, Sec. III, de 7 de julho de 1987, segundo o qual existe “uma necessidade institucional que a medicina penitenciária colabore ao trabalho de tratamento dos detentos”.

¹⁹ Para citar um exemplo, pense-se à prática, muito difusa nas penitenciárias italianas, de administrar aos detentos toxicodependentes (que se constituem cerca de 27% do total de detentos) metadona “para manutenção” sem, com isso, chegar a uma plena desintoxicação. Isto facilita o controle e a vigilância dos detentos toxicodependentes que vêm, desse modo, alimentados em sua dependência por mera exigência de segurança. Pelas mesmas razões são administrados psicofármacos aos detentos, como testemunha o Dr. Stefano Berrettini (médico psiquiatra, responsável pelo cárcere de Solliciano, em Florença) durante uma aula para voluntários penitenciários, de 10 de junho de 2010, realizada em Florença: “da triagem que fazemos dos detentos no ingresso do cárcere, resulta que o percentual entre 3 e 5% destes sofrem de patologias psiquiátricas. Mas, uma vez que entram no cárcere, quase 50% dos detentos toma psicofármacos, ou porque são toxicodependentes, depressivos ou porque sofrem de distúrbios do sono”.

²⁰ De acordo com Salvati (2010, p. 6) o diretor do Departamento da Administração Penitenciária, Franco Iota, no curso de uma audiência na Câmara dos Deputados destacou a importância dos médicos penitenciários para a prevenção de “situações” nocivas

Somente em 1999, com o Decreto Legislativo n. 230, tenta-se superar este limite, transferindo a competência pela saúde penitenciária do Ministério da Justiça ao Ministério da Saúde. O DL 230/1999 propõe-se como uma reforma muito avançada, chegando, inclusive, a antecipar a orientação das EPR de 2006 que, como demonstramos, pressionam por uma maior autonomia da saúde penitenciária em relação à administração da justiça.

O artigo 1 do DL 230/1999 sanciona um importante princípio segundo o qual “os detentos e internos têm o direito, tal como os cidadãos em estado de liberdade, à oferta de serviços de prevenção, diagnose, tratamento e reabilitação, eficazes e apropriadas. Além disso, deve ser garantido aos detentos os cuidados e medicamentos.

Esse direito deve ser garantido a todos os detentos, inclusive aqueles desprovidos de permissão de estadia (*permesso di soggiorno*):²¹ “são inscritos ao Serviço Sanitário Nacional os estrangeiros, limitadamente ao período em que estão detentos ou internos nos institutos penitenciários. Tais sujeitos têm paridade de tratamento e plena igualdade de direito em relação aos cidadãos livres, independentemente do regular título de permissão de estadia na Itália (artigo 1º parágrafo 5). Esta norma tem uma particular importância uma vez que atribui, aos estrangeiros privados de permissão de estadia, um direito, o da assistência em saúde, que em liberdade não têm.²² Paradoxalmente, o cárcere confere aos detentos estrangeiros irregulares um status de regularidade que lhes consente a inserção no sistema de proteção social. Enfim, o decreto 230/99 estabelece, ainda, que não é mais a administração penitenciária, mas o Serviço Sanitário Nacional que deve assegurar aos detentos a assistência em saúde.

A passagem do sistema sanitário penitenciário ao Serviço Sanitário Nacional determinou importantes conseqüências na organização da saúde carcerária. É do Ministério da Saúde e não mais daquele da Justiça a competência em matéria de programação, gestão e coordenação do Serviço sanitário nos institutos penitenciários. As regiões²³ possuem a competência de organização e programação dos serviços sanitários regionais nos institutos penitenciários e no controle do funcionamento dos mesmos serviços. Os Entes sanitários locais possuem a gestão e o controle dos serviços sanitários nos institutos penitenciários.²⁴

Após um longo período de experimentação e aplicação, a transferência da competência foi concluída somente com o DPCM n. 126, de 30 de maio de 2008, com o qual se transferia definitivamente a saúde penitenciária ao Ministério da Saúde e às regiões²⁵.

Tentemos agora entender quais são os efeitos da reforma. Como já evidenciado, um dos

para a segurança.

²¹ Aproximadamente 1/3 dos detentos italianos são estrangeiros sem permissão de estadia. O Texto Único em matéria de migração prevê a revogação da permissão de estadia aos estrangeiros que comentem um crime pelo qual é previsto a prisão (art. 5º parágrafo 5 do Texto Único sobre a migração n. 191, de 1998).

²² O artigo 35 do TU migração estabelece que “aos cidadãos presentes no território nacional, em desacordo com as normas relativas ao ingresso e à permanência, são assegurados, nos estabelecimentos públicos e convenionados, os tratamentos ambulatoriais e hospitalares *urgentes* ou *essenciais*, ainda que *continuativos*, a doenças e infortúnios e são extensivos os programas de medicina preventiva na salvaguarda na saúde individual e coletiva.

²³ Equivalentes aos estados federados brasileiros (N.T.)

²⁴ Claudio Sarzotti evidencia os riscos da passagem da saúde penitenciária para o Ministério da Saúde e de sua “localização” nas Regiões. Naquelas regiões em que o serviço sanitário é aberto “às temáticas ligadas à saúde das faixas marginais da clientela, poderia-se permitir um salto de qualidade, inclusive, a um serviço sanitário penitenciário, que permaneceu tradicionalmente ligado a lógicas centralizadoras e burocratizadas. Colocar em contato os serviços sanitários regionais com a estrutura notoriamente fechada e pouco dialogante da sanidade penitenciária, então, poderia consentir a esta última modificar aquelas conotações de “medicina de série B”, que derivam da ambígua relações com as instâncias secundárias (...). Isso não deve fazer com que se esqueça, no entanto, os graves inconvenientes que se podem verificar naquelas regiões em que o serviço de saúde não é de boa qualidade, muito pouco interessado a assumir uma ulterior “batata quente”, como a da medicina penitenciária”. (Sarzotti, 2002, p. 109-121)

²⁵ Somente 10 anos após a reforma, o decreto legislativo n. 123 de 02 de outubro de 2018 modificou o art. 11 o.p. para harmonizar a legislação penitenciária com as principais modificações do Decreto 230/99 e da DPCM 126 de 30 de maio de 2008.

aspectos mais críticos do sistema precedente era uma certa ambigüidade da medicina penitenciária com relação às exigências secundárias da administração. A reforma pouco, ou nada, incidiu neste ponto, uma vez que o pessoal operativo nos institutos não mudou e nem tampouco se submeteu a uma atualização da formação profissional. Ela, a reforma, limitou-se a transferir a titularidade das relações de trabalho do departamento da administração penitenciária aos entes sanitários locais. Médicos e enfermeiros, que durante anos trabalharam nas dependências das administrações penitenciárias, continuaram a exercer as suas funções, muitas vezes com a mesma atitude de subalternidade com relação às exigências secundárias. Contribuiu a configurar os médicos penitenciários como, de certo modo, diversos aos médicos ordinários, também, o fato que os primeiros gozavam e continuam a manter algumas prerrogativas e privilégios assegurados pela lei 740, de 1970.

Enfim, é necessário entender que a reforma não teve uma adequada cobertura financeira, que desse condições às regiões de renovar os equipamentos de saúde e os bens instrumentais. As regiões, deste modo, herdaram todo um conjunto de equipamentos obsoletos, que as administrações penitenciárias nunca renovaram e um ambiente de tratamento inadequado e, muitas vezes, em ruínas.

É preciso levar em consideração, ainda, o fato que a reforma foi implantada em um contexto em que as tendências da política penitenciária transformaram-se com relação ao passado. A exacerbação da severidade das sanções e o aumento do número de ações penalmente condenadas causaram um crescimento vertiginoso da população carcerária. Este fenômeno, juntamente com os cortes drásticos efetuados a todas as atividades de tratamento e sociais destinadas aos detentos, fez com que o sistema penitenciário tomasse uma deriva meramente securitária e de contenção. É difusa a convicção nos operadores da administração penitenciária que hoje, ao cárcere, não se peça mais para reabilitar ou reinserir os detentos, uma vez que não lhe vêm mais destinados recursos e programas que se encaminham nesta direção. O novo mandato é muito mais limitado com relação ao passado: garantir a segurança nos institutos e conter a periculosidade dos detentos.

As regiões encontram-se, desse modo, em um beco sem saída onde, de um lado as administrações penitenciárias pressionam a fim de que as exigências de segurança prevaleçam sempre mais sobre os direitos dos detentos, inclusive aquele à saúde, de outro lado os médicos que querem continuar a manter os próprios privilégios contratuais e reivindicar a “especificidade” da profissão de médico penitenciário, com todas as ambigüidades que isto comporta.

(b) O estado de saúde da população detenta italiana

Enquanto os efeitos da reforma tardam a chegar, as condições de saúde dos detentos italianos parecem hoje sempre mais dramáticas, a ponto de nos consentir falar de um cárcere “doente” (Sarzotti 2007). Cerca de 27% dos detentos italianos é classificado como toxicodependente²⁶ e, ainda, segundo as estatísticas oficiais, 2% é soropositivo. Mas, este último dado é provavelmente subestimado, uma vez que o teste para o HIV é facultativo. De acordo com Sergio Babudieri o número de detentos infectados pelo HIV seria de 4 mil a 5 mil, de um total de cerca de 67 mil,²⁷ enquanto aquele dos detentos infectados pela hepatite C

²⁶ Fonte: Departamento da Administração Penitenciária, 2011

²⁷ Presidente da Sociedade Italiana de Medicina e Saúde Penitenciária – Onlus. Professor associado de Doenças Infecciosas, Universidade de Sassari, em um artigo para a revista Focus, dezembro de 2010: *HIV e HCV: la situazione nelle carceri italiane*. Segundo Babudieri o teste não é feito de maneira sistemática nos detentos, inclusive por causa da elevadíssima rotatividade da população carcerária (o número de detentos que entram e saem dos cárceres italianos chega a ser quase o dobro dos detentos

seria de 22 a 25 mil.²⁸ Não é dado saber, em razão da carência de estudos conduzidos na Itália, quantos entre estes contraíram a doença no cárcere e quantos fora. De acordo com numerosos estudos internacionais,²⁹ em particular, realizados nos Estados Unidos, a prevalência do vírus entre a população detenta seria cinco vezes maior com relação à população livre e seria causada seja pela promiscuidade relativa à detenção, seja a elevada presença, em cárcere, de detentos “em situação de risco”, como por exemplo, “sujeitos dependentes de substâncias ilegais psicotrópicas e indivíduos de baixo nível sócio-³⁰ e, desse modo, com um reduzido acesso ao sistema público de saúde econômico (Esposito, 2007, p. 28).

Segundo um estudo realizado por Vincenzo de Donatis e Orlando Sagulo (2007), com base em fichas de levantamento do estado de saúde de 63.339 detentos, coletadas entre abril de 2004 e 2005, os estados patológicos mais freqüentes são: 21% toxicodependência, 15,3% déficit de mastigação, 13% doenças osteoarticulares, 10,9% doenças hepatobiliares, 10% depressão, 9,8% doenças gastrointestinais, 7,7% doenças infecciosas (excluindo HIV), 7,1% doenças mentais (excluindo a depressão), 6,4% doenças respiratórias³¹ etc. O estudo tenta suprir uma lacuna muito grave sobre as reais condições de saúde dos detentos e os resultados parecem alarmantes. Em particular, com relação às doenças mentais: o estudo revela que aproximadamente um em cada 20 detentos sofre de distúrbios mentais (excluindo a depressão). Os dois médicos lançam um alarme: “não somos capazes de conhecer a distribuição das patologias psiquiátricas nos sujeitos detentos nos cárceres ordinários, não conhecemos quantos sofrem de um estado ansioso, mas, estamos certos de que ocasionalmente um detento de cada dois é sujeito a um tratamento psicofarmacológico”. A situação é confirmada por um estudo realizado pelo Ministério da Saúde em 2015, segundo o qual 67,5% dos detentos estão doentes, 52,7% das medicamento psiquiátricas e mais de 40% dos presos são acometidos por pelo menos uma doença psiquiátrica.

Em razão desta situação de profunda dificuldade, muitos detentos recorrem a atos de autolesionismo, como forma de protesto ou como simples manifestação de mal-estar, ou, em

presentes de maneira estável). “Levantamentos pontuais realizados por grupos de estudo independentes, em anos precedentes, inclusive com a colaboração da administração penitenciária, com taxas de execução no teste na população estudada superior a 70%, sempre mostraram prevalência de anti-HIV+ superior a 7% e de anti-HCV entorno a 40%. É possível estimar, hoje, que no sistema penitenciário italiano existam cerca de 4 a 5 mil detentos soropositivos e de 22 a 25 mil anti-HCV positivos. A maior parte dos quais, em ambos os casos, não conhecidos ou não declarados aos médicos *intra moenia*”.

²⁸ Segundo Roberto Monarca (Diretor Médico nível I – Centro de Referência AIDS – Hospital “Belcolle” de Viterbo): a hepatite C (HCV) é a doença infecciosa mais difusa no cárcere. Atinge mais de 38% da população detenta, em prática, mais de um detento em cada três é contagiado pelo vírus. Entre as mulheres a prevalência é de cerca de 30%. A hepatite C é uma doença de altíssimo risco no cárcere porque existem condições que favorecerem a difusão. Em primeiro lugar, a superlotação, tantos detentos fechados em uma única cela; depois, o uso comum de objetos cortantes, como lâminas de barbear, cortador de unhas e escovas de dente. Existe, também, o risco de transmissão, ainda que em menor medida, em relações homossexuais. Um caso a parte é aquele das tatuagens. No cárcere fazer uma tatuagem é uma espécie de ritual. (dados dos Anais do II Congresso Nazionale della Società Italiana di Medicina e Sanità Penitenziaria Onlus (S.I.M.S.Pe.), 4-6 outubro de 2007).

²⁹ Para uma resenha exaustiva dos estudos norteamericanos sobre o tema veja-se: BRAITHWAITE e ARRIOLA 2003-

³⁰ Sobre o tema ver a *Relazione al Parlamento sullo stato di attuazione delle strategie attivate per fronteggiare l'infezione da HIV nell'anno 2003* (art. 8 par. 3, lei n. 135, de 5 de junho de 1990) do Departamento de prevenção e da comunicação da direção geral da prevenção sanitária. “Até os anos de 1970, as patologias predominantes no cárcere eram aquelas caráter psiquiátrico-comportamental. Posteriormente, com a rápida difusão da infecção pelo HIV entre os tóxicodependentes por via endovenosa (TD), uma população largamente representada dentro dos institutos penitenciários italianos, e o contemporâneo incremento da componente estrangeira extra-comunitária, modificaram profundamente as tipologias clínicas da medicina penitenciária. As patologias virais crônicas, as doenças infecciosas emergentes, riemergentes e importadas, representam, hoje, sérios problemas para a medicina das comunidades penitenciárias.

É necessário sublinhar, ainda, como uma tipologia comportamental particularmente ‘difícil’ dos pacientes detentos, devida ao *baixo nível sócio-econômico e à marginalidade*, bem como a elevada conflitualidade contra os outros detentos e contra os agentes de polícia penitenciária, seja, freqüentemente, percebida em tal âmbito. Disto pode resultar uma baixa percepção da doença por parte do paciente detento, com uma baixa aceitação dos eventuais procedimentos de tratamento”.

³¹ Os percentuais são calculados com base no total dos detentos (63.339), para os quais é preenchida a ficha no período em que foi desenvolvido o estudo.

última instância, ao suicídio.³² Em media ocorre 1 suicídio a cada 924 detentos nos cárceres italianos (em comparação com 1 a cada 20 mil entre a população livre), 1 suicídio a cada 283 detentos ligados ao crime organizado em regime de 41-bis,³³ 1 tentativa de suicídio a cada 70 detentos, 1 ato de autolesionismo a cada 10 detentos.

Particularmente difíceis são as condições dos detentos estrangeiros. Como vimos, em grande parte tratam-se de sujeitos que antes da detenção não tinham acesso aos serviços de saúde, ou porque privados do título de permanência ou porque provenientes de países sem serviços e educação em saúde. O cárcere representa para muitos destes a primeira ocasião de acesso à saúde pública,³⁴ ainda que se trate de serviços decadentes e não comparáveis com aqueles para os cidadãos livres. As dificuldades de garantir assistência a esta categoria de detentos devem-se, em primeiro lugar, à total ausência de estudos sobre o estado de saúde dos estrangeiros em cárcere e a conseqüente impossibilidade de planificar ações miradas. Em segundo lugar, aos obstáculos lingüísticos que impedem um correto diálogo entre médico e paciente e a quase total ausência de instrumentos de mediação cultural que consintam informar os detentos estrangeiros sobre as práticas comportamentais e da higiene necessária para prevenir o contágio de doenças infecciosas (Magliona e Sarzotti 1996)

A inserção dos estrangeiros irregulares no sistema de proteção sócio-sanitária dura somente o tempo de detenção: uma vez livres, de fato, salvo raríssimas exceções, serão novamente irregulares em razão dos limites impostos pela normativa em matéria de imigração.³⁵

Particularmente delicada é a situação dos internados nas Residências para a execução das medidas de segurança (Reims), estruturas com gestão exclusivamente sanitária que, com a Lei 81/2014, ocuparam o lugar dos hospitais psiquiátricos judiciários que eram administrados pela administração penitenciária. Estes institutos, destinados a acolher pessoas absolvidas devido a um problema mental que deve cumprir uma medida de segurança, têm atualmente apenas 650 lugares disponíveis, mas que não são suficientes: há cerca de 400-500 pessoas à espera de um lugar. De acordo com uma pesquisa recente (Corleone 2018), a reintegração social desses internados é dificultada pelo desinteresse das secretarias de saúde mental do Ministério da Saúde em incentivar caminhos de desinstitucionalização e reintegração social. Igualmente complicada é a situação de prisioneiros que sofreram graves doenças psiquiátricas após terem sido condenados no curso de sua detenção. A lei de encerramento

³² Segundo dados fornecidos pela administração penitenciária, em 2005 teriam ocorrido 750 tentativas de suicídio, 640 em 2006, 610 em 2007, 683 em 2008, 860 em 2009 e 1.134 em 2010. Em 2005, o número de suicídios foi de 57, 50 em 2006, 45 em 2007, 46 em 2008, 72 em 2009 e 66 em 2010. Ainda em 2005 foram cometidos 5.481 atos de autolesionismo, 4.276 em 2006, 3.687 em 2007, 4.928 em 2008. De acordo com Buffa, diretor da Casa Distrital de Torino, uma das principais causas de suicídio e dos atos de autolesionismo é a superlotação carcerária, que significa “a diminuição de espaços, o deterioramento das condições higiênicas e das relações com o pessoal e uma maior dificuldade de acesso às oportunidades recreativas, formativas e de trabalho. Tudo isso geraria o aumento das dificuldades e do sofrimento, reais premissas de passagem para o ato dos mais desesperados”. O autolesionismo seria, ainda, causado pela escassez de oportunidades de trabalho e de atividades reeducativas ou, simplesmente, de entretenimento, oferecidas nos cárceres italianos. De fato, segundo Buiffa “tais fenômenos não se distribuem de modo indiferenciado em um instituto penal, ainda que superlotado mas, somente em algumas seções e departamentos, onde normalmente se encontram os detentos menos dotados do ponto de vista das capacidades individual e social e com menor poder aquisitivo que, por essa razão, têm maior dificuldade em aproveitar as poucas oportunidades que o cárcere oferece” (Buffa, 2008;). Sobre o tema vejam-se, também Manconi, 2002; Manconi e Boraschi 2006.

³³ O artigo 41-bis do ordenamento penitenciário estabelece, para os detentos ligados ao crime organizado, a revogação da disciplina comum do tratamento penitenciário e a aplicação do assim chamado cárcere “duro”.

³⁴ No cárcere podem ter acesso ao sistema público de saúde como os detentos italianos em razão do artigo 27 da Constituição e do artigo 1 do OP, segundo os quais todos os detentos têm igual direito de acesso. Além disso, como já vimos, o DL 230/1999 preocupou-se em precisar que os estrangeiros, ainda que irregulares, têm direito à assistência sanitária no cárcere.

³⁵ Art. 4 e 5 do TU Imigração para os titulares de permissão de estadia, art. 9 para os titulares de permissão de estadia de longo período, art. 13 e 18 DL 251, de 2007, para refugiados e titulares de proteção correlata. A respeito do destino dos detentos estrangeiros ao final da pena ver: E. Santoro, *L'esecuzione penale nei confronti dei migranti irregolari e il loro "destino" a fine pena*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, numero 4 2004.

dos hospitais psiquiátricos judiciais de n. 81/2014 previu que estes não podem ir junto com os incapazes nas Rems, pois os "detentos loucos" continuam permanecendo na cadeia³⁶.

Enfim, é necessário destacar que inexitem na Itália estudos sobre a saúde, inclusive sob a perspectiva de gênero.³⁷ Mesmo as pesquisas citadas relativas ao estado de saúde dos detentos nos cárceres italianos não operam algumas distinções de gênero na análise da frequência das patologias ou a recorrência dos eventos de autolesionismo. Como vimos, a normativa italiana se limita a prever medidas de assistência em saúde especial pré e pós-parto: o corpo encarcerado da mulher assume relevância somente quando é portador da maternidade.³⁸ Enquanto as EPR de 2006 sugerem às administrações penitenciárias para atenderem às necessidades físicas, vocacionais, sociais e psicológicas das mulheres (art. 34.1) e de ter particular atenção àquelas vítimas de abusos sexuais (art. 25.4).

Integridade psicofísica dos detentos e contenção da violência

Já acenamos para o fato que o direito à saúde, entendida como ausência de doenças ou enfermidades implica que o Estado predisponha instrumentos que tutelem os detentos das agressões que possam sofrer à própria integridade física: tutelar os indivíduos das agressões que possam sofrer à própria integridade física e que possam causar doenças.

Por tais razões existem as normas penitenciárias, sejam elas internacionais ou nacionais, que tenham como objetivo limitar a violência dos meios de contenção e de evitar que o controle degenere em agressão. Um primeiro passo em tal direção foi realizado com as *Standard Minimum Rules* das Nações Unidas que, seguindo a análogas previsões contidas no artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem³⁹ e do artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem,⁴⁰ estabelecem que as punições disciplinares que as administrações penitenciárias podem aplicar aos detentos não podem consistir em tratamentos desumanos, cruéis ou degradantes (artigo 31):⁴¹ a privação da liberdade comporta em si um sofrimento ao qual não se pode adicionar um outro injustificado.

Vale ressaltar, no entanto, que as SMR limitam-se a individualizar as obrigações a cargo das administrações penitenciárias, sugerindo a estas a diminuição no uso da força a uma *extrema ratio*, mas, não reconhecem explicitamente aos detentos algum direito que possa ser judicialmente acionado.⁴² Mesmo as *European Prison Rules* limitam-se a convidar as administrações a não instaurar regimes detentivos baseados na violência. As sanções disciplinares, por exemplo, não podem consistir em punições corporais ou coletivas. De fato, é vetado utilizar a cela de isolamento escura (sem luz natural e artificial) ou qualquer outra

³⁶ Eles têm apenas a possibilidade de acessar a prisão domiciliar, conforme estabelecido pela decisão do Tribunal Constitucional (*Corte Costituzionale*, Sentença n. 99, de 19 de abril de 2019)

³⁷ Para uma resenha dos principais estudos de gênero internacionais veja-se Esposito, 2007, p. 34.

³⁸ Não por acaso, o relatório ao Parlamento Europeu do Committee on Women's Rights and Gender Equality relative "on the situation of women in prison and the impact of the imprisonment of parents on social and family life" (2007/2116(INI) destaca a importância de "incorporating gender mainstreaming into data collection wherever possible to render visible the problems and needs of women", bem como de " setting up, in each Member State, an investigatory committee and permanent monitoring systems for an effective assessment of prison conditions, in order to be able to detect and remedy any aspects of discrimination still affecting women in the prison system".

³⁹ Adotada pelo Conselho Europeu em Roma, 04 de novembro de 1950, tornada executiva na Itália com a Lei 848, de 04 de agosto de 1955.

⁴⁰ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1950.

⁴¹ O artigo 32, no entanto, põe um limite a esta regra geral. Admite-se, de fato, o isolamento e a redução da alimentação em caso de violações disciplinares, ainda que ambas sanções possam ser inflitas somente sob a supervisão de um médico.

⁴² Nas *Standard Minimum Rules* não existe, de fato, uma referência a qualquer forma de tutela judiciária, através da qual os detentos possam fazer valer os próprios direitos.

técnica de punição que consista em “tratamento desumano e degradante”⁴³ (artigos 33-38). O uso da força e de instrumentos coercitivos, como por exemplo, o uso de algemas ou correntes, deve ser reduzido a casos de extrema necessidade (artigos 39-40).⁴⁴

As *European Prison Rules* de 2006, ainda que reconheçam formalmente os “direitos humanos” dos detentos e afirmem que estes “conservam todos os direitos que não lhes tenham sido retirados, de harmonia com a lei, por decisão que as condene a pena de prisão” (art. 1), não acrescentam substanciais novidades às normas de 1987 relativas ao uso da força (artigos 64-69 EPR 2006), ainda que se acrescente que tais regras devem ser consideradas inderrogáveis: “as condições de reclusão que violem os direitos do homem não podem ser justificadas com invocação da falta de recursos”. (art. 4)

O fato de que as normas internacionais citadas não prevejam procedimentos judiciais para o accertamento das violações contra os detentos, não significa, no entanto, que as normas nacionais sejam privas destes mesmos instrumentos. Os detentos, tal como os indivíduos livres, são tutelados pelas normas ordinárias do direito civil e penal, no caso de lesões à integridade psicofísica provocada por terceiros. Vale lembrar que no cárcere, o risco de ser vítima de agressões físicas ou morais é mais elevado que no mundo livre. O estado de assujeitamento do indivíduo ao poder público, na verdade, é tal da justificar a adoção de instrumentos especiais, capazes de conter o risco que o controle degenera em violência. Existem algumas normas do Ordenamento Penal (OP) italiano que tentam dar uma resposta a tal necessidade.

O artigo 39, ao regulamentar as sanções disciplinares,⁴⁵ estabelece que o isolamento “não pode ser exercido sem o atestado escrito, emitido pelo médico atestante, de que o sujeito objeto da sanção pode suportar tal medida. O sujeito excluído das atividades coletivas é submetido a um constante controle médico”. O artigo 41 do OP, no entanto, proíbe o uso da força física e dos meios de coerção por parte da polícia,⁴⁶ se não nos casos expressamente previstos do regulamento⁴⁷ e, de qualquer modo, nunca com a finalidade disciplinar. O uso da força deve ser limitado ao tempo estritamente necessário e sob o controle médico. O detento que sofre ilegitimamente lesões à própria integridade psicofísica pode invocar a tutela ressarcitória causada pelo “dano biológico”,⁴⁸ enquanto a polícia pode ser responsabilizada, além do crime de espancamento (artigo 581 do Código Penal) ou lesão (artigo 582 do Código Penal), pelo crime de abuso de autoridade contra presos ou detentos (artigo 608 do Código Penal).⁴⁹

⁴³ Normas com conteúdo similar estão presentes no artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

⁴⁴ Aliada a violência dos agentes responsáveis ela custódia, pode existir aquela advinda dos próprios detentos. Por tal razão, os artigos 7 - 13 impõem a classificação e a separação dos detentos com base no gênero, idade, posição jurídica (presos condenados ou à espera de julgamento) e periculosidade social.

⁴⁵ As sanções disciplinares aplicáveis são as seguintes: 1) Reclamação do diretor; 2) advertência, feita pelo diretor, na presença de membros do pessoal e um grupo de detentos ou internos, e 3) A exclusão de atividades recreativas e esportivas, por não mais de dez dias, e 4) isolamento, durante a sua estadia ao ar livre por não mais de dez dias; 5) a exclusão de atividades coletivas por não mais de 15 dias. O isolamento só é permitido em três casos: 1) quando prescrito por razões médicas, 2) durante a execução da sanção de exclusão de atividades coletivas, 3) para os acusados, durante o inquérito, e para os presos, no procedimento de prevenção, se e até que seja julgado necessário pela autoridade judiciária.

⁴⁶ Em várias ocasiões foi levantada a questão dos danos psicofísicos que podem ser provocados pelo uso excessivo ou impróprio das algemas. Na sentença *Raninem versus Finlândia*, de 06 de dezembro de 1997, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) afirmou que o uso das algemas não viola o artigo 3º, se usadas somente quando é extremamente necessário e não expõe uma pessoa à degradação pública.

⁴⁷ O artigo 41 do OP italiano estabelece que “se não é essencial para prevenir ou impedir atos de violência, para impedir tentativas de fuga ou para vencer a resistência, mesmo passiva, à execução das ordens dadas.”

⁴⁸ Sentença da Corte de Cassação n. 3675, de 06 de junho de 1981.

⁴⁹ Vale destacar que a Itália é um dos poucos Estados europeus que ainda não previram o crime de tortura, em conformidade com a *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*, adotada pela Assembleia Geral das

É necessário lembrar que, ao lado da tutela judiciária oferta pelas cortes italianas, existe, também, aquela oferecida pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH),⁵⁰ que se declarou competente na matéria, em razão da existência de uma série de normas que tutelam os direitos dos indivíduos *uti persona*, que podem ser violados no curso da detenção em cárcere.

Não obstante a existência desse quadro normativo, para um detento vítima de um abuso é muito difícil expor uma denúncia a autoridade judiciária. De fato, isso acontece muito raramente, uma vez que se encontra sob a custódia e controle quase total do seu agressor. Ao temor de sofrer uma retaliação por parte da polícia, juntam-se também a dificuldade de documentar adequadamente os abusos: o sujeito denunciado, autor da violação, coincide com aquele que deveria permitir ao denunciante o acesso à documentação probatória como, por exemplo, relatórios médicos, da polícia ou dos agentes civis. Em uma visão mais detalhada, no entanto, estes fatores não são os únicos e, talvez, nem ao menos os mais graves que concorrem para a desistência de uma denúncia de abuso por parte do detento.

Um papel crucial, nesse sentido, é exercido pelo isolamento do mundo do cárcere daquele externo. Como demonstraram célebres estudos de caráter etnográfico sobre as prisões, entre os quais vejam-se os de Goffman (1961) e Gonin (1991), a separação do mundo carcerário daquele livre faz com que ilegalismos de diversas naturezas e gravidades se tornem, de fato, tolerados, sejam eles cometidos pelo *staff* ou pelos detentos. O cárcere é dominado por uma subcultura baseada em regras e códigos de comportamento não escritos, segundo os quais o abuso de autoridade, mesmo quando desemboca em atos de violência, não é, geralmente, percebido como tal, mas, como uma conduta normal, quase imprescindível à vida carcerária.

A separação do mundo carcerário, além disso, leva, normalmente, o detento a não confiar no mundo externo e nas suas regras, em particular, na polícia e na autoridade judiciária, que ele considera como os principais responsáveis de sua reclusão e aos quais dificilmente confiaria uma denúncia.

Exatamente a partir da constatação da ineficácia da tutela judiciária no combate aos abusos e à violência, o Comitê dos Ministros do Conselho da Europa, juntamente com a adoção da *Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes*,⁵¹ instituiu um Comitê para a Prevenção da Tortura e dos Tratamentos Desumanos e Degradantes (CPT), cujo trabalho “é concebido como parte integrante do sistema do Conselho da Europa para a proteção dos direitos humanos e se coloca como mecanismo não judiciário ativo, ao lado do mecanismo judiciário reativo existente da Corte Europeia de Direitos Humanos” (CPT, 2010, p. 4). O CPT é autorizado a executar “a inspeção [...] em qualquer lugar dependente da própria jurisdição em que estejam pessoas privadas de liberdade por uma autoridade pública” (art. 21 da Convenção). As inspeções são organizadas pelo CPT segundo as modalidades prescritas no artigo 7 e 8 da Convenção. O CPT pode visitar “qualquer lugar em que pessoas podem ser privadas de liberdade por parte de uma autoridade pública”. Pode se tratar, por exemplo, de cárceres e centros de detenção para menores, de comissariados de polícia, de centros de permanência temporária para imigrantes, de institutos psiquiátricos ou de institutos para pessoas idosas ou com deficiência.

O CPT desempenha um papel essencialmente preventivo e não possui algum poder de condenação formal dos Estados que violam a Convenção. Ele pode apenas emitir recomendações para suprimir as violações e prevenir a sua repetição. O objeto da inspeção, de fato, não é a verificação de uma única denúncia, mas, o controle da existência de condições

Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984 e que entrou em vigor na Itália em 27 de junho de 1987.

⁵⁰ A CEDH foi instituída em 1959 pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 para assegurar o respeito e a tutela.

⁵¹ A Convenção foi adotada em Estrasburgo, em 26 de novembro de 1987.

objetivas de detenção que possam aumentar o risco de tortura, tratamentos ou penas desumanas ou degradantes. O relatório de inspeção, em linha de princípio, é reservado, ainda que “quase todos os Estados escolheram renunciar à regra da discricção e de publicar o relatório” (CPT, 2010, p. 5). Se o Estado não se adéqua às recomendações decorrentes da inspeção, a este ponto o CPT “pode decidir, em maioria de dois terços dos seus membros, depois que a parte tenha tido a possibilidade de fornecer explicações, de efetuar uma declaração pública a tal propósito”. (art. 10 da Convenção)

Como veremos mais adiante, o CPT, no curso dos anos, recolheu inúmeras denúncias de maus tratos, mas, coerentemente com o seu papel de estímulo aos Estados, mais do que apurar denúncias individuais, se preocupou com as condições objetivas da detenção, que podem determinar um degradamento da qualidade de vida, ao ponto de causar um grave dano às condições de saúde dos indivíduos. Com relação às denúncias de abusos por parte dos agentes públicos, o CPT de um lado confirma que deveriam ser potencializados e tornados mais acessíveis todos os instrumentos de tutela jurídica, capazes de proteger os detentos maltratados, de outro é ciente que, normalmente, a existência de um quadro jurídico apropriado entra em choque com uma cultura corporativista da administração, que tende a proteger os autores dos maus tratos.⁵² Por tais razões, o CPT insiste em convidar os Estados aderentes à Convenção a sensibilizar as administrações sobre o tema do respeito dos direitos e a formar, adequadamente, o pessoal.

Autodeterminação em saúde e a proibição de interferência no gozo do direito à saúde

Já vimos como as EPR de 2006 tenham levado ao cumprimento daquele processo, iniciado com as EPR de 1987, de reconhecimento do direito dos detentos de gozar de serviços de saúde iguais aqueles garantidos aos cidadãos livres. Além disso, vimos que existe uma pluralidade de normas que procuram conter a violência da instituição carcerária. Contudo, o direito à saúde não consiste, apenas, na assistência às doenças físicas e na possibilidade de acesso aos serviços de saúde. Tal como pôde esclarecer o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, ao comentar o direito de acesso aos serviços de saúde, reconhecido no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,⁵³ tal direito impõe ao Estado não apenas a obrigação de proteger e promover a saúde dos cidadãos, favorecendo o acesso, sem discriminação, à saúde pública, mas, também, o de respeitar a saúde dos indivíduos: “a obrigação de respeitar pressupõe que os Estados não interfiram, direta ou indiretamente no gozo do direito à saúde” (art. 33 do Comentário).⁵⁴

Neste parágrafo interrogaremos se essa dimensão do direito à saúde é compatível e, em que medida o é, com o estado de detenção. Veremos que, não obstante tais princípios sejam reconhecidos pelos principais textos internacionais elaborados em matéria de saúde, em ambas as versões das EPR, ainda que com breves acentos e tons diversos, prevalece uma concepção paternalista da saúde dos detentos que não deixa qualquer espaço à

⁵² O CPT, em seu relatório sobre a Itália, sustentou que grande parte dos casos de maus tratos ocorreriam antes da transferência em cárcere, nas delegacias, em caso de prisão ou nos lugares onde a pessoa é detida nos momentos em que é a disposição do Ministério Público.

⁵³ *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, adotado pela Assembleia das Nações Unidas, em Nova York, 16 de dezembro de 1966 e entrado em vigor em 3 de janeiro de 1976. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm.

⁵⁴ Committee on economic, social and cultural rights, *The right to the highest attainable standard of health 11/08/2000. E/C.12/2000/4. (General Comments)*, Nações Unidas, Genebra, 25 de abril - 12 de maio de 2000.

autodeterminação em matéria de saúde.

No ordenamento italiano o direito à autodeterminação em matéria de saúde é afirmado pelo segundo parágrafo do artigo 32 da Constituição⁵⁵ e pelo artigo 33 da lei n.833 de 1978, que instituiu o Serviço Sanitário Nacional. Este é sancionado, em âmbito internacional, pelo artigo 5º da Convenção de Oviedo⁵⁶ e em âmbito europeu pela Carta de Nice,⁵⁷ que reconhece os direitos de todas as pessoas “à própria integridade física e psíquica” especificando que, no âmbito da medicina e da biologia devem ser particularmente respeitados o consenso livre e informado da pessoa de acordo com as modalidades definidas por lei”. A Corte Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)⁵⁸ afirmou que “a liberdade de aceitar ou recusar particulares tratamentos médicos, ou de escolher terapias alternativas, é essencial aos princípios de autodeterminação e autonomia do indivíduo”.⁵⁹

O direito de autodeterminação em saúde, de acordo com a recente interpretação da Corte Constitucional italiana, é definido pelo equilíbrio do direito à saúde com a liberdade pessoal.⁶⁰ O direito à saúde deve ser declinado seja a partir do direito a um tratamento médico, mas, também, naquele de poder recusar ingerência na integridade psicofísica e na respectiva obrigação do Estado em se abster. A CEDH precisou que isso não significa que não se possa, em absoluto, prescindir do consenso do interessado, mas, que isso pode ser feito tão somente em presença de uma previsão legislativa que tutele um interesse público contraposto.⁶¹

No âmbito das normativas penitenciárias, ao contrário, seja as SMR seja as EPR de 1987, limitam-se a estabelecer que os detentos não podem ser objeto de experimentações que possam comprometer o estado de saúde, mas, correntemente com a abordagem criminológica de fundo, segundo a qual o criminoso é um doente a ser curado, nada dizem sobre o direito de detento de recusar um tratamento médico ou de escolher outro diferente daquele proposto pelo pessoal médico do cárcere.

A normativa italiana, a partir de quanto previsto pelas SMR, anula completamente o direito à autodeterminação em saúde no cárcere. O ordenamento penitenciário prevê, de fato, numerosos casos em que o detento não pode recusar a visita médica, seja no ingresso na penitenciária, que durante o curso de toda a pena (art. 11 OP).⁶² Além disso, não é garantida aos detentos a possibilidade de escolher um médico ou um tratamento daqueles oferecidos pelo cárcere (art. 11, parágrafo 2º, da OP).

⁵⁵ O artigo 32 da Constituição italiana estabelece, já no primeiro parágrafo, que é dever do Estado garantir o direito à saúde de todos os indivíduos e de garantir tratamento gratuito aos indigentes. No segundo parágrafo precisa que “ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento em saúde senão por disposição de lei”.

⁵⁶ *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção sobre os direitos do homem e biomedicina*, adotada pelo Conselho Europeu em Oviedo, em 04 de abril de 1997 e ratificada pelo estado italiano com a lei n. 145, de 28 de março de 2001 (disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/convbiologiaNOVO.html>). Nesse sentido, ver também a *Declaração sobre a Promoção dos Direitos dos Pacientes na Europa*, aprovada ao final do Encontro Europeu sobre os pacientes da Organização Mundial de Saúde, realizado em Amsterdã, entre 28 a 30 de março de 1994.

⁵⁷ *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 07 de setembro de 2000, adotada em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, confluída no Tratado da União Europeia, após as modificações trazidas pelo Tratado de Lisboa de 13 de setembro de 2007. Disponível em http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf

⁵⁸ Instituída pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em 1959.

⁵⁹ CEDH, *Testemunhas de Jeová versus Rússia*, n. 302/2002, de 10 de julho de 2010.

⁶⁰ *Corte Constitucional*, Sentença n. 438, de 23 de dezembro de 2008, em que os princípios foram sucessivamente retomados pela sentença n. 253, de 27 de julho de 2009.

⁶¹ CEDH, *Testemunhas de Jeová versus Rússia*, n. 302/2002, de 10 de julho de 2010. Nas motivações da Corte, na ausência de precedentes em âmbito europeu, recorre à sentença da Corte Suprema de Ontário (Canadá). *Moiette versus Shulman* (72 O.R. 417) e naquela da Corte de Apelação de Nova Iorque, no caso *Fosmire versus Nicoleau* n. 75 N.Y.2d 218, 551 N.E.2d, 77, 551 N.Y.S.2d 876-1990)

⁶² Estes casos levantam dúvidas a respeito do princípio de autodeterminação em saúde. De acordo com a jurisprudência constitucional, de fato, a lei pode limitar o direito de recorrer tratamentos somente em casos excepcionais em que “a condição de doença do indivíduo seja suscetível de prejudicar o próprio direito da coletividade” (Corte Constitucional n. 218 de 1994)

Voltando o olhar para as EPR de 2006, deve-se, infelizmente, constatar que nem mesmo neste texto foram registrados grandes passos adiante em direção ao reconhecimento de um espaço de autodeterminação aos detentos em âmbito sanitário. Aparentemente as EPR parecem portar uma inovação em tal sentido, uma vez que o art. 39 estabelece que “as autoridades penitenciárias devem salvaguardar a saúde de todos os detentos”. Segundo o comentário às EPR,⁶³ este princípio, ainda que não afirme explicitamente o direito à autodeterminação em saúde, deve ser interpretado à luz do artigo 12 da Convenção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que afirma “o direito de cada indivíduo ao gozo do mais alto nível possível de saúde física e mental”. Segundo Verdolini (2007), o artigo 39 imporia, deste modo, uma mudança na abordagem à saúde numa perspectiva autodeterminística do detento.

A bem da verdade, o artigo 39 responde a uma *ratio* diversa. O comentário das EPR, de fato, ao explicar o sentido e o alcance da norma em questão, preocupa-se em precisar que as autoridades carcerárias são responsáveis pelo acesso aos serviços de saúde, da criação de condições de vida que promovam o bem-estar dos detentos e dos funcionários a fim de que os detentos “should not leave prison in a worse condition than when they entered”.⁶⁴ Esta afirmação, de um lado, é coerente com a abordagem de fundo das EPR de 1987 e as SMR que sugerem às administrações penitenciárias garantir o acesso a tratamento. Por outro lado, é necessário considerar uma inovação, uma vez que é a primeira vez que se abre uma brecha na normativa penitenciária a ideia que o direito à saúde não consiste apenas na garantia do acesso aos serviços e tratamento, mas, também, na criação de condições de vida que não piorem a saúde dos detentos. Isso não comporta, de fato, o reconhecimento pleno do direito à autodeterminação em saúde, no momento em que os detentos continuam a depender paternalisticamente da administração penitenciária a escolha dos serviços e tratamento.⁶⁵ No entanto, inicia-se a impor o controle sanitário de todos os aspectos da vida carcerária que podem piorar as condições de saúde dos detentos:⁶⁶ salubridade dos ambientes, condições higiênico-sanitárias, superlotação etc.

Finalmente, é preciso observar que, não obstante as EPR de 2006 representem uma primeira importante tentativa de impor limites ao poder ilimitado da instituição penitenciária, contrapondo-lhe os direitos dos detentos e não simplesmente sugerindo, como acontecia com as SMR e as EPR anteriores, é necessário levar em consideração o fato que, no caso do direito à saúde, esta inovação foi realizada somente pela metade. Reconheceu-se o direito dos detentos de acesso aos serviços sanitários equivalentes àqueles garantidos aos cidadãos livres, mas, reconheceu-se, muito timidamente, o direito de pretender o respeito à própria integridade psicofísica. O único aceno à proibição de ingerência sobre a saúde dos detentos, inclusive numa perspectiva meramente reducionista que mira somente a desviar o poder patógeno do cárcere, é, de fato, contido somente no comentário das EPR. Infelizmente, os sucedâneos das EPR parecem ter-se esquecido que, em âmbito carcerário, os riscos que tais ingerências se verifiquem é muito mais alto que no mundo livre, dada a condição de

⁶³ Conselho Europeu, *Commentary on Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules*, Strasbourg 2006

⁶⁴ Council of Europe, *Commentary on Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules*, cit., p. 17

⁶⁵ A confirmar esta interpretação restritiva do art. 39 contribui, também, o fato de que as EPR de 2006, assim como já faziam aquelas de 1987 e as SMR, estabelecem que os detentos devem ser tratados no cárcere pelo pessoal médico do instituto e, conseqüentemente, não têm direito de escolha, tal qual os cidadãos livre, nem da estrutura nem do médico. Estes podem ser tratados em estruturas diferentes, civis ou outro cárcere, quando necessitem de tratamentos especializados, para aos quais o instituto de detenção não possui estrutura, mas, também neste caso a escolha é reservada à administração penitenciária.

⁶⁶ *Cfr.* artt. 42-45 das EPR.

assujeitamento em que os detentos vivem e não a tem reconhecida de maneira plena.

De maneira decididamente mais clara, o princípio tinha sido afirmado, ao contrário, pelo Comitê de Ministros do Conselho Europeu, segundo o qual “qualquer derrogação ao princípio da liberdade de consenso deveria ser baseada numa previsão legislativa e guiado pelos mesmos princípios que são aplicados à população livre”.⁶⁷ A recomendação do Conselho, diferentemente do quanto afirmado pelas EPR de 2006, ia, desse modo, na direção de reconhecer aos detentos o pleno direito à autodeterminação. O Conselho tinha reconhecido tal direito, inclusive, em âmbito carcerário, uma vez que este serve não apenas para equilibrar a tutela da saúde física com aquela psíquica, como já apontado pela OMS, mas também, e sobretudo, como instância de tutela contra qualquer ingerência indevida do poder público sobre o corpo e a psique dos indivíduos.

A inevitável compreensão da liberdade pessoal que acompanha o encarceramento não deveria comportar jamais “um generalizado assujeitamento à organização penitenciária”,⁶⁸ mas, somente uma limitação daqueles âmbitos de liberdade estreitamente necessárias à execução da pena, como já afirmara, inclusive, a Corte Constitucional. Desse modo, a detenção numa instituição carcerária, ainda que comporte uma necessária limitação da liberdade pessoal, não deveria chegar ao ponto de estrangular completamente a autodeterminação sanitária, uma vez que esta representa uma dimensão da autonomia individual necessária e funcional para garantir o direito à saúde, que é um direito inviolável, reconhecido pelo art. 32 da Constituição italiana, sem discriminação, a todos os indivíduos.

A integridade psicofísica dos detentos e condições materiais da detenção

O direito dos detentos à saúde é relevante, inclusive, como direito do detento a reivindicar condições materiais de detenção que assegurem uma qualidade de vida digna. De acordo com o CPT, a integridade psicofísica dos detentos pode ser comprometida, ainda que indiretamente, pelo simples fato de ser forçado a viver em estruturas superlotadas e insalubres.⁶⁹ O trabalho de monitoramento desenvolvido pelo Comitê de Prevenção a Tortura (CPT) demonstra a dramaticidade das condições em que se encontram, normalmente, os detentos nos cárceres europeus.⁷⁰

Como dissemos, no parágrafo 4, o CPT introduziu um método para o controle do respeito aos direitos dos detentos, que não se baseia na ativação de procedimentos judiciais ou extrajudiciais para dar conta de casos particulares, mas, na redação e publicação de relatórios em que são descritas as condições dos institutos penais objetos de suas freqüentes visitas. Estes relatórios contêm recomendações às administrações de como superar as criticidades eventualmente encontradas. Tais indicações não são vinculantes, mas, pelo simples fato de tornarem-se públicas, deveriam produzir um efeito de *moral suasion* com relação aos Estados.

A abordagem do CPT ao problema do respeito aos direitos dos detentos é inspirada em um forte pragmatismo. Partindo do pressuposto que a detenção produz, inevitavelmente, uma deterioração das condições de saúde dos reclusos, individualizam-se boas práticas que deveriam

⁶⁷ Council Of Europe, Committee Of Ministers, recommendation N. R (98) 71 *Concerning the ethical and organisational aspects of health care in prison*, adotada em 08 abril de 1998.

⁶⁸ Corte Constitucional, Sent. N. 26, de 08 de fevereiro de 1999. O princípio já tinha sido afirmado pela Corte em sua sentença n. 114, de 06 de agosto de 1979.

⁶⁹ A Corte de Cassação estabeleceu, com uma importante sentença, a número 5172 de 1972, o princípio em base ao qual a salubridade ambiental é uma das condições essenciais para a garantia do direito à saúde.

⁷⁰ No site do CPT podem ser consultados todos os relatórios das visitas aos cárceres europeus: <http://www.cpt.coe.int/en/>.

humanizá-la e conter os efeitos mais deletérios.⁷¹ O CPT, graças à experiência maturada em mais de 20 anos de visitas nos cárceres, elaborou *standards* que, se aplicados pelas administrações penitenciárias, deveriam levar a um maior respeito aos direitos fundamentais dos detentos.⁷² Tais *standards* dizem respeito a alguns aspectos que o CPT considera nevrálgicos na vida dos institutos penitenciários: superlotação, presença de programas de atividades (trabalho, esporte etc.), o acesso a serviços sanitários, a promoção do contato com o mundo externo (com a família *in primis*), a excepcionalidade do uso da força para conter detentos violentos, a aplicação de procedimentos disciplinares em caso de infrações de consintam ao detento de poder apelar a um terceiro, a excepcionalidade e a brevidade do isolamento ou de qualquer outra forma de segregação individual, a proibição do uso de celas dormitórios, o acesso à luz natural e ar livre, a existência de programas de prevenção à difusão de doenças infecciosas, serviços de assistência em saúde no cárcere, formação de pessoal de polícia e luta contra a impunidade dos autores de maus tratos.

O CPT, em seus *standards* de avaliação da qualidade do sistema penitenciário, considera muito importante a salubridade dos ambientes em que se cumpre a detenção, seja com relação ao respeito das condições higiênicas (limpeza das roupas e leitos, acesso à água corrente, instalações sanitárias) bem como do aquecimento, da iluminação e da ventilação das celas.⁷³

A jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos Humanos: saúde versus dignidade dos detentos

Se o CPT não possui a tarefa de denunciar e investigar denúncias de violações aos direitos de detentos individuais, tal competência é confiada em nível europeu à Corte Europeia dos Direitos Humanos (CEDH). A competência da Corte em matéria deriva do fato de que os detentos também são titulares daqueles direitos subjetivos reconhecidos a todos os indivíduos *uti persona* pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos e que estes podem ser violados, inclusive, no curso do encarceramento. O recurso à Corte da parte de um detento é subordinado ao esgotamento de todos os remédios previstos no ordenamento nacional. Os seus pronunciamentos têm um caráter juridicamente vinculante e a vigilância a um eventual desrespeito da parte do Estado é responsabilidade do Comitê dos Ministros do Conselho da Europa.

É interessante notar que a CEDH, ao avaliar a fundamentação dos recursos dos detentos,

⁷¹ Como já evidenciamos, esta é a filosofia de fundo que inspirou, inclusive, as *European Standard Rules* de 2006.

⁷² Tais *standards* (COT, 2007) não consistem em declarações de princípios abstratos, mas em indicações detalhadas fruto da observação empírica das condições materiais em que se desenvolve a detenção. Os *standards* aplicam-se não somente à detenção em cárcere mas, também, em todos os casos em que um indivíduo é privado legalmente da liberdade: custódia policial, estrangeiros detidos com base na lei de migração, internamentos obrigatórios em institutos psiquiátricos, menores e mulheres privados de liberdade.

⁷³ O Ordenamento Penitenciário Italiano também possui importantes normas que se respeitadas, deveriam garantir o direito a um ambiente salubre. O artigo 6º estabelece, de fato, que “os locais nos quais se desenvolvem a vida dos detentos e dos internos devem ser amplos o suficiente, iluminados com luz natural e artificial, de modo a permitir o trabalho e a leitura; ventilados, aquecidos – onde as condições climáticas exigem – e dotados de serviços higiênicos reservados, decentes e de tipo racional. Estes locais devem ser mantidos em bom estado de conservação e de limpeza”. Este mesmo artigo oferece, no entanto, indicações muito genéricas, uma vez que não indica detalhadamente as dimensões das celas (limita-se a dizer que devem ser de “tamanho suficiente”), nem a modalidade com que devem ser construídos os serviços higiênicos (que devem ser “de tipo racional”). A única indicação inequívoca é, talvez, a que prescreve que seja garantido o acesso à luz natural. Sobre esse ponto o CPT observou que “não é aceitável a prática radicada em alguns países em base a qual os detentos utilizam, para realizar as necessidades fisiológicas, baldes que mantêm em suas celas (quem são “esvaziados” em horários estabelecidos). Um espaço para o gabinete sanitário deve ser colocado na cela (preferivelmente em um anexo sanitário) ou devem existir os meios para garantir aos detentos, que precisam, sair de suas celas sem qualquer atraso imotivado a qualquer horário (inclusive à noite)” (CPT 2007 p.18)

recorre constantemente aos *standards* elaborados pelo CPT, os quais, de tal modo, assumem um caráter vinculante no caso individual.

Na elaboração jurisprudencial da CEDH, as violações que integram os extremos do tratamento desumano e degradante devem ser, no entanto, particularmente graves. Tal como o CPT, a Corte parte do pressuposto que a detenção provoca um inevitável sofrimento que incide, também, no estado de saúde dos detentos e, desse modo, tenta impor um limite. Existiriam, segundo a Corte, um nível de sofrimento aceitável e legítimo, cuja a superação faria degenerar a legítima potestade punitiva do Estado em tratamento desumanos e degradantes, vetados pelo artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Aquelas consideradas aquém de um teto mínimo de gravidade podem ser conduzidas, no entanto, a meras violações do direito à saúde, tutelado pelo artigo 2º e 8º da Convenção.⁷⁴ A identificação dos confins entre tortura e maus tratos⁷⁵ de um lado e violações “não graves” do direito à saúde, do outro, não se baseia em parâmetros claros e confins bem definidos. Como recordou e a CEDH, no caso *Labita versus Italia*,⁷⁶ “os maus tratos, para ingressarem no âmbito de aplicação do artigo 3º da Convenção deve atingir um nível mínimo de gravidade. A identificação de tal mínimo é relativa, depende de todas as circunstâncias do caso como, por exemplo, a duração do tratamento, os seus efeitos físicos e mentais e, em alguns casos, do sexo, da idade e do estado de saúde da vítima”.

Em tais casos, quando existe uma flagrante e grave violação da integridade física do detento, a Corte não teve dificuldade em reconhecer que aquele limite tinha sido superado. Nas sentenças nas sentenças *Tomasi versus França*, de 27 de agosto de 1992 e *Aksoy versus Turquia*, de 18 de dezembro de 1996,⁷⁷ os Estados foram condenados por ter empregado torturas a dois acusados por crime de terrorismo. Em tais casos o bem jurídico que a Corte pretende tutelar é a saúde entendida em sua dimensão mínima, ou seja, de ausência de doença e danos físicos.

A saúde, no entanto, é um conceito bem mais amplo que, como vimos, não se limita a ausência de lesões físicas. Deste ponto de vista a jurisprudência da CEDH parece ambígua. Tome-se como exemplo o caso *Karalevičius versus Lituania* (n. 53254/99, 7 abril 2005). A Corte afirma que a detenção comporta, por si, um “inevitável nível de sofrimento”, mas, o Estado deve “assegurar que as modalidades de execuções da medida não submetam o detento a um estado de desconforto nem de uma prova de intensidade que exceda o inevitável nível de sofrimento inerente à detenção e que, levando em consideração as exigências práticas da reclusão, a saúde e o bem-estar do detento, sejam assegurados adequadamente”. No caso concreto, as graves carências higiênico-sanitárias do instituto de detenção,⁷⁸ mesmo violando

⁷⁴ Há que se destacar que a Convenção não tutela explicitamente o direito à saúde, cuja proteção é, no entanto, reconduzida ao art. 2º, que tutela o direito à vida, ao art. 8º, que tutela o direito ao respeito à vida privada e familiar (Cesaris, 2012).

⁷⁵ Na Convenção Europeia não existem as definições de tortura e maus tratos, portanto, mesmo em âmbito europeu refere-se à *Convenção contra a Tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos e degradante*, adotada pelas Nações Unidas, em Nova Iorque, em 10 de dezembro de 1984. Segundo a Convenção ONU um ato é qualificável como tortura quando é intencionalmente empregado por um agente público contra uma pessoa para causar-lhe graves penas ou sofrimento com o objetivo de estorcer informações ou confissões, mas, também para punir por ato cometido ou que se suspeita de tê-lo cometido ou, ainda, por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação qualquer. Tortura e maus tratos se diferenciariam, em primeiro lugar, pela “intensidade do sofrimento causado”, a tortura seria uma forma mais grave de maus tratos e, em segundo lugar, pela intencionalidade do ato que, somente no caso da tortura, seria finalizado à extorsão de uma confissão ou informação (CEDH, *Irlanda versus Reino Unido*, n. 5310/71, de 18 de janeiro de 1978).

⁷⁶ CEDH, *Labita c. Italia*, n. 26772/95 del 6 aprile 2000.

⁷⁷ No caso *Tomasi versus França* foi demonstrado, mediante laudos médicos, que o detento tinha sofrido lesões por parte da polícia. Naquele *Aksoy versus Turquia* o detento foi repetidamente lesionado e submetido “ao enforcamento palestino”, técnica de tortura que consiste em pendurar a vítima ao teto e aplicar descargas elétricas através eletrólitos aplicados nas partes genitais.

⁷⁸ O próprio governo lituano tinha admitido que não era conferida aos detentos papel higiênico por todo o tempo da detenção. Estes tinha acesso aos banheiros somente uma volta por semana, as celas eram privas de iluminação artificial e não possuíam serviço de lavanderia para as roupas e lençóis dos detentos.

os *standards* requeridos pelo CPT, não eram considerados, por si só, suficientes para integrar uma violação do artigo 3º, mas, tornam-se “relevantes juntamente ao fator focal constituído pela grave superlotação”.

Da sentença em exame se deduz que a CEDH alça notavelmente a haste do nível de sofrimento que pode, legitimamente, ser empregada pelos Estados, sem que estes incorram numa violação do artigo 3º, com uma argumentação que parece discutível. Segundo a Corte manter um detento numa cela insalubre, priva de corrente elétrica, sem papel higiênico e sem banheiro por todo o tempo da detenção, como ocorreu à vítima *Karalevičius*, não é suficiente para ser considerado tratamento desumano e degradante, mas, somente quando a mesma cela é ocupada por mais pessoas com uma redução do espaço habitável.

Além da razoabilidade da argumentação utilizada pela Corte, é necessário dizer que a questão da superlotação não é de importância secundária no momento em que o aumento da população carcerária levou, na Europa, a níveis de superlotação jamais alcançados anteriormente e, segundo o dados do Conselho Europeu, representaria mais da metade das penitenciárias europeias.⁷⁹ Também o CPT, em seus *Standards*, sugere aos Estados europeus de intervir para garantir um espaço habitável mínimo. As celas das delegacias, pensadas para serem ocupadas somente para uma pessoa, que permaneça, no máximo, algumas horas, devem ser de, pelo menos, sete metros quadrados, dois metros ou mais entre as paredes, dois metros e meio entre o pavimento e o teto.⁸⁰ As celas coletivas devem, ao contrário, garantir, pelo menos, quatro metros quadrados por pessoa.⁸¹ A superlotação é considerada, inclusive pela OMS, um fator patogênico⁸² que comporta graves consequências sobre o bem estar psicossocial para os detentos (Møller e Stöver, 2007), que podem incorrer em distúrbios psíquicos e de comportamento e aumenta o risco de propagação de doenças infecciosas.

A bem da verdade, aquilo que, segundo a Corte, torna intolerável o tratamento ao qual foi submetido *Karalevičius* não é a lesão devida à superlotação, mas, à grave violação da privacidade e a impossibilidade de locomoção normal devido à superlotação no interior da cela. O tratamento desumano e degradante, desse modo, não deriva das lesões ao estado de bem-estar e de saúde do detento, entendido como direito a ser recluso num ambiente salubre e em condições higiênico-sanitárias conforme os *standards*, mas, da violação para além do consentido pela liberdade pessoal que, no caso dos detentos, consiste em poder usufruir de um espaço mínimo de privacidade. “O fato que o requerente fosse obrigado a viver, dormir e utilizar o banheiro na própria cela com tantos outros detentos é, por si, suficiente, para causar desconforto ou dificuldade de uma intensidade superior ao nível de sofrimento inevitável derivado da detenção e suscitar no detento sentimento de medo, angústia e inferioridade capazes de humilhar-lhe e degradar-lhe”.

Este gênero de argumentação encontra confirmação na jurisprudência sucessiva da CEDH que, substancialmente, confirmou a superlotação como critério central para estabelecer se houve ou não violação do artigo 3º da Convenção. Segundo a jurisprudência da Corte a norma em matéria de espaço habitável nas celas coletivas é aquela recomendada pelo CPT, que requer quatro metros quadrados, mas, a declina em três normas distintas a violação, cada uma das quais comporta, por si, um tratamento desumano e degradante conforme o artigo 3º (*Ananyev e outros versus. Rússia*). A primeira impõe que, a cada detento seja garantido uma

⁷⁹ Council of Europe, *Annual penal statistic, SPACE I*, www.coe.int

⁸⁰ C.P.T., *Gli standards del C.P.T.*, cit, p.8.

⁸¹ Trata-se do espaço, geralmente, recomendado pelo CPT em seus relatórios aos Estados (CPT, *General report 2010-2011*, Strasbourg 2011).

⁸² Na Recomendação de Madri (O.M.S., *Prison health as part of public health*, Madrid, 29-30 Outubro de 2009) recomenda-se aos Estados de intervir para reduzir a superlotação carcerária.

cama individual, a segunda que disponha de, pelo menos, três metros quadrados de superfície e a terceira que a superfície total da cela permita liberdade de movimento entre os vários objetos e móveis da cela.

Na sentença recente de condenação da Itália por superlotação, a *Torregiana versus Itália*, de janeiro de 2013, a Corte esclareceu que podem ser verificadas duas situações bem definidas que podem dar lugar a tratamento desumano e degradante ligadas às condições de superlotação.⁸³ A primeira se verifica quando existe uma situação de carência de espalho tão sério (que aqui chamaremos de grave superlotação) com os detentos que possuem à disposição menos de três metros quadrados, que tal elemento é, por si, suficiente para demonstrar a violação do artigo 3º da Convenção (*Kantjrev versus Rússia*, n. 37213/02, §§ 50-51, 21 de junho de 2007; *Andrei Frolov versus Rússia*, n. 205/02, §§ 47-49, 29 de março de 2007; *Kadikis versus Letônia*, n. 62393/00, § 55, 4 de maio 2006; *Sulejmanovic versus Itália*, n. 22635/03, § 43, 16 de julho de 2009).

Quando o espaço à disposição sé, ao contrário, superior a três metros quadrados, mas, inferior a quatro metros quadrados (que aqui chamaremos superlotação intermediária), a Corte leva em consideração, também, outros aspectos das condições materiais de detenção, entre as quais “a possibilidade de utilizar os serviços higiênicos de modo reservado, a aeração disponível, o acesso à luz e ao ar natural, a qualidade do aquecimento e o respeito das exigências sanitárias básicas. Desse modo, em casos em que cada um dos detentos dispunha de um espaço variável entre três e quatro metros quadrados, a Corte concluiu pela violação do artigo 3º, quando a falta de espaço era acompanhada de uma falta de ventilação e de luz (*Moisseiev versus Rússia*, n. 62936/00, 9 de outubro de 2008; vide, também *Vlassov versus Rússia*, n. 78146/01, § 84, 12 de junho de 2008; *Babouchkine versus Rússia*, n. 67253/01, § 44, 18 de outubro de 2007), de um acesso limitado ao banho de sol (*István Gábor Kovács versus Hungria*, n. 15707/10, § 26, 17 de janeiro de 2012) ou de uma ausência total de intimidade nas celas (Vide, *mutatis mutandis*, *Belevitskiy versus Rússia*, n. 72967/01, §§ 73-79, 1º de março de 2007; *Khudoyorov versus Rússia*, n. 6847/02, §§ 106-107, CEDH 2005-X (extratos); e *Novoselov versus Rússia*, n. 66460/01, §§ 32 e 40-43, 2 de junho de 2005).⁸⁴ Enfim, quando o espaço é superior aos quatro metros quadrados, mas, inferior aos sete metros quadrados indicados pelo CPT, segundo a Corte não se encontra diante de uma violação do art. 3º (superlotação tolerável).

Parece evidente que a CEDH entende a saúde em sua acepção mínima, como mera ausência de doença e não naquela mais ampla, elaborada a partir da definição da OMS.⁸⁵ Nas sentenças que citamos, não por acaso, a Corte, em primeira instância considera relevantes apenas condutas que lesionam a integridade física dos detentos e as sanciona se a sua gravidade e intensidade é tal a ponto de redundar em maus tratos. Quando, ao contrário, encontra-se diante a condutas que não são causas diretas de doenças, como, por exemplo, no caso de detentos obrigados a viver em condições insalubres e de superlotação, a CEDH não as considera, necessariamente, uma violação à saúde, quanto, por seu turno, de violação da dignidade humana. De fato as sanciona somente se estas causam uma grave humilhação e degradação. Não as considera, portanto, nem mesmo numa perspectiva reducionista como condutas que podem causar uma deterioração do estado de saúde que os detentos gozavam no momento do ingresso em um cárcere.

⁸³ Recorde-se que, segundo a normativa italiana o espaço mínimo dos quartos devem ser de nove metros quadrados (art. 2º do Decreto do Ministério da Saúde, de 05 de julho de 1975).

⁸⁴ *Torregiani versus Itália*, n. 43517/09 de 8 de janeiro de 2013.

⁸⁵ Normalmente, a CEDH faz referência explícita ao direito à saúde somente nos casos em que aos detentos não é assegurada, em caso de doença, um acesso aos serviços médicos (Cf. Laura Cesaris, *op. cit.*, pp. 213-227).

Em matéria de superlotação, a CEDH chega, de tal modo, a uma conclusão paradoxal: quando este é particularmente grave (quando o espaço habitável é inferior a três metros quadrados) considera-se lesionada a dignidade da pessoa e compreendida além do limite da sua liberdade pessoa a causa da carência de espaço e, conseqüentemente, é sancionado automaticamente, sem a necessidade de avaliar as condições de saúde. Quando é menos grave, ao contrário, são chamados em causa fatores que podem ter lesionado, também, a saúde. O primado do bem jurídico da dignidade sobre aquele da saúde é confirmado pelo fato de que a Corte, no que diz respeito ao primeiro, afirma que “o artigo 3º da Convenção reveste a autoridade de uma obrigação positiva, que consiste em assegurar que cada prisioneiro seja encarcerado em condições compatíveis com o respeito à dignidade humana, que as modalidades de execução da medida não submetam o detento a um estado de desconforto nem, tampouco a uma condição que exceda o inelutável nível de sofrimento inerente à detenção”. Por outro lado, no que diz respeito ao segundo, limita-se a confirmar que “levando em consideração as exigências práticas da reclusão, a saúde e o bem-estar do detento devem ser assegurados adequadamente”,⁸⁶ deixando, assim, entender que a obrigação de assegurar um tratamento respeitoso da saúde pode ser equilibrado com outros interesses da administração. Esta última afirmação contradiz os artigos 1º e 4º das EPR de 2006 que, como vimos, reconhecem os direitos humanos dos detentos e dispõem que a falta de respeito não pode se justificar nem mesmo com a carência de recursos.

A CEDH parece não recordar que as degradações e humilhações que os detentos sofrem, ao viver em condições de superlotação lesionam, além da dignidade, o direito à saúde em mais de um ponto de vista. Em primeiro lugar, estas causam um dano à saúde em sentido estreito porque não consentem o acesso aos serviços e condições de saúde iguais àqueles previstos em liberdade. Em segundo lugar, comportam uma violação da proibição imposta aos Estados pelo artigo 5º da Convenção de Oviedo, do artigo 3º da Carta de Direitos da União Europeia e do artigo 39 das EPR de 2006 e, pelo menos, no caso do Estado italiano, também da Constituição, de interferir no acesso ao direito à saúde. Como vimos, tal proibição representa um elemento fundamental do direito à saúde igual aquele de tratamento porque, segundo os princípios expressos pela Corte Constitucional, este deve ser considerado o anel de conjunção e de equilíbrio entre os dois direitos fundamentais: liberdade pessoal e direito à saúde.

O fato que o Estado tenha o poder de limitar a liberdade pessoal e o direito à legitimizar práticas que a reduzem, mais do que o estritamente necessário à execução da pena, todas as esferas de liberdade dos indivíduos. Manter um indivíduo em condições de superlotação anula completamente, como sublinha a CEDH, qualquer esfera de autodeterminação, violando, desse modo, a dignidade da pessoa, mas, leva, inclusive, a uma degradação do estado de saúde psíquico-física bem mais grave do que aquele que se teria em condições normais. A superlotação, então, deve ser considerada uma conduta pluri-ofensiva: viola a dignidade da pessoa, uma vez que submete maus tratos e humilhações, viola a saúde em sentido restrito porque é causa de doenças, viola a saúde em sentido amplo, assim como definida pela OMS e pelo Conselho Europeu, porque restringe, quando não, anula, completamente qualquer espaço de autodeterminação.

A jurisprudência da CEDH baseia-se numa aritmética do espaço habitável que acaba por legitimizar práticas detentivas fortemente lesivas do estado de bem-estar psicofísico e de saúde dos detentos. O poder punitivo dos Estados pode, desse modo, ir muito além dos limites indicados pelo CPT e matéria de tratamento dos detentos e daqueles indicados pela OMS em

⁸⁶ CEDH, *Torreggiani versus Itália*, de 8 de janeiro de 2013 (Cf. CEDH, *Kudła versus Polônia* [GC], n. 30210/96, § 94, CEDH 2000-XI e *Norbert Sikorski versus Polônia*, n. 17599/05, § 116, 22 de outubro de 2009)

matéria de direito à saúde desses sujeitos, sem constituir tratamento desumano e degradante. Isso pode levar, inclusive, à violação do artigo 12 do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, onde se reconhece “o direito de todo o indivíduo desfrutar das melhores condições de saúde física e mental que seja capaz de alcançar”,⁸⁷ direito que a OMS defende que seja reconhecido a todos os indivíduos, inclusive os detentos.⁸⁸ Enfim, tal situação também pode superar os limites previstos pelas EPR de 2006 que, recordamos, em seu artigo 39 estabelecem quer os Estados têm obrigação de não piorar o estado de saúde dos detentos no ingresso no cárcere.

A CEDH parece não ter a intenção de ir muito além das exigências de mera humanização da detenção, limitando-se a confirmar que os Estados devem assegurar um espaço mínimo que consinta a circulação do detento entre os móveis da cela, garantindo, desse modo, o acesso parcial à liberdade individual, sem qualquer referência ao respeito dos princípios em matéria de saúde dos detentos. Esta, por outro lado, oferece remédios de natureza meramente compensatória e ressarcitória e se limita a reprimendas genéricas das condutas dos Estados que são, simplesmente, “convidados” a introduzir em seus ordenamentos nacionais remédios preventivos quando não sejam previstos ou a tornar efetivos aqueles existentes. Ainda que, vale lembrar, as suas sentenças possuem força vinculante.⁸⁹

Conclusão: a punição corporal da prisão e os direitos humanos fundamentais

Em conclusão, é preciso destacar que o modelo de humanização, dentro do qual colocamos a jurisprudência da CEDH, juntamente com as EPR de 2006 as *Mandela Rules* e os *Standards* do CPT, não representam uma substancial novidade em relação ao passado. Na realidade, eles estão em continuidade com um movimento de reforma que, desde a origem do sistema penitenciário, tentou conter a violência física e moral exercitada sobre os detentos.⁹⁰ Pense-se a abolição da cela escura para o isolamento disciplinar, àquela das correntes aos pés e da camisa de força, ou ainda, à introdução da obrigação de garantir serviços higiênico-sanitários e de tratamento.

Nesse sentido, é preciso reconhecer que, com relação a tal tendência histórica, o modelo da humanização sinaliza uma parcial mudança de rota, porque pela primeira vez um documento oficial reconhece implicitamente a insuperabilidade do paradoxo carcerário, admite-se que uma instituição aflitiva como a prisão não pode, de modo algum, realizar a reeducação e se prospectam práticas detentivas mais “humanas”.

Esta admissão não é, no entanto, somente um fruto de um repensamento teórico e institucional do modelo penitenciário, mas, é fortemente condicionada, também, por um outro fator: é sempre mais recorrente que as políticas públicas penitenciárias afirmem que o primeiro objetivo do cárcere é aquele de neutralizar os condenados e não de reeducá-los ou de reinseri-los. Diante de tais políticas a jurisprudência europeia parece ter uma atitude débil

⁸⁷ International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 3 January 1976, in accordance with article 27

⁸⁸ O.M.S., *Good governance for prison health in the 21st century*, cit., p. 7

⁸⁹ O artigo 46 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos atribui força vinculante às sentenças da Corte e atribui ao Comitê de Ministros a tarefa de fiscalizar a sua execução.

⁹⁰ Já em 1777 John Howard, em seus escritos sobre as condições das prisões inglesas ((J. Howard, *The state of the prison in England and Wales*, Warrington, London 1777) propunha reformas que as tornassem mais humanas. Em 1813, Beaumont e Tocqueville se interrogavam sobre qual fosse o melhor modo para conter os efeitos negativos do cárcere e descreviam as consequências sobre os detentos da prática severa do isolamento (G. Beaumont e A. Tocqueville, *Système Pénitentiaire aux États-Unis et son application en France*, op. cit.).

e se limita a impor aos Estados e às administrações *standards* que garantam condições mínimas de convivência aos detentos e serviços sócio-sanitários inspirados na estratégia da mera redução do dano.

É necessário reconhecer que tal modelo tem o mérito de tentar superar a tendência totalitarista do sistema penitenciário que deveria encontrar-se, como vimos, diante de uma esfera irredutível de direitos subjetivos: não se tenta apenas reformar, humanizando a administração penitenciária, mas, reconhece-se aos detentos a possibilidade de agir na tutela dos próprios direitos e interesses. Mas, também sublinhamos que esta significativa novidade é, no final das contas, somente parcial no caso do direito à saúde, uma vez que vem reconhecido apenas e exclusivamente em sua dimensão mínima, ou seja, como ausência de doença e como direito de acesso aos serviços sanitários iguais aqueles reconhecidos aos cidadãos em liberdade, mas, não em sua dimensão ampla, quer dizer, como direito de ser recluso em ambientes salubres e idôneos capazes de preservar o estado de saúde que se possuía antes do ingresso no cárcere.

O modelo de humanização põe por terra aquela dicotomia entre espírito e corpo dos reclusos, tão cara aos reformadores do século XIX,⁹¹ segundo os quais a prisão não deveria ser uma pena corporal, mas, instrumento de reforma do espírito. Hoje, parece que se sustenta que o espírito não pode ser humilhado e degradado através de práticas e regimes detentivos excessivamente contentivos e se esforça, mediante questionáveis geometrias interpretativas, identificar os limites e medidas que respeitem uma esfera irredutível de autonomia individual. Mas, ao mesmo tempo, admite-se que aquelas mesmas práticas e aqueles mesmos regimes podem causar enfermidades ao corpo: a prisão é irremediavelmente, também, uma pena corporal e o seu poder patógeno pode somente ser equilibrado consentindo aos corpos doentes o acesso ao tratamento.

Bibliografia

- ALLEN, F. 1981. *The Decline of Rehabilitative Ideal*. Chicago, Yale University Press, 132 p.
CPT (Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos). 2007. *Gli Standard del C.P.T., CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2006*. Strasbourg, Council of Europe, 108 p.
- CAPUTO G. 2017. Welfare e lavoro dei condannati. In: M. G. Mattarulo; A. Sitzia, *Il lavoro dei detenuti*. Padova, University of Padova press, p. 79-126
- BEAUMONT, G.; TOCQUEVILLE, A. 1883. *Système Pénitentiaire aux États-Unis et son application en France*. Paris, H. Fournier Jeune (trad. port. TOCQUEVILLE, A.; BEAUMONT, G.k 2000. *Sobre o Sistema Penitenciário dos Estados Unidos e sua Aplicação na França*. Serie Ciências Sociais na Administração, Departamento de Fundamentos Sociais e Jurídicos da Administração, FGV-EAESP. FSJ, São Paulo).
- BUFFA, P. 2008. Alcune riflessioni sulle condotte auto aggressive poste in essere negli istituti penali italiani (2006-2007). *Rassegna penitenziaria*, 3:7-64.
- BRAITHWAITE, R. L.; ARRIOLA K. R. 2003. Male prisoners and HIV prevention: a call for action

⁹¹ Segundo Tocqueville, um dos principais inspiradores das reformas do sistema penitenciário europeu do século XIX, o cárcere representava uma modalidade punitiva que pretendia diferenciar-se daquelas usadas no *ancien régime*, pelo fato de não buscar punir através de tortura ou penas corporais. O cárcere, mesmo não podendo pretender modificar o espírito dos condenados, como ase pretendia nas prisões norte-americanas da época em que Tocqueville as havia visitado, deveria ter a missão de instigar nestes bons hábitos e de transformá-los em bons cidadãos trabalhadores e ciosos da lei (A. Tocqueville, G. De Beaumont, *op. cit.*).

- ignored. *American Journal of Public Health*, **93**:10. <http://ajph.aphapublications.org/>
- CARNEVALE A.; DI TILLIO, A. 2006. *Medicina e carcere*. Milano, Giuffrè, 468 p.
- CESARIS, L. 2012. Nuovi interventi della corte europea dei diritti dell'uomo a tutela della salute delle persone detenute. *Rassegna penitenziaria e criminologia*, **3**: 213-227.
- CORLEONE, F. 2018. *Mai più Manicomi*. Firenze, Consiglio regionale della Toscana, 272 p.
- DE DONATIS, V.; SAGULO, O. 2007. Il divenire della medicina penitenziaria attraverso la conoscenza dello stato di salute della popolazione detenuta. In: M. Esposito (ed.), *Malati in carcere*. Milano, Franco Angeli, p. 124-159.
- ESPOSITO, M. (ed.), 2007. *Malati in carcere*. Milano, Franco Angeli, 336 p.
- FERRERA, M. 1993. *Stato sociale e mercato mondiale*. Torino, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 288 p.
- FOUCAULT, M. 1975. *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris Gallimard, 1975 (trad. port. FOUCAULT, M. 1987. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhe. 27 ed. Petrópolis, Vozes, 288 p.)
- FOUCAULT, M. 2004. *Sécurité, territoire, population, 1977-78*. Paris, Gallimard-Seuil (trad. port. FOUCAULT, M. 2008 *Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978)*. São Paulo, Martins Fontes, 572 p.)
- GARLAND, D. 1985. *Punishment and welfare*. Adershot, Gower, 330 p.
- GARLAND, D. 2001. *The culture of control*. Oxford, Oxford University Press, 293 p.
- GOFFMAN E. 1961. *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*. New York, Doubleday (trad. port. GOFFMAN, E. 2001. *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo, Editora Perspectiva, 317 p.)
- GONIN, D. 1991. *La santé incarcéréé*. Paris, l'Archipel, 259 p.
- MAGLIONA, B.; SARZOTTI C. (ed.). 1996. *La prigionia malata. Letture in tema di Aids, carcere e salute*. Torino, L'Harmattan Italia, 232 p.
- MANCONI, L. 2002. Suicidi e atti di autolesionismo: i dati di una ricerca. *Politica del diritto*, **XXXIII**(2):315-330.
- MANCONI, L.; BORASCHI, A. 2006. Quando hanno aperto la cella era già tardi perché: suicidi ed autolesionismo in carcere 2002 – 2004. *Rassegna Italiana di Sociologia*, **1**:117-148
- MINISTERO DELLA SALUTE, 2015. La salute dei detenuti in Italia: i risultati di uno studio multicentrico. *Documenti dell'Agenzia Regionale di Sanità della Toscana*, 83. <https://www.ars.toscana.it>
- MØLLER, L.; STÖVER, H. (eds.). 2007. *Health in prison*. Copenhagen, O.M.S.
- MOSCONI, G. 2005. Il carcere come salubre fabbrica della malattia. *Rassegna penitenziaria e criminologica*, **1**:59-76.
- PAVARINI, M. 2002. Uno sguardo ai processi di carcerizzazione nel mondo: dalla «ronda dei carcerati» al «giromondo penitenziario». *Rassegna penitenziaria e criminologica*, **1-2**:105-136.
- PONT, J.; WILFRID HARDING, T. 2019. *Organisation and management of health care in prison*. Strasbourg, Council of Europe, 73 p.
- RE, L. 2006. *Carcere e Globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*. Roma-Bari, Laterza, 211 p.
- RHODES, M.; MENY, Y. (eds.) 1998. *The future of european welfare*. New York, Macmillan, 287 p.
- RONCO, D. 2018. *Cura sotto controllo. Il diritto alla salute in carcere*. Roma, Carocci, 142 p.
- RUOTOLO, M. 2002. *Diritti dei detenuti e Costituzione*. Torino, Giappichelli, 266 p.
- SALVATI, A. 2010. Il passaggio dell'assistenza sanitaria in carcere al sistema sanitario nazionale. *Amministrazione in cammino*, **1**:1-10
- SANTORO, E. 2004. *Carcere e società liberale*. Torino, Giappichelli, 372 p.

- SARZOTTI, C. 2002. L'assistenza sanitaria: cronaca di una riforma mai nata. In: S. Anastasia; P. Gonella (ed.), *Inchiesta sulle carceri italiane*. Roma, Carocci, p. 109-121
- SARZOTTI, C. 2007. *I medici penitenziari tra istanze securitarie e paradigma del rischio: un'indagine sul campo*. In: M. Esposito (ed.), *Malati in carcere*. Milano, Franco Angeli, p. 160-194
- SOFRI, A. 1999, *Note sul sesso degli uomini prigionieri*. In: F. Ceraudo (ed.), *Ferri battuti*. Pisa, Archimedia, p. 162.
- TAYLOR GOOBY, P. 2005. *News Risks, New Welfare: The Transformation of the European Welfare*. Oxford, Oxford University Press, 248 p.
- VERDOLINI, V. 2007. *La salute incarcerata: analisi comparata di modelli di sanità penitenziaria*. In: M. Esposito (ed.), *Malati in carcere*. Milano, Franco Angeli, p. 70-95.
- WACQUANT, L. 2000. *Parola d'ordine: tolleranza zero: la trasformazione dello Stato penale nella società neoliberale*. Milano, Feltrinelli, 144 p.

Submetido: 14/06/2019

Aceito: 16/10/2019